

ISSN N° 2735-6094



REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°78

Abril 2020



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

EVA CURIA CASTRO
KAREN GUZMÁN VALENZUELA
SANDRA LUCO CASTRO
ANTONIO SEGOVIA ARANCIBIA

Colaboradores:

CAROL DONOSO SCHWARZ
ANDREA GONZÁLEZ LEIVA
SOLEDAD POBLETE MOYA

La Revista Jurídica del Ministerio Público (ISSN N° 2735-6094) 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.

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.

DIRECCIÓN: CATEDRAL 1437, SANTIAGO, CHILE.
E-MAIL: SLUCO@MINPUBLICO.CL
TELÉFONO: 229659693

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PRÓLOGO

Página nº4

DIVISIÓN DE ATENCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS

ARTÍCULOS

ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO
CATALINA DUQUE GONZÁLEZ & MARCELA ABARCA VILLASECA

Página nº6

OFERTA PÚBLICA EXISTENTE PARA VÍCTIMAS DE DELITOS EN INSTITUCIONES QUE CONFORMAN LA RED DE ASISTENCIA A VÍCTIMAS Y ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

CÉCILIA PEÑALOZA PEÑALOZA

Página nº19

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

ARTÍCULOS

PRIMERA CONDENA POR EL DELITO DE COHECHO A FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO

YÉLICA LUSIC NADAL

Página nº38

UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

ARTÍCULOS

CULTIVO ILEGAL DE ESPECIES VEGETALES COMO DELITO DE TENDENCIA (ESPECIAL REFERENCIA A LOS CLUBES CANNÁBICOS)

LORENA REBOLLEDO LATORRE

Página nº58

UNIDAD ESPECIALIZADA EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

ARTÍCULOS

LA JURISDICCIÓN EN EL CIBERESPACIO: PENSANDO MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS

DANIEL SOTO BETANCOURT & PABLO SILVA SAUNDERS

Página nº67

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

ARTÍCULOS

FEMICIDIO COMO UN DELITO POR RAZONES DE GÉNERO EN CHILE

IVONNE SEPÚLVEDA SÁNCHEZ

Página nº88

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

ARTÍCULOS

TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES: ¿ES POSIBLE COMPARAR EL 411 BIS CHILENO CON EL 318 ESPAÑOL? A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL CASO “OPERACIÓN DESIERTO”

TANIA GAJARDO ORELLANA

Página nº115

UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

COMENTARIO SOBRE SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA REFERIDA A LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE INVESTIGACIÓN DE UN ADOLESCENTE IMPUTADO

EVA CURIA CASTRO

Página nº136

PRÓLOGO

Durante el proceso de publicación de este número 78 de nuestra Revista Jurídica, nos hemos visto enfrentados a las consecuencias de la Pandemia de COVID19, con sus cuarentenas, las medidas de aislamiento y a las consiguientes restricciones presupuestarias que se han debido adoptar.

Todo ello no será obstáculo para continuar con nuestra tarea de difusión de las actuales y más relevantes discusiones en materia penal y procesal penal, así como en los otros ámbitos de trabajo del Ministerio Público.

Sin embargo, y en congruencia con esas restricciones, a partir de este número la Revista y por ahora, dejará de publicarse en papel, privilegiando el formato digital, medio a través del cual esperamos seguir ofreciendo a nuestros lectores trabajos de la misma calidad.

En cuanto al contenido de este número, cabe señalar que lamentablemente, las noticias nos van informando una y otra vez respecto de casos de violencia que afectan a mujeres, situaciones que lejos de ser aisladas, han llegado incluso a mostrar un aumento en nuestro país luego de las cuarentenas decretadas por la autoridad en el contexto de la crisis sanitaria por la que estamos atravesando.

Haciéndonos cargo de la relevancia de esta problemática, en esta edición compartimos un artículo de nuestra Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales que profundiza respecto del femicidio como un delito por razones de género.

Y manteniendo la preocupación respecto de las víctimas, especialmente de aquellas que pueden estar en una situación de mayor vulnerabilidad, también presentamos artículos que abordan su atención con un enfoque de derechos humanos y género, así como la oferta existente de organismos públicos que conforman la red de asistencia a víc-

timas, con una reflexión en torno a la victimización secundaria.

Otro tanto sucede con el artículo de la Unidad de Lavado de Activos, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado que analiza el delito de tráfico ilícito de migrantes, otro de los injustos que afectan de manera más intensa a personas más vulnerables y frecuentemente con menos opciones de poder acudir a la justicia.

También ofrecemos el comentario a una sentencia de la Corte Suprema que se pronuncia respecto de la ampliación del plazo de investigación en el caso de un adolescente imputado.

Por otra parte, y preocupados de aquellos ilícitos más nuevos en nuestro acontecer en materia penal, publicamos un artículo que se refiere a la primera condena en nuestro país por el delito de cohecho a un funcionario público extranjero.

Otro tanto sucede con el artículo de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones que profundiza respecto de la jurisdicción en ilícitos cometidos a través del ciberespacio, el cual por definición implica una desconexión con el territorio, y en que los datos en cuestión no sólo pueden estar en distintos servidores a lo largo del mundo, sino que incluso puede llegar a ser imposible vincularlos a un territorio determinado.

Finalmente, nuestra Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, ofrece un artículo que desarrolla un análisis del delito de cultivo ilegal de especies vegetales como delito de tendencia, con especial referencia a los denominados “Clubes cannábicos” y a la jurisprudencia española sobre el particular.

JORGE ABBOTT CHARME

Fiscal Nacional del Ministerio Público

CAPÍTULO 1

DIVISIÓN DE ATENCIÓN DE
VÍCTIMAS Y TESTIGOS

ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Catalina Duque González¹
Marcela Abarca Villaseca²

I. Antecedentes generales

Una de las formas de favorecer el acceso a la justicia y la participación de las víctimas en el sistema procesal penal, es principalmente por medio de la implementación por parte del Estado de mecanismos adecuados que permitan el ejercicio del derecho a ser escuchado, a la información, trato digno y protección acorde a sus necesidades particulares e intereses. En el contexto de este enfoque de derechos y entendiendo que existen diversas situaciones de vulnerabilidad en las que se pueden encontrar las víctimas, tales como el género, el tipo de delito, su relación con el agresor, la disponibilidad para acceder a medios de ayuda, protección y recursos económicos es que la respuesta de las instituciones del sistema penal debe ser reforzada atendiendo a estas vulnerabilidades.

Conforme a lo señalado el acceso y participación en el proceso penal, junto con aplicar un enfoque de derechos, también debe ser diseñado e implementado considerando el enfoque de género, tanto a nivel de atención, como en el ámbito investigativo.

El enfoque de género implica generar condiciones que garanticen a todos y todas el acceso efectivo e igualitario a bienes y servicios de la sociedad, por ello se deben eliminar las brechas entre hombres y mujeres, con el objeto de lograr el pleno ejercicio de sus derechos.

¹ Abogada de la División de Atención de Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² Psicóloga de la División de Atención de Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

Teniendo presente lo indicado, el texto busca dar un panorama general sobre la violencia de género y sus efectos, así como las acciones que a nivel del Ministerio Público se han adoptado para dar una atención que considere el fenómeno, reconozca la brecha y se ajuste a las necesidades de las víctimas.

Por ello el artículo se estructura de la siguiente forma: en el punto II se exponen el concepto y fenómeno de violencia de género; en el punto III da cuenta de los compromisos internacionales que ha contraído el Estado de Chile, que instalan a este tipo de violencia dentro del contexto de violación de derechos humanos fundamentales, como una grave vulneración constitutiva de delito; en el numeral IV se abordan las formas de victimización tanto primaria como secundaria, y el punto V presenta las acciones desarrolladas por el Ministerio Público en esta materia.

II. Violencia de Género

De esta breve reseña en materia de derecho internacional de derechos humanos, y sobre la base de la obligatoriedad de los Estados de garantizarlos en su ordenamiento jurídico interno, la violencia de género se constituye como una grave vulneración de los derechos humanos fundamentales de las personas. Lo recién expresado nos pone en la necesidad de abordar el concepto de género y qué entendemos como discriminación de género, ambas explicaciones exceden el formato de este artículo,

por ello se exponen algunas consideraciones que nos pueden dar una visión general.

En torno al concepto de género, encontramos diversas aproximaciones. Una primera señala: *“El género es una construcción social e histórica de los contenidos simbólicos de lo femenino y lo masculino en articulación con clase social, etnia, raza, grupos de edad, institucionalidad, etc., a partir de las diferencias biológicas de los sexos (Huggin’s, M. 2005.15)”*³. Alda Facio y Lorena Fries indican: *“El género es una categoría social como la raza, la clase, la edad, etc. que atraviesa y es atravesada por todas las categorías sociales (...) la perspectiva de género (feminista) por su parte, permite visibilizar la realidad que viven las mujeres, así como los procesos culturales de socialización que internalizan y refuerzan los mecanismos de subordinación de las mujeres. En este sentido, la perspectiva de género no sólo analiza la relación de subordinación entre las mujeres y los varones, sino que también analiza las relaciones entre las mujeres y la funcionalidad de sus prácticas con el sistema patriarcal”*⁴.

La doctrina indica como aspectos sociales y colectivos relacionados con el género, los siguientes:

- a. Género como repertorio simbólico de lo femenino y masculino.
- b. Género como principio normativo y jerárquico.
- c. Discriminación de Género y opresión de las mujeres.
- d. El género es histórico y cambiante.

Y los aspectos psicosociales del género:

- a. Género como una entidad social.
- b. Socialización diferencial del Género.
- c. La identidad de Género.
- d. La expresión de Género.

3 MORENI, Lilian. Serie *Derechos Humanos. N°1 Género y Derechos de las Mujeres “Lentes de Género”*, Caracas, Fundación Juan Vives, 2010, p. 29.

4 FACIO, Alda y FRIES, Lorena. “Feminismo, Género y Patriarcado”. En: *Revista Sobre Enseñanza del Derecho en Buenos Aires*, Año 3, Número 6, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, año 2004, p. 268.

- e. Roles o papeles de Género.
- f. Estereotipos de Género.

Como se puede advertir, la “discriminación de género” se encuentra dentro de aspectos sociales y colectivos relacionados con el género, en esta dimensión se precisa que: *“La condición de nacer mujer y vivir en un cuerpo femenino, crecer y hacerse mujer configura una forma de existencia, que en su diversidad respecto de la condición masculina, es el elemento principal del que -en la ideología patriarcal- se desprende la desigualdad de poder entre los géneros, y en consecuencia, la experiencia de la subordinación social de las mujeres. La sociedad patriarcal instaura su modelo humano en el hombre, en el ser masculino. A éste se le endosan todas las cualidades positivas, y a lo que no es hombre, a la mujer, se le ve como su opuesto. Esto se denomina Androcentrismo”*⁵.

Tras este breve análisis del concepto de género y discriminación de género, exponemos la definición de violencia de género que nos entrega la Organización Mundial de la Salud: *“todo acto de violencia sexista, producido en el ámbito público o privado, que se produce para mantener el control sobre la otra persona, siendo mayoritariamente dirigida contra la mujer”*⁶. Esto es aplicable también cuando las víctimas son hombres adultos, cuando se trata de una imposición basada en relaciones de poder asimétricas entre el rol “masculino” y el “femenino”.

Finalmente se agrega la aclaración contenida en el documento de ONU Mujeres *“Definición de la violencia contra las mujeres y niñas”*, que señala: *“Frecuentemente los términos “violencia basada en género” y “violencia contra las mujeres” son usados de modo indistinto en la bibliografía y por los abogados, sin embargo, el término “violencia basada en género” se refiere a aquella dirigida contra una persona en razón del género que él o ella tiene, así como de las expectativas sobre el rol que él o ella*

5 MORENI, ob. cit., p. 37.

6 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer*. Nota descriptiva N° 239, octubre de 2013, OMS/OPS.

deba cumplir en una sociedad o cultura. La violencia basada en el género pone de relieve cómo la dimensión de género está presente en este tipo de actos, es decir, la relación entre el estado de subordinación femenina en la sociedad y su creciente vulnerabilidad respecto a la violencia. Sin embargo, resulta importante advertir que tanto hombres como niños también pueden ser víctimas de la violencia basada en el género, especialmente de la violencia sexual”⁷.

Como comentario final de este punto es importante precisar, que las mujeres se encuentran entre las principales víctimas de la violencia de género, ya sea niñas, adolescentes, adultas o ancianas. Lo señalado no busca invisibilizar a las demás víctimas de violencia de género, sino más bien levantar un punto que posteriormente impacta en la respuesta y oferta que el Estado presenta ante esta violencia y cómo ha evolucionado la inclusión de las demás víctimas.

III. Derecho Internacional

El Estado de Chile ha asumido el imperativo de enfrentar y atenuar los daños y secuelas que se producen en las víctimas del delito, a través del respeto de los múltiples compromisos internacionales que ha contraído, adquirido y ratificado en materia de víctimas. Se define así, como materia prioritaria, establecer una atención a las víctimas, teniendo como paradigma central el enfoque de derechos. En este sentido, se consideran relevantes las líneas de acción destinadas a detener la violencia, proteger a las víctimas, evitar la victimización secundaria, y propender a acciones eficientes que permitan facilitar la investigación del delito.

El enfoque de derechos se sustenta en la carta fundamental de derechos humanos, se fortalece con el conjunto de tratados, convenciones internacionales en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado de Chile y se centra en

⁷ «Definición de la violencia contra las mujeres y niñas». Centro Virtual de Conocimiento para Poner Fin a la Violencia contra las Mujeres y Niñas / ONU MUJERES. Disponible en: <http://www.endvawnow.org/es/articles/295-defining-violence-against-women-and-girls.html>

el ejercicio de los derechos humanos como un objetivo.

En el derecho internacional, existen un conjunto de instrumentos internacionales que instalan la violencia contra la mujer dentro del contexto de violación de derechos humanos fundamentales, con afectación multidimensional la vida, integridad física, sexual y psicológica. Los principales tratados internacionales en esta línea que rigen en Chile son:

1. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención De Belem Do Para”⁸

Se extraen algunos de sus artículos, específicamente aquellos que definen, dan sentido y alcance a la violencia contra la mujer, como aquellos que establecen el catálogo de sus derechos. Finalmente se da cuenta de las normas que establecen obligaciones para el Estado, reseñando aquellas que de manera más específica se asocian al quehacer del sistema procesal penal y la atención de víctimas.

Artículo 1

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. *que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya*

⁸ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (Convención de Belém do Pará). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=127037>

Adoptada por la Organización de Estados 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 11 de noviembre de 1998.

compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y*
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.*

Artículo 3

Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 4

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;*
- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;*
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales;*
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;*
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;*
- f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;*
- g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;*
- h. el derecho a libertad de asociación;*
- i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y*
- j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.*

Artículo 5

Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y

culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.

Artículo 6

El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y*
- b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.*

Artículo 7

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;*
- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;*
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;*
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;*
- e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;*

- f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
- h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Artículo 8

Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

- a. fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos;
- b. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer;
- c. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados;
- d. ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social;

Artículo 9

Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la **situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se consi-**

derará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

2. Convención Sobre la Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación Contra La Mujer (CEDAW)⁹

Se extracta de su parte introductoria un párrafo que da cuenta del espíritu y objetivos de la Convención:

“Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad”.

Y en cuanto su articulado cabe destacar, en materia de trato digno, igualitario y acceso lo siguiente:

Artículo 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Artículo 2

Los Estados Partes condenan la discriminación con-

⁹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW). Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>. Adoptada por la Asamblea General de la ONU, 18 de diciembre de 1979, promulgada mediante Decreto N°789 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 27 de octubre de 1989. Diario Oficial de diciembre de 1989.

tra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a. Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b. Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c. Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d. Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades o instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e. Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f. Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyen discriminación contra la mujer;
- g. Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Artículo 3

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas políticas, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Artículo 24

Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención”.

3. La Recomendación General N° 19 del Comité CEDAW, de fecha 29 de enero de 1992, sobre “La violencia contra la mujer”¹⁰

Se hace referencia a la Recomendación General N°19 del Comité CEDAW de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra La Mujer, toda vez que ella profundiza y aclara lo señalado por la Convención en materia de violencia contra la mujer, tenidas a la vista la experiencia y situaciones observadas en los Estados Partes.

En el **punto 6** de Recomendación General N°19 del Comité CEDAW señala en torno al artículo 1° de la Convención Sobre la Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación Contra La Mujer: “6. El artículo 1 de la Convención define la discriminación contra la mujer. Esa definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia”.

Respecto de los derechos de la mujer que se afectan mediante el ejercicio de violencia en su contra, la recomendación indica en el **punto 7**: “7. La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como la define el artículo 1 de la

10 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Recomendación general N° 19, La violencia contra la mujer. A/47/38, 1992, párr. 6. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/oo_4_obs_grales_CEDAW.html#GEN19

Convención. Esos derechos y libertades comprenden:

- a. El derecho a la vida;
- b. El derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- c. El derecho a protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno;
- d. El derecho a la libertad y a la seguridad personales;
- e. El derecho a igualdad ante la ley;
- f. El derecho a igualdad en la familia;
- g. El derecho al más alto nivel posible de salud física y mental;
- h. El derecho a condiciones de empleo justas y favorables”.

4. Convención Americana de Derechos Humanos”

Finalmente, en un ámbito más general, encontramos lo dispuesto en el numeral 1° del Artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

“Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

Es dentro de este contexto normativo, en que todas las convenciones señaladas se encuentran ratificadas por el Estado de Chile, y que, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de la República, “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” ellas importan derecho interno, de rango obligatorio para las diversas instituciones y organismos del Estado de Chile. Por último, en materia normativa cabe agregar que

11 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana de Derechos Humanos*. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenc%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf. Ratificada por el Estado de Chile el 10 de agosto de 1990.

nuestro ordenamiento interno no cuenta con una ley integral en la materia, sin embargo, diversas leyes dan cuenta de la regulación aplicable, a saber, la Ley de Violencia Intrafamiliar N°20.066, la nueva Ley sobre Femicidio N°21.212, la Ley sobre Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes N°20.507, la Ley que Tipifica Acoso Sexual en Espacios Públicos N° 21.153, además de normativas en ámbito laboral.

IV. Victimización

En el devenir de los diversos procesos penales, podemos observar una evolución en la visión de la víctima, que va desde una visión que consideraba a la víctima con disposición para provocar el delito, culpabilizándola en algún grado de la ocurrencia de éste, luego a considerarla como un medio para llegar a la verdad, entendiendo exclusivamente su participación en el proceso penal como insumo relevante para establecimiento de hechos, y hoy como sujeto de derechos, en el que ejerce los mismos durante el proceso. La actual visión y reconocimiento de nuestro sistema procesal penal, implica que el sistema le debe garantizar el adecuado acceso, información y reales posibilidades de participación, así como el apoyo y protección acordes a su calidad de sujeto de derechos y sus necesidades.

El enfoque de derechos humanos importa que a las víctimas y testigos en su calidad de sujetos de derecho se les otorgue la acogida adecuada al sistema penal, informándoles sobre el ejercicio de sus derechos, especialmente en cuanto al acceso a la justicia y derecho a ser oídos, y de aquellos aspectos relativos a su interacción con las instituciones que forman parte del proceso penal, facilitando así su participación. Igualmente se deben evaluar oportunamente sus necesidades de protección, implementando medidas de protección apropiadas y activando la red interinstitucional cuando corresponda y también orientando en aspectos psicológicos, sociales y penales, conforme a sus necesidades y características.

A este enfoque se debe agregar el enfoque de género, que implica incorporar directrices de trato diferenciado y acciones afirmativas en víctimas y testigos con mayor grado de vulnerabilidad, a tra-

vés de medidas especiales para lograr la igualdad sustantiva, así como contar con instrumentos de evaluación de riesgo para las víctimas de violencia de género.

Lo expuesto impone el deber de una comprensión acabada de los efectos del delito en la víctima. La ocurrencia del delito ocasiona la interrupción de la vida cotidiana y da lugar a sufrimiento, esto se conoce como *victimización primaria*, y el nivel o grado que puede presentar esta victimización, varía de una persona a otra y dependerá de diversos factores, como son: reacción familiar; quién es el imputado; características de las víctimas; reacción social y las consecuencias del delito que pueden ser físicas, económicas, psicológicas y sociales. En el caso de las víctimas de violencia de pareja, las consecuencias dependen de una serie de factores, en que el agresor es la pareja o expareja de la víctima, el contexto intrafamiliar en que se da, la dependencia económica o emocional de la víctima con el agresor, las características específicas de la víctima, incluidas aquellas que se van generando en las relaciones violentas como la baja autoestima, el tiempo en que ha existido violencia, entre otros.

Cuando una persona sufre un delito, ella puede presentar diversos estados o etapas en que va evolucionando, primero un *shock emocional* que ocurre momentos después del evento, aquí la persona puede presentar dos reacciones como la inmovilización o una hiper-reacción desorganizada. Luego de días, semanas después del evento, se presenta la *reacción*, período en el cual la víctima trata de reestablecer el entendimiento y significado de lo experimentado, y donde se pueden observar reacciones a nivel físico y emocional y puede producirse un estado de desorganización, confusión, miedo y agobio. Después de meses del evento, está el *procesamiento* en donde la persona, a través de los recursos internos o el apoyo de externos, intenta integrar la experiencia vivida, aquí ya disminuyen las reacciones físicas y emocionales de la etapa anterior. Por último, la etapa de *reorientación* que puede ser meses o años después del evento, donde la víctima empieza a reorientarse hacia el futuro, deslocalizándose de la situación traumática que experimentó¹².

¹² BERNAT-NOËL Tiffon Nonis *Manual de Consultoría en Psicología y Psicopatología Clínica, Legal, Jurídica, Criminal y Forense*. Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 2008.

En la violencia de pareja, estas etapas no se dan de manera tan clara, ya que el proceso posterior a la vivencia del delito es de mayor complejidad. Generalmente las víctimas sufren varios eventos de violencia, llegando sólo a denunciar el delito después de mucho tiempo de ser agredidas. Debido a que habitualmente no sufren un evento único que ocurre en un momento determinado, sino más bien agresiones que pueden ir aumentando en intensidad y periodicidad, se hace imposible que la víctima logre llegar a las etapas de procesamiento y reorientación, ya que la violencia persiste, transitando la persona agredida entre el shock y la reacción, lo que impide la superación de las consecuencias del delito, hasta que se generen acciones para terminar la violencia. Tales circunstancias deben ser contempladas en la atención a víctimas con enfoque de derecho y especialmente con enfoque de género. Ejemplo de esto es el Modelo Especializado de Intervención Inmediata para Víctimas de Violencia Intrafamiliar, el Modelo de Intervención Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos en contexto de Violencia Intrafamiliar que implementa la Fiscalía, el cual busca proteger a la víctima para terminar con los hechos de violencia denunciados y ofrecer orientación, derivación a atención reparatoria para generar herramientas de autoprotección y con ello se facilite el avance a las etapas de procesamiento y reorientación.

Ahora bien, la *victimización secundaria* es toda consecuencia negativa que puedan sufrir las víctimas con ocasión de su interacción, en tal calidad, con las personas o instituciones que intervienen en el proceso penal, es decir, se ocasiona por una respuesta inadecuada de los actores del sistema penal, aquí hay un choque entre las expectativas de la víctima versus el proceso. Entonces, ¿cuáles son las circunstancias que ocasionan la victimización secundaria? Podemos indicar entre otras:

- El desconocimiento de los derechos de las víctimas;
- La recarga e ineficiencia de las personas o instituciones que intervienen en el proceso penal;
- Los fines del proceso penal que en general son ajenos a los intereses de las víctimas;
- La falta de información a la víctima del proceso

- (acciones y plazos);
- Las condiciones de trabajo inadecuadas de los operadores del sistema;
- La búsqueda de la verdad por sobre las necesidades de la víctima;
- El uso de tecnicismos, que impiden que la víctima entienda la información que se le entrega;
- La falta de intimidad y protección.

Teniendo presente la situación física y/o emocional en la que se encuentran con ocasión del delito, algunas de las circunstancias descritas producen una nueva afectación, que puede generar consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas y que la víctima percibe como una nueva vulneración a sus derechos. En este contexto las víctimas de violencia de género se pueden ver enfrentadas a múltiples victimizaciones secundarias, si las personas encargadas de la atención no conocen el fenómeno de violencia, no serán capaces de entender por ejemplo las múltiples denuncias y retractaciones como esperables, y pueden incurrir en culpabilizarlas de las situaciones de violencia reiteradas, en emitir juicios negativos frente a ellas, atenderlas sin la empatía fundamental para lograr una atención de calidad, todo lo que constituye victimización secundaria.

Lo expuesto en los puntos III y IV, buscan dar cuenta que el abordaje de la violencia de género requiere ser difundido y capacitado a los operadores mediante el conocimiento del fenómeno y sus consecuencias. Además, el sistema debe ajustar o adoptar procesos que permitan el debido acceso de este tipo de víctimas que suelen ser invisibilizadas en contexto total de delitos.

V. Acciones del Ministerio Público en el contexto de violencia de género

Como enunciamos al inicio de este artículo, en este punto daremos cuenta de las acciones que a nivel del Ministerio Público se han adoptado para dar una atención que considere el fenómeno de la violencia de género, reconozca la brecha y se ajuste a las necesidades de las víctimas.

Atención a Víctimas y Testigos

Al Ministerio Público, en virtud del mandato constitucional contenido en el capítulo VII de la Constitución de la República en su artículo 83 y lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, Ley N° 19.640: “le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos”. Conjuntamente el Código Procesal Penal en su artículo 6 señala: “El Ministerio Público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal” y el artículo 78 dispone: “Será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir”.

Son víctimas aquellas personas que han sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente. Nuestro Código Procesal Penal nos indica, en el artículo 108 que la víctima directa es el “ofendido por el delito”.

Los derechos de las víctimas dentro del Sistema Procesal Penal son:

- **Derecho a ser atendida:** La víctima de un delito tiene derecho a ser recibida y atendida por los jueces, los fiscales del Ministerio Público y la Policía.
- **Derecho a recibir un trato digno:** La víctima de un delito tiene derecho a recibir un trato digno, acorde a su condición de víctima.
- **Derecho a denunciar el delito:** La víctima de un delito puede denunciarlo a los Carabineros, a la Policía de Investigaciones, en las fiscalías del Ministerio Público, en los Tribunales con competencia criminal o en Gendarmería en casos de delitos cometidos dentro de recintos penitenciarios.
- **Derecho a ser informada:** La víctima de un delito tiene derecho a ser informada del estado y resultado del proceso, de sus derechos y de las activi-

dades que deba realizar para ejercerlos.

- **Derecho a solicitar protección:** La víctima de un delito tiene derecho a pedir a los fiscales del Ministerio Público medidas de protección frente a presiones, atentados o amenazas a ella o a su familia. Los tribunales garantizarán la vigencia de sus derechos durante el procedimiento.
- **Derecho a obtener reparación:** La víctima de un delito tiene derecho a obtener la restitución de las cosas que le hubieren sido hurtadas, robadas o estafadas, a que los fiscales del Ministerio Público promuevan medidas para facilitar o asegurar la reparación del daño sufrido y a demandar la indemnización de los perjuicios sufridos.
- **Derecho a ser escuchada:** La víctima de un delito tiene derecho a ser escuchada por el fiscal o el juez de garantía, antes de decidirse la suspensión o el término anticipado del procedimiento, como, asimismo, por el tribunal antes de pronunciarse sobre el sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término al proceso.
- **Derecho a interponer una querrela:** La víctima de un delito tiene derecho a querrellarse a través de un abogado.
- **Derecho a participar en el proceso:** La víctima de un delito tiene derecho a obtener de la policía, de los fiscales y de los organismos auxiliares apoyo y facilidades para realizar los trámites en que deban intervenir y a asistir a las audiencias judiciales en que se trate su caso.
- **Derecho a impugnar:** La víctima tiene derecho, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento, a impugnar la resolución que sobreesa temporal o definitivamente la causa y la sentencia absolutoria.
- **Derecho a reclamar:** La víctima de un delito tiene derecho a reclamar ante las autoridades del Ministerio Público por actos de los fiscales o funcionarios, a fin de que se investiguen administrativamente y se adopten las medidas disciplinarias pertinentes, si procedieren.

El art. 1º de La Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, Ley N° 19.640, establece que corresponde al Ministerio Público, entre otras funciones **“la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos”**. En el artículo 20 letra f)

del texto legal referido, se establece que la Fiscalía Nacional contará: **“f) División de Atención a las Víctimas y Testigos, que tendrá por objeto velar por el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la ley procesal penal. Asimismo, le corresponderá prestar asesoría a quienes sean víctimas de delitos que la ley califica como terroristas”**. Y el art 34 letra e) establece que: **“Cada Fiscalía Regional contará con las siguientes unidades administrativas: e) Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos, que tendrá por objeto el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la ley procesal penal”**.

El Ministerio Público, y en particular la División de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía Nacional, para el cumplimiento de su deber constitucional y legal ha elaborado y actualizado reglamentos, procesos, sistemas y modelos de atención sobre la base de los referidos derechos y en la mira de alcanzar los estándares adecuados y así evitar o disminuir la victimización secundaria y facilitar el acceso de las víctimas a la justicia. Los llamados a cumplir estos estándares son todos los fiscales y funcionarios del Ministerio Público.

Para ello la Fiscalía se ha organizado para atender a los usuarios a través de dos sistemas, a saber, un Sistema de Información y Atención a Usuarios, SIAU, que busca regular la atención y la respuesta que se entrega a los denunciantes, a las víctimas, a los testigos, a los abogados y a los imputados que realizan requerimientos de información, estableciendo plazos de respuesta y estándares de calidad. Y el modelo de Orientación, Protección y Apoyo, “OPA”, que concentra la atención mediante modelos especializados, como son entre otros el de víctimas niños, niñas y adolescentes de delitos sexuales y violencia intrafamiliar, a mujeres adultas de violencia intrafamiliar, la participación de las víctimas en juicio oral.

Sistema de Información y Atención a Usuarios, SIAU, consta de tres espacios de atención: el presencial; el telefónico “Call Center”, y portal Web “Mi fiscalía”. En el presencial se acude a las Fiscalías Locales, a realizar requerimientos y también a denunciar,

presentar reclamos, solicitar medidas de protección, presentar una retractación, o a ser atendidos en calidad de citados, definiendo para ello tres niveles de atención:

- El nivel 1 está constituido por los recepcionistas, que entregan información inmediata a los usuarios que se dirigen espontáneamente a las Fiscalías Locales, ingresan solicitudes de evaluación interna, y, además, recepcionan a las personas citadas.
- El nivel 2 de atención está constituido por abogados asistentes, técnicos jurídicos o administrativos con conocimientos jurídicos, quienes atienden a los usuarios espontáneos que acuden a la Fiscalía a denunciar un delito, a solicitar una medida de protección, a presentar retractación, a reclamar, o a entregar información que requiere tomar una declaración.
- El nivel 3 está constituido por todos los funcionarios y fiscales, que atienden a usuarios que han sido citados, ya sea para tomar una declaración, para atención de las URAVIT, o como resultado de una solicitud realizada por el mismo usuario, para entrevistarse con el fiscal, para revisar una carpeta o evidencia, o para la devolución de una evidencia.
- Dentro de las acciones de la División de Atención a Víctimas y Testigos está el desarrollo de sensibilización y capacitación para la atención con enfoque de género, a los niveles de atención presencial en Fiscalías Locales. Igualmente, en la atención telefónica, como del portal, se entregan directrices a los teleoperadores y Agentes Seniors que consideran el enfoque de género.

El sistema de Orientación, Protección y Apoyo, “OPA”, concentra los modelos especializados, para grupos de víctimas de determinados delitos o para la atención de usuarios en momentos específicos del proceso penal, y son:

1. La Evaluación de intimidación en casos de víctimas y testigos que denuncian o declaran en la Fiscalía, que consiste en la evaluación con una Pauta validada para ello, que se llena con la información que entrega la víctima o el tes-

tigo en la denuncia o en la declaración, y que considera la implementación de medidas de protección inmediatas en casos de intimidación alta, y deriva automáticamente el caso a la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos (URAVIT), para la evaluación de riesgo y la atención especializada.

2. El modelo de intervención especializada para niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y violencia intrafamiliar, que implica la atención de la URAVIT en todos los casos, la evaluación de riesgo, la derivación a atención reparatoria si el caso lo requiere y el seguimiento. En este modelo se incorpora desde el año 2019 lo establecido en la Ley de la Entrevista Video Grabada, Ley N°21.057, que considera como objeto y principio la eliminación de la victimización secundaria de los niños, niñas y adolescentes durante el proceso penal, en los delitos del catálogo de la referida ley.
3. El modelo de atención inmediata para víctimas adultas de VIF, que implica la evaluación, con una Pauta validada para ello, de la situación de riesgo, para la posterior implementación de las medidas de protección correspondientes en casos de riesgo medio y alto, y la derivación para atención de la URAVIT en todos los casos de riesgo alto (derivación automática). Desde el año 2017 se incorporó la evaluación por parte de Carabineros en casos de violencia de pareja.
4. El modelo de preparación para Juicio Oral, que implica la evaluación de las necesidades del testigo (con una pauta) y la gestión de su satisfacción, así como la preparación metodológica para su participación en el juicio.
5. El modelo de Casos Complejos, reservado para aquellos casos de crimen organizado, en que la respuesta de la Fiscalía para proteger a las víctimas y a los testigos debe ser reforzada dada la peligrosidad de los imputados. Lo anterior implica el funcionamiento de un consejo formado por la Fiscalía y las Policías.

Como se puede advertir, el sistema OPA aborda víctimas en delitos con un fuerte contenido de género, como son los delitos en contexto de violencia intrafamiliar; delitos sexuales y delito de trata de

personas. Por ello las acciones de orientación, protección y apoyo que despliega la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos con enfoque de género, implica reconocer a la víctima en el marco de la victimización que sufrió, evaluando el impacto que su condición de género tiene en el delito, la denuncia, durante la investigación y finalmente en el juicio oral. Y dentro de este contexto, generar condiciones de acceso, evaluación y medidas que le permitan ejercer y gozar de sus derechos en su calidad de víctima. Así da cuenta El modelo de intervención especializada para niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y violencia intrafamiliar, que implica la atención de la URAVIT en todos los casos, la evaluación de riesgo, la derivación a atención reparatoria si el caso lo requiere y el seguimiento, y el modelo de atención inmediata para víctimas adultas de VIF, que implica la evaluación inmediata de riesgo, implementación de las medidas de protección correspondientes en casos de riesgo medio y alto, y la derivación para atención de la URAVIT en todos los casos de riesgo alto.

Otras situaciones que activan la participación especializada de Unidades Regionales de Atención de Víctimas y Testigos son en caso de:

1. Víctimas del Delito de Trata de Personas: el Artículo 78 bis del Código Procesal Penal, dispone que el Ministerio Público adoptará las medidas necesarias, o las solicitará, en su caso, tendientes a asegurar la protección de las víctimas de estos delitos durante el proceso penal, teniendo presente la especial condición de vulnerabilidad que las afecta. Con el objeto de concretar esta debida protección el Fiscal Nacional del Ministerio Público, por medio de oficio 525/2015, dispone como se materializará el apoyo y el punto V señala: “la vulnerabilidad de la víctima está dada por un conjunto de circunstancias que la afectan y por las condiciones en las que se ejecuta el delito, lo que determina la forma en la que se otorgarán los servicios de orientación, protección y apoyo ... Por lo anterior, el profesional de la URAVIT a cargo del caso deberá realizar un análisis de aquellos elementos que constituyen la vulnerabilidad de la víctima y sus características particulares, para los efectos

de otorgar los servicios de orientación, protección y apoyo, debiendo entregar las prestaciones acordes a sus necesidades”. En este delito el enfoque de derechos humanos y género se encuentra altamente reforzado, pues es un fenómeno delictual complejo, particularmente la trata de personas con fines sexuales, que se inserta en la explotación sexual comercial, afectando gravemente la dignidad de las personas, y que afecta mayoritariamente a mujeres, que se encuentran en deficientes condiciones sociales y económicas.

Según datos de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC por su sigla en inglés), en su Informe Global de Trata de Personas 2018, indica que “el 72% de las víctimas detectadas en 2018 en todo el mundo son del género femenino. El 49% de los casos son mujeres adultas y 23% son niñas, lo que representa un incremento en relación con el informe anterior, de 2016. La mayoría de las víctimas detectadas a nivel mundial son objeto de trata con fines de explotación sexual, aunque este patrón no es uniforme en todas las regiones. La trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual prevalece en las regiones donde se detectan la mayoría de las víctimas: América, Europa y Asia Oriental”¹³.

2. Víctimas y testigos no considerados en los Modelos Especializados, que los fiscales deriven a la URAVIT por tratarse de casos de alto riesgo o situación de especial vulnerabilidad, por estimar fundadamente que requieren de atención especializada.

Política de Igualdad de Género de la Fiscalía de Chile¹⁴

Un hito relevante en materia de género fue la dictación por parte del Fiscal Nacional en el mes de diciembre del 2019, de una Política de Igualdad de

¹³ Disponible en: <https://www.unodc.org/bolivia/es/La-UNODC-presento-el-Informe-Global-de-Trata-de-Personas-2018>

¹⁴ Fiscalía de Chile/Eurosocial+. Política Igualdad de Género de la Fiscalía de Chile, 2019. Disponible en: http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/Politica_de_Igualdad_de_Genero_de_la_Fiscalia_de_Chile.pdf

Género en la que se reconoce a la igualdad como principio y derecho humano fundamental que guía esta política. El texto en cuestión señala: *“La aplicación de este principio, debe reconocer la existencia de diferencias entre las personas, y al mismo tiempo, tener en cuenta que la valoración social y cultural asignada a estas diferencias y a los roles otorgados tradicionalmente a hombres y mujeres, se traducen en desventajas y desigualdades que impiden a las mujeres un pleno disfrute de oportunidades y derechos. De esta manera, este principio no solamente implica que las mujeres y hombres formalmente tengan iguales derechos, sino que también, que puedan gozar de éstos en igualdad de oportunidades; lo cual involucra corregir desventajas y superar las desigualdades asociadas a la condición de género”*¹⁵.

Además, señala claramente el principio de debida diligencia: *“El Estado debe proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar, castigar y reparar de acuerdo al Derecho Internacional de los derechos humanos y el Derecho consuetudinario. Esto implica para el Ministerio Público investigar todo acto de violencia de género, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares; asimismo desplegar todos los medios y recursos disponibles para ofrecer atención y protección a la víctima”*¹⁶.

El ámbito de aplicación de la referida política está en los principales ámbitos de acción de nuestra institución, esto es la investigación y persecución penal; la orientación, protección y apoyo a víctimas y testigos, y el desarrollo organizacional interno.

Finalmente, en este punto es importante resaltar que la dictación de la Política de Igualdad de Género tiene un objetivo nacional, pero también se enmarca en los compromisos regionales de la Fiscalía de Chile dentro de la Red Especializada en Género de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (REG-AIAMP)¹⁷, asociación que actualmente se encuentra presidida por el Ministerio Público de Chile (período 2020-2021).

¹⁵ Fiscalía de Chile/Eurosocietal, ob. cit., p. 5.

¹⁶ Fiscalía de Chile/Eurosocietal, ob. cit., p. 23.

¹⁷ Mayor información en la página web www.aiamp.info

Fiscales Especializados

El Ministerio Público cuenta con Fiscales Especializados en Violencia de Género y en Delitos Sexuales a lo largo del país, que dirigen y asumen las investigaciones de este tipo de delitos. Cabe agregar que el Fiscal Nacional en estas materias, mediante instrucciones generales¹⁸, ha dictado criterios de actuación dirigidas a Fiscales y las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos.

VI. Conclusiones

El análisis expuesto nos permite concluir que el enfoque de derechos y de género nos permiten visualizar las diversas situaciones de vulnerabilidad en las que se pueden encontrar las víctimas al momento de sufrir el delito, durante el proceso penal y articular una respuesta del sistema que las visible y facilite su acceso a la justicia y el ejercicio de sus derechos. La tarea descrita resulta de gran envergadura pues impone garantizar un trato digno, con respeto y protección a las víctimas, y a su vez entregar un trato diferenciado para aquellas víctimas que, dada su situación de mayor grado de vulnerabilidad, como puede ser el género, requieran de una intervención especializada. Como Ministerio Público hemos avanzado en esta tarea, y nos quedan desafíos tanto internos como de todo el sistema penal.

Especial importancia cobra la sensibilización, capacitación y formación de los diversos actores que intervienen, sin perjuicio de otras materias igualmente estructurales, como el generar procesos, sistemas o modelos que recojan los enfoques y que éstos sean conocidos y ejecutados por los operadores, y que van en el camino de una mayor inclusión.

¹⁸ OFICIO FN N°892/2019, Instrucción General que imparte criterios de actuación para la interpretación y aplicación de las regulaciones contenidas en la Ley 21.057; OFICIO FN N°914/2015, Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos sexuales; OFICIO FN N°525/2015, Instrucción General que imparte criterios de actuación en los delitos de trata de personas, tráfico ilícito de migrantes y asociación ilícita para cometerlos; OFICIO FN N°792/2014, Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar.

OFERTA PÚBLICA EXISTENTE PARA VÍCTIMAS DE DELITOS EN INSTITUCIONES QUE CONFORMAN LA RED DE ASISTENCIA A VÍCTIMAS Y ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

Cecilia Peñaloza Peñaloza¹

1. Introducción

El presente artículo aborda, por una parte, el tema de la oferta pública existente en nuestro país para la atención y protección a víctimas de delitos, realizando una descripción de los distintos programas y servicios pertenecientes a las instituciones que conforman la Red de Asistencia a Víctimas a nivel nacional (en adelante RAV), para lo cual se tomó como base el “Informe Final Descripción de la Oferta Pública en Materia de Atención y Protec-

ción a Víctimas de Delitos”² elaborado durante el año 2019 por quien suscribe en conjunto con una profesional de la Unidad de Análisis & Estudios del Programa Apoyo a Víctimas de la Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Por otra parte, se vinculan los objetivos de intervención de cada uno de los programas y servicios que forman parte de la oferta pública con el desafío de prevenir la victimización secundaria, el cual es compartido por las distintas

¹ Trabajadora Social, profesional asesora de la División de Atención de Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² PEÑALOZA, Cecilia, MONTEÓNICO, Sofía. *Informe Final Descripción de la Oferta Pública en Materia de Atención y Protección a Víctimas de Delitos*. Red de Asistencia a Víctimas. Santiago, Chile, 2009. Disponible en: <http://www.apoyovictimas.cl/media/2020/06/Informe-Ofer-ta-Publica-Victimas-General-2019.pdf> o en spd-pav-uae@interior.gob.cl [fecha de consulta: 18 de junio de 2020].

instituciones que componen esta Red. Se entrega un concepto de victimización secundaria y, se analizan dos situaciones, una de ellas consiste en la revisión de las orientaciones técnicas de un tipo de programa específico perteneciente a la red, que permite observar cómo, en ocasiones, las orientaciones que emanan del diseño mismo de tales programas pueden tener un efecto negativo para las víctimas, en tanto generador de victimización secundaria y, la otra, relacionada con los desafíos que implica para los órganos del Estado, en especial, para el Ministerio Público, la entrada en vigencia de la Ley 21.120 de identidad de género, en materia de prevención de victimización secundaria.

2. El desafío de prevenir la victimización secundaria en el contexto de la atención y protección a víctimas de delitos

La atención y protección a víctimas de delitos se funda en el reconocimiento de las consecuencias negativas que tales delitos tienen sobre éstas, así como en los derechos que les asisten. Tales derechos se encuentran consagrados en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales vigentes en Chile³.

La existencia de tales derechos obliga al Estado a adoptar medidas que garanticen su ejercicio por parte de las víctimas, a través de respuestas sociales, jurídicas, económicas y otras, las cuales deben ser visualizadas como parte de un esfuerzo institucional coordinado y coherente cuya activación y

3 Podemos mencionar los Artículos 4, 5, 7 y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos cuyas normas protegen el derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, protección de la honra y de la dignidad. De igual modo, a nivel nacional, los Artículos 1 y 19 números 1, 4 y 7 de la Constitución Política de la República cuyas normas protegen el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, la seguridad personal, el honor, y la dignidad de la persona humana. Las anteriores, como fundamentos del derecho a protección de víctimas y testigos durante el proceso penal. Por su parte, el Art. 6° inciso 1° del Código Procesal Penal (CPP), establece el deber que asiste al Ministerio Público de proteger a las víctimas en todas las etapas del procedimiento penal y el Artículo 109 del CPP que establece la protección de las víctimas como un derecho. Los artículos mencionados anteriormente, se enuncian a modo ejemplar en la presente nota por la extensión que implicaría su exposición en detalle.

articulación involucra tanto a las instituciones que les brindan atención especializada, como también a las instituciones del sistema judicial.

De igual modo, es deber de las instituciones mencionadas el disminuir al máximo cualquier experiencia o perturbación que pudiera generarse en la víctima, derivada del contacto o interacción que establece con los agentes que brindan atención a las mismas o con sus procedimientos, entendida como victimización secundaria.

Al respecto, el artículo 78 del Código Procesal Penal⁴ especifica el deber de protección del Ministerio Público respecto a las víctimas, al señalar, en su inciso 1°, que “*será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir*” ampliando con esta disposición, el deber de protección de la Fiscalía a aspectos vinculados con la prevención de la victimización secundaria⁵, referida a evitar que las víctimas experimenten algún tipo de afectación derivada de su participación durante el proceso penal, tales como sentirse sometida a procedimientos excesivamente burocráticos o victimizantes como el tener que relatar los hechos frente a terceros en múltiples ocasiones⁶.

Cada víctima que toma contacto con el sistema penal y con las instituciones que le brindan asistencia tiene diferentes necesidades asociadas a las consecuencias de la victimización vivida que requieren una respuesta integrada y, tal como veremos en las páginas siguientes, existe una cantidad y variedad importante de programas y servicios dirigidos a éstas, todos los cuales sin duda apuntan a brindarles

4 Chile, Código Procesal Penal. Diario Oficial del 12 de octubre de 2000.

5 Ministerio Público de Chile. Protección de Testigos en Chile. Ponencia presentada en la X Conferencia Anual y Reunión General de Asociación Internacional de Fiscales, Copenhague, Dinamarca, 2005.

6 Red de Asistencia a Víctimas. *Manual de Capacitación en Temáticas Victimológicas para profesionales, técnicos y funcionarios policiales de la Red*. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Santiago, Chile, 2009, p. 16.

una atención oportuna y efectiva e implican un importante despliegue de recursos profesionales.

Asimismo, todas las instituciones que forman parte de la RAV apuntan al objetivo de prevenir la victimización secundaria, entendida ésta como *“Una segunda experiencia de victimización, posterior a la vivencia del delito, si en el contacto con las instituciones del sistema, el o la ofendido/a experimenta la sensación de recibir un trato objetivante, de desconocimiento de su calidad de sujeto de derechos; de pérdida de tiempo y excesiva burocratización; de incredulidad por parte de los operadores del sistema y/o simplemente de ser ignorado”*⁷ (Ministerio de Interior y Seguridad Pública, 2016: 5).

Desde el año 2007, diversas instituciones públicas que intervienen con víctimas de delitos se mantienen vinculadas a través de la Red de Asistencia a Víctimas (RAV)⁸. Esta Red surge como un espacio de coordinación intersectorial que reconoce y promueve los derechos que asisten a las personas víctimas de delito, como asimismo, promueve la prevención de la victimización secundaria, mediante estrategias que instan a la complementariedad de las intervenciones de los diversos Ministerios, Servicios y Programas en los ámbitos de la denuncia, investigación, atención, protección y juzgamiento del delito, incluyendo la etapa de juicio e incluso posterior al juicio en algunos casos.

Al ser implementada por Servicios y Ministerios muy distintos entre sí, la oferta de atención a víctimas en nuestro país mantiene cierta dispersión ya que la propia organización sectorial que se mate-

rializa en ofertas altamente delimitadas y diferenciadas dificulta, en ocasiones, una respuesta que integre las diversas complejidades que se desencadenan producto de la vivencia de un delito, por lo que, persiste para las instituciones el desafío de realizar un trabajo articulado y colaborativo en pos de dar una respuesta a las necesidades de las víctimas y de la disminución de la victimización secundaria. Este es un desafío central y de una urgencia ineludible considerando que la respuesta que cada uno de los organismos entrega a las víctimas influye enormemente en cómo éstas se sobreponen al ilícito vivido, al punto que las consecuencias de este tipo de victimización pueden llegar a ser incluso más graves que las del delito mismo.

Considerando lo planteado, como primera parte de este artículo se revisará cuál es la oferta de atención actualmente existente para víctimas de delitos en las instituciones que pertenecen a la red de asistencia a víctimas, presentando una breve descripción de los servicios o programas que cada una ofrece y detallando brevemente sus objetivos de intervención. Tal como se mencionó previamente, esta información fue obtenida en el contexto de la elaboración del *Informe Final de Descripción de la Oferta Pública en Materia de Atención y Protección a Víctimas de Delitos*⁹, que formó parte de los productos del Plan de Trabajo de la Mesa Nacional de la RAV correspondiente al año 2019.

3. Descripción de la Oferta Pública existente en las instituciones que conforman la RAV

En atención a los límites de extensión del presente artículo fue necesario realizar un importante esfuerzo de síntesis para presentar los servicios, unidades y programas existentes en cada una de las instituciones que conforman la Red de Asistencia a Víctimas, para lo cual se estimó conveniente exponer el nombre de cada Servicio, Unidad o Programa; enunciar el tipo de intervención que realiza y entregar una breve síntesis de los objetivos de la misma, lo que es posible apreciar en la tabla que se expone a continuación.

7 MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, Subsecretaría de Prevención del Delito, Programa de Apoyo a Víctimas. Primera Encuesta Nacional de Victimización Secundaria 2014, Santiago, Chile, 2016. Disponible en: http://www.apoyovictimas.cl/noticias/encuesta-nacional-victimizacion-secundaria_documentos-de-trabajo/ [fecha de consulta: 27 de abril de 2020].

8 La Red de Asistencia a Víctimas se crea en el año 2007, mediante un Acuerdo Marco de Colaboración que fue suscrito el 16 de marzo del año 2007, entre el Ministerio Público, el Ministerio del Interior (actual Ministerio del Interior y Seguridad Pública), el Ministerio de Justicia (actual Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), el Servicio Nacional de la Mujer (actual Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género), Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile. Este Acuerdo Marco fue aprobado Mediante Decreto Exento N° 733, del Ministerio del Interior, de fecha 07 de mayo de 2007.

9 PEÑALOZA, Cecilia, MONTEDÓNICO, Sofía, ob. cit., págs. 14 y siguientes.

Tabla N° 1: Oferta Pública existente en las instituciones que conforman la RAV

	UNIDAD / PROGRAMA	INTERVENCIÓN	OBJETIVOS DE LA INTERVENCIÓN
CARABINEROS DE CHILE	Comisarías y Unidades Policiales	Denuncia	<p>Parte General: Poner en conocimiento del Ministerio Público y Tribunales, de manera escrita, de la denuncia realizada por la víctima, testigos o denunciantes.</p> <p>Parte VIF: Poner en conocimiento del Ministerio Público y Tribunales de Familia, de manera escrita, de la denuncia realizada por la víctima o denunciantes de violencia intrafamiliar.</p> <p>Pauta Unificada Inicial de Evaluación de Riesgo en VIF: Establecer lineamientos básicos para la adopción de acciones y procedimientos coordinados en el caso de mujeres víctimas de violencia intrafamiliar que tengan o que hayan tenido la calidad de cónyuge, ex cónyuge, conviviente, ex conviviente, tengan un hijo o hija en común, con la finalidad de otorgarles una protección oportuna y efectiva.</p>
	Comisarías y Unidades Policiales	Salas de Familia	<p>Mejorar la calidad de servicios entregados a la comunidad, brindando una atención diferenciada y especializada bajo el enfoque de género a víctimas de violencia intrafamiliar, vulneración de derechos a niños, niñas y adolescentes, personas mayores, violencia contra la mujer y delitos sexuales, fortaleciendo acciones preventivas en la materia.</p> <p>Las Salas de Familia, son dependencias diferenciadas de los módulos de guardia, con mobiliario y tecnología adecuados, a cargo de personal de Carabineros que se encuentra capacitado y seleccionado por la zona de prevención y protección de la familia. Su implementación se orienta al propósito de prevenir la victimización secundaria. La institución tiene habilitadas Salas de Familia en 60 Comisarías a lo largo del país.</p>
		Oficinas VIF	<p>Mejorar la calidad de servicios entregados a la comunidad, en las unidades que no cuenten con Salas de Familia, brindando una atención diferenciada y especializada bajo el enfoque de género a víctimas de violencia intrafamiliar, vulneración de derechos a niños, niñas y adolescentes, personas mayores, violencia contra la mujer y delitos sexuales. Su implementación se orienta al propósito de prevenir la victimización secundaria.</p> <p>La atención se brinda en todas las unidades policiales del país en una dependencia diferenciada a los módulos de guardia, donde los usuarios se entrevistan con el encargado de la Oficina de Violencia Intrafamiliar.</p> <p>Las Oficinas de Violencia Intrafamiliar se encuentran en 157 unidades policiales que mantienen plan cuadrante a lo largo del país. En las unidades policiales donde no existe Oficina de Violencia Intrafamiliar, existe Sala de Familia (descrita anteriormente).</p>
	Comisarías Especializadas ZONAFAM	35° Comisaría de Delitos Sexuales	<p>Brindar atención especializada, auxilio, apoyo, orientación y contención a niños, niñas, adolescentes y adultos víctimas de delitos sexuales.</p> <p>Auxiliar al Ministerio Público y Tribunales de Justicia en la investigación penal de ilícitos de carácter sexual.</p>
		35° Comisaría de Delitos Sexuales ¹⁰	<p>Realizar pericias psicológicas forenses en materia de delitos sexuales.</p> <p>La 35° Comisaría de "Delitos Sexuales", mantiene una guardia anexa en el Servicio Médico Legal, para la recepción de denuncias, además de brindar orientación, atención y apoyo en materias propias de su competencia.</p>
		48° Comisaría Familia e Infancia ¹¹	<p>Brindar auxilio, apoyo, orientación, contención y recepción de denuncias de las víctimas recurrentes a la Unidad.</p> <p>Servir de apoyo técnico a la comunidad y otras unidades policiales no especializadas, en cuanto a procedimientos de índole familiar.</p> <p>Realizar cumplimiento de Órdenes Judiciales emanadas de los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana.</p> <p>Funcionar como unidad de recepción de niños, niñas y adolescentes en situaciones de manifestaciones.</p>

10 Tiene cobertura solamente en el territorio de la Región Metropolitana.

11 Tiene cobertura solamente en el territorio de la Región Metropolitana.

	UNIDAD / PROGRAMA	INTERVENCIÓN	OBJETIVOS DE LA INTERVENCIÓN
CARABINEROS DE CHILE	Comisarías Especializadas ZONAFAM	Tenencia Familia e Infancia Araucanía ¹²	Es una unidad predominantemente preventiva, que tiene como misión, brindar una atención especial, técnica e interdisciplinaria en procedimientos vinculados a materias de familia, infancia y delitos sexuales, considerando para ello, la realidad intercultural y características propias de la comunidad de la Región de La Araucanía. Sus objetivos son: Brindar auxilio, apoyo, orientación y contención a las víctimas que concurran a la tenencia. Entregar apoyo técnico a la comunidad y demás unidades de Carabineros, en materias atinentes a su área de gestión. Realizar pericias psicológicas forenses en materias penales y protecciones.
POLICÍA DE INVESTIGACIONES DE CHILE	Brigadas de Investigación Criminal Brigadas Especializadas Centro de toma de denuncias	Denuncia	Acoger las denuncias de todos los delitos, obteniendo la mayor cantidad de antecedentes aportados por el denunciante, con la finalidad de efectuar primeras diligencias investigativas que permitan obtener alguna resolución e individualización de sujetos involucrados con la correspondiente denuncia. El servicio está dirigido a todas las personas, chilenas o extranjeras, víctimas o testigos de algún delito tipificado en el Código Penal. En el caso de niños, niñas y adolescentes, prevenir la victimización secundaria y, en casos calificados, accionar a nombre de ellos.
	Centro de Entrevista Investigativa Video grabada (CEIV)	Entrevista Investigativa	Realizar la diligencia de la Entrevista Investigativa Videograda a víctimas y testigos penales, niños, niñas y adolescentes, derivados por instrucción directa del Ministerio Público, víctimas de vulneraciones descritas en el Catálogo de Delitos de la Ley N° 21.057 con la finalidad de apoyar la investigación penal, previa instrucción de la Fiscalía.
	Instituto de Criminología	Centro de Atención a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS)	Departamento CAVAS Pericial: Realizar evaluaciones psicológicas periciales a niños, niñas, adolescentes y adultos que se encuentran en un proceso de investigación a cargo del Ministerio Público o por Tribunales de Familia o Fiscalía Militar, como presunta víctima de un delito sexual o de otros de especial complejidad como Trata de Personas. Asistir y apoyar a los organismos de la administración de justicia, colaborando en la investigación criminal de casos de delitos sexuales y violentos, dando una respuesta especializada de carácter psicológico forense.
	Instituto de Criminología	Centro de Atención a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS)	Departamento CAVAS Reparación: Brindar atención reparatoria gratuita a niños, niñas y adolescentes víctimas de vulneraciones a su indemnidad sexual de toda la Región Metropolitana que requieren atención psicosocial especializada, brindando asimismo contención emocional y orientación legal asociada a la causa penal y/o proteccional, como también a adultos/as responsables. Tiene por misión prevenir y reparar los efectos psicosociales negativos provocados por los procesos de victimización primaria y secundaria en materias de victimización sexual, mediante la aplicación de un conocimiento especializado e interdisciplinario, asumiendo un compromiso activo con la protección de los derechos de la libertad e indemnidad sexual de niños, niñas, adolescentes y adultos de nuestra sociedad.
	BITRAP	Brigada Investigadora de Trata de Personas	Recibir denuncias correspondientes a los tipos penales contemplados en la Ley N° 20.507 que tipifica los delitos de Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas, realizar las investigaciones que corresponda en coordinación con el Ministerio Público.

12 Tiene cobertura solamente en el territorio de la Región de La Araucanía.

	UNIDAD / PROGRAMA	INTERVENCIÓN	OBJETIVOS DE LA INTERVENCIÓN
PDI	BRIUP	Brigada de ubicación de personas	<p>Investigar denuncias y ejecutar órdenes de investigar emanadas del Ministerio Público por Presuntas Desgracias, entendidas como el extravío o pérdida de una persona natural, sea adulta, niño, niña o adolescente de quien se ignora su paradero y se presume podría haber sufrido una desgracia física o psíquica, teniendo presente que dicha figura no es un delito.</p> <p>Orientar al denunciante respecto de los pasos a seguir conforme a su denuncia, coordinando acciones con el Ministerio Público para brindar apoyo al denunciante o familiares directos de la persona desaparecida, cuando corresponda.</p>
MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS	CAVI	Centros de Atención Integral a Víctimas de Delitos y Unidades de Atención a Víctimas	<p>Brindar atención interdisciplinaria a toda víctima de delito violento y sus familias con el objeto de ayudar a superar la situación traumática, restablecer su funcionamiento habitual e integrar la experiencia vivida.</p> <p>Prevenir las consecuencias secundarias de ser víctima y, paralelamente, proteger los derechos de las personas afectadas haciendo efectiva la responsabilidad legal del agresor y la reparación del daño y perjuicio causado.</p>
	CREDEN	Centro Regional por los Derechos del Niño	El objetivo principal de CREDEN, consiste en entregar una atención integral a niños, niñas y adolescentes víctimas de vulneración grave de sus Derechos, sea o no constitutiva de delito, mediante la representación de un NNA en sede proteccional (Tribunales de Familia de San Miguel), como Curador ad Litem; la representación de un NNA en sede penal, tanto ante el Ministerio Público como los Juzgados de Garantía y Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, como querellantes y/o el ingreso de un NNA a intervención psicosocial, con el objetivo de reparar el daño causado y restablecer el o los derechos vulnerados.
	Programa Mi Abogado	Programa Mi Abogado	El Programa busca, mediante la defensa jurídica especializada e interdisciplinaria, proteger y restituir derechos, previniendo nuevas situaciones de vulneración de los niños, niñas y adolescentes bajo tutela estatal, además de perseguir la agilización de las causas que los involucren. En este contexto, el objetivo fundamental es propender a la restitución del derecho de los NNA a vivir en un entorno familiar. El trabajo interdisciplinario del equipo ejecutor está centrado en los derechos de los niños.
SENAME	Centros de Cuidado Alternativo Residencial de Administración Directa (CREAD - Residencias Familiares)	CREAD RESIDENCIAS FAMILIARES FAMILIAS DE ACOGIDA	<p>CREAD: “Contribuir a la restitución de derechos y la resignificación de experiencias de vulneración presentes en la población infanto-adolescente en situaciones de alta complejidad y que requieran de una medida residencial por disposición de Tribunales de Familia y/o Fiscalías.</p> <p>Residencias Familiares: La Residencia Familiar de administración directa para adolescentes es una modalidad de cuidado alternativo residencial, cuyo objetivo general es restituir el derecho a vivir en familia y a la recuperación de la experiencia de vulneración y favorecer el desarrollo de autonomía de adolescentes (entre 14 y 17 años), que han sido separados de su familia de origen por orden de un Tribunal con competencia en materia de Familia”.</p> <p>Familia de Acogida: Brindar una respuesta inmediata a niños, niñas entre 0 a 5 años, 11 meses y 29 días que requieren una medida alternativa a la modalidad residencial tradicional, para constituirse en una medida de cuidado alternativo a la internación de niños, niñas que han debido ser separados de su medio familiar de origen, por orden judicial, en razón de situaciones de grave vulneración de sus derechos, a fin que puedan permanecer en un ambiente de contención, cuidado y efectiva protección.</p>

	UNIDAD / PROGRAMA	INTERVENCIÓN	OBJETIVOS DE LA INTERVENCIÓN
SERVICIO NACIONAL DE MENORES - SENAME	Centros de Cuidado Alternativos Residencial de Organismos Colaboradores Acreditados, administrados por privados	Residencias de protección para mayores (RPM) y Residencias de protección para mayores con programa especializado adosado (REM/PER)	Brindar protección a niños, niñas o adolescentes mayores de 6 años y hasta 18 años ingresados a cuidado alternativo transitorio en centros de protección residencial debido a situaciones familiares de alta vulnerabilidad socio-familiar. Los centros administrados por privados tienen por objetivo entregar protección inmediata a niños, niñas y adolescentes, contemplando provisión para satisfacer sus necesidades básicas diarias, buen trato, educación y salud y al mismo tiempo intervención psico-social dirigida a la resignificación de la situación de vulneración, al fortalecimiento de las competencias parentales de crianza y gestión intersectorial de redes comunitarias en el ámbito local.
		Residencias especializadas para mayores con programa especializado adosado (RSP/PER)	Brindar protección a niños, niñas o adolescentes mayores de 6 años y hasta 18 años ingresados a cuidado alternativo transitorio en centros de protección residencial debido a situaciones familiares de alta vulnerabilidad socio-familiar. Los centros residenciales administrados por privados entregan protección inmediata a niños, niñas y adolescentes, contemplando provisión para satisfacer sus necesidades básicas diarias, buen trato, educación y salud y al mismo tiempo intervención psico-social dirigida a la resignificación de la situación de vulneración, al fortalecimiento de las competencias parentales de crianza de los adultos relacionados y gestión intersectorial de redes comunitarias en el ámbito local.
		Residencias para lactantes y pre-escolares (RPP) y Residencias de protección para lactantes y preescolares con programa adosado de intervención residencial (RLP/PER)	Otorgar atención a las necesidades de niños/as pequeños en un ambiente físico y socio-emocional nutritivo para el desarrollo infantil temprano, personalizado, de buen trato y con estimulación precoz, que contempla intervención proteccional y psico-social tendiente a favorecer la reunificación del niño/a con su familia biológica, nuclear, extensa u otra alternativa dentro sus propias redes de parentesco o adoptiva, en el más breve plazo pues su fin es devolver a los niños/as su derecho a la convivencia familiar y comunitaria.
		Residencias para niños/as con discapacidad discreta o moderada (RDD)	Brindar protección a niños, niñas o adolescentes que debieron ser separados de su familia de origen, debido a situaciones familiares graves que reportan ausencia o inhabilidad transitoria o permanente de parte de las figuras adultas responsables del cuidado y la crianza. Los centros otorgan atención a las necesidades bio-psico-sociales de los niños/as, asegurando adecuada calidad de vida y contemplando provisión para satisfacer sus necesidades básicas diarias, buen trato, educación y salud, etc. Estas residencias favorecen la autonomía de los niños/as y la capacidad parental tendiente a fomentar y mantener el vínculo con la familia si no es posible la reinserción familiar.

	UNIDAD / PROGRAMA	INTERVENCIÓN	OBJETIVOS DE LA INTERVENCIÓN
SERVICIO NACIONAL DE MENORES - SENAME	Centros de Cuidado Alternativos Residencial de Organismos Colaboradores Acreditados, administradas por privados	Residencias para NNA con discapacidad mental grave o profunda (RDG) y residencias para NNA con discapacidad mental grave o profunda con programa adosado para la intervención residencial (RAD/PER)	Brindar protección a niños, niñas o adolescentes entre 0 y 18 años que presentan vulneraciones de derecho asociada a discapacidad mental grave o profunda, los que debido a situaciones familiares de alta vulnerabilidad socio-familiar fueron ingresados a cuidado alternativo transitorio en centros de protección residencial. Estos centros residenciales entregan protección inmediata a los niños, niñas y adolescentes, contemplando provisión para satisfacer sus necesidades básicas diarias, buen trato, educación y salud y al mismo tiempo intervención psico-social dirigida a la resignificación de la situación de vulneración, al fortalecimiento de las competencias parentales de crianza de los adultos relacionados y gestión intersectorial de redes comunitarias en el ámbito. Estas residencias deben favorecer la autonomía de los niños/as y adolescentes la capacidad parental tendiente a fomentar y mantener el vínculo con la familia si no es posible la reinserción familiar.
		Residencias de protección para madres adolescentes (RPA) y Residencias de protección para madres adolescentes con programa especializado adosado (RMA)	Otorgan protección a adolescentes embarazadas y madres adolescentes, que presentan alguna situación de grave vulneración de derechos y que no pueden permanecer en un hogar de su red familiar debido a la vulnerabilidad en que se encuentran y/o existencia de condiciones inapropiadas para la estabilidad y desarrollo integral de ella y su hijo/a nacido o por nacer. Estos centros residenciales entregan protección inmediata contemplando provisión para satisfacer sus necesidades básicas diarias, buen trato, educación y salud y al mismo tiempo intervención psicossocial dirigida a la resignificación de la situación de vulneración, al fortalecimiento de las competencias parentales de crianza de la adolescente y su hijo/a y de los adultos relacionados de su familia de origen, junto con la gestión intersectorial de redes comunitarias en el ámbito local.
		Residencias de protección para mayores (RPM) y Residencias de protección para mayores con programa especializado adosado (REM/PER)	Brindar protección a niños, niñas o adolescentes entre 06 a 17 años 11 meses y 29 días ingresados con medida de protección judicial en razón de graves vulneraciones de derechos, por las cuales han debido ser separados temporalmente de su núcleo familiar. Son también sujetos de atención las familias o adultos de referencia de los niños, niñas y adolescentes, con quienes la residencia desarrolla procesos de intervención a favor del egreso.
		Residencias especializadas para mayores con programa especializado adosado (RSP/PER)	Brindar atención a pre-adolescentes, adolescentes y jóvenes entre 12 a 18 años, que requieren intervención especializada, debido a las consecuencias prolongadas, en el desarrollo social, físico, afectivo, sexual, cognitivo y conductual, de graves vulneraciones de derechos tales como negligencia grave, explotación sexual, situación de vida en la calle, drogadicción, conductas disruptivas y trasgresoras del entorno socio-familiar (inimputables). El adolescente de esta modalidad de atención participa de una serie de prácticas entrelazadas en contextos sociales y culturales caracterizados por distintas manifestaciones de exclusión o integración social precaria, que resultan en una exposición permanente a situaciones de riesgo y desprotección. Si bien el adolescente se configura como el sujeto de atención directa, la intervención también está dirigida a la familia biológica o quienes puedan asumir el rol protector para el proceso de reinserción familiar, acompañamiento o egreso.

	UNIDAD / PROGRAMA	INTERVENCIÓN	OBJETIVOS DE LA INTERVENCIÓN
SERVICIO NACIONAL DE MENORES - SENAME	Centros de Cuidado Alternativos Residencial de Organismos Colaboradores Acreditados, administradas por privados	Residencias para lactantes y pre-escolares (RPP) y Residencias de protección para lactantes y preescolares con programa adosado de intervención residencial (RLP/PER)	Otorgar protección a niños y niñas de 0 a 5 años 11 meses y 29 días, víctimas de graves vulneraciones de derechos como negligencia grave, maltrato grave, abandono o por situaciones que conlleven a la cesión voluntaria de los padres/madres biológicas, lo que se desencadena en una separación temporal de su núcleo familiar de origen, mediante una orden judicial. Estos centros deben recibir preferentemente niños/as a partir de los 04 años hasta 06 años de forma de evitar internación de lactantes y niños menores de 03 años por los efectos dañinos de la internación, los cuales deben orientarse hacia cuidado alternativo familiar en Programas de Familias de Acogida (FAE).
		Residencias para niños/as con discapacidad discreta o moderada (RDD)	Brindar protección a niños, niñas y adolescentes con discapacidad mental discreta o moderada, en situación de vulneración grave de derechos, menores de 18 años, que han debido ser separados de su núcleo familiar de origen por razones de negligencia o violencia y que presentan discapacidad intelectual, sensorial o física. Si bien el niño, niña o adolescente se configura como el sujeto de atención directa, la familia biológica o quienes asuman el rol protector para el proceso de reinserción familiar o de mantención de vínculos, también constituyen sujetos de atención de esta línea programática.
		Residencias para NNA con discapacidad mental grave o profunda (RDG) y para NNA con discapacidad mental grave o profunda con programa adosado para la intervención residencial (RAD/PER)	Brindar protección a niños, niñas y adolescentes menores de 18 años, en situación de vulneración grave de derechos y que podrán permanecer hasta los 24 años, dada su condición de discapacidad intelectual, sensorial o física profunda y vulnerabilidad, que han sido separados de su familia de origen, a través de una medida judicial de protección, debido a situaciones graves de desprotección que afectan su bienestar y desarrollo, de forma de cautelar de manera transitoria su seguridad física y emocional, mientras se define su estabilización familiar, ya sea orientada a la reinserción en la familia biológica, adoptiva o de acogida permanente, o en su defecto, mantención o búsqueda de referentes afectivos estables.
		Residencias de protección para madres adolescentes (RPA) y para madres adolescentes con programa especializado adosado (RMA)	Brindar protección a adolescentes embarazadas o madres menores de 18 años, en situación de grave vulneración de derechos y a sus hijos/as en gestación o nacidos, quienes por la situación de su madre pueden ver afectado su desarrollo integral. Así, el niño en gestación o nacido junto a su madre, son sujetos que requieren el necesario resguardo del período de gestación, lactancia materna y fortalecimiento del vínculo materno-filial. De forma prioritaria, estas residencias deben atender aquellas madres adolescentes o adolescentes embarazadas en desprotección por encontrarse en situación de calle, con consumo de drogas, en explotación sexual o situaciones de maltrato y negligencia que no cuentan con adultos protectores.
	OPD	Oficinas de Protección de Derechos	Contribuir a la instalación de Sistemas Locales de Protección de Derechos que permitan prevenir y dar respuesta oportuna a situaciones de vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes a través de la articulación efectiva de actores presentes en el territorio como garantes de derechos, el fortalecimiento de las familias en el ejercicio de su rol parental, como de la participación sustantiva de las niñas, niños y adolescentes, familias y comunidad.

	UNIDAD / PROGRAMA	INTERVENCIÓN	OBJETIVOS DE LA INTERVENCIÓN
SERVICIO NACIONAL DE MENORES - SENAME	PEE	Programa de Protección en Explotación Sexual Comercial Infantil (PEE)	Contribuir a garantizar la protección de niños, niñas y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial para el pleno ejercicio de sus derechos y desarrollo integral. Entre sus objetivos específicos considera: - Interrumpir la situación de explotación sexual comercial de la que son víctimas los niños, niñas y adolescentes usuarios del programa. - Reparar el daño psicosocial de los niños, niñas y adolescentes en situación de explotación sexual comercial.
	PEC	Programas especializados con NNA	Contribuir a poner término a la situación de vida de y en la calle de niños, niñas y adolescentes, adoptando medidas que aseguren la protección y bienestar por parte de familiares o adultos responsables.
	PAS	Programa Especializado en Intervención con Adolescentes que presentan conductas abusivas de carácter sexual	Asegurar la interrupción permanente de conductas abusivas de carácter sexual que presentan adolescentes, a través de la elaboración de dichos actos, el fortalecimiento de factores protectores y la resignificación de las experiencias de grave vulneración de derechos vivenciadas.
	PIE	Programa de Intervención Especializada	Contribuir a la reparación del daño ocasionado a niños, niñas y adolescentes víctimas de negligencia grave, abandono y explotación, favoreciendo la integración familiar y social, logrando como resultado la interrupción de sintomatología y/o de conductas que transgreden derechos de otras personas.
	PRJ	Programas de Representación Jurídica	Facilitar el acceso a la justicia a los niños, niñas y adolescentes víctimas de vulneraciones de derechos, sean éstas constitutivas o no de delito, mediante la representación jurídica de los mismos ante Tribunales de Familia, Tribunales con competencia en lo penal y Tribunales Superiores de Justicia, según corresponda, y mediante la asesoría legal a programas de cuidado alternativo de SENAME.
	PRM	Programa de Reparación en Maltrato y Abuso Sexual Grave	Contribuir al proceso reparatorio del niño, niña o adolescente que ha sufrido maltrato físico o psicológico grave, constitutivo de delito, y/o agresión sexual infantil, buscando la disminución de la sintomatología a nivel físico, emocional y conductual.

	UNIDAD / PROGRAMA	INTERVENCIÓN	OBJETIVOS DE LA INTERVENCIÓN
MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA	Programa de Apoyo a Víctimas	Servicio de Orientación e Información (SOI)	Otorgar orientación e información de carácter contingente y especializado en los ámbitos: psicológico social y jurídico, de manera telefónica o presencial (Punto Atención), mediante una intervención telefónica a personas víctimas de delitos violentos, por medio de un/a profesional capacitado en el área.
		Servicio de Intervención Inmediata (SIIN)	Brindar una intervención en crisis de primera respuesta entregando primeros auxilios psicológicos a personas afectadas por un hecho delictual en el sitio del suceso. Para esto, el servicio se configura en una modalidad de funcionamiento 24/7, pudiendo ejecutar acciones presenciales como telefónicas. La intervención puede ser cerrada en el sitio del suceso con la víctima, o bien, realizarse una derivación asistida a los servicios que sean pertinentes (del Programa o bien de la Red).
	Programa de Apoyo a Víctimas	Casos de Conmoción Pública (CCP)	Entregar orientación e información en crisis, dando cuenta de la oferta institucional del Programa. Este servicio es realizado en duplas psico-sociales cuya intervención es de tipo contingente y especializado, en casos identificados en prensa o por requerimiento de la autoridad, que generan alto impacto mediático en la población.
	Programa de Apoyo a Víctimas	Centros de Apoyo a Víctimas	Brindar una atención presencial integral, especializada y progresiva en los ámbitos psicológico, social y jurídico a las víctimas de delitos violentos para favorecer que éstas superen las consecuencias negativas de la victimización profundizando en la reparación del daño, por medio de una atención presencial, integral y especializada post crisis.
		Entrevista Video Grabada	Prevenir la victimización secundaria, ejerciendo acciones (entrevista e intermediación) que regulan la interacción, trato, participación y diligencias con niños, niñas y/o adolescentes víctimas y/o testigos de los delitos contemplados en la Ley 21.057.

	UNIDAD / PROGRAMA	INTERVENCIÓN	OBJETIVOS DE LA INTERVENCIÓN
SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER Y LA EQUIDAD DE GÉNERO	Programa de Atención, Protección y Reparación en violencia contra las mujeres	Centros de la Mujer	Brinda atención especializada con enfoque de género y derechos humanos entregando orientación e información en violencia a todas las mujeres, independiente de su condición económica, educacional, social, etc. Contribuye en el ámbito local a disminuir la violencia contra las mujeres en su diversidad, a través de acciones de atención, protección y prevención, considerando la articulación, coordinación y derivación a redes que permitan generar una respuesta interinstitucional oportuna y asistida en el territorio.
		Casas de Acogida	Brindar protección, seguridad y atención psicosociolegal a mujeres mayores de 18 años, víctimas de violencia grave / vital en contexto de pareja o ex pareja, con o sin hijas e hijos, cuya situación de riesgo es de carácter grave o vital producto de la violencia que ha vivido por parte de su actual o anterior pareja, mediante una atención residencial temporal de calidad.
		Centro de hombres que ejercen violencia	Brindar atención re educativa desde el enfoque de género a hombres mayores de 18 años, que han ejercido violencia contra sus parejas o ex parejas y que cuentan con la motivación de iniciar un proceso reflexivo de los aprendizajes culturales respecto al ejercicio de la violencia.
	Programa de Atención, Protección y Reparación en violencia contra las mujeres	Servicio de Atención Telefónica y Telemático	Otorgar orientación, información y primera atención en crisis en violencia de género. Si bien es un servicio de acceso universal dirigido a personas mayores de 18 años, a través de una llamada telefónica al número 1455, está especialmente orientado a mujeres que viven o han vivido algún tipo de violencia
		Representación Jurídica en violencia extrema (femicidios consumados y frustrados)	Servicio dirigido a las víctimas directas (mujeres) y/o colaterales (familiares) a través de la derivación del Circuito Intersectorial de Femicidios a través de la calificación de casos de femicidios se realiza la activación inmediata del contacto con las víctimas. Se brinda representación judicial y articulación de la respuesta psicosocial a través de la red interna de SERNAMEG y/o externa, con instituciones integrantes del circuito de femicidio.
		Centro de Reparación en Violencia Sexual	Brindar atención a mujeres mayores de 18 años, víctimas/sobrevivientes de violencia sexual perpetrada por conocidos y/o desconocidos, a quienes se les brinda atención psicosocial terapéutica reparatoria especializada en enfoque de derechos y la representación jurídica penal en violencia sexual.
		Casa de Acogida a Mujeres Víctimas de Trata de Personas y Migrantes en situación de explotación	Asegurar la protección de las mujeres víctimas del delito de trata de personas o migrantes en situación de explotación laboral o sexual, mayores de 18 años, con o sin hijos o hijas, mediante una atención residencial temporal de calidad.

	UNIDAD / PROGRAMA	INTERVENCIÓN	OBJETIVOS DE LA INTERVENCIÓN
SERVICIO NACIONAL DEL ADULTO MAYOR	Programa Buen Trato		<p>Contribuir al reconocimiento, promoción y ejercicio de los derechos de las personas mayores, víctimas de violencia intrafamiliar, maltrato y abandono, a través de la promoción del buen trato y la asesoría y coordinación con las redes regionales y locales.</p> <p>Se espera que con la intervención de estos casos se ponga término a los hechos de violencia y/o vulneración que los afecta, a través de las gestiones que realiza la red local favoreciendo que la persona mayor quede en un ambiente protegido.</p>
	Defensor Mayor		Facilitar el acceso de los adultos mayores a orientación legal y de justicia, por parte de SENAMA, mediante la coordinación y articulación que se realice desde el ámbito legal que permita avanzar en el abordaje de sus demandas, tales como situaciones de abandono de parte de su red familiar o significativa, hechos vulneratorios en centros donde se otorguen cuidados, ya sean públicos, privados, fundaciones, situaciones de discriminación en la vejez, violencia intrafamiliar, teniendo presente siempre como premisa fundamental en la atención, los principios de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.
	Residencias	Residencias - ELEM	Brindar acogida en una vivienda colectiva, de forma permanente o temporal a personas mayores con dependencia física y/o cognitiva preferentemente moderado o severo que aun cuando viven con familiares no cuentan con el apoyo que requieren; o personas mayores que se encuentran en situación de maltrato, con el propósito de terminar con la situación de vulnerabilidad que les afecta, generando, además, una serie de acciones con un enfoque de atención centrado en la persona.
	Residencias	CONAPRAN	<p>Mejorar la calidad de vida de los adultos mayores de escasos recursos en condiciones de vulnerabilidad social en el ámbito nacional, esto mediante la entrega de un ambiente de protección social y respeto a sus derechos acompañado de un servicio de atención integral.</p> <p>Esta prestación está dirigida a Personas Mayores en situación de maltrato definidas por profesionales del Programa de Buen Trato al Adulto Mayor de SENAMA y/o derivaciones de Tribunales de Justicia y/o Ministerio Público.</p>
SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD	Programa Tránsito a la vida independiente		<p>Personas entre los 18 y 59 años, con discapacidad y dependencia, con el objeto de que transiten hacia una vida independiente.</p> <p>El programa tiene tres modalidades de financiamiento a las que las personas con discapacidad pueden postular:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Individual: Modalidad que entrega servicio de apoyos y adaptaciones del entorno que favorezcan el tránsito a la vida independiente de personas con discapacidad y dependencia, en cualquier grado, entre 18 y 59 años. • Colectiva: Modalidad enfocada en organizaciones públicas o privadas, sin fines de lucro, que financia servicios de apoyo y adaptaciones del entorno que promuevan el tránsito a la vida independiente de personas con discapacidad y dependencia entre 18 y 59 años. • Capacitación: Respecto de esta modalidad, se financian acciones de capacitación con cobertura nacional, a personas con discapacidad, de entre 18 y 59 años, sus asistentes, familiares, equipos de atención y/u otros actores relevantes, realizadas por organizaciones públicas o privadas, sin fines de lucro.

	UNIDAD / PROGRAMA	INTERVENCIÓN	OBJETIVOS DE LA INTERVENCIÓN
SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD	Residencias		<p>Iniciar gradualmente la transición de adultos/as con discapacidad que se encuentran en residencias de SENAME a modelos de intervención de responsabilidad de SENADIS, asegurando con ello una atención pertinente a las necesidades que presentan estos/as usuarios/as, que difieren de los requerimientos de niños, niñas y adolescentes.</p> <p>A partir de lo anterior, las personas con discapacidad, entre 18 y 59 años, que viven en residencias de la red SENAME participan como adultos en la sociedad, mediante la generación de un modelo de atención integral acorde a sus necesidades.</p>
	Programa de Acceso a la Justicia		<p>Contribuir a la construcción de una gestión inclusiva que permita a las personas con discapacidad acceder a la justicia en igualdad de condiciones respecto del resto de la población. Lo anterior a través de dos componentes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Brindar asesoría jurídica, representación judicial y resolución alternativa de conflictos, en casos de discriminación y vulneración de derechos. Para lo anterior, SENADIS suscribe convenios de colaboración y transferencia de recursos con instituciones que otorgan asesoría jurídica gratuita para que contraten a un/a abogado/a por cada región que puede brindar asesoría especializada en la materia. • Capacitación a instituciones en materias relativas a derechos humanos de las personas con discapacidad para que adopten un enfoque inclusivo y, por ende, prevenir que éstas mantengan conductas discriminatorias o vulneratorias respecto de este grupo de la población.
	Programa de Atención Temprana		<p>Reducir las barreras de inclusión social de niños y niñas con discapacidad menores de 6 años que asisten a establecimientos de educación inicial que reciben subvención del Estado. La intervención consiste en formar y capacitar a los equipos educativos de los jardines infantiles, así como también proporcionar las ayudas técnicas necesarias.</p>

(Fuente: Elaboración propia a partir de los contenidos del Informe Final Descripción de la Oferta en Materia de Atención y Protección a Víctimas de Delitos)

Cabe señalar que en la columna *Objetivos de la intervención* de la tabla anterior, se optó por presentar la información de la forma más literal posible a la entregada por las instituciones en el instrumento de levantamiento de información aplicado para la elaboración del mencionado informe, razón por la que, aun cuando el objetivo de prevenir la victimización secundaria está presente en la totalidad de los programas y/o servicios detallados, dicho objetivo no siempre se aprecia explícitamente en el contenido de dicha columna.

4. Prevención de la victimización secundaria

La victimización secundaria es un fenómeno que no siempre es propio de una institución en particular, sino que, en diversas ocasiones, puede surgir como resultado de la actuación interrelacionada y

sistémica de diferentes instituciones que intervienen con víctimas de delitos. Por ello, uno de los mayores desafíos para las instituciones que forman parte de la Red de Asistencia a Víctimas es realizar un trabajo articulado y colaborativo especialmente enfocado en prevenir su ocurrencia.

Un elemento central del diseño de todo programa, servicio y política pública es su capacidad de dar respuesta con la flexibilidad necesaria para incorporar las diferentes dimensiones del problema, facilitando la superación de éste por parte de la víctima y, articulando en conjunto con las otras instituciones o servicios, las respuestas que requiere. Sin embargo, dada la diversidad de variables que intervienen en los fenómenos de victimización, cabe preguntarse si los programas, servicios o instituciones que brindan atención a víctimas de delito logran cumplir el objetivo de prevenir la victimización secundaria.

Para analizar con mayor profundidad la pregunta anterior, en primer lugar se revisarán las orientaciones técnicas de los Programas de Protección Especializada en Maltrato y Abuso Sexual Grave (PRM) del SENAME que intervienen con niños, niñas y adolescentes incorporando una mirada a la coordinación interinstitucional y a los procedimientos de derivación existentes. En segundo lugar, se revisarán algunos desafíos que implica para el Ministerio Público, como Órgano del Estado, la entrada en vigencia de la Ley 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, en materia de prevención de la victimización secundaria.

Revisión de las orientaciones técnicas de los Programas de Protección Especializada en Maltrato y Abuso Sexual Grave

Todo niño, niña y/o adolescente tiene derecho a que su bienestar prime por sobre todo otro tipo de consideraciones. De acuerdo a ello, en el caso que tenga la calidad de víctima de un delito que afecta su vida, integridad física, psíquica o su indemnidad sexual, tiene derecho a protección y a recibir atención especializada que promueva su recuperación. El anterior es un principio que guía el quehacer de la Red de Asistencia a Víctimas y, en ese contexto, existen diversos programas dependientes del SENAME y de sus organismos colaboradores, orientados a tal fin.

Específicamente, los Programas de Protección Especializada en Maltrato y Abuso Sexual Grave (PRM) del SENAME, en sus respectivos lineamientos técnicos son definidos como *“programas de protección especializados en la reparación del daño asociado a maltrato físico, psicológico y/o agresión sexual constitutivo de delito, ejercido en contra de un niño, niña y/o adolescente y centran su accionar en contribuir a la protección de los derechos de esos niños, niñas y adolescentes, promoviendo su recuperación integral (física, psicológica, social, sexual, emocional), que debe asegurar la interrupción del maltrato y proveer de contextos protectores en el proceso a través de una intervención especializada, de reparación y re significación de las experiencias abusivas que los ni-*

*ños, niñas y adolescentes han vivido”*¹³.

Centraré el análisis en las orientaciones contenidas en las bases técnicas emanadas del SENAME, que regulan las derivaciones de niños, niñas y adolescentes para efectos de reparación a los Programas de Protección Especializada en Maltrato y Abuso Sexual Grave (PRM). Es importante señalar que la elección de dichas orientaciones técnicas para el presente análisis es a modo ejemplar, es decir, fue necesario elegir un caso entre muchas opciones, para examinar cómo puede generarse victimización secundaria a partir del desempeño de una o más instituciones que intervienen de manera interrelacionada.

Específicamente, en lo relativo a las solicitudes de ingreso de un niño, niña o adolescente a los PRM, sus orientaciones técnicas, que tienen años de vigencia, establecen lo siguiente:

“Todo niño, niña o adolescente que haya sido víctima de maltrato constitutivo de delito o agresión sexual debe ser ingresado al proyecto, cuente o no con los informes periciales correspondientes. Ello responde al principio de resguardar el interés superior del niño o niña que ha sido gravemente vulnerado en sus derechos, otorgando una atención expedita.

Sin perjuicio de lo anterior, la solicitud de ingreso al programa debe ser por derivación formal realizada desde Fiscalías y/o Tribunales de Justicia, de las siguientes maneras:

- a.** *Por derivación del Tribunal de Familia, que es el órgano judicial competente para conocer de las medidas proteccionales y/o cautelares.*
- b.** *Por derivación del Ministerio Público, por vía directa o por intermedio del Tribunal de Familia. Si es por vía directa de la Fiscalía se debe solicitar la medida proteccional, en forma posterior al Tribunal de Familia correspondiente.*

¹³ SENAME. Orientaciones Técnicas. Línea Programas. Programas de Protección Especializada en Maltrato y Abuso Sexual Grave (PRM). Santiago, Chile, SENAME, 2015. Disponible en: https://www.sename.cl/wsename/p16_21-12-2018/2-ORIENTACIONES-TECNICAS-PRM.pdf [fecha de consulta: 27 de abril de 2020].

- c. *Excepcionalmente se abre la posibilidad que desde las Direcciones Regionales y red de SENAME, prioritariamente centros residenciales, bajo el enfoque de circuito de protección especializada, previa denuncia en Fiscalía, ingrese al proyecto algún niño, niña o adolescente, víctima de abuso sexual y/o maltrato grave, con la obligación posterior de solicitar la medida de protección pertinente en el Tribunal de Familia correspondiente, que formalice el desarrollo de la intervención dentro de un contexto judicial.*
- d. *En el caso de VIF, si es constitutivo de delito, eventualmente, puede derivar el Juzgado de Garantía y/o Ministerio Público. Con relación a maltrato psicológico puede derivar Tribunal de Familia o dirección regional de SENAME, previo requerimiento a Tribunales de Familia”¹⁴.*

Es posible interpretar que el propósito del SENAME con estas orientaciones es brindar protección efectiva a los niños, niñas y adolescentes, sin embargo, desde una mirada sistémica que involucra el conjunto de instituciones con las cuales un niño, niña o adolescente interactúa, estas orientaciones pueden convertirse en un procedimiento que produce o puede ocasionar victimización secundaria en las víctimas que intenta proteger.

En efecto, si nos detenemos en la letra “b) *Por derivación del Ministerio Público, por vía directa o por intermedio del Tribunal de Familia. Si es por vía directa de la Fiscalía se debe solicitar la medida protectora, en forma posterior al Tribunal de Familia correspondiente*”, es importante tener presente que existen situaciones en las cuales un niño, niña o adolescente requiere atención por parte del PRM y, en su caso, no resulta necesaria una derivación a Tribunales de Familia, ya sea porque existe un referente efectivamente protector para éste o porque en el hecho denunciado no están involucradas personas del entorno protector del niño, niña o adolescente, entre otras razones.

Sin embargo, dado el sentido imperativo de las mencionadas orientaciones técnicas, un niño, niña o adolescente derivado de forma directa por la Fis-

calía requiere siempre, para su ingreso a un PRM, que los antecedentes sean remitidos al respectivo Tribunal de Familia solicitando medidas de protección para éste, es decir, no cabe ninguna distinción para aquellos casos en que la víctima no necesita de la intervención de dicho Tribunal porque cuenta con red de apoyo protectora y/o se ha interrumpido la situación de riesgo.

En un levantamiento de información realizado en años anteriores con Jefes de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos (en adelante URAVIT), se pudo identificar que, en la eventualidad que una URAVIT no realizare tal derivación por considerarla revictimizante, son los equipos de los PRM los que envían directamente los antecedentes a los Tribunales de Familia, por encontrarse obligados a dar cumplimiento a las señaladas orientaciones. Es decir, dichas orientaciones obligan a generar causas en los Tribunales mencionados en algunos casos en los cuales no resultan necesarias, con el único propósito que un niño, niña o adolescente pueda acceder a atención reparatoria especializada.

Lo anterior, no sólo desvirtúa el objetivo y sentido de la normativa del artículo 80 bis de la Ley 19.968 que faculta a los Tribunales de Familia a otorgar medidas de protección a estas víctimas, sino que, puede producir una doble intervención con el niño, niña y/o adolescente, facilitando con ello, su exposición innecesaria a diversas formas de victimización secundaria.

No obstante, es probable que el hecho que los Tribunales de Familia tomen conocimiento de los casos que ingresan a los programas del SENAME favorezca a este Servicio, ya que le brinda un contexto de mayores garantías para el cumplimiento de sus objetivos de intervención, por ejemplo, si un niño, niña o adolescente requiere atención especializada pero es el familiar responsable quien no cumple con llevarlo a las atenciones, los Tribunales de Familia pueden obligar dicho cumplimiento, como asimismo pueden controlar la calidad de la intervención de los Programas y también pueden forzar la generación de un cupo de atención para un NNA cuando se requiere, a través de la facultad que les otorga el artículo 80 bis de la mencionada ley.

¹⁴ SENAME, ob. cit., págs. 7 – 8.

En consecuencia, si bien las orientaciones revisadas reflejan una preocupación por brindar una atención oportuna y efectiva, el análisis realizado nos muestra que al ser aplicadas de manera indistinta para todos los casos, pueden convertirse en una fuente de victimización secundaria para aquellos niños, niñas y adolescentes que cuentan con un grupo familiar o referente protector que puede darle la protección necesaria, dejando en evidencia un desafío, extensible a todas las instituciones que intervienen con víctimas, de revisar de forma constante sus procesos de trabajo, orientaciones y otros, a objeto de identificar de forma precisa, aquellos elementos que, como en el caso analizado, puedan producir este tipo de victimización para poder generar estrategias de mejora a fin de evitarla o mitigarla oportunamente.

Desafíos que conlleva la entrada en vigencia de la Ley N° 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género

La Ley N° 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género¹⁵ en su Artículo 3° señala que la garantía específica derivada de la identidad de género es que toda persona tiene derecho a ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género, una vez realizada la rectificación que regula esta ley y, en su Artículo 4°: Garantías asociadas al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género, establece que toda persona tiene derecho:

- a. Al reconocimiento y protección de la identidad y expresión de género.
- b. A ser reconocida e identificada conforme a su identidad y expresión de género en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo, en conformidad con lo dispuesto en esta ley.
- c. Al libre desarrollo de su persona, conforme a su identidad y expresión de género, permitiendo su mayor realización espiritual y material posible.

¹⁵ Chile, Ley N° 21.120 Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Diario Oficial del 10 de diciembre de 2018.

La experiencia de ser víctima de un delito para una persona transgénero puede ser distinta dependiendo de cada persona y del delito vivido. No obstante, las víctimas de violencia basada en el odio pueden experimentar un trauma y ansiedad extrema independiente de si ha habido violencia física contra ellas. A diferencia de un delito violento común, los delitos de odio afectan emocionalmente de manera muy profunda a las víctimas porque el motivo del ataque es su identidad o su personalidad¹⁶. La víctima puede perder la sensación de seguridad, sentirse indefensa y en constante peligro. En este contexto, la participación en un proceso penal es una fuente de estrés importante para ellas, ya que la discriminación que han sufrido a lo largo de su vida puede ser más extrema y dolorosa que los hechos que dan origen a una causa penal. En algunos casos, en la interacción que establecen con las instituciones, las víctimas transgénero pueden experimentar sensación de incredulidad por parte de los operadores, sensación de ser ignoradas, de ser objeto de excesiva burocratización, de sentirse cuestionadas por su expresión de género, entre otras manifestaciones de victimización secundaria.

Al analizar respuestas entregadas por usuarios transgénero en el contexto del estudio de medición de la satisfacción de usuarios que el Ministerio Público realiza, es posible identificar que algunos de ellos refieren experimentar manifestaciones de victimización secundaria en su interacción con la Fiscalía y con las policías, tales como: sensación de ser ignorados/as, no ser escuchados o no recibir respuesta a sus requerimientos de información relacionados con una causa, de ser objeto de excesiva burocratización, pérdida de tiempo, entre otros. Lo anterior, evidencia la necesidad de generar de manera urgente, orientaciones técnicas y capacitaciones a los agentes que realizan atención directa proporcionándoles herramientas que les permitan ejercer sus funciones con base en los estándares de Derecho Internacional de Derechos Humanos aplicados a la atención y protección de personas cuya orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género no son normativas.

¹⁶ JURCIC, Marco y cols., *Trabajar con víctimas de delito de odio anti-LGTB*. Universitat de Girona, España, 2018. Pág. 38.

En consecuencia, si bien las orientaciones revisadas en el primer caso reflejan una preocupación por brindar una atención oportuna y efectiva, el análisis realizado nos muestra que al ser aplicadas de manera indistinta para todos los casos, pueden convertirse en una fuente de victimización secundaria para aquellos niños, niñas y adolescentes que cuentan con un grupo familiar o referente protector que puede darle la protección necesaria. Por otra parte, en el segundo caso, la falta de orientaciones técnicas o de capacitaciones suficientes puede, de igual modo, convertirse en una fuente de victimización secundaria, afectando los derechos de las personas transgénero en su calidad de víctimas, testigos o usuarios en general en su interacción con el Ministerio Público.

Las dos situaciones presentadas, evidencian un desafío, extensible a todas las instituciones que intervienen con víctimas, de revisar de forma constante sus procesos de trabajo, orientaciones y otros, a objeto de identificar de forma precisa, aquellos elementos que puedan producir victimización secundaria, para de este modo generar estrategias de mejora efectivas a fin de evitarla o mitigarla oportunamente.

5. Comentarios finales

La victimización secundaria, como ya se ha mencionado, radica en la experiencia vivida por la víctima cuando se relaciona con prácticas que, instaladas como legítimas por las instituciones, repercuten de forma negativa en ella. Así, resulta necesario analizar los elementos expuestos a partir de un trabajo al interior de cada institución, como asimismo, entre las instituciones, con el objeto de revisar aquellos procedimientos u orientaciones que aún requieren ser mejorados en función de prevenir la victimización secundaria.

En consecuencia, el fortalecer como Ministerio Público un trabajo de revisión constante de sus procesos de trabajo, orientaciones y otros a objeto de identificar aquellos elementos que puedan producir victimización secundaria, como asimismo, de coordinación permanente con las instituciones

que intervienen con víctimas de delitos, es un desafío ineludible y permanente, que debería estar orientado a identificar los elementos, procedimientos o prácticas generadores de victimización secundaria que se producen en el contacto de las víctimas con nuestra institución, como también con aquellas con las que trabajamos coordinadamente para brindarles atención y protección y, a partir de su identificación, diseñar e implementar planes, estrategias y medidas para disminuir este tipo de victimización, que podrían incluir desde la capacitación a funcionarios y profesionales, hasta la definición de protocolos o procedimientos orientados a dicha prevención.

CAPÍTULO 2

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

PRIMERA CONDENA POR EL DELITO DE COHECHO A FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO

Yelica Lusic Nadal¹

I. INTRODUCCIÓN

El 17 de diciembre de 2018 quedó ejecutoriada la primera sentencia condenatoria dictada por un tribunal nacional respecto del delito de cohecho a funcionario público extranjero, actual artículo 251 bis del Código Penal, al rechazar la Excma. Corte Suprema un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado V.L.A.², quien recibió cinco penas de 41 días de prisión en su grado máximo, lo que hace un total de 205 días; más cinco penas de multa de \$600.000 (seiscientos mil pesos) lo que hace un total de \$3.000.000, y la pena única de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos temporales de 7 años y 1 día, como autor de cinco delitos reiterados de cohecho contemplado en el artículo 250 bis A del Código Penal en relación al artículo 248 bis del mismo cuerpo legal, figuras vigentes en los años 2007 y 2008.

Esta sentencia definitiva se pronunció luego de un largo periplo que incluyó la realización de dos juicios orales, el primero de ellos en junio de 2016, que declaró

la absolución del acusado³, lo que motivó la presentación de un recurso de nulidad por parte del Ministerio Público y del querellante particular, que fue acogido por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago⁴, lo que dio lugar a la realización de un nuevo juicio oral, también en el año 2016, en el que se pronunció sentencia condenatoria; resolución recurrida por la defensa que dedujo un recurso de nulidad ante la Excma. Corte Suprema, el que fue rechazado el 17 de diciembre de 2018, resolución posterior a otra, también adversa para la defensa, pronunciada por el Tribunal Constitucional, al que también había recurrido.

Con la finalidad de realizar un examen pormenorizado de estas resoluciones judiciales, las pasamos a revisar en orden cronológico.

Previo al examen de las resoluciones precisamos los hechos materia de la imputación penal.

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

² Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 94.972-2016, de fecha 17 de diciembre de 2018.

³ Sentencia del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC N° 0700091359-0, RIT N° 60-2016, de fecha 9 de junio de 2016.

⁴ Sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2271-2016, de fecha 16 de agosto de 2016.

II. HECHOS MATERIA DE LA ACUSACIÓN

Una descripción sucinta de los hechos expresa lo siguiente: En el contexto de la concreción de negocios relativos a la venta de armas y provisiones para las Fuerzas Armadas de Chile, un particular (V.L.A.) que se desempeñaba como Director de Proyectos de la empresa SERLOG -nombre de fantasía de la sociedad de Servicios Logísticos Limitada, firma dedicada básicamente a la intermediación de armas y provisiones para las Fuerzas Armadas chilenas-, a quien correspondía atender la relación de la empresa con el Ejército de Chile en consideración a su calidad de General de Ejército en retiro, tomó contacto con un funcionario público extranjero, que se desempeñaba en la Embajada de Corea en Chile, quien ejercía el cargo de Asesor del Agregado de Defensa de la Embajada de Corea en Chile, funcionario público internacional a quien correspondía, entre otras tareas, promover y ejecutar proyectos de las Fuerzas Armadas de Chile con empresas coreanas, razón que motivaba sirviera de intermediario entre las empresas coreanas y los agentes en Chile vinculados a las Fuerzas Armadas, uno de los cuales era precisamente la empresa SERLOG.

En ese contexto, durante el año 2005, con ocasión de diversas licitaciones que se desarrollarían a futuro, se presenta la posibilidad de concretar negocios entre empresas coreanas con la Armada y con el Ejército de Chile. Por esa razón y con la finalidad de incentivar al funcionario público extranjero, para que en el desempeño de sus funciones propias, por una parte facilitara la obtención de representaciones de empresas coreanas por parte de la empresa SERLOG y además, por otra, facilitara la concreción de negocios específicos, el aludido Jefe de Proyectos de la empresa SERLOG, V.L.A., junto a otro imputado que fallece con anterioridad al juicio oral, G.I.O, ofrecen dar al funcionario público extranjero un beneficio económico consistente en el pago mensual de la suma de \$600.000 (seiscientos mil pesos).

El pago del beneficio económico se disimula mediante una supuesta prestación de servicios profesionales como abogado, por parte del cónyuge del

funcionario público extranjero, quien entrega boletas de honorarios por servicios inexistentes; pagos que totalizan la suma de \$29.400.000 (veintinueve millones cuatrocientos mil pesos), que se verifican desde el 29 de junio de 2005 hasta el 4 de agosto de 2009.

Los hechos así precisados son consignados de la siguiente forma en la acusación presentada por el Ministerio Público:

La empresa SERLOG (Servicios Logísticos Limitada es una empresa que fue de propiedad de don G.I.O., ya fallecido), se dedicaba básicamente a la intermediación de armas y provisiones para las Fuerzas Armadas Chilenas. En esta empresa el acusado V.L.A., desde el año 1999 desempeñaba funciones como Director de Proyectos, estando a su cargo la relación de la empresa con el Ejército de Chile atendida su calidad de General (R), teniendo la representación de dicha Sociedad ante el Ejército y contando con poderes bancarios suficientes para firmar documentos y cheques en representación de la empresa.

Don J.P.L, de nacionalidad coreana, comenzó a trabajar en la Embajada de Corea como Asesor del Agregado del Ministerio de Defensa el año 2001, y sus labores consistían entre otras en promover y ejecutar proyectos de las Fuerzas Armadas de Chile con empresas Coreanas. Dichas funciones públicas las desempeñó hasta el mes de mayo de 2008.

En su calidad de funcionario de la embajada, contactaba a agentes o representantes de empresas coreanas para favorecer sus negocios en Chile. Es así como hacía el contacto entre las empresas coreanas y los agentes en Chile. Uno de esos agentes era la empresa SERLOG (Servicios Logísticos Ltda.).

En ese contexto, durante el año 2005, surgió la posibilidad de que se concretaran negocios de empresas coreanas tanto con la Armada como con el Ejército de Chile en diversas licitaciones. Con el fin de incentivar a don J.P.L en el desempeño de las funciones propias para que, por una parte facilitara la obtención de representaciones de empresas coreanas por parte de SERLOG y por otra, facilitara la concreción de negocios específicos, a partir del día 29 de junio del

año 2005, G.I.O. y V.L.A., le pagaron mensualmente la suma de \$600.000 mensuales, mediante giros de cheques de la empresa SERLOG en la que ambos tenían facultades para girar cheques, los que se giraban a nombre de la abogada F.B.V., cónyuge de J.P.L., quienes para justificar la operación entregaban boletas por una supuesta prestación de servicios profesionales como abogada a SERLOG, por servicios que en realidad no se prestaban. Estos pagos se mantuvieron hasta el día 04 de agosto del año 2009, totalizando la suma de \$29.400.000.- en pagos indebidos a J.P.L. por parte de SERLOG.

De este modo, el imputado V.L.A. giró los siguientes cheques a F.B.V., por el soborno a J.P.L. que se describe, teniendo cabal conocimiento que dichos pagos eran indebidos:

1. Cheque número 1468637, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000, de fecha 28 de junio de 2007.
2. Cheque número 2107248, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000, de fecha 30 de julio de 2007.
3. Cheque número 2367487, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000, de fecha 30 de agosto de 2007.
4. Cheque número 2822772, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000, de fecha 28 de septiembre de 2007.
5. Cheque número 3067965, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000, de fecha 29 de octubre de 2007.
6. Cheque número 3402486, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000, de fecha 28 de noviembre de 2007.
7. Cheque número 3907134, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000, de fecha 26 de diciembre de 2007.
8. Cheque número 4880315, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000, de fecha 26 de marzo de 2008.
9. Cheque número 5651857, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000, de fecha 28 de mayo de 2008.
10. Cheque número 6249367, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000, de fecha 26 de junio de 2008.
11. Cheque número 6482295, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000, de fecha 29 de julio de 2008.
12. Cheque número 7040611, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000, de fecha 28 de agosto de 2008.
13. Cheque número 7387551, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000, de fecha 29 de septiembre de 2008.
14. Cheque número 7638724, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000, de fecha 30 de octubre de 2008.
15. Cheque número 8214547, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$500.000, de fecha 27 de noviembre de 2008.
16. Cheque número 8842818, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000, de fecha 28 de enero de 2009.
17. Cheque número 9361154, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.00, de fecha 24 de marzo de 2009.
18. Cheque número 0717695, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$1.800.000, de fecha 04 de agosto de 2009.

Con motivo de esa relación económica, en el curso del año 2006, G.I.O. y V.L.A. solicitaron a J.P.L. que averiguara si en Corea tenían equipos anti-minas para FAMAE, ante lo cual J.P.L. contactó a la empresa HANWHA como proveedor de esos equipos, y a su vez, puso en contacto a los ejecutivos de la empresa

con SERLOG. Posteriormente comenzaron las negociaciones de un futuro contrato entre la empresa HANWHA (que fue representada por SERLOG) y FAMA E.

Las labores de J.P.L. a cambio de estos honorarios, consistieron en coordinar todos los temas, hacer lobby y evaluar en que estaba la competencia, compuesta por un equipo alemán y otro americano. Acercaba posiciones, era el catalizador para que el negocio funcionara, sosteniendo reuniones en las oficinas de G.I.O., en la misma embajada. También participaba de comidas con personal del Ejército y se reunía periódicamente con G.I.O. y V.L.A.

Dentro de la embajada a él le correspondía promover y ejecutar los proyectos, como el de las máquinas “abrebrechas”, y reconoce haberse esforzado más por concretar ese negocio en particular, debido a los incentivos recibidos de parte de I..

Por su parte, la empresa SERLOG, a través de don G.I.O. y de su Director de Proyectos V.L.A., promocionaban a la empresa HANWHA frente al Ejército, atendido a que ganaría una comisión proporcional al monto total del contrato, si éste se concretaba, lo que finalmente sucedió con fecha 22 de julio de 2009, fecha en la que se celebró un contrato de compra por parte de FAMA E con la empresa HANWHA de un total de 27 cargas lineales K 472, 9 cargas lineales de práctica K 476, 27 motores cohetes K 128, 27 Motores cohetes K 129, 9 lanzadores K6 más flete por un valor total de US\$3.196.100.- transacción por la cual la empresa SERLOG obtuvo una comisión del 5% (cinco por ciento) del total.

De esta manera G.I.O. y el acusado V.L.A. pagaron un soborno, a través de la empresa SERLOG, al funcionario público coreano J.P.L., a cambio de que éste instara, en el desempeño de sus funciones, por la concreción de un negocio entre la empresa HANWHA y el Ejército de Chile, donde SERLOG recibió una comisión de aproximadamente 160 mil dólares.

En el marco de esta misma operación comercial con el Ejército y FAMA E, V.L.A. se concertó con el Oficial de Ejército (R) y acusado en esta causa, don A.R.P. quién había sido subordinado suyo en el Ejército, que había

sido recontratado como personal a contrata (PAC) en el Ejército de Chile y que tenía a partir del año 2007 el cargo de Jefe de Proyecto del proyecto llamado Coñaripe-Quiñe dependiente de la Dirección de Gestión y Desarrollo del Ejército (DIGDE), a fin de que éste le entregara permanente información y asesoría que le permitía a SERLOG estar en ventaja respecto a posibles competidores en las licitaciones o compras que el Ejército efectuó en el Proyecto Coñaripe-Quiñe. Entre las operaciones comerciales que le interesaban a SERLOG se encontraban al menos tres:

1. El Proyecto de Arados Abrebrechas en que SERLOG participaba representando a la marca Pearson Engineering.
2. El Proyecto de Abridores de Brechas con cordón explosivo, en los que SERLOG participaba a través de la empresa HANWHA.
3. El proyecto de iniciadores a distancia.

En el marco de la adjudicación de estos contratos el Jefe de Proyectos A.R.P. permanentemente entregó información y asesoría a V.L.A. referida a la competencia de SERLOG y a las decisiones que se adoptaban en el Comité Permanente del Ejército, entre otras. Así por ejemplo el día 30 de octubre de 2007 el imputado A.R.P. se comunicó telefónicamente con V.L.A. y le informó que el General P.O.M., Director de Gestión y Desarrollo del Ejército, había firmado un memo dirigido al Comandante en Jefe para que se autorizara un viaje de tres oficiales del Ejército a Corea para asistir a una exhibición del producto Miclic que iba a realizar la empresa HANWHA. Le informó asimismo que el General P.O.M.O. había hablado con el Jefe del Estado Mayor y que éste estaba de acuerdo y que la Carta de Invitación aún no la enviarían hasta que el Comandante en Jefe dé el visto bueno. Le informaron las personas que realizarían el viaje a Corea para la exhibición y que uno de ellos era el propio A.R.P. V.L.A. le consulta que cuándo se resuelven los contratos por parte del Ejército, a lo que A.R.P. le informa que el Comité Permanente de Adquisiciones (CPA) del Ejército lo resolvió el día de hoy. Se hace presente que el CPA es un Órgano integrado por el Jefe del Estado Mayor y otras altas autoridades militares que toma decisiones referidas a adquisiciones militares,

todas ellas con carácter de secreto. Le indica además respecto a los iniciadores a distancia que llamaran a SERLOG y a la competencia (lo que provoca la risa de V.L.A. contestándole que no había competencia), indicándole que el Comando de Ingenieros del Ejército (CINGE) había visto sus productos y los otros, que próximamente se llamaría a licitación privada a ellos y a la competencia hasta ese momento. Le indica que la DIGDE y FAMA E son las mismas personas que resuelven utilizando la expresión “somos los mismos duraznitos”. Le informa además que instaría porque los abridores de brechas no se liciten, con lo cual se adjudicaría directamente a la empresa que representa SERLOG, lo que efectivamente ocurrió.

Posteriormente, A.R.P. viajó a Corea a una exhibición de los productos de la empresa HANWHA y mantuvo permanentemente informado a V.L.A. y G.I.O. de la marcha de dicha exhibición, indicándoles que la informaría de manera favorable al igual que los otros dos oficiales que concurren a ella lo que efectivamente ocurrió.

Todas estas actividades desplegadas por el funcionario público A.R.P. que conllevan infracción a los deberes del cargo, especialmente a los deberes de probidad y reserva, significaron un beneficio económico solicitado por A.R.P. consistente en que en el viaje realizado a Corea por la comitiva chilena que era integrada por A.R.P. entre los días 02 y 08 de diciembre de 2007, A.R.P. solicitó a V.L.A. y a G.I.O. que el viaje de regreso desde Corea, que hacía escala en Frankfurt, se postergara hasta el día 11 de diciembre de 2007. Esta solicitud de beneficio económico fue consentida por G.I.O. y V.L.A., quienes gestionaron con HANWHA la solicitud, permitiéndole a A.R.P. permanecer 3 días adicionales en Europa, lo que implicó un cambio del ticket aéreo que conlleva un costo adicional que fue cubierto por la empresa HANWHA representada por SERLOG. El resto de la comitiva regresó el día 08 de diciembre de 2007 como estaba originalmente contemplado para todos.

La actividad desplegada por A.R.P. contribuyó a que SERLOG Limitada, efectivamente se adjudicara los contratos. En efecto, la empresa HANWHA representada por SERLOG, según se dijo, se adjudicó el proyecto Miclic por una suma total de US\$3.196.100.-,

según ya se indicó, descartándose la única otra opción que se analizó que fue la firma sudafricana DENEL, mientras el Proyecto de Arados Abre brechas o barreminas fue adjudicado a la empresa Pearson Engineering Limitada, representada por SERLOG Limitada en contrato suscrito con FAMA E con fecha 14 de julio de 2009 en que se adquirió por esta última para ser suministrado al Ejército de Chile 5 Arados de Minas, un juego de herramientas especiales y otros accesorios indicados en la cláusula segunda del contrato por un valor total de US\$2.941.928.-, siendo ésta la única opción que se analizó.

III. PRIMERA SENTENCIA DEL TERCER TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO (ABSOLUTORIA)

El 9 de junio de 2016, el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago pronuncia sentencia absolutoria respecto del acusado V.L.A., Director de Proyectos de la empresa SERLOG, acusado como autor de delitos reiterados de cohecho de funcionario público extranjero, al estimar que el Ministerio Público no pudo acreditar su participación en el delito imputado, como tampoco resultó acreditado el elemento subjetivo -dolo- de la conducta atribuida.

Precisa la sentencia que para adoptar su decisión excluyó del análisis y desestimó una prueba de audio ofrecida por el acusador -proveniente de interceptaciones telefónicas- al estimar que se trataba de un medio probatorio obtenido con infracción a las garantías fundamentales (garantía constitucional de inviolabilidad de las comunicaciones, consagrada en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de República) toda vez que, afirma el tribunal, las autorizaciones correspondientes se obtuvieron aduciendo la investigación de un delito de lavado de activos, figura penal que no fue objeto de la acusación fiscal, la que sólo se circunscribió a la atribución de responsabilidad respecto de delitos que no tenían asignada penas de crimen, como ocurre con los delitos de soborno doméstico y de soborno del funcionario público extranjero.

Lo anterior lleva a concluir al tribunal que se incumplen los requisitos del artículo 223 del Código Procesal Penal, motivando la exclusión de la ponderación de esa prueba, parecer consignado en los siguientes términos:

Considerando undécimo “[...] Que así las cosas, consta de los antecedentes incorporados a la audiencia, que en su oportunidad la interceptación telefónica fue autorizada por el Octavo Juzgado de Garantía, habiéndose justificado y fundamentado su procedencia, como también establecido el periodo de duración, ampliándose posteriormente dicha medida, y que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 276 del Código Procesal Penal, no fueron excluidas como medio probatorio en la audiencia preparatoria.

Que no obstante lo anterior, atendida la normativa aplicable a los hechos investigados y que fueran materia de la acusación, fluye claramente que ninguno de los delitos por los que se acusó a V.L.A., contemplan pena de crimen, por lo que no se cumple el requisito que establece el artículo 223 inciso final del Código Procesal Penal, lo que lleva a concluir necesariamente que de las escuchas cuestionadas no pudo hacerse uso en este procedimiento, razón por la que éstas no serán consideradas en este juicio, estimándose que si se procediera de una manera diversa se vulneraría efectivamente el derecho constitucionalmente protegido sobre la inviolabilidad de las comunicaciones establecido en el artículo 19 número 5 de la Constitución Política de la República.

Que a este respecto, el Tribunal no comparte la opinión del persecutor en cuanto a que los hechos de la acusación constituyen delitos sancionados con penas de crimen, la que se funda en las penas de inhabilitación que se contemplan por aplicación de lo dispuesto en los artículos 248 y 248 bis del Código Penal en relación con el artículo 250 del referido cuerpo de leyes, estimando que en este caso, aquellas no son accesorias.

Que siendo evidente que junto con establecerse las penas de reclusión, se instauran además penas privativas de otros derechos, que afectan la liber-

dad del condenado, pero no en su aspecto ambulatorio, sino que en lo que dice relación con la facultad de ejercitar ciertos derechos, desempeñar cargos o profesiones o ejecutar una determinada actividad, y, si bien el artículo 21 del Código Penal, señala como penas de crímenes la inhabilitación perpetua para cargos y oficios públicos, pena que contempla el artículo 248 bis, ambos del Código Penal, lo cierto es que tratándose de penas compuestas, este Tribunal estima que debe estarse a la pena privativa de libertad para determinar si el delito en cuestión contempla o no una pena de crimen, razón ésta por la que se ha desestimado la afirmación de la Fiscalía”.

Asimismo el tribunal concluye que no fue posible acreditar la participación que correspondía al acusado V.L.A. en los hechos imputados, como tampoco el dolo que requiere la concreción del delito, precisando:

Considerando Décimo Octavo “[...] cada uno de los pagos efectuados, a cambio de las gestiones que realizó J.P.L., originó la comisión de un nuevo delito de cohecho activo, y al haberse acreditado que V.L.A. firmó los nueve cheques ya referidos, durante los años 2007 y 2008, la Fiscalía no rindió prueba suficiente que permitiera acreditar que al firmarlos éste sabía que con ellos se estaba pagando a J.P.L.”.

Posteriormente aclara:

Considerando Décimo Octavo “[...] resulta evidente a la luz de la prueba incorporada, que muchas veces las actuaciones de J.P.L. se confundían, resultando difícil distinguir entre lo que es esperable y propio a las funciones que le correspondían como asistente en la Agregaduría, que el mismo funcionario describió en su declaración, con aquellas que realizaba como contrapartida al pago que recibía mensualmente desde SERLOG Limitada, y por ello no resulta extraño que en las oficinas de esta última personas distintas a G.I.O. o V.L.A. lo conocieran, pero a partir de esa reflexión, no es posible concluir un conocimiento del trato que existió, como pretende la Fiscalía.

V.L.A. firmó los cheques ya que tenía poder en el banco para ello, pero no era el dueño ni tenía participación en SERLOG Limitada. En la declaración de G.I.O. ante la Fiscalía, éste confirma que le pagaba \$2.000.000 mensuales. J.P.L. dijo que en relación a lo que percibía, todo lo conversó con G.I.O. y que de ello, además sabía G.S., sosteniendo que nunca tocó el tema con el imputado y jamás le pidió que apurara los pagos. F.B.V. dice sólo haber conocido a G.I.O., y, que en las contadas ocasiones en que fue a SERLOG, habló exclusivamente con G.S.. H.G.R. dijo que L. no estaba presente en reuniones que sostenían con G.I.O., J.T.V. y J.P.L.

Resulta así, que no hay un solo antecedente que permita establecer, o al menos inferir, que V.L.A. supiera que F.B.V. era la cónyuge de J.P.L., y a partir de ello, deducir un posible conocimiento del pago por los servicios de aquel.

A todo lo anterior se suma que los servicios que prestaba el funcionario público extranjero, no se relacionaban únicamente al proyecto del Miclic y HANWHA. Como ya se ha dicho, J.P.L. recomendó a G.I.O. con diferentes empresas coreanas entre ellas Nextone de LG en relación al sistema de protección portuaria en el área de la Defensa y con Kai, sin perjuicio de otras varias empresas coreanas respecto de las que se obtuvo la representación por G.I.O. o SERLOG. Finalmente y reforzando la convicción ya asentada, debe considerarse además que cuando J.P.L. decide retirarse de la Embajada, se lo comunica a G.I.O., a P.B.E. y a J.T.V., nada le dice a V.L.A.

Que, entonces, el cúmulo de antecedentes que fueron introducidos al juicio, no resultan suficientes para acreditar el conocimiento y el dolo directo de V.L.A., como pretende el persecutor y el querellante, razón por la que necesariamente corresponde absolverlo en relación al primer hecho que le fuere imputado”.

No obstante esta decisión absolutoria, el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago desestima alegaciones de la defensa que decían relación con lo siguiente:

i. La derogación del tipo penal materia de la acusación, antiguo artículo 250 bis A

Al respecto, se precisa por el tribunal:

Considerando Duodécimo “[...] como se indicó en el veredicto, en la especie no existió solución de continuidad, entre la ley 19.829 que agrega los artículo 250 bis A y bis B y la Ley 20.34, que junto con derogarlos agregó un nuevo párrafo (9 bis) denominado cohecho de funcionarios públicos extranjeros, intercalando los nuevos artículos 251 bis y ter; resultando la nueva ley más desfavorable al acusado, por lo que conforme lo dispone el artículo 18 del Código Penal, se debe aplicar preteractivamente la ley penal derogada”.

Para luego concluir:

Considerando Duodécimo “[...] fluye la existencia de una continuidad normativa de la ley derogada, pues el alcance del precepto derogado, se encuentra comprendido dentro del alcance del precepto vigente, y la nueva ley sanciona la misma conducta que la anterior, reproduciéndose íntegramente los verbos rectores que tipifican el delito, lo que no es compatible con la exclusión de la norma penal como postula la defensa, apoyada en una atipicidad de la conducta atribuida al acusado”.

ii. La excepción de prescripción alegada

Aclara el tribunal que al enfrentar un delito sancionado con penas compuestas de simple delito, de suspensión o de inhabilitación, debe estarse a lo dispuesto por el artículo 94 del Código Penal y considerar para efectos de la prescripción la pena de simple delito, concluyendo que el plazo de prescripción es uno de 5 años. Planteamiento que lo lleva a concluir:

Considerando Décimo Tercero: “[...] se ha establecido que el último pago que se habría efectuado a J.P.L. lo habría sido mediante cheque se fecha el 28 de mayo de 2008, no ha transcurrido el plazo alegado por el

defensor para declarar la prescripción, toda vez que éste continuamente se interrumpió al haberse cometido nuevos ilícitos, esto es, cada vez que se pagó por los servicios a J.P.L. debiendo por tanto, rechazarse la solicitud de prescripción formulada por su defensa”.

iii. La falta de congruencia

Se desestima esta alegación al fundarse en una disparidad entre los hechos materia de la formalización y aquéllos que se incorporan en la acusación, parecer que, conforme al artículo 341 del Código Procesal Penal, debería ser rechazado ya que la congruencia debe presentarse entre los hechos materia de la acusación y los que recoge la sentencia⁵.

Otros aspectos de interés de esta sentencia están vinculados a la circunstancia de tener por acreditado el carácter de funcionario público extranjero del funcionario que se desempeñaba en la embajada de Corea, lo que se acredita conforme a la prueba testimonial acompañada por el órgano persecutor, precisando el tribunal frente a una propuesta del caso de la defensa:

Considerando Décimo Quinto “[...] para ser funcionario público no se requiere una acreditación diplomática en los términos pretendidos por la Defensa, quien pareció homologar la calidad funcionario público extranjero a las de un funcionario diplomático. Pues, la función diplomática constituye un estatuto jurídico distinto y más específico que el de los funcionarios públicos, de modo que puede sostenerse que a todo funcionario diplomático le asiste la investidura de funcionario público del país que representa, pero no todo funcionario público alcanza la investidura de diplomático de su país de origen”.

De igual forma la sentencia revisada aclara que los pagos realizados al funcionario público extranjero tenían por finalidad la promoción de la empresa SERLOG Limitada ante las empresas coreanas de

⁵ Considerando décimo cuarto de la sentencia del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC N° 0700091359-0, RIT N° 60-2016, de fecha 9 de junio de 2016.

manera que ella obtuviera la representación de esas empresas y de esa forma participara en los distintos procesos de adquisición de armamento y pertrechos militares que fueran requeridos por las distintas ramas de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, según lo precisa su considerando séptimo⁶.

IV. SENTENCIA DE LA ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO QUE ACOGE EL RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO

Ante la decisión adversa del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, tanto el Ministerio Público como el querellante particular presentan recursos de nulidad, los que se conocieron por la Duodécima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago⁷, que con fecha 16 de agosto de 2016, decidió acoger parcial y únicamente el recurso presentado por el Ministerio Público, al estimar que existió, al momento de pronunciarse la sentencia, una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal), toda vez que al desestimarse la prueba de audio ofrecida por el acusador -proveniente de interceptaciones telefónicas- al concluir que se trataba de una prueba obtenida con infracción a las garantías fundamentales (ga-

⁶ Considerando séptimo de la sentencia del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC N° 0700091359-0, RIT N° 60-2016, de fecha 9 de junio de 2016, que señala: “Finalidad del pago a J.P.L. Que los pagos fueron orientados a obtener que J.P.L. no sólo sirviera de intermediario y traductor en las relaciones de SERLOG con la respectiva empresa coreana que representaba en Chile SERLOG Limitada, sino que además buscó que J.P.L., recomendara y posicionara de mejor manera a SERLOG Limitada en relación a otros eventuales representantes en Chile, y que de esta manera, fuera SERLOG Limitada la que obtuviera la representación de las referidas empresas, con la finalidad de participar en los distintos procesos de adquisición de armamentos y pertrechos militares que fueran requeridos por las distintas ramas de las Fuerzas Armadas y de Carabineros, se acreditó con los dichos de J.P.L., quien latamente describió su actuar, indicando haber realizado las mismas gestiones que le correspondían hacer por el cargo que ocupaba, señalando que aumentó la actividad con G.I.O., sin que tuviera la exclusividad, ya que era similar pero con un poco más de énfasis”.

⁷ Sentencia de la IlTma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2271-2016, de fecha 16 de agosto de 2016.

rantía de inviolabilidad de las comunicaciones), por tratarse de la persecución de un delito que no estaba sancionado con una pena de crimen, el tribunal incurrió en el vicio alegado; precisando a este respecto:

Considerando Cuarto: “En la especie, por ende, las sanciones de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados, según el artículo 248 bis inciso 1° del Código Penal, o la de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos perpetuas, conforme al inciso final del mismo precepto, son penas principales y, por lo tanto, deben ser consideradas en ese carácter como penas de crimen, para los efectos del inciso final del artículo 223 del Código Procesal Penal, toda vez que no dependen de la privativa de libertad para su aplicación”.

Asimismo la Iltrma. Corte advierte que el tribunal oral incurre dos veces en una errónea aplicación del derecho:

Considerando quinto: “[...] ya que -por una parte- desconoce el carácter autónomo de pena de crimen que tiene la inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados, en el delito que nos ocupa, prevista como tal en el citado artículo 21 del Código Punitivo y -en segundo término- le confiere a la misma sanción un sesgo secundario, residual o accesorio en relación a la pena privativa de libertad, condición que la pena restrictiva claramente no presenta en este caso, pues es sin duda pena principal, autónoma e independiente de aquella, contrariando la sentencia, de esa forma, lo dispuesto en los artículos 250 bis A, vigente a esa época, y 21, ambos del Código Penal, en relación con el artículo 223, inciso final, del Código Procesal Penal”.

Para luego precisar la forma como ese error de derecho influye en lo dispositivo del fallo:

Considerando sexto: “Que la influencia de esa doble errónea aplicación del derecho en lo dispositivo del fallo queda de manifiesto, ya que después de dar por sentado las sentenciadoras -en el motivo 11°- que se ha incurrido en una vulneración de la garantía cons-

titucional prevista en el numeral 5° del artículo 19 de la Carta Fundamental, lo que no es efectivo, omiten valorar las pruebas consistentes en escuchas telefónicas incorporadas en la audiencia, tal como la evidencia 98 (cinta 6 lado A pista 16.56; registro 750); evidencia 101 (registros 503, 945, 61, 609, 276, 501, 847 y 179; cinta 13 lado b pista 40’18) y evidencia 63, registro 537 pista 1719.04, vinculadas a la intervención de J.P.L. en el ilícito en comento”.

La decisión de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago concluye ordenando la celebración de un nuevo juicio oral por un tribunal no inhabilitado.

V. SEGUNDA SENTENCIA DEL TERCER TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO (CONDENATORIA)

Con fecha 18 de noviembre de 2016 se conoce la resolución del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, tribunal no inhabilitado, que conoce del nuevo juicio oral desarrollado por los hechos materia de la acusación, en el que se admite y valora la prueba proveniente de escuchas telefónicas válidamente obtenidas por el persecutor, decidiendo condenar al acusado V.L.A., Director de Proyectos de la empresa SERLOG, al estimar acreditada su participación como autor de cinco delitos reiterados de cohecho a funcionario público extranjero⁸.

El tribunal tiene por acreditados los siguientes hechos:

Considerando Noveno “Que el Ejército de Chile en noviembre de 2006 comunica a sus proveedores su intención de compra de un sistema de Abre Brechas, que era parte del Proyecto Coñaripe Quiñe, cuyo Jefe de Proyecto fue A.R.P., presentándose solo dos oferentes, DENEL, empresa Sudafricana, y HANWHA, empresa coreana.

La empresa coreana HANWHA era representada en Chile por Servicios Logísticos Limitada (SERLOG),

⁸ Sentencia del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC N° 070091359-0, RIT N° 60-2016, de fecha 18 de noviembre de 2016.

entidad de propiedad de G.I.O., fallecido, y en la que se desempeñaba como Jefe de Proyecto de la venta del sistema Abre Brechas, el general en retiro V.L.A., quien tenía la facultad de firmar cheques en representación de la empresa.

En esa misma época, J.P.L., de nacionalidad coreana, trabajaba como asesor del Agregado del Ministerio de Defensa de la Embajada de Corea en Chile, y sus labores consistían, entre otras en promover y ejecutar proyectos de las Fuerzas Armadas de Chile con empresas Coreanas, además de contactar a agentes o representantes de empresas coreanas para favorecer sus negocios en Chile. Es así como hacía el contacto entre las empresas coreanas y los agentes en Chile. Uno de esos agentes era la empresa SERLOG (Servicios Logísticos Ltda.) y una de las empresas coreanas era HANWHA, debiendo promover y ejecutar el proyecto de las máquinas "abrebrechas", funciones que desempeñó hasta el mes de mayo de 2008.

En ese contexto, y con el fin de incentivar a don J.P.L. en el desempeño de las funciones propias y para que facilitara la concreción de negocios específicos, V.L.A., desde junio de 2007 le pagó mensualmente la suma de \$600.000.- mediante giros de cheques de la empresa SERLOG, los que se giraban a nombre de la abogada F.B.V., cónyuge de J.P.L., quien entregaba boletas por una supuesta prestación de servicios profesionales como abogada a SERLOG, por servicios que en realidad no se prestaban.

De este modo, V.L.A. giró los siguientes cheques a F.B.V.:

- 1.- Cheque número 1468637, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000.-, de fecha 28 de junio de 2007.
- 2.- Cheque número 2107248, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000.-, de fecha 30 de julio de 2007.
- 3.- Cheque número 2367487, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000.-, de fecha 30 de agosto de 2007.
- 4.- Cheque número 2822772, de la cuenta Banco

Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000.-, de fecha 28 de septiembre de 2007.

5.- Cheque número 3067965, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000.-, de fecha 29 de octubre de 2007.

6.- Cheque número 3402486, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000.-, de fecha 28 de noviembre de 2007.

7.- Cheque número 3907134, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000.-, de fecha 26 de diciembre de 2007.

8.- Cheque número 4880315, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000.-, de fecha 26 de marzo de 2008.

9.- Cheque número 5651857, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000.-, de fecha 28 de mayo de 2008.

Asimismo se acreditó que, con posterioridad a mayo de 2006, cuando J.P.L. ya no era funcionario de la Agregaduría de Defensa de la Embajada de Defensa, emitió los siguientes cheques:

- 1.- Cheque número 6249367, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000.-, de fecha 26 de junio de 2008.
- 2.- Cheque número 6482295, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000.-, de fecha 29 de julio de 2008.
- 3.- Cheque número 7040611, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000.-, de fecha 28 de agosto de 2008.
- 4.- Cheque número 7387551, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000.-, de fecha 29 de septiembre de 2008.
- 5.- Cheque número 7638724, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000.-, de fecha 30 de octubre de 2008.

6.- Cheque número 8214547, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$500.000.-, de fecha 27 de noviembre de 2008.

7.- Cheque número 8842818, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.000.-, de fecha 28 de enero de 2009.

8.- Cheque número 9361154, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$600.00.-, de fecha 24 de marzo de 2009.

9.- Cheque número 0717695, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa SERLOG por \$1.800.000.-, de fecha 04 de agosto de 2009.

Con motivo de esa relación económica, en el curso del año 2006, J.P.L. contactó a la empresa HANWHA como proveedor de esos equipos con los ejecutivos de la empresa con SERLOG. Posteriormente comenzaron las negociaciones de un futuro contrato entre la empresa HANWHA (que fue representada por SERLOG) y FAMA E, en virtud del cual el 2 de diciembre de 2007 se realizó un viaje de presentación del sistema abre brechas coreano en cuya delegación estaba el Jefe del Proyecto del Ejército A.R.P. y en el año 2009, fecha en la que se celebró un contrato de compra por parte de FAMA E con la empresa HANWHA por la compra de los equipos.

Las labores de J.P.L. a cambio de estos honorarios, consistieron en coordinar todos los temas, hacer lobby y evaluar en que estaba la competencia. Acercaba posiciones, era el catalizador para que el negocio funcionara, sosteniendo reuniones en las oficinas de G.I.O. y se reunía con G.I.O. y V.L.A., instando, en el desempeño de sus funciones, por la concreción de un negocio entre la empresa HANWHA y el Ejército de Chile, donde SERLOG recibiría una comisión”.

Asimismo el tribunal se pronuncia sobre diversos aspectos, algunos no analizados por el fallo absolutorio anulado:

i. El bien jurídico protegido por el delito de soborno de funcionario público extranjero

Precisa el tribunal que la figura penal busca amparar el correcto desarrollo en las relaciones comerciales internacionales, y con ello, la leal competencia en las relaciones económicas internacionales:

Considerando Noveno: “[...] el bien jurídico protegido es amparar el correcto desarrollo de las relaciones comerciales internacionales, y con ello, la leal competencia en las relaciones económicas internacionales, lo que implica que la conducta de V.L.A. al pagar a J.P.L., para que éste, en el marco de las negociaciones entre SERLOG con la empresa HANWHA por la venta del sistema Abre Brechas “Miclic” al Ejército de Chile, ejecutara, a favor de SERLOG, y sin que supiera la Agregaduría y empresa HANWHA, coordinaciones para la concreción de un negocio -venta del sistema Miclic- al margen de los intereses de la empresa coreana, alteró la equivalencia de las condiciones en las transacciones internacionales desarrolladas entre SERLOG y su representada, generando ventajas indebidas para la Agencia Chilena al margen de las reglas del mercado [...]”.

ii. La finalidad de los pagos

Concluye el tribunal que la finalidad de los pagos decía relación con:

Considerando Noveno “[...] facilitar la concreción de la compra del sistema abre brechas, pero manteniendo una ventaja para la empresa SERLOG en su relaciones comerciales con la empresa coreana HANWHA, proveedora [...]”.

Lo que permite concluir al tribunal:

Considerando Noveno “[...] generó un desequilibrio a consecuencia de los sobornos reiterados, se le pagó a J.P.L. con el objeto de que éste obtuviera el mayor número de rebajas al margen de la realidad del mercado, ya que HANWHA era el único proveedor que cumplía con los requisitos para obtener la celebración del contrato de compra venta del sistema abre

brechas que comprendía el Proyecto Coñaripe Kiñe del Programa Centauro del Ejército de Chile”.

iii. Concepto de funcionario público extranjero

Aclara el tribunal que al incorporar el antiguo artículo 250 bis A la definición del concepto de funcionario público extranjero, incluyendo la mención a “cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero”, lo relevante para el legislador es que este funcionario desempeñe funciones públicas y no que detente un cargo en la Administración, lo que le permite desechar las alegaciones de la defensa en orden a que no se trataba de un empleado de la embajada de Corea; optando por una noción funcional del concepto de funcionario público extranjero, tal como se recoge por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y por la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, tal como se aprecia en el siguiente considerando:

Considerando Noveno “[...] el artículo 251 ter del Código Penal, que se expresa en los mismos términos que el anterior artículo 250 bis A, señala que es funcionario público extranjero, entre otros, “cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero”, significa que para el legislador, lo importante es que el sujeto desempeñe funciones públicas y no que detente un cargo en la Administración, de manera que en este punto, estas juezas desechar las alegaciones que pudiera haber efectuado la defensa por no ser empleado de la embajada, ya que es axiomático, como se dijo al razonar la prueba en el punto 3.1.- del motivo anterior, que P.L. desempeñó una función pública en los términos exigidos por la ley, compartiendo en este punto las alegaciones de las acusadoras en el sentido que este concepto funcional está recogido en el mismo sentido por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada por decreto N° 375 de 2006, del Ministerio de Relaciones Exteriores, artículo 2, números 1, 2 y 3, además de Convención para combatir el cohecho de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales, aprobada por Decreto N° 496 de 2001, artículo 1, del Ministerio de Relaciones Exteriores”.

iv. Actuar doloso por parte del acusado

El tribunal estima que el acusado actúa dolosamente ya que, probado que realizó nueve pagos consecutivos a nombre de SERGLOG a la cónyuge del funcionario público extranjero, con la intención de disimular el pago de los servicios prestados por éste, infiere:

Considerando Noveno: “[...] el acusado conocía el objeto de esos pagos, máxime si los mismos se extendieron por varios meses y en SERLOG se desempeñaban entre cinco a seis personas; ciertamente, pagos sin contraprestación de algún servicio, en una entidad con fines de lucro, supone de quien detenta la facultad de pago el conocimiento de por qué lo hace, ya que en el rol de pagador al interior de la empresa, no puede limitarse a resguardar solo intereses propios, en el sentido que existan fondos para no estar cometiendo un delito -giro doloso de cheques-, ya que su deber de empleado con poder de pago es verificar las razones de los mismos, en buenas cuentas, quien desarrolla una actividad altamente lucrativa, no puede aducir falta de control, de modo tal que la alegación de ignorancia del objeto de los mismos, como tesis alternativa de la defensa, debió haberse probado en juicio, lo que no aconteció, no bastando las convicciones de los abogados, ya que los jueces debemos pronunciarnos sobre elementos de prueba y sobre ellos hacer inferencias, como lo ordenan entre otros, los artículos 297, 340 y 342 del Código Procesal Penal”.

v. Alegación de prescripción

A este respecto señala el tribunal que la prescripción debe circunscribirse al hecho contenido en la acusación, delimitando su accionar a los hechos ocurridos en el año 2007 y no desde el año 2005, como plantea la defensa.

Considerando Décimo: “...existiendo escuchas telefónicas autorizadas hasta el 30 de mayo de 2008, que la formalización se materializó el 17 de octubre de 2012, habiendo transcurrido más de tres años entre dichas diligencias, y que el artículo 96 del Código Penal señala que “si se paraliza su prosecución por tres

años” continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido, atendida la pena asignada al delito, lo dispuesto en los artículos 94 y 95 de Código Penal, los delitos cometidos los días 28 de junio de 2007, 30 de julio de 2007, 30 de agosto de 2007 y 28 de septiembre de 2007, se encuentran prescritos, ya que transcurrieron más de cinco años desde su comisión”.

Por lo demás la sentencia plantea que la formalización no es la única forma de suspender el plazo de prescripción indicando:

Considerando Décimo: “Un ejemplo simple permite desvirtuar tal afirmación, la orden de detención, pues simplemente no resulta razonable sostener que quien no se presenta a una audiencia de formalización y se le despacha una orden de detención por incomparecencia, luego sostenga para efectos del artículo 233 que la formalización realizada, una vez detenido, se encuentre prescrita sin atender la evidente suspensión que la orden de detención significó. En el mismo sentido, la medida intrusiva otorgada de interceptación telefónica, como la orden de detención otorgada, suspende el plazo de prescripción, particularmente una escucha telefónica, cuyos requisitos son primos hermanos de una prisión preventiva, mucho más elevados que una orden de detención a lo que a presupuestos materiales se refiere. Sin embargo aquello no es predicable de las actividades hechas valer por el Fiscal, a saber, resolución judicial de 17 de septiembre de 2009 que autoriza alzar secreto bancario de L., que materializó el Oficio del Juzgado de Garantía que se envió a Miami, el documento 17.- oficio de Maestranza del Ejército y declaración del acusado como imputado el 24 de diciembre de 2011 en que presta declaración en fiscalía con su abogado defensor”.

vi. Supuesta infracción de garantías constitucionales

El tribunal también descarta esta alegación, derivada supuestamente de la inclusión de las escuchas telefónicas como medio de prueba y ponderación, manifestando:

Considerando Décimo “[...] no existe infracción de

garantía constitucional alguna, pues se cumplieron los estándares exigidos para la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 222 del Código Procesal Penal, se contaba con presupuestos materiales correctamente interpretados en su momento para investigar delitos que merecen pena de crimen, nada irregular hubo en su ejecución, de suerte que la afectación a la intimidad, que la hubo, pues precisamente eso implica toda medida intrusiva, la afectación de una garantía, ella fue con la cobertura legal que se prevé en el código y si la defensa no se hace cargo de explicar cuál presupuesto fáctico fue incumplido o erradamente interpretado y sólo realiza un discurso persuasorio carente de un contenido fáctico concreto del caso que se analiza, el tribunal oral no puede transformarse en un revisor de cuestiones que se encuentran razonablemente justificadas conforme a lo que se puede evaluar en la prueba rendida en juicio”.

vii. Media prescripción

Asimismo el tribunal acoge la alegación relativa a la concurrencia de la media prescripción respecto de los hechos materia de la acusación, y expresa:

Considerando Decimosegundo “[...] habida consideración a que los ilícitos se ejecutaron los días 28 de noviembre de 2007, el 26 de diciembre de 2007, el 26 de marzo de 2008 y el 28 de mayo de 2008- que la fecha de la formalización fue el 12 de octubre de 2012, y por lo mismo han pasado más de cuatro años entre ambos hitos, y que los delitos por los que se condenó al acusado L. tienen asignada la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, significa que ha transcurrido más de la mitad del tiempo de prescripción en los términos exigidos por el artículo 103 del Código Penal y por lo mismo procede su aplicación”.

VI. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE RECHAZA EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD INTENTADO POR LA DEFENSA

Ante esta decisión adversa, el 13 de diciembre de 2016 la defensa del ahora condenado V.L.A. recu-

re ante el Tribunal Constitucional planteando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 250 bis A y 250 bis B del Código Penal, en el contexto de la investigación seguida en contra de su defendido, causa que en esa época se encontraba en conocimiento de la Corte Suprema, al deducir un recurso de nulidad respecto de la sentencia que lo estimó responsable del delito de cohecho de funcionario público extranjero.

El recurso de inaplicabilidad se deduce invocando la vulneración al principio de legalidad, consagrado en el artículo 19 N° 3, inciso noveno en relación con los artículos 5°, inciso segundo, 6° y 7° de la Constitución Política de la República; afirmando vulnerado el *principio de taxatividad*, al contener el artículo 250 bis A del Código Penal un sinnúmero de posibilidades de realización, diversas entre sí; el *principio de congruencia*, al dictarse una condena por hechos no contenidos en la formalización de la investigación; al igual que el *derecho de defensa*, al impedir, la multiplicidad de hipótesis que contempla el tipo penal materia de imputación -250 bis A-, la realización de alegaciones sobre instituciones de relevancia, como son el régimen del error o los problemas de autoría y participación; para, finalmente, afirmar que se condenó a su defendido por hechos lícitos que formaban parte de su actividad laboral principal.

También alega que el citado artículo 250 bis A vulnera el *principio de culpabilidad* (consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República) al afirmar que presume de derecho la responsabilidad penal por construirse como un delito de intención trascendente, afirmando que el elemento subjetivo, plasmado en la proposición del delito, es suficiente para gobernar los actos posteriores que conforman la multiplicidad de hipótesis que contempla la figura penal; plantea asimismo la imposibilidad del desarrollo del error como excluyente de la responsabilidad criminal, relevando el defecto de la norma alegada al exigir la concurrencia de un funcionario público extranjero como elemento descriptivo del tipo penal, en circunstancia que se trata de uno normativo que debe resolverse conforme al derecho aplicable.

Advierte además el recurrente que el precepto aludido vulnera el *principio de proporcionalidad* de los

delitos y las penas; argumentando que la citada norma no describe suficientemente el núcleo del injusto prohibido y protege bienes jurídicos supra-individuales de naturaleza abstracta y ambigua.

Finalmente arguye a una supuesta vulneración a la prohibición de exceso, al aplicarse normas derogadas expresamente por la Ley N° 20.341, lo que determina que la conducta materia de la acusación, al suprimirse el delito, ha desaparecido; al efecto recuerda que el mandato constitucional impone la prohibición de aplicar la ley penal de forma retroactiva, lo que sólo se admite cuando se trata de normas que favorecen al afectado, situación que no concurre en el caso de su defendido.

Este recurso es admitido a tramitación por el Tribunal Constitucional, decretándose con fecha 20 de diciembre de 2016 la suspensión del procedimiento mientras se procede a su conocimiento; siendo luego declarado admisible el 10 de enero de 2017.

Posteriormente, con fecha 25 de septiembre de 2018, luego de las observaciones del querellante Consejo de Defensa del Estado y del Ministerio Público y de escuchar las alegaciones de todos los intervinientes, el Tribunal Constitucional resuelve rechazar el recurso de inaplicabilidad al entender encontrarse frente a un problema de atipicidad o de aplicación de la ley penal más favorable, aspecto que entiende “*corresponde conocer al juez de fondo, y que se encuentra fuera de la competencia de ese tribunal*”⁹.

Entre los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional para adoptar su decisión, pueden destacarse:

- i. En cuanto al **mandato de taxatividad o reserva legal**, se estima que el precepto impugnado “*cumple con la exigencia constitucional de contener el núcleo esencial de la conducta punible*”¹⁰.

⁹ Considerando vigésimo segundo de la sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, Rol N° 3293-16-INA, de fecha 25 de septiembre de 2018 [en línea]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente> [fecha de consulta: 15 de abril de 2020].

¹⁰ Considerando cuarto de la sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, Rol N° 3293-16-INA, de fecha 25 de septiembre de 2018.

- ii. Respecto de la existencia de **responsabilidad penal objetiva**, se advierte que los preceptos observados *“cumplen con la exigencia constitucional de describir el núcleo esencial del tipo penal respectivo”*¹¹.
- iii. En lo relativo a la **determinación de los delitos y penas** por parte de nuestro legislador, y la **alegación de la construcción de un delito formal o de mera actividad y la sanción de actos preparatorios**, se estima que corresponde al legislador determinar los delitos y las penas dentro del ámbito que fija la Constitución; para luego agregar que, *“no existe fundamento de naturaleza constitucional, en el libelo deducido, que pueda reconducirse a una garantía constitucional, que afecte la certeza jurídica, al tratarse de materias de competencia del juez de mérito o juez de fondo, careciendo esa magistratura de competencia para conocer y juzgar sobre ellas”*¹².
- iv. En lo relativo a las garantías constitucionales penales de **proporcionalidad, culpabilidad y legalidad** invocadas, así como la argumentación relativa al **bien jurídico protegido** por el tipo penal cuestionado, se precisa que son aspectos que se analizan y descarta su infracción por el tipo penal analizado, advirtiendo que dicha figura es un delito de infracción de deber, cuyo bien jurídico protegido implica afectar el nexo entre derechos-obligaciones con la Administración¹³⁻¹⁴.

11 Considerandos sexto y séptimo de la sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, Rol N° 3293-16-INA, de fecha 25 de septiembre de 2018.

12 Considerando noveno de la sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, Rol N° 3293-16-INA, de fecha 25 de septiembre de 2018.

13 Considerando vigésimo de la sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, Rol N° 3293-16-INA, de fecha 25 de septiembre de 2018.

14 Sentencia del Excelentísimo Tribunal Constitucional, de 25 de septiembre de 2018, Rol N° 3293-16-INA. Asimismo el considerando décimo noveno precisa en relación al bien jurídico protegido: *“Que la problemática del bien jurídico protegido en el delito de cohecho a funcionario público extranjero apunta a la protección de un bien jurídico determinado consistente en la tutela penal en el funcionamiento de la administración, es decir, pretender el correcto servicio que prestan las instituciones públicas a la ciudadanía, de forma tal de evitar actos de corrupción, que menoscaben la existencia misma de la Administración Pública. En el fondo es asegurar la transparencia de los entes públicos y la abstención de los particulares en cuanto a la realización de los actos de corrupción, evitando distorsionar la existencia del sistema regulatorio en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales”*.

VII. SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA QUE RECHAZA EL RECURSO DE NULIDAD DEDUCIDO POR DEFENSA DEL CONDENADO

El rechazo del recurso de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional permite a la Excma. Corte Suprema conocer del recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado, pronunciando el 17 de diciembre del 2018 su rechazo¹⁵, decisión que deja a firme la sentencia del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago que condenó a V.L.A. como autor de cinco delitos de cohecho de funcionario público extranjero, contemplados en el artículo 250 bis A del Código Penal en relación al artículo 248 bis del mismo cuerpo legal, vigentes en los años 2007 y 2008, imponiendo cinco penas de 41 días de prisión en su grado máximo, -lo que hace un total de 205 días-, más cinco penas de multa de \$600.000 -que hace un total de \$3.000.000-, y la pena única de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos temporales de 7 años y 1 día.

La sentencia del Excmo. Tribunal trata diversos aspectos de interés que se revisan a continuación.

i. Supuesta infracción al debido proceso por falta de congruencia entre los hechos formalizados y aquéllos materia de condena

La defensa reclamaba que la acusación, al igual que la sentencia condenatoria recurrida, habría incorporado hechos no formalizados; reclamo que se formuló teniendo presente que al momento de la formalización únicamente se individualizó el giro de 3 cheques; no obstante la acusación mencionó un total de 18 cheques, al igual que la condena.

En relación a este aspecto precisa la sentencia de la Excma. Corte Suprema:

Considerando Cuarto: “[...] la congruencia no es identidad gramatical, es una correspondencia entre los cargos y lo resolutivo del fallo que opera a favor

15 Sentencia de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 94.972-2016, de fecha 17 de diciembre de 2018.

de la defensa, para no ser condenado al margen de lo que postula la acusación, porque cuando ello ocurre la defensa queda inerme”. (SCS Rol N° 6247-14 de 12 de mayo de 2014)”.

Aclara la resolución de la Excma. Corte Suprema que en el caso concreto, tales límites no fueron sobrepasados, desde que la formalización ya comunicaba al imputado que los pagos al funcionario público se realizaron por un determinado monto, utilizando una modalidad precisa -el giro de cheques-, en un período de tiempo, también precisado; cumpliendo la formalización su finalidad de informar al imputado los hechos materia de la investigación seguida en su contra.

Precisa además que la enunciación de sólo tres cheques girados durante el año 2009 no puede entenderse como una limitación de la imputación a sólo ese año, ya que la misma formalización incorporó frases que permiten entender que existían otros cheques librados, así se expresó que “a partir de junio de 2005...” y también se precisó que “al menos” el imputado suscribió los tres cheques, lo que permite entender que existieron otros librados, documentos que se singularizaron en el transcurso de la investigación, acotándose en la acusación aquéllos que constituían el delito imputado¹⁶.

Advierte además el máximo tribunal que la causal invocada no contiene una fundamentación del agravio reclamado, al no indicar cómo es posible entender que se trata de una infracción real, sustancial, trascendente, de gravedad:

Considerando Quinto: “[...] el recurso ni siquiera especifica cómo se concretó ese supuesto agravio o perjuicio (al describir la trascendencia de esta infracción refiere que “habría estado en situación de formular alegaciones, pedir diligencias y solicitudes encaminadas al adecuado y justo juzgamiento de nuestro representado”), desde que no explicita de qué diligencias o actuaciones se vio privado al conocer el detalle de los cheques sólo en la acusación, en vez de en una actuación que pudo haber ocurrido un par de días antes de aquélla, como una reformalización, según lo

¹⁶ Considerando cuarto de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 94.972-2016, de fecha 17 de diciembre de 2018.

que el recurso sostiene correspondía ejecutar”.

ii. Autorización para la interceptación de teléfonos respecto de delitos que no fueron materia de la condena

Esta alegación se rechazó permitiendo al tribunal reafirmar su parecer en torno a esta materia, precisando:

Considerando Décimo “[...] esta Corte ya ha tenido oportunidad de desestimar una alegación similar consistente en que en su acusación “el Ministerio Público invocó hechos ajenos a los imputados para obtener la autorización judicial de sucesivas y numerosas interceptaciones telefónicas”, señalando que concurren todos los presupuestos legales que establece el artículo 222 del Código Procesal Penal, “pues la investigación comprendía hechos punibles que merecían pena de crimen [supuesto no controvertido en este caso]. No altera la conclusión anterior, la circunstancia que el Ministerio Público no los haya formalizado, menos acusado, [...] pues fue la investigación que llevó a cabo la que despejó las fundadas sospechas en torno a la participación que se les atribuía en los mismos” (SCS Rol N° 37.965-15 de 24 de febrero de 2016), razones que entonces deben predicarse a este caso para rechazar igualmente este motivo de la causal subsidiaria de nulidad”.

iii. Supuesta aplicación ultractiva del artículo 250 bis A del Código Penal

Se reclamó por la defensa del condenado una supuesta errónea aplicación de derecho, al no encontrarse a la época de la persecución penal sancionada la conducta imputada, cohecho de funcionario público extranjero, toda vez que el artículo 250 bis A fue derogado por la Ley N° 20.341, contando actualmente con una nueva figura penal sancionada por el artículo 251 bis del Código Penal.

Esta alegación también se rechaza por la Excma. Corte Suprema, que precisa:

Considerando Décimo tercero: “Que no constituye una excepción al principio de retroactividad de la ley más benigna la derogación aparente o meramente formal de una disposición penal, que continua rigiendo materialmente, lo que puede ocurrir, entre otros casos, porque materialmente, el hecho punible mantenga su carácter de tal en otra norma distinta de la derogada, como en el caso de la derogación formal de una norma penal mediante una ley que contiene entre sus disposiciones otra norma que sanciona el mismo hecho punible que ha sido aparentemente dejado sin sanción”.

En cuanto al valor ultractivo de una norma aclara el máximo Tribunal:

Considerando Décimo tercero “[...] esta Corte Suprema (en fallos de 13 de agosto de 1987 y 17 de junio de 1991) ha exigido que la disposición nueva y la derogada sean enteramente semejantes o idénticas (Politoff, Sergio y Matus, Jean Pierre. “Comentario Preliminar al art. 18 Aplicación temporal de la ley penal”. En Texto y Comentario del Código Penal Chileno. T. I. Ed. Jurídica de Chile, 1ª ed., 2003, pp. 268 y 269)”.

A la luz de las reflexiones anteriores y de las circunstancias del caso sub lite, desde luego carece de asidero sostener que el legislador, con la oración ‘Deróganse los artículos 250 bis A y 250 bis B’ del N° 6 del Artículo Único de la Ley N° 20.341, haya buscado dejar sin sanción penal, por aplicación del efecto retroactivo de la ley penal posterior más favorable consagrado en el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal, las conductas subsumidas en dichos preceptos cometidas con anterioridad al 16 de abril de 2009 -fecha de promulgación de la Ley N° 20.341-, para a renglón seguido, en el N° 7 del mismo Artículo Único, establecer una norma -251 bis- que sanciona las mismas conductas -y agrega otras- cometidas a contar del 22 del mismo mes y año -fecha de publicación de la Ley N° 20.341- y eleva las sanciones para los autores”.

Para concluir luego que esas razones:

Considerando Décimo cuarto: “[...] obstan ya para afirmar que la Ley N° 20.341 “exima” el hecho fijado

en la sentencia “de toda pena o le aplique una menos rigurosa”, como requiere el inciso 2° del artículo 18 del Código Penal, para arreglar a la nueva normativa su juzgamiento”.

Finalmente precisa el Excmo. Tribunal que esa conclusión encuentra respaldo en la historia de la Ley:

Considerando Décimo cuarto: “En efecto, en la Moción parlamentaria respectiva (Moción de los señores Diputados Juan José Bustos Ramírez, Nicolás Monckeberg Díaz, Guillermo Ceroni Fuentes y Jorge Alfonso Burgos Varela. Fecha 16 de enero de 2008. Moción Parlamentaria en Sesión 132. Legislatura 355. Boletín N° 5725-07), se señala que “Lo que pretende este proyecto es reformar la penalidad de ciertos delitos contra la función pública. Específicamente: ... c) Aumentar las penas asignadas a las distintas figuras del delito de cohecho” y, coherente con esto último, en su artículo 7 disponía “Agréguese en el inciso segundo del artículo 250 bis A del Código Penal, después de la palabra ‘mínimo’ y antes de la coma, la expresión ‘a medio’”. Luego, durante el Primer Trámite Constitucional ante la Cámara de Diputados, el Ejecutivo presentó indicaciones sustitutivas con fecha 11 de junio de 2008 (N° 388-356), entre las que se incluye sustituir el inciso primero del artículo 250 bis A) por otro de un texto similar al que en definitiva se transforma en ley -en el artículo 251 bis-, y que agrega a los verbos “ofrecer dar” y “consentir en dar”, los de “prometer dar” y “dar”, y aumenta sus penas, con lo cual, como resulta de claridad meridiana, en caso alguno se buscó abrogar la sanción de esta conducta, sino muy por el contrario, pues mediante tales ajustes se persiguió dar cumplimiento a las observaciones realizadas por el Grupo de Trabajo de la OCDE que, como se lee en la citada Indicación Sustitutiva ‘son indispensables para que nuestro país pueda cumplir con las obligaciones internacionales contraídas al suscribir la Convención de la OCDE para combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”.

iv. Prescripción de la responsabilidad penal

La defensa argumentaba que los hechos se acordaron en el año 2005, y que los pagos comenzaron a realizarse en ningún caso con posterioridad al año 2007, obedeciendo ellos al mismo propósito, lo que permitiría entender que se encontrarían prescritos a la fecha de la formalización de octubre de 2012, argumento que también rechaza el Excmo. Tribunal señalando:

Considerando Vigésimo “[...] no obstante tratarse el delito del artículo 250 bis A) del Código Penal de un delito formal y de mera actividad, esto último porque efectivamente el tipo no exige ningún resultado material espaciotemporalmente separado de la conducta (Ossandón/Rodríguez, ob. cit., p. 359), no se han establecido en la sentencia hechos que permitan afirmar que el mismo se consumó ya en junio de 2007 mediante una única y global oferta de futuros pagos mensuales para la obtención y mantención de ventajas en la gestión de la compra de armas del Ejército de Chile -o FAMA- a HANWHA, sino que se tuvo por demostrado diversos pagos, y consiguientes ofertas como se dijo, a P.L. -funcionario público extranjero- para ese efecto, motivo por el cual no han errado los sentenciadores al no considerar junio de 2017 -ni una época anterior- como data de comisión del delito al rechazar la prescripción de la acción penal alegada, razón por la cual esta causal igualmente será desestimada”.

v. Interpretación de la calidad de funcionario público extranjero

La defensa también alegó una equivocada interpretación de la calidad de funcionario público extranjero, que en su concepto no correspondería resolver conforme a un criterio funcional; plantea un argumento que también es refutado por la Corte Suprema que realiza un análisis del concepto a la luz de la primigenia incorporación de dicha definición a nuestro ordenamiento penal, deteniéndose también en su actual redacción, conforme a la modificación introducida por la Ley N° 21.121, precisa así:

Considerando Vigésimo segundo: “[...] lleva la razón la sentencia impugnada también en este asunto, desde que tanto el artículo 250 bis B) como el artículo 251 ter del Código Penal, anterior y posterior a la Ley N° 20.341 respectivamente, luego de expresar que se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, “haya sido nombrada o elegida”, agrega que igualmente se considerará como tal a “cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero”, recogiendo lo establecido en el artículo 2 letra b) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, promulgada mediante Decreto N° 375 el 23 de noviembre de 2006, y en el artículo 1 N° 4 letra a) de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales Adoptada en el marco de la OCDE, promulgada mediante Decreto N° 46 de 10 de octubre de 2001, en que ambos, en adición a la persona “designada o elegida” -según la primera- o “nombrada o elegida” -según la segunda- en un cargo legislativo, administrativo o judicial -ejecutivo, agrega la primera- de un país extranjero, señala también “y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero” -la primera-, y “cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero” -la segunda-.

Con la señalada redacción -que, valga destacar, se mantiene después de la Ley N° 20.341, e incluso tras la Ley N° 21.121 de 20 de noviembre de 2018-, la norma clara y expresamente abre el abanico de posibles sujetos pasivos del cohecho a toda persona, tenga o no un nombramiento o designación formal bajo el rito administrativo del país respectivo, precisamente atendiendo que, dada la diversidad de naciones con las cuales Chile tiene relaciones diplomáticas y comerciales, podría el país extranjero ni siquiera contemplar la formalización de esa relación con el funcionario mediante algún decreto o resolución administrativa a la usanza del derecho administrativo local”.

Agrega además el mismo considerando:

Considerando Vigésimo segundo “[...] la “función pública para un país extranjero” puede ser ejercida dentro de un organismo público o “de una empresa de servicio

público” e incluso indica que se entenderá que inviste la referida calidad de funcionario público extranjero, “cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”, lo que da cuenta del propósito del legislador de abrazar en esta norma como sujetos pasivos del ofrecimiento del beneficio económico -o activos de la solicitud del beneficio-, a cualquier persona que, por el ejercicio de una función pública para un país extranjero u organización pública internacional, esté en posición de incidir en el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales”.

vi. Supuesto error al aplicar pena de multa

Finalmente y previo a rechazar las causales vinculadas al error de derecho incurrido en la aplicación de ciertas normas relativas a la determinación de las penas, y la aplicación del artículo 74 del Código Penal en desmedro del artículo 351 del Código Procesal Penal (relativo a la reiteración de delitos)¹⁷, la Excma. Corte se detiene en el reclamo vinculado al error incurrido por la sentencia recurrida al momento de imponer la pena de multa, cuyo rango excedería el marco legal permitido; recordando el máximo tribunal que el artículo 25 del Código Penal, citado por la defensa, advierte que los límites que fija se aplican sin perjuicio *“de que en determinadas infracciones, atendida su gravedad, se contemplen multas de cuantía superior”*, como ocurre en el caso analizado, en el que el artículo 248 bis del Código Penal, al que se remite el artículo 250 bis A) de mismo texto, establece una pena de multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado, norma especial que desplaza, por ende, a la general del artículo 25 del Código Penal¹⁸.

17 Considerando vigésimo sexto de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 94.972-2016, de fecha 17 de diciembre de 2018.

18 Considerando vigésimo octavo de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 94.972-2016, de fecha 17 de diciembre de 2018.

CAPÍTULO 3

UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO
ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y
SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

CULTIVO ILEGAL DE ESPECIES VEGETALES COMO DELITO DE TENDENCIA (ESPECIAL REFERENCIA A LOS CLUBES CANNÁBICOS)

Lorena Rebolledo Latorre¹

I. Aspectos generales

El presente trabajo aborda el cambio jurisprudencial en la interpretación del tipo penal de cultivo, previsto y sancionado en el artículo 8° de la Ley N° 20.000, con especial referencia los clubes cannábicos. Este delito había sido entendido, tradicionalmente, como un delito meramente formal² para pasar a ser comprendido, en la actualidad, como un delito que exige un elemento subjetivo adicional al dolo, no previsto de modo expreso en la norma. El cambio de valoración ha estado motivado, entre otras consideraciones, en la proliferación de determinadas agrupaciones destinadas al cultivo y consumo colectivo de sustancias prohibidas del género

¹ Abogada de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público. Magíster en Derecho Penal, Universidad de Talca, Chile y Pompeu Fabra, Barcelona.

² En el sentido que, para su consumación, sólo se exigía la comprobación del cultivo no autorizado de dichas sustancias prohibidas, convirtiéndose en un delito de mera infracción del deber de “no contar con la autorización respectiva para poder ejercitar la actividad de siembra, cultivo y cosecha”, entendiéndose así también configurada la puesta en peligro de la salud pública, sin ningún tipo de exigencia adicional subjetiva. Al respecto, sobre esta categoría, LUZÓN PEÑA, Diego. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Tercera edición, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2016, p. 167.

cannabis, cuyas finalidades, en una aproximación superficial, podrían ser estimadas carentes de ilicitud, o bien, reconducidas a otras figuras penales de menor entidad como, en especial, el cultivo falta, previsto y sancionado en el inciso primero, parte final del citado artículo 8° de la misma ley.

El cambio jurisprudencial se produce a partir de la sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema (rol N° 4.949-15, de fecha 04 de junio de 2015), cuyos fundamentos coinciden -al menos, en lo esencial-, con las consideraciones vertidas por el Tribunal Supremo Español en el denominado caso EBERS, en su primera sentencia (recurso N° 1765/2014)³.

II. Acerca de la naturaleza del delito de cultivo

El delito de cultivo de especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, descrito y sancionado

³ Esta sentencia fue posteriormente anulada por el Tribunal Constitucional Español (STC, de fecha 14 de diciembre de 2017) y, el segundo pronunciamiento, el cual es citado aquí, en los apartados posteriores y en el desarrollo del presente trabajo, es la sentencia del Tribunal Supremo ROL 475-18 de fecha 21 de febrero de 2018.

en el artículo 8° de la Ley N° 20.000⁴, ha sido concebido como una figura especial privilegiada, de aplicación preferente y excluyente de la figura básica de tráfico ilícito de estupefacientes⁵. En tal sentido, el cultivo constituye una forma de anticipación de la tutela penal que obedece a la necesidad político criminal de proteger el bien jurídico colectivo salud pública desde su puesta en peligro en abstracto, esto es, sin requerir una lesión inmediata o próxima -lo que aquí equivaldría a constatar la “difusión de la droga a terceros”-, sino que con la simple probabilidad de lesión a la salud pública, donde la mera conducta o actividad de cultivo sin contar con la autorización respectiva debería ser suficiente para estimar consumado el tipo penal⁶.

Ahora bien, la interpretación sostenida por la Corte Suprema, a partir de la citada sentencia de 04 de junio de 2015, contiene una exigencia adicional, en la medida que entiende que no se trata de un delito de mera actividad, sino que de un delito de tendencia que exige al autor una intención adicional al dolo de cultivar, individual o colectivamente, sustancias prohibidas sin autorización, consistente en *el ánimo de difundir sin control, especies vegetales del género cannabis u otras productoras de drogas*.

A continuación, se analiza la relación entre esta interpretación y lo sostenido en el citado caso EBERS por el Tribunal Supremo español en cuanto fija criterios indicativos u orientadores para el establecimiento de la eventual licitud del cultivo orientado a una finalidad específica en el consumo, lo que transforma la naturaleza del delito, convirtiéndolo en un tipo de tendencia en la medida que, como se ha indicado, exige un especial ánimo para la configuración del tipo subjetivo del injusto.

4 El objeto material de esta figura penal se pormenoriza en el artículo 5° del Decreto N° 867, del Ministerio del Interior, Reglamento de la Ley N° 20.000, del 19 de febrero de 2008.

5 MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Tercera edición actualizada, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2019, p. 486.

6 Sobre estos delitos, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, ob. cit., p. 161.

III. Análisis comparativo de la jurisprudencia

a. SCS Rol N° 4.949, de fecha 04 de junio de 2015

En esta sentencia, la Corte Suprema, en fallo unánime de la Segunda Sala, absolvió a la imputada P.P.G.C, quien había sido condenada por el Tribunal Oral como autora del delito de cultivo de cannabis sativa. El fundamento de la absolución radica en considerar que la pertenencia a una organización que se dedicaba al cultivo de cannabis con fines rituales permitía estimar la ausencia del referido elemento subjetivo exigido por el tipo penal, por lo que debía estimarse que el cultivo de la droga, aunque realizado por un grupo organizado de personas, estaba destinado, en la especie, al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo; a diferencia del cultivo ilícito que exige la prueba de la existencia de un cultivo o plantación, cuya finalidad sea la puesta a disposición de la droga a terceros de un modo incontrolado.

Los hechos acreditados por los jueces de la instancia fueron los siguientes:

“el día 08 de marzo del año 2013, en horas de la tarde, personal policial concurrió al domicilio ubicado en xxx de la comuna de Paine, y autorizado por una orden de entrada, registro e incautación emanada del Tribunal de Garantía de San Bernardo para este domicilio, verificó que en el interior de este inmueble P.P.G.C. mantenía sembrada, siete plantas de cannabis sativa con alturas oscilante entre 1,50 metros a 2, 10 y 45 gramos de marihuana seca a granel, sin contar con la autorización para ello”.

Un primer aspecto de interés, en relación con la naturaleza de delito de peligro, es el análisis que hace la Corte sobre la posibilidad que, en este caso concreto, pueda concurrir, precisamente, la producción del resultado de peligro a la salud pública:

“Que este examen sobre la posibilidad de producción del resultado de peligro resulta aún más imperioso respecto de aquellas conduc-

tas como las tipificadas en el artículo 8° de la Ley N° 20.000, precepto mediante el cual no se castiga el tráfico ilícito de estupefacientes ya sea en su sentido estricto o amplio, sino que se está previniendo el peligro de que, a través de la plantación de especies vegetales del género cannabis, alguien pueda en el futuro poner en peligro la salud pública elaborando con el producto de dicha planta sustancias estupefacientes que puedan facilitarse a terceros para su uso o consumo...”⁷.

En otras palabras, la Corte Suprema entiende al cultivo como un delito de peligro abstracto y de resultado⁸, vale decir que, junto con la acción de siembra, cultivo o cosecha, hipótesis alternativa, se pide un resultado de peligro, esto es, la comprobación de antecedentes suficientes que permitan aseverar en la especie la existencia de una posibilidad inmediata de que dicho cultivo esté orientado a la difusión de los productos de dicha planta a terceros (tendencia interna trascendente).

Un segundo aspecto de interés es el hecho que la Corte Suprema dedica su atención a la categorización de los delitos contra la salud pública como delitos de emprendimiento o empresa, relacionando dicho concepto con las exigencias subjetivas especiales y necesarias para la configuración del tipo de cultivo ilícito de cannabis, como su relación con el bien jurídico salud pública, indicando a este respecto lo siguiente:

7 Corte Suprema, 04 de junio de 2015, Rol N° 4.949-2015, Considerando Sexto.

8 Sobre esta distinción OXMAN, Nicolás. “Bien jurídico y estructura de imputación del delito de microtráfico de drogas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2017, págs. 67-85. Al respecto, parece adecuado vincular esta construcción doctrinaria a la de bien jurídico intermedio, en el que se presenta una tutela simultánea de bienes individuales y supraindividuales; en el caso del estudio, convergerían salud individual y la colectiva, así MATA y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes Jurídicos Intermedios y Delitos de Peligro*. Editorial Comares, Granada, España, 1997, págs. 26 y sgtes., ejemplifica con el delito contra la seguridad del tráfico. El artículo 379 del Código Penal español contempla la conducción de vehículo a motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, que no exige en ningún momento, con independencia de que el peligro para la seguridad del tráfico pueda calificarse de abstracto o concreto, el peligro o la lesión para bien jurídico individual alguno.

“(…) Mediante esta técnica legislativa se anticipa la barrera de la protección penal a una etapa muy primaria o germinal del llamado ciclo económico de la producción y tráfico de la droga, esto es, de todos los actos destinados a poner indebidamente a disposición del consumidor final sustancias sicotrópicas o estupefacientes y es tal consideración la que impide afirmar inequívocamente que el mero hecho de sembrar, plantar, cultivar y cosechar especies vegetales del género cannabis sin la autorización debida, supone que de éstas se obtendrá droga y que a ésta se le dará un destino que puede afectar el bien jurídico salud pública. De ahí precisamente que el legislador excluya de la sanción prevista en el citado artículo 8° los casos en que se justifique que la droga se destinará al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo del autor”⁹.

Hay una doble mirada crítica a este razonamiento: por una parte, la Corte Suprema impone al ente acusador la exigencia de acreditar la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo de tendencia interna trascendente sin indicar cuáles son, en la especie, los indicios necesarios para estimar por probada dicha “finalidad adicional de poner la droga a disposición de terceros” y, por el otro, al entender que dicho “ánimo especial” no concurre, estima atípica la conducta, porque a su entender además de no cumplirse con el cultivo tampoco están presentes los elementos típicos de la falta descrita en el artículo 50° de la Ley N° 20.000, cuando en realidad podría estimarse que la referencia a dicho precepto, contenida en el artículo 8° es únicamente una norma de reenvío de pena y no un precepto que consagre una responsabilidad en cascada, es decir, el tipo penal no está diciendo que en el caso de no concurrir los requisitos del artículo 8° deberá analizarse la eventual concurrencia de los requisitos de la falta del artículo 50°, sino que, por el contrario, está indicando que en el caso de no concurrir los requisitos para tener por acreditada la concurrencia de un cultivo ilegal y se estime que sólo se trata de un consumo personal, exclusivo y próximo

9 Corte Suprema, 04 de junio de 2015, Rol N° 4.949-2015, Considerando Sexto.

en el tiempo, ese hecho por sí mismo, al no contar con la autorización debida es una falta que debe sancionarse con la pena prevista para el artículo 50°.

Tal como podrá observarse a continuación, la jurisprudencia española ha sido mucho más exigente que la nuestra a la hora de excluir la tipicidad del cultivo de cannabis por parte de agrupaciones que alegan finalidades lícitas, entre las que se encuentran las rituales, terapéuticas, medicinales o científicas.

b. STS N° 475/2018, de fecha 21 de febrero de 2018

En esta sentencia¹⁰, el Tribunal Supremo español se hace cargo de un recurso de casación interpuesto por la Fiscalía del Estado (N° 1765/2014), el cual, finalmente, es acogido en contra de la preliminar absolutoria por un delito contra la salud pública¹¹, dando por acreditada la existencia de un delito de cultivo en las actividades desarrolladas por un grupo autodenominado “Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo EBERS”, quienes plantaban

¹⁰ Dada la extensión de los hechos establecidos (1. Antecedentes de hecho), de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Segunda) con fecha dieciséis de junio de dos mil catorce, éstos no serán transcritos. Se trata del denominado “Caso EBERS”: Asociación de Estudios y Usuarios del Cáñamo EBERS. En este caso se acusó por el delito de cultivo, contenido en la figura penal del artículo 368 del Código Penal español (CPE) y los delitos de asociación ilícita de los arts. 515.1 y 517.1° y 2° CPE; alternativamente, el delito de integración en grupo criminal de los arts. 570 ter 1 c) y 570 quater 1 y 2 CPE. El TSE sólo consideró concurrente el delito de cultivo ilegal. Sobre el particular, BARRIUSO, Martín. Las nuevas sentencias del Tribunal Supremo: El final de la tolerancia hacia el cannabis en España [en línea]. Santiago, Chile, Sensi Seeds, 2018. Disponible en: <https://www.tni.org/es/art%C3%ADculo/las-nuevas-sentencias-del-tribunal-constitucional-el-final-de-la-tolerancia-hacia-el> [fecha de consulta: 11 de mayo de 2020].

¹¹ El Código Penal español dispone en su artículo 368 lo siguiente: “Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”.

cannabis con finalidades de consumo recreativo compartido entre sus miembros, en su mayoría adictos, además, de promover el uso medicinal de la cannabis con fines terapéuticos y medicinales.

El TS estimó que la presencia de dichas finalidades subjetivas no sólo no eran parte del tipo penal, sino que no podían en caso alguno ser consideradas como actividades lícitas, en la medida que se trataba de una actividad de cultivo de cannabis en grandes cantidades, realizado por una entidad con una distribución organizada de funciones, con una institucionalidad cuyos miembros tenían un ánimo de permanencia en el tiempo; en suma, se trataba de un colectivo de doscientas noventa personas que se consideraban como integrantes de una asociación abierta a nuevas incorporaciones. La Sala Segunda del TS, realiza una importante distinción entre lo que denomina “atipicidad del consumo compartido” y el tratamiento que ha de dársele al denominado “cultivo compartido” de cannabis y sus derivados, estimando en este último supuesto que no en todos los casos se está ante una actividad que por sus finalidades pueda ser considerada lícita bajo una apariencia de autogestión.

La doctrina de la “atipicidad del consumo compartido” es desarrollada por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por ejemplo, en el considerando noveno, de la sentencia de 10 de junio de 2015¹², según la cual “el consumo compartido o autoconsumo plural entre adictos no constituye una conducta penalmente sancionable”, siempre que concurren los siguientes requisitos¹³: primero, debe acreditarse que se trata de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia, con la finalidad exclusiva de evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por parte de terceros; segundo, el consumo de la misma debe llevarse a cabo “en lugar cerrado”. La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados; tercero,

¹² Tribunal Supremo español, 10 de junio de 2015, N° 360-2015.

¹³ Véanse, la STS N°1102-2003, 23 de julio de 2012, y STS N° 850-2013, 4 de noviembre de 2013. También, la STS N° 1014-2013, 12 de diciembre de 2013.

debe circunscribirse el acto a un grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser éstos identificables y determinados; y, cuarto: no se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato.

En consecuencia, como puede verse en España esta doctrina sólo se aplica a cantidades reducidas, limitadas al consumo diario, no extendiéndose la atipicidad del consumo al cultivo masivo de cannabis y sus derivados, aunque dichos consumidores sean parte del club cannábico y aleguen finalidades lícitas. Dicho de otro modo, a diferencia del caso chileno el consumo por parte de un miembro del club cannábico puede excluir la tipicidad por la falta de consumo, pero en ningún caso el tipo de cultivo ilegal e incluso el tráfico de drogas, aunque la agrupación alegue una finalidad medicinal o terapéutica. Es más, en España sólo es lícito el consumo compartido de dicha droga proveniente del cultivo compartido, si se realiza con las cuatro exigencias previstas.

c. Síntesis comparativa

Volvamos a la SCS Rol N° 4.949, de fecha 04 de junio de 2015, en cuanto a los fundamentos por los cuales descartó en el caso concreto la aplicación del tipo penal contenido en el artículo 8°, parte primera, por estimar acreditado el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo:

-Argumento del cultivo como delito de tendencia

La Corte Suprema estima insuficiente considerar sancionable a título de cultivo de cannabis sativa la conducta desplegada por un colectivo organizado con finalidades declaradas, en principio, distintas al tráfico de drogas, por estimar, en primer lugar, que de la sola estructura gramatical del artículo 8°, se desprende que está redactado sobre la base de la conducta de un autor individual: "... y así comienza expresando: *“El que, sin la competente autorización...”*, para luego, de manera concordante señalar *“a menos que [Él] justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”*⁴. Ahora bien, resulta evidente que la téc-

nica legislativa no excluye, como lo ha indicado la ciencia penal, las hipótesis de coautoría ni la participación conjunta en el hecho delictivo, lo que la Corte Suprema quiere decir en este punto, es que los actos de siembra, plantación, cultivo o cosecha de las plantas realizados por dos o más personas mancomunada o concertadamente, aun cuando no todos ellos ejecuten alguno de esos actos de manera directa o inmediata, sólo son constitutivos de cultivo ilegal si existe el peligro abstracto para el bien jurídico, esto es, que dicha realización conjunta de actos de cultivo tenga la aptitud o la posibilidad de contribuir a la propagación de drogas, entendido aquí como la “disposición o facilitación más o menos generalizada de alguna de las sustancias traficadas entre un número indeterminado de consumidores finales”.

-Argumento de atipicidad por el reenvío

La sentencia rechaza también la aplicación de la sanción contenida en el artículo 50 de la Ley N° 20.000, inclusive en el caso de un “consumo compartido” porque la expresión “consumo personal exclusivo”, a que alude el artículo 8° en relación al artículo 50, “...puede ser llevado a cabo por más de una persona, si en un estudio global de los hechos informado por las restricciones que se derivan de la consideración del bien jurídico tutelado y del principio de lesividad, permite excluir totalmente el riesgo de difusión de la sustancia”. En otras palabras, la CS en este caso concreto estima atípica la conducta de consumo colectivo interpretando que se trata de un consumo compartido que puede ser personal exclusivo, es decir, que podría realizarse por más de una persona, sin que resulte aplicable en todo caso, tampoco la falta penal del citado art. 50 por no encuadrarse la conducta en la descripción típica. Al respecto indica lo siguiente:

“Que encontrándose justificado en estos autos que la acusada, como integrante de la agrupación triángula, sembró y cultivó plantas de la especie cannabis que estaban destinadas al consumo personal exclusivo y próximo de los mismos miembros de la mencionada agrupación, de conformidad al artículo 8° de la Ley N° 20.000 debe aplicarse a los hechos fijados las disposiciones del artículo 50 del

¹⁴ Corte Suprema, 04 de junio de 2015, Rol N° 4.949-2015, Considerando Octavo.

mismo cuerpo legal, y no incluyéndose en la acusación ni estableciéndose como cierto en el fallo ninguno de los supuestos que este último precepto sanciona como falta, esto es, el consumo, tenencia o porte de la cannabis obtenida de las referidas plantas en lugares públicos o abiertos al público, ni su consumo concertado en un lugar cerrado, tampoco es dable su castigo como en virtud de dicha disposición”¹⁵.

Tal como puede observarse, a diferencia de la absolució n por el delito de cultivo ilegal que en definitiva se adoptó en este caso concreto chileno, en el sistema español se han desarrollado mayores exigencias o indicadores para llegar a una conclusi3 n de atipicidad eventual de la conducta del cultivo para el consumo compartido, tales como, la presencia de un reducido número de personas que se agrupan con finalidad de consumo compartido, el carácter cerrado del círculo que participa de ambas actividades (cultivo y consumo), la existencia de relaciones que les permiten conocerse entre sí y alcanzar **la certeza que el producto cosechado se destina únicamente a un consumo individual de quienes se han agrupado**, con la razonable convicci3 n de que nadie va a proceder a comercializar o distribuir a terceros; la finalidad perseguida sólo es lícita si se puede acreditar una actividad de cultivo sin posibilidad alguna de difusi3 n a terceras personas, vale decir, indicios suficientes de ausencia de que aquellos comportamientos típicos e idóneos para lesionar la salud pública como la promoci3 n, favorecimiento o facilitaci3 n del consumo ilegal de drogas tóxicas por parte de terceros no pertenecientes al grupo.

La interpretaci3 n sostenida por la Corte Suprema constituye un pronunciamiento jurisprudencial que podría amparar el aprovechamiento colectivo de una plantaci3 n de cannabis sativa con una flexibilidad que va más allá de lo recomendable, en la medida que al no indicar parámetros podría permitir el establecimiento de cooperativas de distribuci3 n de sustancias estupefacientes prohibidas que, bajo finalidades supuestamente lícitas o justificadas,

¹⁵ Corte Suprema, 04 de junio de 2015, Rol N° 4.949-2015, Considerando Tercero. Sentencia de reemplazo.

no neutralizan de modo alguno la posibilidad de una difusi3 n indiscriminada de la sustancia estupefaciente a terceras personas que no pertenecen a dicho colectivo de consumidores “compartidos” - *abiertas a nuevas incorporaciones*. Por ello, sería necesario establecer, precisamente, algunos indicadores que permitan afirmar en qué casos un club, agrupaci3 n o colectivo de consumidores podrían agruparse para el consumo, sin configurar el ilícito de cultivo ilegal o la conducta de tráfico ilícito de estupefacientes.

IV. Clubes cannábicos

La legislaci3 n penal vigente únicamente autoriza el cultivo de cannabis a las entidades que cuenten con la autorizaci3 n consignada en el artículo 9° de la Ley N° 20.000¹⁶, la cual, dado el estado de situaci3 n actual, ha sido más bien excepcional pues aún están en estudio los usos medicinales de esta especie vegetal¹⁷.

Ahora bien, incluso si se trata de una agrupaci3 n sin fines de lucro, lo cierto es que su legalidad dado el objeto de dichas agrupaciones es sólo aparente. Con todo, en España el TS¹⁸, ha entregado parámetros que importan criterios orientadores o indicadores para valorar la atipicidad de la conducta de cultivo compartido, en el contexto de estas agrupaciones: primero, que la actividad desarrollada por los conocidos como clubs sociales de cannabis, asociaciones, grupos organizados o similares consista

¹⁶ Chile, Decreto N° 867, del Ministerio del Interior, Reglamento de la Ley N° 20.000”, Diario Oficial del 19 de febrero de 2008, artículo 6° y sptes.

¹⁷ Mediante la dictaci3 n del Decreto N° 1524, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de fecha 30 de enero de 2016, se suprimió de la descripci3 n “cannabis, sumidades floridas o con frutos de la planta del género cannabis de las cuales no se ha extraído la resina”, la referenci a de la variedad “cáñamo índico”, a fin de ampliarla a cualquier tipo de cannabis: “índica, sativa o ruderalis”. Asimismo se agregan dentro de las drogas del artículo 2° del Reglamento 867 (drogas blandas) los productos farmacéuticos elaborados en base a plantas del género cannabis; extractos y tinturas de cannabis y el Dronabinol. Corte Suprema, 04 de junio de 2015, Rol N° 4.949-2015, Considerando Octavo.

¹⁸ Tribunal Supremo español, 21 de febrero de 2018, N° 475-2018, Considerando Undécimo.

en proporcionar información; elaborar o difundir estudios; realizar propuestas; expresar de cualquier forma opiniones sobre la materia; promover tertulias o reuniones o seminarios sobre esas cuestiones; segundo, que la conducta no suponga la organización de un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de marihuana o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente o sustancia psicotrópica con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar; o también cuando la economía del ente se limite a cubrir costos; tercero, reducido número de personas que se agrupan informalmente con esa finalidad, sin pretensión alguna de convertirse en estructura estable abierta a terceros; cuarto, el carácter cerrado del círculo; quinto, sus vínculos y relaciones que permiten conocerse entre sí y conocer sus hábitos de consumo y además alcanzar la certeza, más allá del mero compromiso formal exteriorizado, de que el producto se destina en exclusiva al consumo individual de quienes se han agrupado, con la razonable convicción de que nadie va a proceder a una redistribución o comercialización por su cuenta; sexto, ausencia de cualquier vestigio de espíritu comercial u obtención de ganancias por alguno o por varios; y, séptimo, la absoluta espontaneidad y por supuesto voluntad libre e iniciativa propia de quienes se agrupan (lo que permite excluir los supuestos en que se admite a un menor de edad que carecerá de madurez para que su consentimiento en materia perjudicial para la salud como esta pueda considerarse absolutamente informado y por tanto libre).

Es un hecho conocido que en nuestro país se han formado ciertas agrupaciones¹⁹ que usan la cannabis para uno de los fines ya indicados, en concreto, “con finalidades rituales”, invocando el principio de la autodeterminación; también, en otros casos nos encontramos ante una estructura permanente, cuyo objetivo común es la realización de cultivos colectivos para el consumo personal de sus integrantes asociados, abiertos a nuevas incorporaciones y tal como ocurre en España existe el denomi-

¹⁹ HOUSE OF WEED [en línea]. Santiago, Chile. Disponible en: <https://www.hwvalpo.cl/blogs/cultura/club-cannabis-chile>

nador común: la “necesidad” de brindar acceso a un tratamiento en base a esta especie vegetal.

En relación con lo expuesto, la Agencia Nacional de Medicamentos (ANAMED) es la entidad que detenta la competencia de autorizar los productos farmacéuticos en base a cannabis y, actualmente, únicamente existe autorización para el denominado “Sativex” que es un medicamento importado. Idéntica autorización es otorgada para los productos cosméticos (jabones, lociones, cremas, champú) pero sólo si son elaborados en base a semilla de cannabis, la cual carece del principio activo presente en toda la planta: de Delta-9-Tetrahidrocannabinol (Δ 9THC). Por lo tanto, las agrupaciones que cultivan para un uso medicinal, que ostentan tal condición, permitiendo tantos adherentes o socios como puedan captar, no sólo se alejan de la licitud o legalidad en su accionar, por difundir o promover tal cultivo para un consumo masivo, sino que además se atribuyen capacidades medicinales al margen de las autorizaciones legales que pueden otorgarse para la circulación de productos farmacéuticos.

V. A modo de cierre

A partir de la variación en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, en relación con el artículo 8° de la Ley 20.000 (pronunciamiento analizado, Rol N° 4.949-2015), se ha evidenciado una percepción social de cierta inocuidad e impunidad en la conducta de siembra, cultivo y cosecha de Cannabis, a lo que le ha seguido una evidente confusión social en cuanto a la ilicitud en la realización de estas conductas con la finalidad de traspasar a terceros el resultante de la plantación.

El citado cambio jurisprudencial, no se ha convertido en un criterio uniforme en la Sala Segunda de la Corte Suprema, desde el momento en que ha venido rechazando recursos de nulidad contra sentencias condenatorias por el delito de cultivo de especies del género cannabis, aludiendo a la acreditación del elemento de tendencia trascendente en el cultivo sin indicar, contrariamente a lo que podría pensarse, a consideraciones sobre el número de plantas incautadas. Entre estos fallos destacan los siguientes:

sentencia CS Rol N° 6.909-2016, de fecha 5 de abril del año 2016 (7 plantas de cannabis sativa, 10.467 gramos de hoja de cannabis, 1.493 gramos de cogollos y 154 gramos de cannabis), también la sentencia CS Rol N° 5-2017, de fecha 2 de marzo del 2017 (264 plantas de cannabis) y sentencia CS Rol N° 41.356-2017, de fecha 5 de diciembre del año 2017 (7,4 gramos de cannabis, 10,1 gramos de cannabis, 48,9 gramos de cannabis y 90,9 gramos de cannabis).

CAPÍTULO 4

UNIDAD ESPECIALIZADA EN
COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y
EXTRADICIONES

LA JURISDICCIÓN EN EL CIBERESPACIO: PENSANDO MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS

Daniel Soto Betancourt y
Pablo Silva Saunders¹

I. INTRODUCCIÓN

Las nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC), particularmente Internet, han generado un profundo impacto en la sociedad actual y, junto a ella, en la actividad criminal. Estas tecnologías representan un enorme desafío para los Estados: no sólo por la necesidad de tipificar nuevas conductas, sino también por los problemas que generan para la investigación, la persecución y el juzgamiento de la nueva criminalidad: la ciberdelincuencia. Este desafío se traduce, entre otras cosas, en la necesidad de coordinar globalmente la investigación de estos delitos, así como en la necesidad de compatibilizar estas investigaciones, realizada por agentes del Estado, con los principios clásicos de jurisdicción y soberanía.

Para comenzar, nos haremos cargo de las principales características que informan a la ciberdelincuencia. Luego, expondremos las distintas concepciones que intentan dar cuenta del concepto de ciberdelito. Esto nos llevará a distinguir la presencia del nuevo espacio o lugar que surge con motivo de esta nueva forma de delinquir: el ciberespacio.

Es la importancia que adquiere el ciberespacio en el desarrollo de la criminalidad contemporánea lo que desencadena el problema que intentaremos

abordar en este trabajo: ¿qué pasa ahora con la jurisdicción? Dicho de otro modo, si el ciberespacio implica, en último término, una desconexión total con el territorio ¿cómo entonces vamos a determinar cuál es la jurisdicción competente para investigar o sancionar un delito? Si en esta nueva Sociedad de la Información, parte importante de la evidencia sólo existe en forma de datos informáticos que pueden estar almacenados en distintos servidores desperdigados por el mundo entero, ¿cómo investigamos sin pasar a llevar la soberanía de otro país, pero sin aceptar tampoco un posible estado de impunidad?

Para dar cuenta del problema de la jurisdicción, explicaremos su concepción clásica y de qué forma, desde esa perspectiva, los Estados han intentado resolver la determinación de la jurisdicción aplicable en el ciberespacio. Daremos, asimismo, cuenta de las dificultades que se presentan aplicando los conceptos jurídicos tradicionales y haremos referencia a distintas teorías que se han utilizado para resolver esta interrogante, en particular, la regulación del Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia.

Finalmente, mencionaremos una de las mayores dificultades existentes para determinar la jurisdicción, en particular, en aquellos casos en que el ciberespacio se separa del mundo físico, donde no es posible vincular los datos informáticos con un

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

territorio determinado. Nos referiremos al caso *loss of location*, haciendo presente los enormes desafíos que representa para el mundo jurídico actual.

Nuestro objetivo, sin embargo, no es resolver las dificultades planteadas, simplemente pretendemos dar cuenta del problema, explicar las nociones básicas requeridas para poder comprender la problemática, así como los esfuerzos y discusiones que se han generado en el ámbito jurídico con el objeto de determinar la jurisdicción y con ello perseguir y juzgar los delitos cometidos en el mundo virtual. Finalmente haremos referencia a las situaciones de *loss of location*, explicando las distintas teorías que se plantean desde el punto de vista doctrinal como posibles soluciones.

Estamos conscientes que es un tema no exento de dificultades, que se encuentra actualmente en desarrollo y que implica enormes desafíos para la comunidad internacional, pero por sobre todo, que es necesario compatibilizar con el respeto a la soberanía de los Estados y los derechos humanos de las personas, para de esta forma poder garantizar una persecución penal eficiente a nivel transnacional.

II. LA CIBERDELINCUENCIA Y SU CARÁCTER TRANSNACIONAL

Se dice que la, así denominada, Revolución Tecnológica (o Tercera Revolución Industrial) impactó como ninguna otra la eficacia, inmediatez y conectividad de las comunicaciones. Este impacto, hoy día inseparable del fenómeno de la globalización, modificó prácticamente todos los aspectos del desarrollo y la organización humana, como por ejemplo, su economía (formas y medios de producción, alcance del comercio), su epistemología (las posibilidades de las ciencias naturales y sociales) e, incluso, su filosofía moral (la manera de relacionarnos entre las personas y con nuestro entorno). El eje central de esta Revolución fue, y lo sigue siendo, el Internet².

² Cfr. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Miguel Ángel. "Interacción social a través de los medios sociales digitales" [en línea]. En: *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 2018. Disponible en: <https://www.eumed.net/rev/cccs/2018/03/medios-sociales-digitales.html>. [fecha de consulta: 24 de abril de 2020].

Son las posibilidades que ofrece Internet –una red global de almacenamiento y transmisión instantánea de datos e información– lo que ha generado que cualquier tópico, hasta el más cotidiano e insignificante, adquiera una *dimensión transnacional*³. Sólo un ejemplo: el Informe del Banco Mundial de 2018 sobre Información y Comunicación para el Desarrollo señala que la mayor o menor presencia de Internet, en un determinado país, puede afectar su PIB en un rango que va entre el 0.4 y el 4.1%⁴.

La capacidad globalizadora de internet no sólo vino de la mano con su masificación en la población, sino también con su proliferación en el mundo de las cosas (*Internet of Things*). Además de los computadores, teléfonos y *tablets* una extensa lista de dispositivos e instrumentos de uso cotidiano tienen acceso a esta red global; de forma tal que vehículos, relojes, ropa, electrodomésticos y un largo etcétera son ahora capaces de tener asignada una dirección IP⁵.

Naturalmente, el fenómeno delictivo no se ha quedado al margen de esta realidad. En la actualidad, las investigaciones penales se encuentran cada vez más vinculadas a la utilización de medios electrónicos y al uso de Internet; con lo que surge toda una nueva categoría de delitos que se cometen utilizando estas nuevas tecnologías, obligando con ello al derecho penal y procesal penal a adaptarse a estas nuevas formas de comisión, debiendo, por ejemplo, tipificarse conductas inexistentes hasta ahora. Sin embargo, no solo deben contemplarse estas nuevas formas delictivas, sino también debemos incluir cualquier tipo de delitos en el que se haga uso de Internet para cometerlos o herramientas tecnológicas, y donde la evidencia digital sea necesaria para la investigación.

³ CYBERCRIME CONVENTION COMMITTEE. *Informe Explicativo del Convenio sobre la Ciberdelincuencia*. Budapest, 2001, párr. 9.

⁴ WORLD BANK GROUP. 2018 *Information and Communications for Development: Data-Driven Development*. Washington, D.C., Estados Unidos, 2018, p. 27.

⁵ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Comprehensive Study on Cybercrime - Draft*. Nueva York, 2013, p. 2.

De esta manera, hemos sido testigos de nuevas formas delictuales, pasando de aquellas eminentemente nacionales a una delincuencia organizada transnacional que ha ido tomando parte importante dentro del circuito delictual y que hace uso, cada vez más, de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Es así, que la incorporación de estas nuevas tecnologías en la delincuencia ha generado una nueva categoría criminológica: la *ciberdelincuencia*. Esta categoría ha obligado a plantear nuevos enfoques no sólo para su persecución, sino que para la administración de justicia y, en particular, para las formas de investigar por parte de las fuerzas policiales y de la Fiscalía; entidades que no pueden quedarse atrás en el desarrollo de las técnicas de investigación.

LA CIBERDELINCUENCIA COMO FENÓMENO

En términos generales –todavía sin adentrarnos en el debate sobre el alcance jurídico del concepto de “ciberdelito”–, empleamos la palabra *ciberdelincuencia* para referirnos a aquel fenómeno en que la actividad criminal se ve naturalmente influenciada, beneficiada e incentivada tanto por la modernización de sus métodos como por el natural alcance transnacional de sus efectos. Así, se ha dicho que “la conectividad global debe ser considerada como un elemento central a la ciberdelincuencia contemporánea”⁶, y que su idea nuclear emana de que las tecnologías de la información y comunicación, globalmente convergentes “pueden ser utilizadas para cometer delitos con un alcance transnacional”⁷.

Este desarrollo en el rendimiento de las comunicaciones, generado por la conectividad inmediata y eficaz que permite Internet, crearon las condiciones para el nacimiento de la ciberdelincuencia

6 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, ob. cit., p. 6 (el original en inglés dice: “[T]he reality of global connectivity must be considered as a central element to contemporary cybercrime...”).

7 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, ob. cit., p. 5 (el original en inglés dice: “[T]he idea that converging *globalized* information communication technology may be used for committing criminal acts with transnational reach”).

como nueva categoría delictual. Estas condiciones –que representan, a su vez, las características que la diferencian de la delincuencia convencional– responden a las siguientes nociones: a) *dimensión trans o internacional*, b) *ciberespacio* y c) *anonimato*.

- a. La **dimensión trans o internacional** se entiende por oposición a la naturaleza eminentemente local de la delincuencia convencional. Tradicionalmente, al delito se lo concibe como descripciones de conductas típicas donde se asume, porque así lo ha dictado la experiencia, que su ejecución y efectos tienen lugar dentro de un determinado territorio. Esta asunción queda al descubierto cuando se analiza, por ejemplo, la naturaleza excepcional de la única disposición que regula la aplicación extraterritorial de la ley penal en la legislación chilena, que es el art. 6 del Código Orgánico de Tribunales. La ciberdelincuencia, en cambio, tiene una dimensión eminentemente internacional⁸. Por ejemplo, a menudo los correos electrónicos cuyo objetivo es dañar un sistema de datos (*malware*) o defraudar el patrimonio de otra persona (*phishing*) tienen que pasar por servidores situados en países diferentes hasta llegar al destinatario, ubicado en un territorio distinto al del ofensor⁹. En otras palabras, tanto la *conducta* como los *resultados* del tipo se desplegaron en países y jurisdicciones distintas.
- b. Al lado de la dimensión internacional, probablemente en una relación de causa-efecto, está la noción de **ciberespacio**¹⁰. En realidad, si la ciberdelincuencia tiene una dimensión preferentemente transnacional, aquello se debe a que la “escena del crimen” es ejecutada en el mundo virtual, sin perjuicio de que los efectos tengan consecuencias en el mundo real.
- c. El **anonimato**, finalmente, consustancial a la

8 GERCKE, Marco. *Comprensión del Ciberdelito: Fenómenos, dificultades y respuesta jurídica*. Informe solicitado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) de Naciones Unidas, Génova, Suiza, 2014, págs. 4-5.

9 Ibidem.

10 En el apartado subsiguiente –“Ciberespacio”– se analiza con mayor detención y documentación el rol de este concepto dentro de la ciberdelincuencia.

noción de ciberespacio e inherente a Internet, se refiere a que, a diferencia de lo que sucede en los delitos convencionales, la cibercriminalidad no implica un contacto físico o material entre el ofensor y la víctima¹¹.

El objeto de este artículo está definido por los problemas que plantean las características de la dimensión transnacional y el ciberespacio. Esto es, si los elementos que diferencian a la cibercriminalidad de la delincuencia tradicional dicen relación con la dificultad tanto de definir al ciberespacio como de reconducirlo a un territorio geográfico, entonces, surge el problema de cómo abordar la jurisdicción que tienen los Estados para ejercer su *ius puniendi*. De esta forma, nace la dificultad de determinar qué Estado podrá reclamar preferentemente su jurisdicción sobre el ciberdelito; ya que, a pesar de que los límites territoriales no siempre puedan aplicarse al mundo virtual, los efectos de la cibercriminalidad sí que perjudican a víctimas reales ubicadas en territorios físicos.

HACIA UN CONCEPTO DE CIBERDELITO

A pesar de existir cierto consenso en utilizar el término de ciberdelito para referirse a aquellos ilícitos cometidos en el mundo virtual, producto de su mismo dinamismo y constante cambio, esta noción no tiene una definición unívoca. Tampoco existe acuerdo en cuanto a la denominación o adjetivo que deba utilizarse para referirse a un tipo especial de delitos cometidos a través o en Internet, o a aquellos que estén relacionados con herramientas informáticas o redes telemáticas¹².

No obstante y sin pretender establecer una definición única al respecto, parece importante abordar el alcance del concepto de ciberdelito, para comprender de mejor manera el problema de la jurisdicción en el ciberespacio. Así, para comenzar, es importante mencionar la Recomendación del Consejo de Europa N° R (95) 13, que utiliza el término “delitos relacionados con las Tecnologías de la Información”, y los define como aquellos

que “contemplan cualquier conducta penal en una investigación en la cual las autoridades investigadoras tienen que obtener accesos a información que es procesada o transmitida en sistemas de cómputos o sistemas electrónicos de procesamiento de datos”¹³.

Si bien esta definición está enfocada desde el punto de vista de las actividades que realizan las autoridades investigadoras, si se le da un pequeño giro se la puede utilizar para definir a los ciberdelitos. De esta forma, estos delitos se referirán a aquellos hechos en los cuales la conducta desplegada por el actor contempla la utilización, el acceso o la transmisión de la información, a través de sistemas de cómputos o sistemas electrónicos de procesamiento de datos.

En este contexto, considerando la nueva escena mundial que enfrentaban las autoridades en la persecución de estos delitos, surgió en el año 1996 una iniciativa en el marco del Consejo de Europa sobre la creación de un Comité de Expertos para analizar aquella nueva rama delictual relativa a los delitos informáticos. Así, comenzó la redacción de una convención enfocada, principalmente, en establecer una política penal común, tendiente a proteger a la sociedad contra la cibercriminalidad¹⁴. De esta forma, en noviembre del año 2001 se firmó el Convenio de Budapest¹⁵, convirtiéndose en la primera herramienta internacional en establecer lineamientos específicos para enfrentar todo el fenómeno delictual cometido a través de Internet. No obstante haber surgido como una iniciativa de la Unión Europea, no ha sido excluyente para los países que no son parte de ella; de hecho, Chile con fecha 21 de abril de 2017, depositó en Estrasburgo, Francia, el instrumento de adhesión al Convenio sobre la Cibercriminalidad¹⁶.

13 VELASCO SAN MARTÍN, Cristos. *Jurisdicción y competencia penal en relación al acceso transfronterizo en materia de ciberdelitos*. 2ª ed., Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2016, p. 50.

14 Convención de Budapest, prólogo, p. 5.

15 Chile se convirtió en el miembro número 54 del Tratado y el primero en Sudamérica en suscribir este importante tratado internacional. La publicación en el Diario Oficial se realizó con fecha 28 de agosto de 2017, pasando a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico nacional, y por consiguiente, plenamente aplicable en nuestro país.

16 CARGILL MEDEL, Andrés. Convenio de Budapest: un asunto de seguridad nacional [en línea], 2018. Disponible en: <https://www.linkedin.com/pulse/convenio-de-budapest-un-asunto-seguridad-nacional-cargill-medel-/>. [fecha de consulta: 29 de abril de 2020].

11 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, ob. cit., p. 8.

12 QUEVEDO GONZÁLEZ, Josefina. *Investigación y prueba del ciberdelito*. Barcelona, España, Universidad de Barcelona, 2017, págs. 55 a 57.

En este orden de ideas, se puede sostener que el Convenio de Budapest es un instrumento internacional que busca homogeneizar la manera en que los diversos países contratantes abordan la ciberdelincuencia. Dentro de este marco, la Convención contiene lineamientos generales para que los países miembros interpreten, apliquen e implementen en su legislación nacional la regulación sustantiva y procesal que ella propone, de la misma forma, contiene normas de cooperación internacional que significaron un gran avance en esta área. En general puede sostenerse que su principal objetivo es la persecución eficiente del cibercrimen a través de la penalización de conductas y con la aplicación de herramientas procesales y de investigación ad hoc a las formas de comisión propias de estos delitos¹⁷.

Pero, a pesar de que el Convenio de Budapest tiene como principal objetivo hacerse cargo de la ciberdelincuencia, no contempla una definición para este tipo de delitos, sino que, entre sus artículos 2 y 10, regula una serie de conductas, todas las cuales caen bajo la noción de ciberdelito, marcando con ello una clara pauta sobre los tipos penales que deben quedar comprendidos dentro de este concepto. De este modo, en su parte sustantiva distingue cuatro categorías de ciberdelitos: aquellos relacionados con la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos o sistemas informáticos (Título 1, Sección 1); aquellos que denomina delitos informáticos (Título 2, Sección 1); aquellos relacionados con el contenido (Título 3, Sección 1) y aquellos relacionados con la propiedad intelectual y derechos afines (Título 4, Sección 1).

Además, el artículo 14 de la Convención hace aplicable sus disposiciones “a cualquier otro delito cometido por medio de un sistema informático; y a la obtención de pruebas electrónicas de cualquier delito”¹⁸. La importancia de esto radica en que la aplicación del Convenio, sus técnicas investigativas y normas de procedimiento se utilizan no solamente respecto de lo que se entiende como ciberdelito (artículos 2 al 10 de la Convención), sino que se extiende también a la investigación de cualquier

delito común en el cual se haya utilizado alguna herramienta tecnológica¹⁹.

Por lo tanto, utilizando al Convenio como marco de referencia, emplearemos el concepto de ciberdelito no sólo para referirnos a la situación en la que el sistema informático constituye el objetivo de la actividad delictiva (concepto *estricto* de ciberdelito), sino también para referirnos a aquella otra situación en la que el sistema informático sólo constituye el instrumento del delito (concepto *amplio* de ciberdelito)²⁰.

Parece de gran relevancia hacer esta distinción y comprender dentro del concepto de ciberdelito a cualquier conducta típica que constituya un delito informático (previamente tipificado como tal), así como también a los delitos comunes, en los cuales se hayan utilizado alguna tecnología de la información o de las comunicaciones. Esto, porque si analizamos el contexto habitual de los delitos comunes existen claros límites físicos donde las conductas son realizadas, lo que permite determinar la jurisdicción competente para conocerlos, pero, en materia de ciberdelincuencia, aquello no es así y, por lo tanto, los principios clásicos del derecho sobre jurisdicción se difuminan.

19 De este modo, podemos invocarla al momento de investigar, por ejemplo, un homicidio en el que claramente la acción es imposible de ejecutar con algún medio de tecnología, pero en el que se pueden utilizar estas herramientas como medios de coordinación en sus etapas previas o posteriores como, por ejemplo, para facilitar la impunidad.

20 SCHMITT, Michael. *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*. 2ª ed., Newport, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2017, p. 75. En este mismo sentido, el Manual de Tallinn, al referirse al sistema de cooperación internacional, establece que el término “cibercrimen” se debe entender referido a dos tipos de delitos: aquellos cometidos completamente con medios cibernéticos, tales como, phishing, hacking, entre otros, pero también comprende aquellos a los que se refiere como - non-cyber crimes - tales como el terrorismo, el cual puede verse apoyado por la utilización de medios cibernéticos.

17 VELASCO SAN MARTÍN, ob. cit., p. 70.

18 Artículo 14 (2) del Convenio de Budapest.

CIBERESPACIO

En la actualidad, el concepto de ciberespacio se vincula al uso de Internet –utilizado principalmente para referirse a la World Wide Web (www)²¹– y a la información que viaja a través de ella. También se emplea para hacer mención a objetos, lugares, sistemas de cómputos, tecnologías de la información y, en general, a todas las actividades que se desarrollan en esta Red, independientemente de la ubicación física y geográfica de los servidores, operadores o personas que intervienen en su utilización²². Tanto es así, que se ha llegado a sostener por algunos autores que se trataría de un espacio ajeno a la soberanía estatal y, por tanto, fuera del control y la regulación gubernamental²³.

En este orden de ideas, si bien es posible vincular fronteras de carácter tecnológico o jurisdiccionales al ciberespacio (por ejemplo, a través de la administración de un sitio web o por la ubicación de los servidores) muchas veces resulta difícil conectar la ejecución de un ciberdelito con un lugar geográfico determinado, precisamente por la naturaleza del ciberespacio y sus redes²⁴. De esta forma, surgen dificultades para determinar la jurisdicción aplicable a los delitos allí cometidos. Es en este escenario donde convergen algunas teorías que son interesantes de mencionar, y que intentan explicar la noción de “espacio o lugar” dentro del ciberespacio.

Una primera escuela concibe al ciberespacio como un “espacio separado”, que tiene una funcionalidad distinta de su concepto tradicional y que, por tanto, debe ser regulado también de una forma distinta desde el punto de vista legal o procesal. Por la misma razón, para efectos de diferenciar al ciberespacio del mundo real, postula reconocer la existencia de una frontera o límite entre ellos²⁵.

Una segunda escuela sostiene que el Ciberespacio no es menos real que el mundo real, en atención a que se en-

cuentra estrechamente conectado con objetos materiales ubicados en espacios geográficos determinados. Por ejemplo, Internet necesita servidores o proveedores de servicios, computadores, usuarios, etcétera. Por este motivo debe aplicársele el mismo marco normativo que el del espacio físico²⁶.

Mayoritariamente, los Estados han adoptado o aplicado la interpretación de la segunda escuela, utilizando el concepto clásico de jurisdicción en el ciberespacio; lo que se traduce en que al momento de investigar y/o juzgar conecten los objetos materiales que vinculan al ciberespacio con un territorio determinado y, de esta forma, ejercer su jurisdicción y hacer respetar su soberanía.

A nuestro entender, por el momento, es complejo establecer un concepto de jurisdicción dentro del ciberespacio o adoptar alguna de las dos teorías mencionadas para poder resolver el problema. A pesar de ello, creemos que son útiles para abordar esta disonancia entre jurisdicción espacial y ciberespacial, ya que permiten explicar dos de los principales obstáculos en materia de jurisdicción investigativa y adjudicativa de los ciberdelitos:

- a. En primer lugar, existen muchos casos en los que no resulta plausible ligar las investigaciones penales con elementos físicos de un espacio determinado, deviniendo imposible determinar la jurisdicción aplicable. Este punto será abordado con mayor profundidad en el último apartado de este trabajo.
- b. En segundo lugar, aun cuando sea posible reconducir las acciones o hechos materia de la investigación a objetos físicamente ubicables, de todas formas persistirán los conflictos de jurisdicción, ya que, producto del carácter transfronterizo del ciberespacio, normalmente serán varios los territorios involucrados.

¿TERRITORIALIDAD EN EL CIBERESPACIO?

Los dos siguientes ejemplos permiten ilustrar el problema que provoca entender a la territorialidad como principal factor de determinación de jurisdicción cuando la investigación y juzgamiento de un delito se vincula con el ciberespacio y con su alcance transfronterizo:

21 VELASCO SAN MARTÍN, ob. cit., p. 36.

22 VELASCO SAN MARTÍN, ob. cit., p. 37.

23 Ibidem.

24 FINKLEA, Kristin. *The Interplay of Borders, Turf, Cyberspace, and Jurisdiction: Issues Confronting U.S. Law Enforcement*. Estados Unidos, Artículo preparado para el Congreso de Estados Unidos, 2013, págs. 5 y 6.

25 KOOPS, Bert-Jaap y GOODWIN, Morag. *Cyberspace, the cloud, and cross-border criminal investigation The limits and possibilities of international law*. Tilburg, Tilburg University, 2014, p. 83.

26 Ibidem.

a. Caso Yahoo! (Bélgica). El año 2007, un fiscal de Dendermonde, Bélgica, basándose en la facultad que la ley belga le otorgaba para requerir información, solicitó vía e-mail a Yahoo! que entregara los datos de suscriptor de personas que habrían cometido delitos de fraude informático utilizando este sitio web. La empresa rechazó la solicitud, fundamentando su decisión en que las normas belgas que le daban facultades a la Fiscalía para requerir esta información no le eran oponibles, ya que sus oficinas estaban ubicadas en Estados Unidos y, por lo tanto, la solicitud debía ser canalizada a través de un requerimiento de asistencia internacional en materia penal a Estados Unidos. En julio del año 2008, el fiscal insistió en la solicitud, pero, al no recibir respuesta, entendió que se generó un incumplimiento por parte de la empresa e inició un procedimiento penal en contra de ellos.

De esta forma, el año 2009 el Tribunal de primera instancia de Dendermonde declaró culpable a la empresa, argumentando que Yahoo! sí mantenía presencia comercial, económica y funcional en el territorio belga, aun cuando fuera de forma virtual, ya que incluso la empresa podía ser contactada por los clientes a través de internet; y que, por consiguiente, debía responder a las solicitudes provenientes de las autoridades belgas. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Gante revocó esta resolución y acogió los argumentos de Yahoo!, sosteniendo que la empresa no constituía un operador de comunicación ni tampoco un proveedor de servicios establecido en Bélgica, por lo que el fiscal no tenía jurisdicción territorial respecto de la empresa, y sólo podía realizar la solicitud a través de los canales formales en materia de asistencia penal internacional.

Con posterioridad, comenzó una serie de recursos que llevaron a anular este y otros fallos (2011, 2012 y 2015) por la Corte de Casación belga, máxima instancia jurisdiccional del país. En su última decisión, el Máximo Tribunal belga confirmó la condena a Yahoo! por la Corte de Apelaciones de Amberes, aduciendo, prácticamente, los mismos razonamientos que en su oportunidad hizo valer el Tribunal de primera instancia²⁷.

b. Caso Microsoft-Ireland (Estados Unidos). En 2016 un resultado diametralmente opuesto tuvo lugar. En el caso

27 EUROJUST. *Cybercrime Judicial Monitor*. La Haya, Holanda, 2016, págs. 14 a 29.

denominado “*Microsoft Ireland*”, en la primera instancia, un magistrado del Distrito del Sur de Nueva York acogió la petición de un persecutor estadounidense para que ordenara a Microsoft a revelar toda la información de suscriptor así como los correos electrónicos asociados a una cuenta que ellos hospedaban. Si bien la empresa cumplió con la entrega de la información de suscriptor, se negó a entregar los correos, alegando que esos datos estaban almacenados en un servidor de Dublín, Irlanda, y que ningún juez estadounidense tenía competencia para expedir una orden de incautación fuera de la jurisdicción norteamericana. En la segunda instancia, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos revocó la resolución, sosteniendo que “al interpretar las leyes de los Estados Unidos, presumimos que la legislación del congreso está destinada a ejercerse sólo dentro del territorio jurisdiccional de los Estados Unidos”, luego fundamentó esta presunción señalando que su objetivo es “evitar conflictos no intencionados entre nuestras leyes [estadounidenses] y las leyes de otros países, lo que podría resultar en un conflicto internacional”²⁸.

Los tribunales de ambas jurisdicciones están de acuerdo, y así lo expresan, en que el objeto del debate está determinado por la posibilidad, o no, de aplicar extraterritorialmente la ley penal (en este caso, la ley procesal penal). En efecto, mientras la sentencia de *Microsoft-Ireland* señala que “de este modo, la emisión de una orden que implique que Microsoft tenga que incautar los contenidos de las comunicaciones de sus clientes, almacenadas en Irlanda, constituye una aplicación extraterritorial ilegítima del Acta [*Stored Communications Act*]”²⁹; en el caso *Yahoo!* el objeto del debate consistió en responder a la pregunta de si puede, o no, un fiscal belga emitir un requerimiento dirigido a un proveedor extranjero, sin presencia física en Bélgica, para que divulgue datos informáticos³⁰.

De hecho, fue tal el revuelo que causó el caso *Microsoft-Ireland*, en Estados Unidos, que la discusión sobre la extra-

28 Corte de Apelaciones de Estados Unidos por el Segundo Circuito, 14 de julio de 2016, Número o identificador de caso (*Docket No.*14-2985). Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1742012.html>

29 Ibidem.

30 Cfr. PARLAR, Cihan, THUMFART, Johannes y DE HERT, Paul. “Legal arguments used in courts regarding territoriality and cross-border production orders: From Yahoo Belgium to Microsoft Ireland”. En: *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 10, N° 20, 2018, p. 17.

territorialidad de la ley penal investigativa y la evidencia digital salió de la sola esfera jurídica y, derechamente, se instaló en el debate público. En efecto, la decisión del caso *Microsoft-Ireland*, que estableció que la *Stored Communications Act* (la SCA de 1986) no tenía aplicación extraterritorial, originó que se agilizará la promulgación de la *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* (o *CLOUD Act*), cuyo principal propósito consistió en modificar el alcance de la SCA, y “aclarar” que el lugar de almacenamiento de los datos no determinará la jurisdicción del Órgano Persecutor norteamericano (siempre que el proveedor requerido tenga la posesión o custodia de esos datos, que esté sujeto a la jurisdicción de EE.UU. y que el delito haya sido cometido en suelo norteamericano)³¹⁻³².

Este tipo de discusiones, donde el objeto del debate lo constituye la aplicación transfronteriza de la ley penal en el espacio, hoy en día resultan cada vez más frecuentes. Esto se debe, según se dijo, al rol central que ocupa el ciberespacio en el desarrollo de la criminalidad moderna, pero también al hecho de que en la época en que se diseñaron los marcos normativos que regulan esa aplicación espacial de la ley no era posible prever el nacimiento de este nuevo espacio. En realidad, el “espacio” que se tuvo en mente se trataba de un lugar plenamente identificable con un territorio físico, delimitado por fronteras y dentro del cual, además de desarrollarse la ejecución completa del delito, se podía localizar la evidencia necesaria para perseguirlo. Asimismo, el territorio delimitado por esas fronteras, donde se aplicaba la ley penal, coincidía con el territorio donde el Estado ejercía su soberanía. De allí que, hasta el día de hoy, se hable indistintamente tanto de “so-

beranía territorial” como de “jurisdicción territorial”³³: porque –al menos desde la creación del Estado moderno– la soberanía, el territorio y la jurisdicción son los conceptos que explican el Poder de un Estado, tanto en su ejercicio horizontal (interestatal) como en su ejercicio vertical³⁴.

A mayor abundamiento, es este el sentido con que nuestra doctrina nacional ha entendido también al principio de la territorialidad penal. El profesor Garrido Montt, por ejemplo, ha dicho que la territorialidad consiste “en que todos los actos delictivos cometidos dentro del territorio de un Estado quedan sometidos a la jurisdicción de ese Estado, bien que los autores o las víctimas sean nacionales de otro país, o que el efecto o resultado del acto tenga lugar en un Estado distinto, o los responsables hayan huido del lugar donde delinquieron”³⁵⁻³⁶. En este escenario original, el principio de territorialidad (y sus limitadas excepciones) resulta más que suficiente para resolver los eventuales conflictos de jurisdicción que pudieran surgir entre dos o más Estados.

El problema nace cuando el escenario cambia y el espacio deviene en ciberespacio: allí, el principio de territorialidad pierde su eficacia, la determinación de la jurisdicción se torna confusa, y se generan aprensiones por posibles infracciones a la soberanía. Todos estos problemas se advierten en los dos casos relatados.

Efectivamente, el principio de territorialidad pierde su eficacia como factor central de distribución de jurisdicción. Si se analizan ambos fallos, es posible apreciar cómo el objeto del debate, a pesar de ser esencialmente el mismo (aunque dispuestos desde ángulos opuestos), se resuelve de forma opuesta por los respectivos tribunales. Así, mientras que en el caso *Yahoo!* un tribunal de un territorio distinto de aquel en que un proveedor almacenaba los datos, resuelve que *no*

31 Como la promulgación de la *CLOUD Act* tuvo lugar justo después de los alegatos de las partes ante la Corte Suprema de EE. UU., pero antes de la decisión del fallo, ese Máximo Tribunal, acogiendo una petición del Departamento de Justicia de Estados Unidos, omitió pronunciarse sobre el asunto (*declared moot*) por no existir ya relevancia jurídica en el conflicto que motivaba su conocimiento. Ver noticia en HURLEY, Lawrence. “U.S. top court rules that Microsoft email privacy dispute is moot” [en línea], 2018. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-usa-court-microsoft/supreme-court-rules-that-microsoft-email-privacy-dispute-is-moot-idUSKBN1HO23S> [fecha de consulta: 27 de junio de 2020].

32 Además, desde la perspectiva del derecho internacional, la *CLOUD Act* contiene otra institución importante, sobre todo en el ámbito de la cooperación internacional, que son los Acuerdos Ejecutivos (*Executive Agreements*). A través de estos acuerdos, la otra Parte signataria tendrá la facultad de realizar solicitudes directas y vinculantes a un proveedor estadounidense para que divulgue información o datos de contenido, siempre que esa información sea necesaria en la investigación de un delito grave (“serious crime”) que haya sido cometido en el territorio de aquella Parte. Vid., SWIRE, Peter y DASKAL, Jennifer. “Frequently Asked Questions (FAQs) about the U.S. Cloud Act [en línea], 2019. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3469829 [fecha de consulta: 27 de junio de 2020].

33 Por eso mismo, en el derecho internacional, a la jurisdicción se la ha definido como “el poder del Estado para regular o restringir de cualquier otra forma a las personas, la propiedad y sus circunstancias; y refleja, asimismo, los principios básicos de soberanía estatal, igualdad de los Estados y la no interferencia en asuntos internos”, en RYNGAERT, Cedric. *Jurisdiction in International Law*. 2a. ed., Nueva York, Estados Unidos, Oxford University Press, 2015, p. 645.

34 RYNGAERT, ob. cit., p. 5.

35 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General. Nociones fundamentales de la teoría del delito*. 2a. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2013, Tomo 1, págs. 130–131.

36 El sistema internacional contemporáneo también lo entendió así al reconocer la protección de la igualdad soberana como eje del mismo. Este reconocimiento se dispuso por primera vez en el artículo 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 donde, junto con los principios de inviolabilidad de la integridad territorial (art. 2.4) y de la no intervención en asuntos internos (art. 2.7), constituyen los mecanismos centrales para lograr que la cooperación internacional constituya el único medio de solución de conflictos internacionales.

hay infracción al principio de territorialidad cuando se le pide a ese proveedor (extranjero) que entregue cierta información; en el caso *Microsoft*, en cambio, un tribunal del mismo territorio de aquel en que un proveedor almacenaba los datos, resuelve que sí hay infracción al principio de la territorialidad cuando se le pide a ese proveedor (nacional) que revele esos datos.

Es decir, a pesar de tratarse de hechos casi idénticos, ambas decisiones se sostienen invocando de forma distinta el principio de la territorialidad. En el caso *Yahoo!*, la Corte de Casación belga señaló que no hubo infracción a la territorialidad, por dos motivos: primero, porque la empresa proveedora sí tenía presencia (virtual) económica en el territorio belga; y, segundo, porque la condena no implicaba vulnerar la integridad territorial de Estados Unidos, ya que para recibir los datos ninguna autoridad belga tendría que pisar suelo norteamericano. Tampoco la eventual medida coercitiva, en caso de incumplimiento, infringía la territorialidad ya que sólo habría de aplicarse en Bélgica³⁷. En el caso *Microsoft-Ireland*, por su parte, el Tribunal señaló que, al momento de interpretar las leyes del Congreso, estas se presumen no tener efecto extraterritorial y, en consecuencia, no pueden obligar a una empresa, por más que sea de la misma nacionalidad, a entregar datos almacenados en otro territorio, ya que ello importaría la irrupción en territorio (cibernético) irlandés.

Todas estas diferencias de criterio respecto de la jurisdicción aplicable cuando el delito y/o la evidencia se vincula al ciberespacio, nos obliga a analizar si el Convenio de Budapest –único instrumento internacional para abordar globalmente la lucha contra la ciberdelincuencia– ha establecido definiciones en esta materia y, en su caso, cuáles.

III. LA JURISDICCIÓN EN EL CONVENIO DE BUDAPEST SOBRE LA CIBERDELINCUCENCIA

CLASES DE JURISDICCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En el derecho internacional, a la jurisdicción se la ha definido como “el poder del Estado para regular o restringir

37 PARLAR, THUMFART y DE HERT, ob. cit., págs. 18-19.

de cualquier otra forma a las personas, la propiedad y sus circunstancias; y refleja, asimismo, los principios básicos de la soberanía estatal, la igualdad de los Estados y la no interferencia en asuntos internos”³⁸. Desde esta perspectiva, la jurisdicción responde a las atribuciones y facultades propias de un Estado con separación de poderes. Por ello, el derecho internacional suele clasificar a la jurisdicción según los modos tradicionales de ejercicio de soberanía (poder legislativo, poder judicial y poder ejecutivo)³⁹.

Los elementos de esta clasificación provienen del célebre caso *Lotus*⁴⁰, resuelto por la Corte Permanente Internacional de Justicia en 1927. Si bien la Corte no creó la nomenclatura, sí sentó sus bases al distinguir la importancia del principio de territorialidad según el modo de ejercicio de jurisdicción de que se trate. La Corte señaló que, respecto de la creación de leyes,

38 SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6ª ed., Nueva York, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2008, p. 645 (el original, en inglés, dice: “Jurisdiction concerns the power of the state under international law to regulate or otherwise impact upon people, property and circumstances and reflects the basic principles of state sovereignty, equality of states and non-interference in domestic affairs”).

39 Cfr. SHAW, ob. cit., págs. 649–51.

40 El caso “*Lotus*” es un tópico de mención obligada en los estudios sobre jurisdicción internacional. Los hechos fundantes del fallo, emitido por la ya desaparecida Corte Permanente Internacional de Justicia (CPIJ), son los siguientes: en altamar colisionaron dos naves de distinto pabellón: el buque minero *Boz-Kourt* de origen turco y el barco a vapor *SS Lotus* de Francia. Producto de esta colisión, la nave turca se partió por la mitad, falleciendo ocho de sus ciudadanos. Turquía le pidió al capitán francés que se acercara a la costa turca para aportar evidencia, a lo que accede. En dicho país, es sometido a juicio y, finalmente, condenado a una multa y a una breve pena de cárcel. Francia protestó planteando que Turquía no tenía jurisdicción para conocer del caso y Turquía respondió proponiendo llevar el problema a la CPIJ para que decidiera sobre el conflicto de jurisdicción. El 7 de septiembre de 1927, la Corte le dio la razón a Turquía. El dictum del fallo parecía abandonar la centralidad del principio de territorialidad al considerar que: “Lejos de existir una prohibición general en cuanto a que los Estados no podrían extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales a personas, cosas y actos fuera de su territorio, en realidad, sobre este respecto, existe una amplia discreción, sólo limitada, en ciertos casos, por normas prohibitivas; sobre los otros casos, cada Estado es libre para adoptar los principios que considere mejores y más adecuados” (CPIJ, 7 de septiembre de 1927, p. 19).

Sin embargo, cuando formuló este argumento lo hizo pensando en la jurisdicción prescriptiva y adjudicativa, no en la ejecutiva o investigativa ya que, sobre ella, señala que: “la primera y principal limitación impuesta por el derecho internacional sobre un Estado es que -en ausencia de una norma permisiva en contrario- no puede ejercer su poder de ninguna forma en el territorio de otro Estado. En este sentido, la jurisdicción es sin dudas territorial; no puede ser ejercida por un Estado fuera de su territorio, excepto por virtud de una norma permisiva derivada de la costumbre internacional o de una convención” (CPIJ, 7 de septiembre de 1927, págs. 18-9).

En inglés, idioma original del fallo junto al francés, la sentencia se puede leer en la siguiente página web: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm. Una traducción no oficial al español se encuentra en <https://www.dipublico.org/10984/s-s-lotus-1927-corte-permanente-de-justicia-internacional-ser-a-no-10/>.

los Estados tienen un amplio margen de decisión y nada impide que un Estado promulgue una ley que pretenda tener efectos extraterritoriales; pero respecto de la posibilidad de hacer cumplir la ley (lo que incluye la realización de diligencias investigativas) esta facultad es estricta y absolutamente soberana: un Estado no puede llevar a cabo ningún acto que implique la irrupción en territorio ajeno (por más que una ley promulgada esté pensada para tener efectos en otro territorio).

A partir de este caso, la clasificación que se suele hacer es la siguiente⁴¹⁻⁴²:

a. Jurisdicción prescriptiva: se refiere a la potestad de un Estado para crear leyes destinadas a sancionar delitos cometidos *generalmente* dentro de su territorio. Paradigmáticamente, en los Estados modernos con separación de poderes esta función recae sobre el Congreso o Parlamento.

Sobre este tipo de jurisdicción –y también sobre el de jurisdicción adjudicativa–, la CPIJ estableció que “lejos de existir una prohibición general en cuanto a que los Estados no podrían extender la aplicación de sus leyes [jurisdicción prescriptiva] y la jurisdicción de sus tribunales [jurisdicción adjudicativa] a personas, cosas y actos fuera de su territorio” en realidad, sobre esta materia, ellos tienen “una amplia discreción”⁴³.

b. Jurisdicción adjudicativa: se refiere a la jurisdicción en el sentido que convencionalmente la entendemos en la tradición continental, es decir, como *función o actividad* privativa de los tribunales de justicia. En Chile la encontramos en los artículos 5 del Código Orgánico de Tribunales y 76 de la Constitución Política. De

41 Aunque estas tres categorías (jurisdicción para prescribir, adjudicar y ejecutar) no son privativas del derecho penal, sino que pueden caracterizar la aplicación extraterritorial de cualquier actividad regulada por ley (particularmente útil en libre competencia y familia), nosotros sólo las explicaremos en su sentido penal.

42 Cfr. SHAW, ob. cit., cap. Introduction.

43 Corte Permanente Internacional de Justicia, 7 de septiembre de 1927, p. 19.

acuerdo con lo señalado, el caso *Lotus* sigue el mismo criterio que con respecto a la jurisdicción prescriptiva.

c. Jurisdicción ejecutiva y de investigación: se refiere, originalmente, a la facultad que tiene un Estado para compeler, haciendo uso de la facultad de imperio si es necesario, al cumplimiento de la ley penal o de una resolución judicial. También comprende la facultad de los órganos persecutores o de las fuerzas policiales para investigar la comisión de delitos y para realizar todas aquellas otras atribuciones, intrusivas o no, atribuidas por ley.

Sobre esta última clase de jurisdicción, la Corte, en el caso *Lotus*, dejó asentado el principio de que: “la primera y principal limitación impuesta por el derecho internacional sobre un Estado es que –en ausencia de una norma permisiva en contrario– no puede ejercer su poder de ninguna forma en el territorio de otro Estado. En este sentido, la jurisdicción es sin duda territorial”⁴⁴.

Aunque la decisión de la CPIJ, sobre todo en sus inicios, fue muy criticada, no se puede desconocer la utilidad metodológica y funcional que hasta el día de hoy conserva. En efecto, este fallo no sólo constituye la base con que la doctrina y jurisprudencia introducen el tema de la jurisdicción internacional, sino que –incluso más importante– los efectos que se siguen de esta clasificación son obedecidos en la aplicación práctica del derecho internacional, en la que una vinculación inflexible entre soberanía y territorialidad aún conserva su vigor en materia de jurisdicción investigativa y ejecutiva⁴⁵.

44 *Ibidem*, págs. 18-19.

45 Cfr. ALLEN, Stephen. Enforcing Criminal Jurisdiction in the Clouds and International Law's Enduring Commitment to Territoriality. En: ALLEN, Stephen, COSTELLOE, Daniel, FITZMAURICE, Malgosia, et al. (dir.), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law*. 1ª ed., Nueva York, Estados Unidos, Oxford University Press, 2019, p. 385.

LA JURISDICCIÓN EN EL CONVENIO DE BUDAPEST

El Convenio de Budapest, aunque sin usar las nomenclaturas, regula separadamente estas clases de jurisdicción. Así, mientras en el artículo 22 (*Jurisdicción*) contiene el ejercicio de jurisdicción prescriptiva y adjudicativa, el estatuto de la jurisdicción investigativa se establece a partir de otras varias disposiciones.

Pero además de seguir la metodología del caso *Lotus*, también reproduce los efectos que éste distingue dependiendo de qué clase de jurisdicción se trata. De esta forma, el Convenio es permisivo y flexible en la aplicación del principio de territorialidad respecto de la jurisdicción prescriptiva y adjudicativa; pero mucho más estricto respecto de la jurisdicción investigativa.

LA JURISDICCIÓN PRESCRIPTIVA Y ADJUDICATIVA EN EL CONVENIO DE BUDAPEST (ART. 22)

El párrafo 1 del artículo 22 de la Convención establece que la reclamación de jurisdicción prescriptiva, respecto de los delitos establecidos entre los artículos 2 a 11, debe fundarse en alguno de los siguientes dos principios clásicos de atribución de jurisdicción: el primero, obviamente, es el principio de la territorialidad; el segundo corresponde al principio de la nacionalidad o personalidad activa.

- a. Que el delito se haya cometido en su territorio;
- b. Que el delito se haya cometido a bordo de un buque que enarbole su pabellón;
- c. Que el delito se haya cometido a bordo de una aeronave matriculada según sus leyes; o
- d. Que el delito se haya cometido por uno de sus nacionales, si concurre la doble incriminación o si ningún Estado tiene competencia territorial respecto de ese delito.

De los cuatro factores de reclamación de jurisdicción que contempla esta disposición, tres son manifestaciones tradicionales del principio de la territorialidad:

¿Por qué se trata de jurisdicción prescriptiva? Porque es el propio artículo 22 el que señala la vía para reclamar, conforme estos criterios, este tipo de jurisdicción: “Cada Parte adoptará las **medidas legislativas** y de otro tipo que resulten necesarias para afirmar su jurisdicción...”⁴⁶. Luego, al tratarse de una jurisdicción que sólo se puede reclamar regulatoriamente (“adopción de medidas legislativas”) los Estados no podrían utilizar esos criterios como fundamento para ejercer una jurisdicción más intrusiva, como la investigativa.

a) Jurisdicción prescriptiva basada en la territorialidad: se manifiesta en los literales (a), (b) y (c) del artículo 22.1.

Con respecto a la letra (a), el Reporte Explicativo expresa que “[este párrafo] está basado en el principio de territorialidad”⁴⁷. Ahora bien, aunque el texto de la Convención no lo dice expresamente, debe entenderse incorporado dentro de este literal no sólo al principio de territorialidad en su manifestación original (*territorialidad subjetiva*), sino también al principio de los efectos (*territorialidad objetiva*)⁴⁸. Esta

⁴⁶ La negrita es nuestra.

⁴⁷ CYBERCRIME CONVENTION COMMITTEE. *Informe Explicativo del Convenio sobre la Ciberdelincuencia*. Budapest, 2001, párr. 233.

⁴⁸ Dada la estrechez del principio de la territorialidad en su concepción original, tanto la literatura como la jurisprudencia han tendido a expandir semánticamente el principio de la territorialidad. De esta forma, un Estado puede afirmar jurisdicción con base en este principio cuando al menos uno de los elementos del delito ha ocurrido en su territorio. En su manifestación original, ese elemento se refería exclusivamente a la realización de la conducta típica, pero con la expansión de su significado el Estado reclamante también puede afirmar jurisdicción territorial cuando sólo sean los efectos de la conducta los que se produzcan en su territorio. Con esta resignificación, al principio de territorialidad original pasó a llamarsele *territorialidad subjetiva* y al principio de los efectos, *territorialidad objetiva*. Cfr. AMBOS, Kai. “Los fundamentos del ius puniendi nacional; en particular, su aplicación extraterritorial”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 119, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007, págs. 275–276.

Ahora bien, no debe pensarse que esta expansión alcanzó también a la jurisdicción para investigar o ejecutar. Si un Estado aduce jurisdicción con base en la territorialidad objetiva (i.e., en los efectos), no le da derecho para ingresar al Estado donde se encuentra el autor, y debe utilizar los mecanismos de cooperación internacional para investigar o la extradición para juzgar.

aclaración la realiza el propio Reporte al señalar que: “una Parte haría valer su jurisdicción territorial, si tanto la persona que ataca un sistema informático como el sistema que es víctima del ataque se encuentran [ambos] en su territorio, y cuando el sistema informático víctima del ataque se encuentre en su territorio, aunque el atacante no lo esté”⁴⁹.

Con respecto a los literales (b) y (c), el Reporte también hace constar que “[estos apartados] están basados en una variante del principio de territorialidad”⁵⁰, que en derecho internacional se conoce como principio del pabellón⁵¹.

b. Jurisdicción prescriptiva basada en la nacionalidad del autor: se manifiesta en el literal (d). En términos no estrictos, esta es la única disposición que permite afirmar jurisdicción extraterritorial sin conexión directa con el territorio.

El párrafo 3 del artículo 22 reconoce la posibilidad de que las Partes no extraditen a sus nacionales. En ese evento, sin embargo, la Parte en cuyo territorio se encuentra el nacional imputado estará obligada a ejercer jurisdicción, sin poder hacer uso de las reservas que franquea el párrafo 2 de la disposición en comento. Esta es una manifestación del principio *aut dedere aut judicare* (extraditar o juzgar).

El párrafo 4, por su parte, establece *ex ante* que el Convenio “no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida por una Parte de conformidad con su derecho interno”. El párrafo 5, finalmente, –previendo que los efectos del párrafo anterior se traduzcan en un solapamiento de jurisdicciones concurrentes– insta a las Partes a que cuando eso suceda “celebren consultas [...] con miras a determinar la jurisdicción más adecuada para las actuaciones penales”.

49 CYBERCRIME CONVENTION COMMITTEE. *Informe Explicativo del Convenio sobre la Ciberdelincuencia*. Budapest, 2001, párr. 233. La cursiva es nuestra.

50 *Ibidem*, párr. 234.

51 Efectivamente, el principio del pabellón asimila a las naves o aeronaves, únicamente para efectos pragmáticos, al territorio del pabellón que enarbole la nave o bajo el cual esté registrada la aeronave. Su finalidad es evitar lagunas de competencia penal en alta mar o en el espacio aéreo. Cfr. AMBOS, *ob. cit.*, p. 277.

LA JURISDICCIÓN INVESTIGATIVA EN EL CONVENIO DE BUDAPEST

Según se señaló, a partir de la sistematización diseñada por el caso *Lotus*, la jurisdicción investigativa o ejecutiva tiende a circunscribirse al principio de territorialidad⁵², salvo que exista una regla derivada del derecho internacional o del consentimiento del otro Estado. Como consecuencia, cuando un Estado requiere realizar diligencias u obtener información ubicada en territorio extranjero lo debe hacer a través de la cooperación internacional; cuyo instrumento paradigmático para estos efectos es el “MLA” (*mutual legal assistance*) o requerimiento de asistencia mutua en materia penal⁵³.

El Convenio de Budapest también regula a la cooperación internacional como el modo de ejercer jurisdicción investigativa en un país extranjero. Este paradigma se manifiesta en las siguientes disposiciones:

a) El artículo 23 –que establece los “Principios generales relativos a la cooperación internacional”– constituye la regla general en esta materia. Esta disposición hace aplicable, entre Estados Parte, los instrumentos y principios internacionales sobre cooperación internacional penal para los “efectos de las investigaciones o los procedimientos relativos a los delitos relacionados con sistemas y datos informáticos o para obtener pruebas en formato electrónico de los delitos”.

b) El artículo 27 del Convenio, por su parte, regula los “procedimientos relativos a las solicitudes de asistencia mutua en ausencia de acuerdos internacionales aplicables”, es decir, establece una regulación subsidiaria⁵⁴ para los MLA.

52 Corte Permanente Internacional de Justicia. 7 de septiembre de 1927, párr. 45. El original en inglés dice: “In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention”. (Traducción propia: “En este sentido, la jurisdicción es ciertamente territorial; no puede ser ejercida por ningún Estado fuera de su territorio, salvo por virtud de una regla permisiva, derivada de la Costumbre Internacional o de un Tratado”).

53 ALLEN, *ob. cit.* p. 385.

54 El artículo 28.1 del Convenio expresamente señala que: “En ausencia de tratado [...] o de acuerdo [...] entre la Parte requirente y la Parte requerida, se aplicarán las disposiciones del presente artículo. Dichas disposiciones no se aplicarán cuando exista un tratado, acuerdo o legislación de este tipo, a menos que las Partes interesadas decidan aplicar[lo]”.

c) En atención a la volatilidad, ubicuidad y fácil deterioro de los datos informáticos, la Convención establece distintos dispositivos que buscan amortiguar estas consecuencias. Por ejemplo, el artículo 29 impone la obligación a las Partes de conservar rápidamente los datos informáticos almacenados dentro de su territorio. Luego, el artículo 30 establece la obligación para la Parte a quien se pidió conservar datos de tráfico, que los revele inmediatamente a la Parte requerida cuando descubriere que un proveedor de servicios de otro Estado ha participado esas comunicaciones.

d) Uno de los principales instrumentos diseñado para “dar una respuesta rápida” y “abordar eficazmente los desafíos de la era informática” es la Red 24/7 (artículo 35)⁵⁵. El comentario que realiza el Informe Explicativo sobre la Red señala que constituye “uno de los más importantes medios previstos por el presente Convenio para asegurar que las Partes puedan responder eficazmente a los desafíos que plantea la aplicación de las leyes respecto de los delitos informáticos o los delitos relacionados con la informática”⁵⁶.

Como su nombre lo dice, la Red 24/7 opera a través de puntos de contactos previamente designados que deben estar disponibles las 24 horas del día y los 7 días de la semana, con el objeto de asegurar la asistencia inmediata de aquellas peticiones que pueden ser solicitadas por esta vía. Estas solicitudes son: el asesoramiento técnico (art. 35.1.a) la conservación de datos (art. 35.1.b) y la obtención de pruebas, suministro de información de carácter jurídico y localización de sospechosos (art. 35.1.c). En Chile, es la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones del Ministerio Público el punto de contacto designado.

e) Tan innovativa como la técnica anterior lo constituye el mecanismo del artículo 32. Esta medida permite que las autoridades de un Estado extranjero accedan a datos almacenados

en el territorio de otro Estado, sin su autorización, siempre que esos datos informáticos sean accesibles al público en general (datos de fuente abierta); o bien, que la parte que accede obtenga el consentimiento lícito y voluntario de la persona legalmente autorizada a revelárselos.

El artículo 32 demuestra la voluntad en la comunidad internacional de querer superar las restricciones territoriales del ejercicio de la jurisdicción investigativa. Dicho de otro modo: las Partes que ratificaron el Convenio estuvieron de acuerdo en que, en algunos casos, es tal la premura que exigen las investigaciones donde hay datos informáticos involucrados, que la única manera de afrontar el desafío es autorizando, *ex ante*, que se acceda transfronterizamente por otro Estado al territorio propio.

IV. LA JURISDICCIÓN PARA INVESTIGAR Y LAS DIFICULTADES QUE PRESENTA LA SITUACIÓN DE *LOSS OF LOCATION*

Todos los ejemplos dados hasta ahora, así como la propia regulación del Convenio de Budapest, se refieren a casos en que, de una u otra forma, es posible conectar al ciberespacio con un determinado territorio (se sabe dónde están los datos, se sabe dónde está el imputado, etcétera), sin embargo, cuando no existe vinculación entre espacio y ciberespacio resulta necesario encontrar soluciones para que no haya impunidad.

Existe un punto en que el ciberespacio se desconecta completamente de la territorialidad. Precisamente, es en este punto donde se generan las mayores complicaciones a la hora de determinar las cuestiones relativas a la jurisdicción. Estas situaciones, son aquellas en las que no es posible vincular acciones, información o actividades investigativas con un determinado territorio jurisdiccional. Es allí donde el ciberespacio cobra su naturaleza propia, lo que nos lleva a concluir que efectivamente pareciera ser un espacio diferente, nuevo, intangible y no clasificable en los estándares clásicos. Ese

⁵⁵ CYBERCRIME CONVENTION COMMITTEE. *Informe Explicativo del Convenio sobre la Ciberdelincuencia*. Budapest, 2001, párr. 298.

⁵⁶ *Ibidem*.

punto, donde no es posible vincular con precisión las actividades realizadas en el mundo virtual con un territorio determinado, se conoce como *loss of location*, concepto que se refiere a aquellas situaciones en que los datos informáticos se encuentran almacenados en un *cloud computing systems*⁵⁷ o en la nube virtual.

El concepto *cloud computing* se refiere a la idea de una “nube” que cumple el rol de intermediario virtual entre el proveedor del servicio y el usuario. Con ello, el cliente puede acceder al contenido guardado en la nube desde cualquier dispositivo ubicado en cualquier parte del mundo, siempre que cuente con acceso a Internet. Por su parte, el proveedor mantiene el control de los recursos que se prestan como servicios, los cuales se virtualizan. Una de las principales características de este servicio es que los proveedores mantienen las redes o sistemas de almacenamiento en distintos lugares o países. Ello implica que los datos se vayan moviendo entre servidores y jurisdicciones, lo cual ocurre por razones de seguridad y de disponibilidad de la información. Tal es la volatilidad de la información almacenada en la nube, que los datos pueden encontrarse ubicados en distintas jurisdicciones al mismo tiempo, incluso, sin que ni el mismo proveedor del servicio conozca con precisión dónde ella se encuentra específicamente ubicada⁵⁸.

Allí es donde surge la siguiente interrogante: ¿Qué legislación aplicar en los casos de *loss of location*? Para poder responder esta pregunta, la doctrina y la jurisprudencia tienden a resolverla utilizando los principios clásicos de territorialidad y geolocalización, sin embargo, ellos no siempre son útiles para resolver esta disyuntiva.

Fue en Estados Unidos de América, en el año 2017, que la Corte del distrito Este de Pensilvania se pronunció respecto a la obligación de Google para entregar información que era requerida por agentes del FBI, la que estaba relacionada con ciertos datos

57 FERNÁNDEZ, Víctor y LEYTON, Javier. *Cloud Computing*. Valparaíso, Chile, Universidad Técnica Federico Santa María, 2010, págs. 3 a 5.

58 TRANSBORDER GROUP. *Transborder access and jurisdiction: What are the options?* Estrasburgo, Francia, 2012, p. 10.

informáticos de sospechosos involucrados en una investigación por el delito de fraude⁵⁹. Las particularidades del caso se centran en el hecho que tanto los sospechosos como los delitos ocurrieron íntegramente en territorio norteamericano; de la misma forma, la información requerida habría sido intercambiada por personas ubicadas en el mismo territorio. Google cumplió parcialmente, entregando la información que se encontraba almacenada en los servidores ubicados en Estados Unidos, sin embargo, se negó a entregar aquellos datos que no se encontraban dentro de este territorio, ello fundado en una decisión anterior respecto del caso Microsoft⁶⁰.

Este fallo hace un interesante análisis sobre la naturaleza de la información almacenada en la nube. Explica que Google almacena la información en varias localidades, pudiendo ser tanto USA como otros países, lo que implica un constante movimiento y cambio de la información, incluso en el tiempo que una solicitud legal está en curso (***loss of location***). Tanto es así, sostiene, que Google no tiene la capacidad de determinar la ubicación de los datos informáticos en un momento específico. De hecho, el proveedor cambia constantemente la información de un servidor a otro, incluso sin el conocimiento del cliente, pero a pesar de ello, ese traslado no interfiere con el control que el usuario puede tener sobre su información. Continúa razonando, que aun cuando la soberanía de otro Estado pueda estar implicada, la naturaleza tecnológica de la nube –que funciona con un algoritmo automático que pretende crear un sistema de conexión eficiente– hace incierto saber en qué país se encuentra. Tanto es así, que debido a la arquitectura del sistema de Google, ni siquiera ellos pueden decir con certeza su ubicación con la finalidad de realizar un procedimiento de asistencia legal internacional. Atendida esta situación, se genera un obstáculo insuperable para que el Gobierno pueda iniciar un procedimiento de asistencia internacional. Finalmente, el Tribunal accedió a la solicitud y ordenó a Google a cumplir con los requerimientos de divulgación.

59 Corte del Distrito del Este de Pensilvania, 03 de febrero de 2017. Identificación del caso: *In Re Search Warrant N° 16-960-M-01 to Google*.

60 Vid. supra “¿Territorialidad en el ciberespacio?”.

Esta sentencia demuestra que no se puede aplicar el principio de territorialidad como solución a este conflicto, porque ello nos llevaría a tener que determinar en qué país específico se encuentra ubicada la información (con la finalidad de llevar a cabo el procedimiento tradicional en materia de cooperación internacional, como lo son las solicitudes de asistencia penal internacional), lo que es impracticable.

De acuerdo con lo que se ha ido desarrollando a través de este artículo y teniendo presente que, en general, se trata de resolver los problemas de jurisdicción en el ciberespacio aplicando los principios clásicos en materia de jurisdicción, haremos una breve referencia a las distintas opciones reconocidas por la doctrina y jurisprudencia para resolver la interrogante del *loss of location* y el criterio de jurisdicción aplicable⁶¹.

Artículo 32 del Convenio de Budapest

Según se señaló, esta disposición establece dos hipótesis en que se permite el acceso transfronterizo a datos ubicados en territorio extranjero, sin la autorización del país competente: primero, en el caso de los datos que son de libre acceso al público (fuente abierta); y, segundo, cuando el Estado que accede obtiene el consentimiento de la persona autorizada para revelar la información. Pero el artículo 32, aun cuando importa una regulación en materia de acceso transfronterizo a datos, no soluciona el problema de *loss of location*, ya que, en primer lugar, sólo es aplicable a los Estados Parte de la Convención de Budapest; y, en segundo lugar, en las dos hipótesis que regula la disposición necesariamente se requiere conocer la localización geográfica de la información, justamente lo que no sucede en el problema que analizamos⁶².

Flag principle o la regulación que existe sobre el territorio flotante o altamar

El alta mar es un espacio que corresponde a “la parte del mar no perteneciente al mar territorial

61 Cfr. SPOENLE, Jan. *Cloud Computing and cybercrime investigations: Territoriality vs. the power of disposal?* Estrasburgo, Francia, 2010. Documento de trabajo solicitado por el Comité de la Convención sobre la Ciberdelincuencia.

62 Ibidem.

ni a las aguas interiores de un Estado”⁶³. Mediante este principio, se aplica la jurisdicción del país del pabellón que enarbola la nave para solucionar los conflictos jurídicos que se puedan generar en este espacio. En este sentido, nuestra propia legislación nacional, en el artículo 6 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales, trata los delitos cometidos a bordo de un barco en alta mar, estableciendo que son objeto de la jurisdicción chilena los actos cometidos al interior de un buque chilenos en alta mar⁶⁴.

Al efecto, se puede hacer un símil del ciberespacio con el alta mar. Los datos informáticos pueden ser como un barco que navega libremente en alta mar, sin jurisdicción a la cual vincularse, ni un espacio físico determinado. A pesar de ello, se puede utilizar la metadata para determinar, en algunos casos, el origen de la información. Esta situación implicaría determinar la bandera o nacionalidad a la cual pertenecen los datos informáticos y con ello aplicar dicha jurisdicción a este barco (data) que navega en altamar (ciberespacio).

El problema es que en muchos casos la única forma de establecer el origen de esta información es precisamente realizando diligencias de investigación en el ciberespacio para con ello determinar la jurisdicción aplicable vinculada a algún territorio. Sin embargo, el problema se complejiza cuando la información puede provenir de diversas jurisdicciones, donde en muchas ocasiones no es posible especificar el origen del pabellón. Por estos motivos, este principio no nos da una solución viable para poder determinar la jurisdicción aplicable para acceder a la información en la nube.

Principio de la nacionalidad

Mediante este principio, la nacionalidad del imputado se establece como factor de conexión para poder establecer la jurisdicción aplicable. Sin embargo, esta opción tampoco parece ser una solución, toda vez que en muchos casos los datos o información no se encuentran vinculados a una nacionalidad en

63 Convención sobre Alta Mar, adoptada en Ginebra, Suiza, el 25 de abril de 1958. Artículo 1.

64 GARRIDO MONTT, ob. cit. p. 134.

particular. Además, la nacionalidad es un atributo de la personalidad, no vinculable a objetos ni a cosas intangibles como los datos informáticos⁶⁵.

Modelos del espacio

Se ha discutido también la posibilidad de utilizar los modelos en materia del espacio⁶⁶. La regulación del espacio exterior se encuentra consagrada en el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes del año 1967⁶⁷. En este Tratado se regulan los posibles daños que se puedan ocasionar, así como el retorno de los astronautas. Así, en su Artículo V considera a los astronautas como enviados de la humanidad en el espacio ultraterrestre, por lo que los Estados Partes se comprometen a prestar toda la ayuda posible en caso de accidente o aterrizaje forzoso, ya sea en su territorio o en alta mar. Por su parte el artículo VII contempla un régimen de responsabilidad internacional del Estado Parte que efectúe el lanzamiento o lo promueva, por los daños causados a otra Parte como consecuencia de esta actividad. Luego, el artículo VIII contiene una disposición referida a que el Estado Parte, en cuyo registro figura el objeto lanzado al espacio ultraterrestre, tendrá jurisdicción y control sobre este objeto, así como sobre el personal que vaya en él, mientras se encuentre en el espacio ultraterrestre o en un cuerpo celeste.

Así, mediante la doctrina de “*temporary presence*”, cuando los objetos regresan a la tierra su estatus nacional especial para fines jurisdiccionales no se ve afectado. De esta forma, la jurisdicción en el espacio exterior sigue al principio de la nacionalidad⁶⁸. Sin embargo, como ya fue analizado, en el caso de *loss of location*, justamente no sabemos la

65 SPOENLE, ob. cit., p. 9.

66 MENTHE, Darrel. “Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces”. En: *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, Vol. 4, N° 1, Michigan, Estados Unidos, 1998, págs. 91–92.

67 Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes. Octubre 1967.

68 MENTHE, ob. cit., p. 92.

procedencia de los datos informáticos, por lo que esta teoría tampoco parece satisfacer las exigencias necesarias en la situación en estudio⁶⁹.

Power of disposal o poder de disposición

Se entiende como la facultad o el acceso a modificar, borrar, suprimir o dejar inutilizable los datos informáticos, así como el poder excluir a otras persona del acceso a la misma. De esta forma, los datos informáticos se conectan con la persona que tenga la facultad de disponer libremente de la información almacenada en el ciberespacio, y así se aplica la jurisdicción donde se encuentra dicho problema. Así las cosas, la jurisdicción aplicable se determinará en base al poder de disposición, la cual permita el acceso a información que se encuentre almacenada en la nube, independiente de donde se encuentre localizada, siempre que se cumplan ciertos requisitos que proponen en su documento, a saber:

- Que la ubicación de la data o información que se busca, debe ser desconocida o al menos incierta.
- El uso puede realizarse cuando se cuente con credenciales autorizadas.
- Las credenciales deben ser usadas y pertenecer al imputado o sospechoso.
- No se debe recibir ayuda del proveedor de servicio para obtenerlas.
- El imputado debe encontrarse en el territorio de la autoridad que se encuentra investigando o que sean de la misma nacionalidad⁷⁰.

Esta última teoría parece ser la aplicada por el Tribunal de Pensilvania en Estados Unidos al momento de resolver el caso en contra de Google. De hecho, en ese caso el *power of disposal* jugó un rol relevante en la decisión de la Corte, atendido que se desconocía por completo la localización de los datos informáticos que se requerían y mediante este criterio resolvió ordenar a Google la entrega de la información. A pesar de ello, esta postura es criticada por algunos autores, toda vez que no re-

69 SPOENLE, ob. cit., p. 9.

70 SPOENLE, ob. cit., págs. 10-11.

emplaza el factor territorial como elemento de conexión con la jurisdicción. De hecho, lo que hace es ofrecer una forma distinta de entender la misma conexión territorial, pero esta vez no ligada a la información sino a la persona que tiene el dominio de ella⁷¹.

Si tenemos presente los intensos esfuerzos doctrinales para resolver el problema de jurisdicción en el ciberespacio, sin que esto haya decantado en una solución definitiva, creemos que para llegar a ella debemos partir por reconocer la existencia de la siguiente premisa: que el ciberespacio constituye un espacio distinto, no sujeto a límites ni fronteras. Teniendo esto en consideración, cabe formularse la siguiente pregunta: ¿debemos seguir buscando la respuesta en los principios clásicos de jurisdicción, en particular el de territorialidad?

No es posible tener una postura tajante. Por un lado, efectivamente se puede aplicar la concepción clásica de jurisdicción y utilizar exitosamente el principio de territorialidad como factor de conexión, tanto es así que la experiencia práctica que conocemos da cuenta que la utilización de los actuales canales de cooperación internacional son eficientes en muchas situaciones. Sin embargo, por otro lado, en situaciones como el caso de *loss of location*, los principios clásicos de jurisdicción pierden su eficacia como criterios de conexión y es necesario recurrir a otras formas de solución que implique una posibilidad para poder determinar la información requerida.

V. CONCLUSIÓN

Comenzamos este trabajo analizando los conceptos de ciberdelito y ciberespacio. Se logró determinar una conclusión no menor para efectos prácticos, esto es que se incluyen dentro de la noción de ciberdelitos, todas las conductas típicas en las cuales se utilicen medios informáticos o el uso de Internet. A partir de este concepto, surge una nueva realidad dentro del derecho procesal penal: el ciberespacio. Es este “lugar” el que genera una altera-

ción dentro de los principios clásicos del derecho, en particular al momento de hablar de jurisdicción vinculada a la soberanía y con ello determinar la o las jurisdicciones aplicables al momento de tipificar, investigar y juzgar las conductas cometidas en el ciberespacio (jurisdicción prescriptiva, adjudicativa y ejecutiva e investigación).

Sin lugar a dudas, el principio de territorialidad como factor de conexión para determinar la jurisdicción aplicable es y seguirá siendo uno de los elementos más relevantes para ligar hechos delictivos con jurisdicción. A pesar de que el ciberespacio, a nuestro juicio, debe ser considerado como un espacio distinto al espacio físico o real, no podemos desconocer que su vinculación con el mundo real permite, en algunos casos, seguir utilizando este principio como conector para establecer jurisdicción. Tampoco podemos desconocer que el ejercicio de cualquiera de los tres tipos de jurisdicción, al ser aplicados de manera transnacional afectan la soberanía de los Estados.

Así fue como llegamos a analizar uno de los puntos más complejos en el ciberespacio, el *loss of location*, que es donde, a nuestro entender, se produce la desconexión más profunda entre el ciberespacio y el mundo físico. Cuando hay *loss of location*, los datos informáticos almacenados en la nube virtual no se pueden vincular a ninguna jurisdicción, de forma tal que el principio de la territorialidad y las concepciones clásicas del derecho parecen no ser suficientes para entregar una solución. Sin embargo, como vimos en el caso de *Google Pensilvania*, de una u otra forma, los tribunales siguen vinculando la jurisdicción con el principio de territorialidad. En este caso, por ejemplo, la Corte del Distrito del Este de Pensilvania aplicó la teoría del *power of disposal*, que pareciera ser una teoría fundamentada, al fin y al cabo, en el territorio.

Aunque el problema que se genera es evidente (¿cómo determinar la jurisdicción en estos casos?), la solución implica, necesariamente, encender un debate de proporciones: decidir si y en qué medida debe la territorialidad continuar como principio elemental de distribución de jurisdicción. Los propios autores, incluso, al tratar de abordar una po-

⁷¹ ALLEN, ob. cit. págs. 10-11.

sible solución tienen visiones encontradas. Por un lado, está el hecho irrefutable de que la distribución de competencias dentro del sistema internacional moderno, así como su misma organización política, es heredera del principio de la territorialidad (no por nada, según dimos cuenta, existe un vínculo intrínseco entre jurisdicción, soberanía y territorialidad). Por el otro lado, sin embargo, está el problema cierto que, al menos en los casos de *loss of location*, puede no tenerse ni la menor idea de cuál o cuáles son los servidores físicos que almacenan los datos informáticos (y nada nos asegura que este tipo de casos no vaya a aumentar). Cuando esto sucede, decimos, se produce una desconexión total entre ciberespacio y territorio; y sin territorio, ya no tiene mucho sentido hablar de territorialidad.

Naturalmente, no fue el objeto de este trabajo tratar de encontrar una solución a este problema. Más aún, creemos que ni siquiera el derecho por sí sólo (es decir, sin la ayuda de las disciplinas encargadas de generar un conocimiento técnico sobre el ciberespacio) será capaz de hacerlo. Por el momento, creemos que la solución pasa por enfocarnos en mejorar los sistemas de cooperación internacional, fomentando y ampliando el uso de las herramientas existentes como la Red 24x7 o la cooperación directa con los proveedores de servicios, entendiendo este fenómeno de manera omnicompreensiva y con una visión más amplia del problema jurisdiccional. De hecho, es importante mencionar que los actuales canales de cooperación internacional han sido de utilidad, en particular porque tienen como fundamento jurídico el Convenio de Budapest y otras normas nacionales e internacionales de cooperación internacional, lo que da certeza y validez jurídica a la obtención de evidencia digital en el extranjero. A pesar de ello, y teniendo presente la constante evolución jurídica en que nos encontramos en este tema, es importante entender al ciberespacio y a los ciberdelitos como un problema global y transversal, en el que debe existir coordinación entre los Estados, reconociendo que los actuales sistemas de cooperación internacional deben enfocarse en dar

respuestas rápidas y eficientes para investigar este tipo de ilícitos, en esta Nueva Era Digital. En ese sentido, nos parece que la Convención de Budapest y la discusión de su Segundo Protocolo Adicional apuntan en dicha línea.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, Stephen. Enforcing Criminal Jurisdiction in the Clouds and International Law's Enduring Commitment to Territoriality. Dans : ALLEN, Stephen, COSTELLOE, Daniel, FITZMAURICE, Malgosia, GRAGL, Paul y GUNTRIP, Edward (dir.), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law*. 1ª ed, Nueva York, Estados Unidos, Oxford University Press, 2019.
- AMBOS, Kai. “Los fundamentos del ius puniendi nacional; en particular, su aplicación extraterritorial”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N° 119, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007, págs. 267–293.
- CARGILL MEDEL, Andrés. Convenio de Budapest: un asunto de seguridad nacional [en línea], 2018. Disponible en: <https://www.linkedin.com/pulse/convenio-de-budapest-un-asunto-seguridad-nacional-cargill-medel-/>. [fecha de consulta: 29 de abril de 2020].
- CYBERCRIME CONVENTION COMMITTEE. *Informe Explicativo del Convenio sobre la Ciberdelincuencia*. Budapest, 2001.
- EUROJUST. *Cybercrime Judicial Monitor*. La Haya, Holanda, 2016.
- FERNÁNDEZ, Víctor y LEYTON, Javier. *Cloud Computing*. Valparaíso, Chile, Universidad Técnica Federico Santa María, 2010.
- FINKLEA, Kristin. *The Interplay of Borders, Turf, Cyberspace, and Jurisdiction: Issues Confronting U.S. Law Enforcement*. Estados Unidos. Artículo preparado para el Congreso de Estados Unidos, 2013.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General. Nociones fundamentales de la teoría del delito*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2013, Tomo 1.
- GERCKE, Marco. *Comprensión del Ciberdelito: Fenómenos, dificultades y respuesta jurídica*. Informe solicitado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) de Naciones Unidas, Génova, Suiza, 2014.
- HURLEY, Lawrence. “U.S. top court rules that Microsoft email privacy dispute is moot” [en línea], 2018. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-usa-court-microsoft/supreme-court-rules-that-microsoft-email-privacy-dispute-is-moot-idUSKBN1HO23S> [fecha de consulta: 27 de junio de 2020].
- KOOPS, Bert-Jaap y GOODWIN, Morag. *Cyberspace, the cloud, and cross-border criminal investigation The limits and possibilities of international law*. Tilburg, Tilburg University, 2014.
- MENTHE, Darrel. “Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces”. En: *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*. Vol. 4, N° 1, Michigan, Estados Unidos, 1998.
- PARLAR, Cihan, THUMFART, Johannes y DE HERT, Paul. “Legal arguments used in courts regarding territoriality and cross-border production orders: From Yahoo Belgium to Microsoft Ireland”. En: *New Journal of European Criminal Law*. Vol. 10, N° 20, 2018.
- QUEVEDO GONZÁLEZ, Josefina. *Investigación y prueba del ciberdelito*. Barcelona, España, Universidad de Barcelona, 2017.
- RYNGAERT, Cedric. *Jurisdiction in International Law*. 2ª ed., Nueva York, Estados Unidos, Oxford University Press, 2015.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Miguel Ángel. Interacción social a través de los medios sociales digitales [en línea]. En: *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 2018. Disponible en: <https://www.eumed.net/rev/cccss/2018/03/medios-sociales-digitales.html>. [fecha de consulta: 24 de abril de 2020].
- SCHMITT, Michael. *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*. 2ª ed., Newport, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2017.
- SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6ª ed., Nueva York, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2008.
- SPOENLE, Jan. *Cloud Computing and cybercrime in-*

vestigations: Territoriality vs. the power of disposal?
Documento de trabajo solicitado por el Comité de la Convención sobre la Ciberdelincuencia. Estrasburgo, Francia, 2010.

SWIRE, Peter y DASKAL, Jennifer. “Frequently Asked Questions (FAQs) about the U.S. Cloud Act” [en línea], 2019. Disponible en: [fecha de consulta: 27 de junio de 2020].

TRANSBORDER GROUP. *Transborder access and jurisdiction: What are the options?* Estrasburgo, Francia, 2012

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Comprehensive Study on Cybercrime - Draft*. Nueva York, Estados Unidos, 2013.

VELASCO SAN MARTÍN, Cristos. *Jurisdicción y competencia penal en relación al acceso transfronterizo en materia de ciberdelitos*. 2ª ed., Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2016.

WORLD BANK GROUP. *2018 Information and Communications for Development: Data-Driven Development*. Washington, D.C., Estados Unidos, 2018.

CAPÍTULO 5

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

FEMICIDIO COMO UN DELITO POR RAZONES DE GÉNERO EN CHILE

Ivonne Sepúlveda Sánchez¹

Dime Antígona: ¿Qué muerte más atroz nos espera a nosotras dos, solas como hemos quedado, si, forzando la ley, transgredimos el decreto y el poder del tirano? Hemos nacido mujeres, no hechas para luchar contra los hombres y después, nos mandan los que tienen más poder, de suerte que tenemos que obedecer en cosas todavía más dolorosas que estas.

Sófocles, Antígona.

I. Introducción

Con la publicación de la Ley N° 21.212 en el Diario Oficial el 4 de marzo de 2020, que introduce modificaciones en el Código Penal en materia de tipificación del delito de femicidio, se abre un nuevo horizonte sobre la incorporación de normas género-específicas en el Derecho Penal.

De esta manera, “*el legislador*” –en este caso las legisladoras– abandonan las concepciones familistas² de la anterior tipificación del femicidio que hacía de este delito un espejo del parricidio en las hipótesis de convivencia actual o pasada, y avanza

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

² Familismo en palabras de Alda Facio, se refiere a una forma de sexismo que parte de que mujer y familia son sinónimos y que por ende sus necesidades e intereses son los mismos (FACIO, Alda. *Cuando el género suena cambios trae*. San José, Costa Rica, ILANUD, 1992, p. 78.)

hacia una conceptualización más comprensiva del fenómeno que subyace a las violencias contra las mujeres, señalando expresamente que este delito se comete por razones de género.

Así, esta nueva ley mantiene el nombre del delito “femicidio” y lo amplía a otros casos en que ocurre la muerte de una mujer fuera de una relación afectiva. De esta forma, el delito de femicidio sale del artículo 390 del Código Penal que regula al parricidio y se crea un nuevo párrafo 1 bis que regula el delito de femicidio. Este nuevo párrafo contiene cuatro artículos: el 390 bis y 390 ter que regulan las nuevas figuras de femicidio íntimo y no íntimo respectivamente, el 390 quáter que establece agravantes específicas de este delito y el 390 quinquies que establece la prohibición de aplicar la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 5 del Código Penal.

II. El femicidio como construcción teórica

Las investigaciones y elaboraciones doctrinarias, principalmente en las áreas de la sociología y la antropología, han contribuido a comprender el trasfondo que está a la base de la violencia estructural que viven las mujeres. Desde allí, se ha desarrollado un trabajo teórico-político que tiene por objeto problematizar las estructuras de la sociedad, y que recurre, en palabras de la abogada Dora Inés Munévar, a tres verbos para fundamentar las acciones de

los movimientos feministas: *nombrar, visibilizar y conceptualizar*³.

Nombrar tiene por objeto hacer un énfasis en las distintas manifestaciones de violencia hacia las mujeres, de manera de poder reconocer las características y alcances. Por su parte, *visibilizar* implica hacer patentes las distintas violencias, mostrarlas para que se conozcan las circunstancias que la originan; y *conceptualizar* ha servido para elaborar nociones sobre la configuración de la violencia femicida/feminicida.

De esta manera, las teóricas feministas han nombrado, visibilizado y conceptualizado tres figuras distintas: el femicidio, el feminicidio, y el femigenicidio.

1. Femicidio/ feminicidio/ femigenicidio

El concepto de **femicidio** es un neologismo anglosajón que proviene de las ciencias sociales. Si bien su historia se remonta a Inglaterra en 1801 en el libro de John Corry en *A Satirical View of London*, donde fue utilizado para denominar el asesinato de una mujer, lo cierto es que recién en 1976 adquirió la relevancia que tiene en la actualidad, cuando la activista y escritora feminista Diana Russell lo utilizó en 1976 ante el Tribunal Internacional sobre Crímenes contra las Mujeres, llevado a cabo en Bruselas. En esa oportunidad, Russell lo definió como “el asesinato de mujeres por hombres, por ser mujeres”.

Diana Russell y Jane Caputi⁴ dieron a conocer el término en el artículo *Speaking the Unspeakable*, publicado originalmente en la revista *Ms* en 1990, y lo definieron como “el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres”.

3 MUNÉVAR, Dora Inés. “Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género”. En: *Estudios Socio-Jurídicos*, N° 14 (1), Bogotá, Colombia, 2012, p. 143.

4 Docente en la Cátedra de Estudios sobre Mujeres, Género y Sexualidad en la Universidad de Florida, Estados Unidos de Norteamérica.

Luego en 1992, Diana Russell y Jill Radford, también escritora feminista, lo definieron como “el asesinato misógino de mujeres cometido por hombres”. Estas autoras realizan una clasificación de los diferentes tipos de violencia de género que sufren las mujeres y que se presenta con un progresivo terrorismo sexual. Sostienen que el femicidio está en el extremo final del “*continuum*” del terror contra las mujeres, el cual incluye una gran variedad de abusos verbales y físicos, como la violación, la tortura, la esclavitud sexual, el incesto y el abuso sexual infantil extrafamiliar, la agresión psicológica, el hostigamiento sexual, la mutilación genital, las operaciones ginecológicas innecesarias, la heterosexualidad forzada, la esterilización forzada, la maternidad forzada, la psicocirugía, la denegación de alimentos a las mujeres en algunas culturas, la cirugía cosmética y otras mutilaciones en nombre de la belleza. Cuando estas formas de terrorismo resultan en muerte, consideran ellas, que constituyen femicidio⁵.

Como se aprecia, si bien la palabra femicidio proviene del mundo anglo parlante, el desarrollo que ha tenido en América Latina es considerable, puesto que destacadas autoras han realizado diversos estudios y han escrito una prolífera literatura sobre esta temática. De esta manera, podemos contar con otras definiciones y aproximaciones al femicidio mirado desde la realidad de nuestro continente.

Julia Monárrez, doctora, profesora e investigadora mexicana, define el femicidio como “el asesinato masivo de mujeres cometido por hombres desde su superioridad de grupo; tiene que ver con los motivos, con las heridas que se infligen en el cuerpo de la mujer y con circunstancias sociales que imperan en ese momento; para que se dé, tiene que haber una complacencia de autoridades, personas e instituciones que están en el poder, llamémosle poder político, económico y social”⁶.

5 RADFORD, Jill; RUSSELL, Diana (eds.). *Femicide: The Politics of Woman Killing*. Nueva York, Estados Unidos, Twayne, 1992.

6 Citado en BADILLA, Ana Elena. *Femicidio: más allá de la violación al derecho a la vida. Análisis de los derechos violados y las responsabilidades estatales en los casos de femicidio de Ciudad Juárez*. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 15.

Por su parte la feminista, activista y académica Ana Carcedo hace un interesante análisis sobre la relación existente entre socialización de género, violencia y femicidio. Señala que el proceso de socialización de género cumple muchas funciones de control social, ya que se verifica en estructuras que no son iguales para los géneros, y en donde se valora en mayor medida lo masculino por sobre lo femenino. Este contexto, “[a]demás de ser uno de los elementos fundamentales del proceso de socialización, la violencia contra las mujeres es también un componente estructural del sistema de opresión de género. El uso de la violencia contra las mujeres es no solo uno de los medios con los que se las controla, sino también una de las expresiones más brutales y explícitas de la dominación y la subordinación”⁷.

Así, la violencia que sufren las mujeres es producto de un entramado social que las domina de manera sistemática. De esta forma, “[l]a muerte de mujeres a manos de sus esposos, amantes, padres, novios, pretendientes, conocidos o desconocidos no es el producto de casos inexplicables o de conducta desviada o patológica. Por el contrario, es el producto de un sistema estructural de opresión. Estas muertes son femicidios, la forma más extrema de terrorismo sexista, motivado, mayoritariamente, por un sentido de posesión y control sobre las mujeres”⁸.

Otro concepto que propone la antropóloga mexicana Marcela Lagarde, es el de **feminicidio**, término que explica de la siguiente manera: “transité del femicidio a feminicidio porque en castellano femicidio es una voz homóloga al homicidio y solo significa asesinato de mujeres”⁹.

7 CARCEDO, Ana; SAGOT, Montserrat. *Femicidio en Costa Rica 1990-1999*. San José, Costa Rica, Instituto Nacional de las Mujeres, 2000, págs. 11-12.

8 CARCEDO/SAGOT, ob. cit., p. 12.

9 LAGARDE, Marcela. “Introducción. Por la vida y la libertad de las mujeres. Fin al feminicidio”. En: RUSSELL, Diana y HARMES, Roberta (eds.). *Femicidio: una perspectiva global*. México D.F., México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 20.

Señala que la definición dada por Radford y Russell sobre femicidio como “crimen de odio contra las mujeres, como el conjunto de formas de violencia que, en ocasiones, concluyen en asesinatos e incluso en suicidios de mujeres”¹⁰ sería insuficiente.

Es por ello que la autora identifica otro elemento que favorece la extensión de este tipo de crímenes en el tiempo: la inexistencia del Estado de Derecho, bajo la cual se reproducen la violencia sin límite y los asesinatos sin castigo. Es por ello que Lagarde utiliza el término feminicidio para designar al conjunto de delitos de lesa humanidad que contienen los crímenes, los secuestros y las desapariciones de niñas y mujeres en un cuadro de colapso institucional¹¹. Agrega que hay una fractura en el Estado de Derecho que favorece la impunidad. Por lo tanto, lo concibe como un crimen de Estado¹².

Para esta antropóloga, el feminicidio también representa la culminación de la violación sistemática y reiterada de los derechos de las mujeres, advirtiéndose como aquella parte visible. Indica que lo común en ellas es el género, puesto que son las mujeres y las niñas las que padecen esta violencia que puede culminar con la muerte.

La explicación del feminicidio, agrega la autora, se encuentra en el dominio de género, el que está caracterizado tanto por la supremacía masculina como por la opresión, discriminación, explotación y, sobre todo, exclusión social de niñas y mujeres, todo lo cual se encuentra legitimado por una percepción social desvalorizadora, hostil y degradante de ellas. La arbitrariedad e inequidad social se potencian con la impunidad social y judicial en torno a los delitos contra las mujeres, lo cual significa que la violencia está presente de formas diversas a lo largo de su vida antes del homicidio y que, aun después de perpetrado el homicidio, continúa con la violencia institucional y la impunidad¹³.

Otra antropóloga argentina, Rita Segato, y a propósito de los feminicidios ocurridos en Ciudad Juárez, hace un interesante y completo análisis de las ra-

10 Ídem.

11 Ídem,

12 Ídem.

13 LAGARDE, ob. cit., págs. 21-22.

zones por las cuales se producen estos asesinatos de mujeres. Nos propone un análisis criminológico que puede ser aplicable a otros feminicidios. De esta forma, nos señala que existen algunas condiciones que, miradas en su conjunto, permiten la comisión de estos asesinatos. Si bien se refiere a un lugar específico en el que se verifican, lo más destacable es que señala que estas muertes de mujeres, no se producen como consecuencia de la impunidad sino que “se comportan como productores y reproductores de impunidad”¹⁴. Para Segato, estos crímenes se producen como un ritual sacrificial violento, que une a sus perpetradores en una especie de mafia o cofradía a los cuales se impone un pacto de silencio que garantice la lealtad del grupo, lo cual produce y reproduce la impunidad. Y es en este punto en el cual hace una diferencia entre el feminicidio íntimo y aquel ocasionado por extraños, en el primero “el hombre abusa de las mujeres que se encuentran bajo su dependencia porque *puede* hacerlo, es decir, porque éstas ya forman parte del territorio que controla, el agresor que se apropia del cuerpo femenino en un espacio abierto, público, lo hace *para mostrar que puede*. En uno, se trata de una constatación de un dominio ya existente; en el otro, de una exhibición de capacidad de dominio que debe ser reeditada con cierta regularidad y puede ser asociada a los gestos rituales de renovación de los votos de virilidad”¹⁵.

Continúa la autora señalando que los feminicidios son actos comunicativos que se dirigen a otros hombres, y en definitiva a toda la sociedad, incluyendo al Estado: “Les dice que su control sobre el territorio es total, que su red de alianzas es cohesiva y confiable, y que sus recursos y contactos son ilimitados”¹⁶.

Para Segato, “[e]n la lengua del feminicidio cuerpo femenino también significa territorio”¹⁷. Desde siempre el cuerpo como territorio ha sido utilizado

en las guerras, donde el cuerpo de la mujer se usa como parte del país conquistado. “La sexualidad vertida sobre el mismo expresa el acto domesticador, apropiador, cuando insemína el territorio-cuerpo de la mujer. Por esto, la marca del control territorial de los señores de Ciudad Juárez puede ser inscrita en el cuerpo de sus mujeres como parte o extensión del dominio afirmado como propio”¹⁸.

Rita Segato, avanza en la conceptualización y caracterización del feminicidio e incorpora un nuevo término: **femigenicidio**.

Por femigenicidio, se entenderán a “los crímenes que, por su cualidad de sistemáticos e impersonales, tienen por objetivo específico la destrucción de las mujeres (y los hombres feminizados) solamente por ser mujeres y sin posibilidad de personalizar o individualizar ni el móvil de la autoría ni la relación entre perpetrador y víctima. De esta forma, destinaríamos la categoría feminicidio a todos los crímenes misóginos que victiman a las mujeres, tanto en el contexto de las relaciones de género de tipo interpersonal como de tipo impersonal, e introduciríamos la partícula “geno” para denominar aquellos feminicidios que se dirigen, con su letalidad, a la mujer como *genus*, es decir, como género, en condiciones de impersonalidad”¹⁹.

Como se aprecia, en esta breve reseña en torno a los conceptos de femicidio, feminicidio y femigenicidio, es posible comprobar que tanto en los aspectos teóricos como políticos, existen diferencias de contenido entre estos términos. La dificultad se presenta cuando estos conceptos que nacen en el campo de la sociología o antropología, son traspasados al ámbito jurídico, y especialmente cuando se incorporan al Derecho Penal, pues como veremos, no resulta fácil el proceso de adaptación de la teoría que estudia el fenómeno a la norma jurídica penal.

14 SEGATO, Rita. *Territorio, soberanía y crímenes de segundo Estado: la escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*. México D.F., México, Universidad del Claustro de Sor Juana, 2006, p. 9.

15 Ídem.

16 SEGATO, ob. cit., p. 11.

17 SEGATO, ob. cit., p. 12.

18 Ídem.

19 SEGATO, Rita. *Femigenicidio y feminicidio: una propuesta de tipificación* [en línea]. Disponible en: <http://www.larevuelta.com.ar/pdf/Femigenicidio-femicidio-Segato.pdf> [fecha de consulta: 8 de mayo de 2020].

2. Tipos o clasificaciones de femicidio / feminicidio

De acuerdo a lo señalado en el Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género (Femicidio/Feminicidio)²⁰, y que recoge las principales categorizaciones que han realizado las autoras, los femicidios o feminicidios²¹ se clasifican según sus modalidades delictivas en:

a) Íntimo: es la muerte de una mujer cometida por un hombre con quien la víctima tenía o había tenido una relación o vínculo íntimo, como el cónyuge (actual o pasado), conviviente (actual o pasado), “pololo”, amante, o con quien se procreó un niño o una niña. Se incluye el supuesto del amigo que asesina a una mujer -amiga o conocida- que rechazó entablar una relación íntima (sentimental o sexual) con éste.

b) No íntimo: es la muerte de una mujer cometida por un hombre desconocido con quien la víctima no tenía ningún tipo de relación. Por ejemplo, una agresión sexual que culmina en el asesinato de una mujer a manos de un extraño. También se considera el caso del vecino que mata a su vecina sin que existiera entre ambos algún tipo de relación o vínculo.

c) Infantil: es la muerte de una niña menor de 14 años de edad cometido por un hombre en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder que le otorga su situación adulta sobre la minoría de edad de la niña.

d) Familiar: es la muerte de una mujer en el contexto de una relación de parentesco entre la víctima y el agresor, ya sea por consanguinidad o afinidad.

²⁰ Documento elaborado por Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) con el apoyo de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres), que tiene por objeto orientaciones y líneas de actuación al investigar casos de femicidios/feminicidios.

²¹ Para efectos de este artículo, se usarán indistintamente.

e) Por conexión: es aquella muerte de una mujer “en la línea de fuego” por parte de un hombre en el mismo lugar en el que mata o intenta matar a otra mujer. Puede tratarse de una amiga, una pariente de la víctima, madre, hija, o de una mujer extraña que se encontraba en el mismo escenario donde el victimario atacó a la víctima.

f) Sexual sistémico: es la muerte de mujeres que son previamente secuestradas, torturadas y/o violadas. Puede presentarse en dos modalidades:

- **Sexual sistémico desorganizado:** se presenta cuando la muerte de las mujeres está acompañada por el secuestro, la tortura y/o la violación. Los asesinos, presumiblemente, matan por una sola vez, en un período determinado; y pueden ser hombres desconocidos, cercanos o parientes de las víctimas que las asesinan y las depositan en parajes solitarios, en hoteles, o en el interior de sus domicilios.

- **Sexual sistémico organizado:** cuando los sujetos activos pueden actuar como una red organizada de feminicidas sexuales, con un método consciente y planificado en un largo e indeterminado período de tiempo.

g) Por prostitución o por ocupaciones estigmatizadas: es la muerte de una mujer que ejerce la prostitución y/u otra ocupación (como strippers, camareras, masajistas o bailarinas en locales nocturnos) cometida por uno o varios hombres. Incluye los casos en los que el victimario (o los victimarios) asesina a la mujer motivado por el odio y la misoginia que despierta en éstos la condición de prostituta de la víctima.

h) Por trata: es la muerte de mujeres producida en una situación de trata de personas.

i) Por tráfico: es la muerte de mujeres producida por una situación de tráfico de migrantes.

j) Transfóbico: es la muerte de una mujer transgénero o transexual y en la que el victimario (o los victimarios) la mata por su condición o identidad de género transexual, por odio o rechazo de la misma.

k) Lesbofóbico: es la muerte de una mujer lesbiana en la que el victimario (o los victimarios) la mata por su orientación sexual, por el odio o rechazo de la misma.

l) Racista: es la muerte de una mujer por odio o rechazo hacia su origen étnico, racial, o sus rasgos fenotípicos.

m) Por mutilación genital femenina: es la muerte de una niña o mujer a consecuencia de la práctica de una mutilación genital.

Estas clasificaciones, lejos de abarcar todas las formas en que pueden llevarse a cabo los femicidios/femicidios, sirven para categorizar y explicar las maneras y las razones por las cuales las mujeres son asesinadas. De esta forma, se facilita la comprensión del fenómeno que subyace a esta manifestación extrema de violencia de género.

III. Deberes del Estado en materia de violencia contra las mujeres

Sin duda alguna que para los movimientos feministas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido un aliado relevante para visibilizar la situación de desigualdad en que se encuentran las mujeres y de esta manera, ir progresivamente logrando la plenitud del reconocimiento y goce de sus derechos. En este ámbito del Derecho, se ha experimentado un desarrollo fundamental a partir de la adopción de instrumentos internacionales específicos, los cuales reconocen la desigualdad y discriminación estructural que experimentan las mujeres, lo que conlleva a una profunda revisión con respecto a la manera en la que son entendidos y ejercidos estos derechos.

El principio de igualdad se encuentra reconocido en todos los instrumentos internacionales. Por mencionar algunos, podemos señalar que está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en todos ellos se ha establecido la igualdad de toda persona ante la ley sin distinción de ningún tipo y la prohibición de discriminar por parte del Estado y sus agentes. Incluso en la actualidad, se considera que el principio de igualdad y no discriminación tiene carácter de *ius cogens*, “puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”²².

Sin embargo y a pesar de existir numerosos tratados internacionales que consagran el principio de igualdad y no discriminación, fue necesario crear un instrumento internacional específico para superar las desigualdades de las mujeres. De esta manera surge en 1979 la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW por sus siglas en inglés) la que define en su primer artículo discriminación contra las mujeres como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Por su parte el artículo 5º de la CEDAW obliga a los Estados a “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

La Convención establece para los Estados, una serie de obligaciones negativas y positivas con el objeto de garantizar el goce de los derechos de las mujeres en igualdad de condiciones con los hombres.

Con la creación de CEDAW se abre un período de

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre 2003, Opinión Consultiva OC 18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 101.

evolución de los derechos de las mujeres principalmente en materia de igualdad y no discriminación y a la forma en que se conciben e interpretan. De esta manera, ya no se pretende equiparar los derechos de las mujeres a los de los hombres, sino que se entiende que la igualdad debe leerse en clave de subordinación y sometimiento en que viven las mujeres en la sociedad, y por lo tanto, no basta “tener” los mismos derechos que los hombres, sino que también se hace necesario reconocer otros derechos que consideran la realidad en que viven las mujeres, como el derecho a vivir una vida libre de violencia.

Este progreso sobre el principio de igualdad y no discriminación, los derechos humanos de las mujeres y las violencias que padecen, ha permitido un desarrollo específico de las obligaciones del Estado en cuanto al respeto y garantía de estos derechos.

1. Debida diligencia reforzada

Las obligaciones estatales relativas a los derechos humanos se han sistematizado a través de la noción de Debida Diligencia. La Corte Interamericana ha señalado que, como consecuencia de la obligación de garantía, los Estados Partes deben “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención [Americana de Derechos Humanos] y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos”. Para poder cumplir con este mandato, los Estados deben actuar con la “debida diligencia”, es decir, adoptando todas las medidas que estén a su alcance para evitar o responder frente a las violaciones de los derechos humanos²³.

El principio de debida diligencia ha sido especialmente invocado en materia de violencia contra las mujeres, existiendo un consenso en la comunidad internacional sobre el valor reforzado que adquiere este principio en casos de violencia de género.

²³ SEPÚLVEDA, Ivonne; 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, p. 147.

Así, en el ámbito universal, en el año 1992 el Comité CEDAW estableció en su Recomendación General N° 19 que “[e]n virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización”²⁴. Al año siguiente, en la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, se consagró este deber de los Estados de manera expresa al señalar que “[los Estados deben] proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o sus particulares” (art. 4. c).

Posteriormente en la Recomendación General N° 35 de CEDAW (2017) se establece que “[e]sa obligación, conocida con frecuencia como una obligación de diligencia debida, sienta las bases de la Convención en su conjunto y, en consecuencia, los Estados partes serán considerados responsables en caso de que no adopten todas las medidas apropiadas para prevenir, investigar, enjuiciar, castigar y ofrecer reparación por los actos u omisiones de agentes no estatales que den lugar a la violencia por razón de género contra la mujer (...). En virtud de la obligación de diligencia debida, los Estados partes deben adoptar y aplicar diversas medidas para hacer frente a la violencia por razón de género contra la mujer cometida por agentes no estatales, lo que comprende contar con leyes, instituciones y un sistema para abordar dicha violencia y garantizar que funcionan de manera eficaz en la práctica y que cuentan con el apoyo de todos los agentes y órganos del Estado que hacen cumplir las leyes con diligencia. El hecho de que un Estado parte no adopte todas las medidas adecuadas para prevenir los actos de violencia por razón de género contra la mujer en los casos en que sus autoridades tengan conocimiento o deban ser conscientes del riesgo de dicha violencia, o el hecho de que no investigue, enjuicie y castigue a los autores ni ofrezca repara-

²⁴ ONU, Comité CEDAW, Recomendación General N° 19: La violencia contra la mujer, 1992, párr. 9.

ción a las víctimas y supervivientes de esos actos, constituye un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia por razón de género contra la mujer. Tales fallos u omisiones constituyen violaciones de los derechos humanos”²⁵.

Sin embargo, a partir de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (de Belém do Pará) se establece de manera expresa la responsabilidad que le cabe al Estado cuando éste no ha adoptado todas las medidas apropiadas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, sea cometida en el ámbito público como en el privado. Belém do Pará manda a los Estados a “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (art. 7.b). Este deber implica cuatro obligaciones, la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones de los derechos humanos evitando su impunidad²⁶. De esta forma, la Corte Interamericana ha consignado que “esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”²⁷.

Asimismo, la Convención de Belém do Pará es el primer instrumento internacional de naturaleza

25 ONU, Comité CEDAW, Recomendación General N° 35: sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General N° 19, 2017, párr. 24, 2. B.

26 SEPÚLVEDA, Ivonne. “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer: Comentarios y algunos ejemplos de su incipiente reconocimiento jurisprudencial”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 60, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014, p. 160.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de julio de 1988, Caso Velásquez Rodríguez, Serie C N° 4, párr. 166.

vinculante que aborda la violencia contra las mujeres, y por ello tiene la virtud de adaptar los derechos humanos “neutros” que están consagrados en otros tratados generales, a sus realidades y necesidades. Así, se define la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito de lo público como en el privado” (art. 1).

En síntesis, la consagración explícita del principio de la debida diligencia en este tratado internacional, da cuenta de la relevancia que adquiere en casos de violencia de género contra las mujeres.

Como podemos observar, tanto el sistema universal como el regional de derechos humanos han resaltado que la ineficiencia del Estado al momento de actuar con la debida diligencia para dar protección, investigar y sancionar en los casos en que las mujeres son víctimas de violencia, constituye una forma de discriminación hacia las mujeres que obstaculiza el pleno goce de sus derechos. Es por ello que este principio es de suma importancia para el Estado y sus agentes, y fundamentalmente para aquellos que componen el sistema de justicia.

Lo anterior no sólo es absolutamente aplicable al femicidio o feminicidio, sino que a propósito de este tipo de casos en los cuales no ha habido debida diligencia estatal, se han construido estándares que deben tener presentes los órganos del Estado, principalmente al momento de investigar, perseguir y sancionar penalmente a las personas responsables. De esta manera, un Estado que no prevenga, investigue o sancione con la debida diligencia el feminicidio o femicidio, incumple con su deber de garantizar el derecho a la vida de las mujeres.

Es por ello que cada Estado debe analizar su propia realidad para poder llevar a cabo políticas públicas encaminadas a prevenir situaciones de riesgo para las mujeres, pero también aquellas que sancionen esta manifestación extrema de violencia, considerando diferentes aspectos: sociales, culturales, raciales, étnicos, etcétera, de manera que se ajusten a la situación que se vive en su país.

Dentro de las medidas que los Estados deben adoptar, se encuentran las administrativas, pero también están las legislativas que pueden tener un rol fundamental, especialmente en la investigación y sanción de estas conductas.

2. Obligación de los Estados de tipificación de estas conductas

Los deberes del Estado consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, pueden cumplirse de diferentes maneras. Una de ellas es a través de la creación, modificación o eliminación de normas jurídicas cuando su objeto es lograr el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas.

En este sentido, las principales convenciones internacionales sobre mujeres, se han pronunciado expresamente en sus textos y en los documentos emanados de sus órganos de tratados.

CEDAW señala en su artículo 2º que los Estados se comprometen a:

- a. Consagrar tanto en sus constituciones como en otras leyes, el principio de igualdad entre hombres y mujeres y a asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.
- b. Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; (...)
- c. Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
- d. Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer”.

Para poder dotar de contenido a estas normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es necesario revisar el concepto de discriminación.

Un acto discriminatorio implica realizar un trato diferenciado, con un motivo prohibido y que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho. Sin embargo, también puede ocurrir que un acto sea discriminatorio cuando se trata de la misma forma a personas que se encuentran en situaciones sociales distintas. Ello porque existen grupos de personas que dentro de la sociedad, no pueden gozar de sus derechos de la misma manera que el resto, al encontrarse en una situación de subordinación producto de las relaciones establecidas en dicha comunidad. A esta situación se le ha denominado discriminación *estructural*²⁸, y es en este marco social y cultural en el cual se encuentran varios colectivos de personas como las mujeres, personas en situación de discapacidad, adultas mayores, entre otros, quienes sufren actos de discriminación de manera individual debido a la pertenencia a ese grupo específico. Por lo tanto, el concepto de discriminación estructural busca destacar que el fenómeno que genera la ocurrencia del acto discriminatorio tiene como base una cuestión colectiva de subordinación o sometimiento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito de la discriminación estructural, ha señalado que los Estados están obligados “a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”²⁹.

Por su parte, específicamente respecto a las mujeres, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “una concepción más amplia del principio de no discriminación se vincula con la idea de terminar con la subordinación de las mujeres como grupo. Esta concepción (que en esta luz algunos llaman principio de antisubordinación) condena las prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición su-

28 SABA, Roberto. “(Des)igualdad Estructural”. En: *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, Santiago, Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005, p. 20, citando la obra de Fiss (*A Community of Equal*).

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de octubre de 2016, Caso trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Párr. 336.

bordinada para ciertos grupos desaventajados, como es el caso de las mujeres. En esta concepción la discriminación de las mujeres no sólo debe ser rechazada porque presupone un trato injusto para algunas personas individualmente consideradas, sino porque, además, tiene por función subordinar a las mujeres como grupo para de este modo crear y perpetuar una jerarquía de género. La discriminación es considerada uno de los tantos procesos sociales responsables del orden jerárquico de los sexos que coloca a las mujeres en la base de dicha pirámide³⁰.

Ahora, en materia de violencia contra las mujeres, la Convención de Belém do Pará señala expresamente el deber que tiene el Estado de “incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso” (Art. 7 c)).

Luego obliga a los Estados a tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo las de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer (Art. 7 e).

Complementando lo anterior, el Comité de CEDAW en la Recomendación General N°35, señala que de conformidad con los artículos 2 b), c), e), f) y g) y 5 a), los Estados están obligados a adoptar legislación que prohíba todas las formas de violencia por razón de género contra las mujeres y las niñas, a fin de armonizar la legislación nacional con la Convención³¹.

De esta manera, la vinculación entre violencia y discriminación resulta esencial para comprender la necesidad de tipificar conductas específicas que atenten contra los derechos de las mujeres.

30 OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 2007, párr. 75.

31 ONU, Comité CEDAW, Recomendación General N° 35: sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General N° 19, 2017, párr. 26.

La discriminación, como sistema de prácticas que consagran la desigualdad y subordinación, utiliza a la violencia como método para mantenerla y asegurarla. De esta manera, la violencia es ejercida cada vez que se requiera sancionar a quien no se comportó de acuerdo al orden de las cosas: si la persona subordinada no actúa conforme a los mandatos, roles, estereotipos, comportamientos y valores que la sociedad le asigna, se utilizará la violencia como medio para corregir esa falta³².

Es por ello que los Estados deben combatir los estereotipos de género persistentes en torno a las mujeres, puesto que “es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”³³.

Los femicidios mantienen la discriminación estructural de las mujeres y se constituye en la manifestación extrema de violencia que reafirma un sistema social género-sexista. En ese sentido, la socióloga mexicana Teresa Incháustegui sostiene que los feminicidios operan como un dispositivo de poder masculino para mantener o reestablecer a nivel individual y colectivo las posiciones de dominio masculino entre hombres, en una sociedad que cuestiona la forma en que se es varón; y para operar como un mecanismo de control frente a los cambios y las contravenciones de las mujeres al sistema de género sexista³⁴.

En consecuencia, dado que los feminicidios son muertes que se ocasionan en una situación de discriminación social y cultural estructural hacia las mujeres, en las que se puede identificar la obligación y desobediencia de un estereotipo de género

32 SEPÚLVEDA/SOVINO, ob. cit., p. 141.

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de noviembre de 2015, Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 180.

34 INCHÁUSTEGUI, Teresa. “Sociología y política del feminicidio: algunas claves interpretativas a partir del caso mexicano”. En: *Revista Sociedade e Estado*, N° 29(2), Brasilia, Brasil, Universidade de Brasilia, 2014, págs. 381-382.

de subordinación hacia las mismas, el Estado tiene el deber de comprender esta situación y responder a través del ordenamiento jurídico de manera especial.

De otra manera, si el Estado no adopta estas medidas, podría considerarse que está discriminando a las mujeres de una manera indirecta, ya que estas situaciones desiguales requieren un trato diferente.

De allí se desprende la obligatoriedad en la adopción de medidas legislativas específicas cuando se trata de los derechos de las mujeres, ya que las normas generales muchas veces no sirven para proteger adecuadamente sus derechos.

Esta interpretación es la que ha servido a los países que han discutido la constitucionalidad de las normas de género específicas que han introducido a favor de las mujeres en materia de violencia de género. Así, en Colombia y México a propósito de la tipificación del feminicidio, y en España debido a la creación del delito de maltrato ocasional, los Tribunales han señalado que estas legislaciones son una aplicación directa de disposiciones diferenciadas porque obedecen a una realidad diversa, es decir, se fundamentan como trato justificado o razonable orientado a alcanzar la igualdad sustancial de las mujeres en estas materias³⁵.

35 El Tribunal Constitucional de España ha sido enfático al señalar como fundamento de un delito género-específico como el maltrato ocasional regulado en el Código Penal español que “no es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración..., sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se produce”. (Tribunal Constitucional, 14 de mayo de 2008, N°59/2008, considerando noveno). Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México resolvió que el artículo 153-A del Código Penal del Estado de Guanajuato, que tipifica el feminicidio, no transgrede los derechos fundamentales de igualdad y discriminación entre el varón y la mujer, al señalar que para establecer si un trato diferenciado es discriminatorio se requiere lo siguiente: 1) determinar si la finalidad es objetiva y constitucionalmente válida, en razón de que los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar relación con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad; 2) examinar la racionalidad de la medida, esto es, que exista una relación de índole instrumental entre los medios utilizados y el fin pretendido; y 3) valorar que se cumpla con una relación de proporcionalidad (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de noviembre de 2015, Amparo Directo de Revisión 652/2015, considerando sexagésimo sexto). En Colombia, la Corte Constitucional de la República indicó que: “[El feminicidio] se refiere al tipo penal que castiga los homicidios de mujeres por el hecho de ser tales en un contexto social y cultural que las ubica en posiciones, roles o funciones subordinadas, contexto que favorece y expone a múltiples formas de violencia”. (Corte Constitucional de la República, 8 de junio de 2016, C-297/16, considerando undécimo).

IV. Femicidio en Chile: desde la Ley N° 20.480 a la Ley N° 21.212

La tipificación de la muerte violenta de mujeres como femicidio/feminicidio, desde el punto de vista político y jurídico, permite nombrar y visibilizar la máxima expresión de la violencia contra las mujeres basada en su género. Asimismo, implica conceptualizar este tipo de violencias, lo que trae aparejada la generación de conciencia en la sociedad sobre las consecuencias de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres. Ello permite además su registro y análisis estadístico y comparativo³⁶.

En América Latina y siguiendo las recomendaciones del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (CEVI), la mayoría de los países han introducido en su legislación la figura del femicidio o feminicidio, ya sea con la aprobación de leyes especiales relativas a la violencia contra las mujeres o bien con reformas a los códigos penales. De esta manera, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela y Uruguay, lo han tipificado como delito autónomo, utilizando la denominación de femicidio o feminicidio o lo han previsto como agravante del homicidio.

1. Ley N° 20.480

En Chile, la incorporación del delito de femicidio se llevó a cabo a través de la Ley N° 20.480 del 18 de diciembre de 2010, que introdujo una serie de modificaciones al Código Penal, a la Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar y a la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

Con la Ley N° 20.480 se nombra por primera vez en el Código Penal chileno la palabra *femicidio*, materia que no estuvo exenta de debates. Los princi-

36 MESECVI, *Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Muerte Violenta de Mujeres y Niñas (Femicidio/Feminicidio)*. Washington, Estados Unidos, 2018, p. 14.

pales cuestionamientos a esta modificación legal fueron la existencia -y suficiencia- de tipos penales neutros, la posible expansión del Derecho Penal y la presencia de un Derecho Penal simbólico, pero también se discutió que su incorporación se hiciera en la misma norma del parricidio y por tanto no contemplara otras situaciones que en términos teóricos, son constitutivos de femicidio.

Sin embargo y a pesar de estas objeciones, se destaca que el propósito de esta ley fue reconocer conceptualmente como tipo penal “todo asesinato en que la víctima sea la cónyuge, conviviente o cualquier mujer con la que el agresor está o haya estado ligado por alguna relación afectiva”³⁷.

De esta manera, la primera ley de femicidio fue del siguiente tenor:

“Art. 390. El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio”.

Como se aprecia, este tipo penal recogió lo que doctrinariamente se denomina femicidio íntimo acotado, puesto que quedó reservado únicamente para sancionar a los cónyuges y convivientes presentes o pasados.

Es por ello que a poco andar, surgieron nuevas iniciativas para modificar este delito con el objeto de poder subsumir otras situaciones en las cuales son asesinadas las mujeres.

2. Ley N° 21.212

La ley tiene su origen en una moción parlamenta-

³⁷ Historia de la Ley N° 20.480, p. 5.

ria³⁸, cuya idea matriz tuvo por objeto “perfeccionar el delito de femicidio en la legislación interna, ampliando su ámbito de aplicación a la muerte de toda mujer asesinada por el hecho de ser mujer”³⁹.

De esta manera, las autoras del proyecto de la nueva ley señalan que la regulación anterior “no sólo se opone a la justicia que merecen las víctimas, sino que invisibiliza la violencia que los hombres ejercen contra las mujeres, reforzando las desigualdades que predominan socialmente y extienden la negación de los derechos humanos de las mujeres”⁴⁰.

De ahí que el fundamento del proyecto de la Ley N° 21.212 sea ampliar el tipo penal a todo asesinato cometido contra una mujer por razones de género, pues “constituye un avance en la comprensión política de este problema social, por cuanto permite situar apropiadamente el espacio relacional donde estos crímenes ocurren, pero especialmente da cuenta la cotidianeidad con la que es ejercida la violencia contra las mujeres”⁴¹. El proyecto amplía el delito de femicidio a cualquier asesinato de una mujer con motivos de odio, menosprecio o abuso por causa de género, sin importar la relación o cercanía del asesino con su víctima⁴².

Además con esta legislación, se responde a las exigencias internacionales en la materia, en particular a las Observaciones finales sobre el Séptimo Informe Periódico de Chile del Comité de CEDAW, donde se recomienda al Estado que “modifique la Ley N° 20.480 relativa al femicidio para ampliar la definición de femicidio de modo que abarque to-

³⁸ Boletín N° 11970-34, que modifica el Código Penal en materia de tipificación del femicidio y de otros delitos contra las mujeres, de las diputadas Karol Cariola, Daniella Cicardini, Maya Fernández, Cristina Girardi, Marcela Sabat, Camila Vallejo y Gael Yeomans y de los diputados Gabriel Silber, Jaime Tohá y Víctor Torres. Esta moción recoge la petición de los familiares de Gabriela Alcaino y su madre Carolina Donoso, quienes fueron asesinadas por el ex “pololo” de la joven, para modificar la regulación del femicidio en Chile, toda vez que, conforme a la legislación vigente, sus muertes no configuraban este ilícito.

³⁹ Historia de la Ley N° 21.212, p. 9.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 13.

⁴¹ *Ibid.*, p. 5.

⁴² *Ibid.*, p. 44.

dos los homicidios motivados por el género, intensifique las medidas para prevenir los femicidios y vele por que se investigue, se enjuicie y se condene a sus autores”⁴³, y al Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), que elaboró una propuesta de Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Muerte Violenta de Mujeres y Niñas (Femicidio/Feminicidio) que tiene por objeto que los Estados que suscribieron a la Convención de Belém do Pará, adapten sus legislaciones con miras a fortalecer las acciones de prevención, protección, atención, investigación, persecución, sanción y reparación integral, de modo de garantizar el derecho de las mujeres y niñas a una vida libre de violencia y de patrones estereotipados de comportamiento.

La propuesta original consistía en ampliar la figura de “femicidio al asesinato de mujeres “con motivos de odio, menosprecio o abuso por causa de género”, estableciendo además una enumeración de circunstancias agravantes, tales como el hecho que la víctima sea menor de edad, que haya existido violencia sexual previa, que el victimario mantenga o haya mantenido una relación de pareja con la víctima, así como que el delito haya sido cometido con alevosía o ensañamiento”.

Adicionalmente, buscaba crear un nuevo artículo 393 bis) que tipificaba la figura de incitación al suicidio o prestar auxilio para cometerlo, en el marco de las desiguales relaciones de poder basadas en el género. Sin embargo este nuevo tipo penal fue suprimido en su tramitación en la Cámara Baja debido a las críticas realizadas por distintos académicos.

Asimismo, el proyecto buscaba impedir la configuración de la atenuante de “irreprochable conducta anterior” cuando haya precedido cualquier incidente de violencia a la comisión de los delitos comprendidos anteriormente, independiente a que se hayan denunciado o no⁴⁴.

Finalmente, durante la tramitación del proyecto se

43 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile, párr. 25 C).

44 Historia de la Ley N° 21.212, p. 6.

mantuvo la lógica de configurar dos tipos penales: un femicidio simple o base, en el cual se castigue el asesinato de una mujer por razones de género; y uno agravado por el vínculo entre víctima y autor. En ese sentido se orienta la indicación del Ejecutivo a través del Ministerio de la Mujer y Equidad de Género, en que contemplan una “figura base que sanciona la muerte por rechazo o desvalorización de género, con una pena equivalente a aquella aplicable al homicidio calificado, esto es, con la de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo y una figura de femicidio agravado, aplicable cuando el autor sea o haya sido cónyuge, conviviente, o pareja con o sin convivencia, cuando el delito se haya perpetrado con razón de esa relación; o respecto de la cual el autor tuviere un hijo en común o que se encontrare embarazada de éste cuando el delito se haya perpetrado con razón de esa circunstancia”.

Sin embargo, a raíz de la intervención del Ministerio Público a través de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional, el proyecto de ley comienza a articularse del modo en que finalmente se plasmó en la actual Ley N° 21.212. Ello porque se hicieron dos propuestas de normativa:

1. La creación de un tipo penal en el cual se incorporara el femicidio íntimo acotado existente y se agregaran otras circunstancias en las cuales se entiende que existe una razón de género en la muerte de una mujer.
2. La creación de dos normas jurídicas que tipifiquen el femicidio: en una de ellas se consagra el femicidio íntimo ampliándolo a otras hipótesis como el caso del pololeo y el ser madre de un hijo en común con el agresor, y otra que contemple el femicidio no íntimo, señalando que el hombre que mate a una mujer por razón de su género, cuando se comete en determinadas circunstancias que se detallaron.

Además se planteó la incorporación de agravantes para los delitos de femicidio y la imposibilidad de aplicación de la atenuante contemplada en el artículo 11 N°5 del Código Penal.

El Poder Legislativo, optó por la segunda alternativa, y en consecuencia, modificó el Código Penal suprimiendo el inciso segundo del artículo 390, donde se encontraba el antiguo femicidio, y crearon un nuevo párrafo 1 bis denominado “Del femicidio”, cuyo análisis haremos a continuación.

V. Nueva tipificación del femicidio: cuestiones relativas al tipo penal

El MESECVI adopta como definición de femicidio “la muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por actos de acción u omisión”⁴⁵.

Nuestra legislación, siguiendo la Ley Modelo del MESECVI va en esta misma línea, estableciendo la razón de género como elemento distintivo en la muerte de mujeres, y no haciendo una distinción en cuanto al contexto en que se ejecute, esto es, sea intrafamiliar o cometido por cualquier hombre. Asimismo, describe circunstancias en las cuales se entiende que hay una razón de género.

A continuación, analizaremos las diferentes modificaciones introducidas por la nueva Ley de Femicidio.

1. Aspectos generales de los tipos penales

Bien jurídico

Existe acuerdo doctrinario y jurisprudencial en que el femicidio como norma específica del homicidio, se encuentra destinado a la protección del bien jurídico vida humana plena o independiente. Sin embargo, los diversos fenómenos que se conceptualizan como femicidio o feminicidio en el ámbito teórico de la sociología o antropología, al ser traspasados a la esfera jurídico-penal se configuran como delitos complejos, y por

45 MESECVI, ob. cit., p. 13.

tanto, pluriofensivos, debido a que afectan a una multiplicidad de bienes jurídicos.

En cuanto bien jurídico diferente o pluriofensividad de las conductas, se ha señalado que los delitos de violencia contra las mujeres y específicamente el femicidio, además de vulnerar o poner en peligro el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física o psíquica, atentan también contra la igualdad material, y por tanto, deben condenarse las prácticas que tienen el efecto de perpetuar en nuestra sociedad la posición subordinada de las mujeres como colectivo⁴⁶.

Otra alternativa es considerar que existe en estos delitos un plus del injusto que justifica su penalización separada y agravada. Este plus del injusto o mayor antijuricidad se justifica porque existen conductas que constituyen una manifestación de la discriminación contra las mujeres, las cuales el Estado está comprometido a prevenir, sancionar y erradicar, ya sea por mandato constitucional o legal interno, o través de los tratados internacionales de derechos humanos sobre la materia que ha ratificado⁴⁷.

Sujetos

Siguiendo la Ley Modelo del MESECVI, nuestra legislación opta por sexualizar la norma en dos sentidos, por una parte, declarando expresamente que este delito solamente puede ser cometido por hombres y por otra, indicando que solamente puede ser víctima una mujer. Por eso, no comete femicidio la mujer que mata a su pareja del mismo sexo, puesto que el sentido de la norma es sancionar expresamente la violencia ejercida por los hombres en contra de las mujeres (basada en las desigualdades entre mujeres y hombres⁴⁸).

46 DÍAZ CASTILLO, Ingrid, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio y VALEGA CHIPOCO, Cristina. *Feminicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género*. Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, págs. 62-63.

47 TOLEDO, Patsilí. *Feminicidio*. México D.F., México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, p. 72.

48 Cuestión que queda de manifiesto en la circunstancia quinta de la razón de género descrita en el artículo 390 ter, esto es, “cuando se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder”.

Sobre el sujeto activo, el MESECVI sostiene que es “cualquier hombre que comete el delito de femicidio/ feminicidio o cualquier otro delito o acto de violencia contra las mujeres por el hecho de ser mujeres”⁴⁹.

En cuanto al término “*mujer*” presente en el tipo penal de femicidio, este mismo instrumento indica que será “cualquier persona auto percibida como mujer”⁵⁰. En este sentido, cabe señalar que se considerará como mujer no sólo a quien biológicamente tenga una genitalidad y características genéticas y físicas asociadas al sexo femenino, sino también a quien se considere como tal de acuerdo a su identidad de género. Ello porque consideramos que éste es un elemento normativo que requiere de un proceso de interpretación que permita dotarlo de contenido, conforme a los estándares internacionales que buscan proteger a las mujeres de ataques contra sus vidas que reafirmen estereotipos que las subordinan socialmente.

2. Femicidio íntimo

“Artículo 390 bis.- El hombre que mate a una mujer que es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

La misma pena se impondrá al hombre que mate a una mujer por razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia”.

Vínculos

El inciso primero del artículo 390 bis recoge las mismas hipótesis que el antiguo artículo 390 inciso segundo (cónyuge o conviviente), ampliándolo a casos en que no habiendo existido matrimonio o convivencia, víctima y victimario tienen o han tenido hijos en común, incorporando una situación reconocida como constitutiva de violencia intrafamiliar en el artículo 5 inciso segundo de la Ley N° 20.066.

49 MESECVI, ob. cit., p. 26.

50 MESECVI, ob. cit., p. 26.

Los vínculos señalados en el primer inciso son:

1. **Ser cónyuge o ex cónyuge:** donde se comprenden las personas con vínculo matrimonial, separados de hecho, separados judicialmente y divorciados.
2. **Ser conviviente o ex conviviente:** donde se comprenden las personas con matrimonio anulado, convivientes civiles actuales o terminados, y convivientes de hecho actuales o pasados⁵¹.
3. **Ser o haber sido padres de un hijo en común:** donde se comprenden aquellos sujetos que tienen o tuvieron la calidad de padres, conforme a las reglas generales en materia de filiación.

Luego en el inciso segundo, se establece que se comete femicidio cuando un hombre mata a una mujer en razón de tener o haber tenido con ésta una relación de pareja de carácter sentimental o sexual, sin convivencia. Con esta incorporación, se sanciona una situación de hecho conocida coloquialmente como de “pololeo”.

Este femicidio sigue siendo íntimo, pero a diferencia de lo que ocurre con el inciso anterior, se escapa de la lógica familista e innova, incorporando una situación de hecho no comprendida en la Ley de Violencia Intrafamiliar.

El aspecto más relevante de esta nueva figura dice relación con el concepto de *relación de pareja*, ya que al igual que la *convivencia*⁵², se trata de un elemento normativo del tipo que se irá desarrollando por la doctrina y jurisprudencia, y que es esencialmente dinámico, puesto que lo que hoy entendemos por relación de pareja no es lo mismo que hace cincuenta años atrás o lo que se entenderá en otros cincuenta años más.

Si bien no es sencillo entregar una definición del concepto, la expresión “de pareja” supone una ca-

51 Cfr. SEPÚLVEDA, Ivonne. “¿De qué hablamos cuando hablamos de convivencia en el artículo 390 del Código Penal?”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 61, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014, págs. 179 - 201.

52 Ídem.

lificación de la relación personal entre dos personas, en el sentido de que no toda relación sexual o sentimental constituirá una relación de pareja. Así por ejemplo, una relación sexual ocasional o una relación de afecto entre amigos o compañeros de trabajo no constituyen una relación de pareja.

Asimismo, la relación de pareja se puede entender en un sentido negativo al de convivencia, quedando comprendidas todas aquellas relaciones sexuales o afectivas que no alcanzan a constituir una convivencia propiamente tal, por no poder acreditar completamente algún elemento constitutivo de la convivencia como la notoriedad, estabilidad o proyecto de vida en común.

En ese sentido, podemos encontrar dos tipos de vínculos, sin perjuicio de la posibilidad que se verifiquen ambas hipótesis conjuntamente:

1. **Relación de pareja de carácter sentimental:** como sería el caso de una pareja de “pololos” en que no hayan iniciado la actividad sexual, parejas asexuales o parejas virtuales, etc.
2. **Relación de pareja de carácter sexual:** como serían por ejemplo parejas que acuerdan mantener únicamente un vínculo sexual o los amantes.

Conducta

La conducta castigada sigue siendo la misma que antes, esto es, dar muerte a una mujer. En su aspecto objetivo no merece mayores reparos, pues se sigue exigiendo una conducta homicida y el resultado de muerte de la víctima. En cuanto al tipo subjetivo, se exige un dolo de matar (*animus necandi*), que de acuerdo a la clasificación doctrinaria, puede ser directo o eventual.

Si bien en el inciso segundo se incorporó la frase “*por razón*” (de tener o haber tenido una relación de pareja sin convivencia), la que pareciera sugerir la existencia de una motivación específica, la lectura armónica de esta ley y su historia, nos llevan a concluir que debe ser entendida como una mera referencia al vínculo que la norma describe –relación de pareja actual o pasada–, puesto que sólo de esta manera se atiende al sentido

que motivó la dictación de esta ley, que era ampliar el femicidio a otras relaciones íntimas sin convivencia⁵³.

Por lo tanto, basta con probar la existencia de una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia, para castigar a título de femicidio.

Pena

En todos estos los casos la pena asignada es de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado, conservando la pena del parricidio y antiguo femicidio.

El mayor injusto de la conducta que justifica la penalidad, está dado por la violencia de género que se basa en relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, y que además se verifica en un contexto de relaciones de confianza y/o intimidad entre el agresor y la víctima.

3. Femicidio no íntimo

Artículo 390 ter.- El hombre que mate a una mujer por razón de su género será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

Se considerará que existe razón de género cuando la muerte se produzca en alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.- *Ser consecuencia de la negativa a establecer con el autor una relación de carácter sentimental o sexual.*
- 2.- *Ser consecuencia de que la víctima ejerza o haya ejercido la prostitución, u otra ocupación u oficio de carácter sexual.*
- 3.- *Haberse cometido el delito tras haber ejercido contra la víctima cualquier forma de violencia sexual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 372 bis.*

⁵³ En ese sentido, basta recordar que esta ley es conocida coloquialmente como “Ley Gabriela”, en referencia a Gabriela Alcáino, una adolescente a quien su entonces ex pareja dio muerte en 2018. Como el antiguo femicidio exigía un vínculo de convivencia, su caso no pudo ser calificado jurídicamente como tal, haciendo patente la necesidad de ampliarlo a la actual hipótesis del art. 390 bis inciso segundo.

4.- *Haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima.*

5.- *Haberse cometido en cualquier tipo de situación en la que se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, o motivada por una evidente intención de discriminación.*

Conducta

El comportamiento típico de este tipo de femicidio radica en matar a una mujer por razón de género, entendiéndose por tal cuando se comete en determinados contextos de discriminación contra las mujeres.

De esta manera, el inciso primero describe la conducta típica, que consiste en dar muerte a una mujer por razón de su género. Al igual que en el femicidio íntimo, el tipo objetivo se satisface con la conducta homicida y el resultado de muerte de la mujer. El tipo subjetivo exige el mismo dolo de matar (*animus necandi*), el que se ejecuta por razón de género.

En cuanto a este último elemento, el MESECVI entrega una definición de *violencia contra las mujeres por razón de género*, entendiéndola como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause a las mujeres la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado, que sea motivada o se sustente en las relaciones históricamente desiguales de poder entre hombres y mujeres y ubica a las mujeres en situaciones de subordinación, que constituye una violación de derechos humanos que limita total o parcialmente el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos”⁵⁴.

Nuestra legislación optó por establecer circunstancias de hecho objetivas que permiten presumir la existencia de razones de género que tendrán que ser consideradas, desde un enfoque interseccional y desde el contexto social y cultural en el que se encuentre la víctima y el victimario, sin requerir

probar el estado mental o una motivación especial (*mens rea*) del agresor.

Es por ello que en el inciso segundo se describen circunstancias en las que el legislador consideró que se expresa esta razón de género, de manera que, en la medida en que concurra alguna de las circunstancias descritas en los numerales del inciso segundo del artículo 390 ter, se entenderá por configurado este elemento subjetivo especial.

Por ejemplo, cuando un hombre mata a una mujer por negarse a establecer con él una relación de carácter sexual, bastará con acreditar esta circunstancia –la negativa de la mujer– para configurar el tipo femicida.

Sin perjuicio de que la norma hace mención a una lista cerrada o taxativa de circunstancias (lo que parece adecuado conforme al principio de legalidad), la circunstancia quinta es lo suficientemente amplia, pues permite considerar como femicidio la muerte de una mujer cuando se dé alguna situación en la que se exprese una *manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder* entre hombres y mujeres; cuestión que podemos considerar como un *elemento normativo cultural*, en principio extrajurídico, que deberá ser integrado por la jurisprudencia y la doctrina a través de un proceso de elaboración conceptual⁵⁵.

Circunstancias comisivas

a) Ser consecuencia de la negativa a establecer con el autor una relación de carácter sentimental o sexual

La RAE define *consecuencia* como “hecho o acontecimiento que se sigue o resulta de otro”. En ese sentido lo utiliza nuestro Código Penal, por ejemplo, para referirse a ciertas conductas agravadas por el resultado (como cuando a consecuencia del abandono de un pariente éste sufre lesiones graves o la muerte), denotando una *relación de causalidad* entre la acción y un resultado. Por otro lado, también se define *ser consecuencia de* como “ser

⁵⁴ MESECVI, ob. cit., p. 26.

⁵⁵ RETTIG, Mauricio. *Derecho Penal Parte General*. Santiago, Chile, DER, 2019, Tomo II, p. 189.

de importancia, consideración o monta”, lo cual se condice con la intención del legislador al describir esta circunstancia.

Así, el hecho de que la víctima se haya negado a establecer una relación de carácter sentimental o sexual con el autor, es la razón o el motivo considerado por el agresor para ejecutar la conducta homicida.

En cuanto a la expresión “relación de carácter sentimental o sexual”, cabe señalar que se utiliza la misma expresión que en el inciso segundo del artículo 390 bis, pero la diferencia de aquel con éste, es que en este numeral lo que se sanciona es dar muerte a una mujer que no quiso tener una relación con otro hombre, por lo tanto no se exige un vínculo entre víctima y victimario, sino que basta con acreditar una negativa de la víctima a iniciar una relación sentimental o tener una relación sexual con el agresor.

Si bien de acuerdo a las clasificaciones doctrinarias, esta hipótesis sería considerada como femicidio íntimo, ya que en dicha clasificación se incluye el supuesto del sujeto que asesina a una mujer –amiga o conocida– que rechazó entablar una relación íntima (sentimental o sexual) con éste, lo/as legisladore/as decidieron recoger esta situación como un femicidio no íntimo dado que no existe el mismo vínculo de confianza ni intimidación como ocurre en las circunstancias descritas en el artículo anterior.

b) Ser consecuencia de que la víctima ejerza o haya ejercido la prostitución, u otra ocupación u oficio de carácter sexual

Al igual que en la circunstancia anterior, debemos entender que el hecho de que la víctima ejerza o haya ejercido la prostitución u otra ocupación u oficio de carácter sexual, es la razón considerada por el agresor para ejecutar la conducta homicida. En ese sentido, es necesario acreditar el conocimiento del autor de la actividad que realiza la víctima y que dicho conocimiento motiva su conducta.

A pesar de no contar con una definición legal, la prostitución ha sido entendida como una “pres-

tación voluntaria y negociada de servicios sexuales remunerados”⁵⁶, sin perjuicio de que algunas autoras la conceptualizan más bien como “una modalidad de explotación, ejercida mediante una actividad histórica y organizada, basada en los roles sexuales (...) a cambio de un pago inmediato en dinero o bienes que son apropiados en parte por la víctima de explotación y frecuentemente también por terceros organizados en torno a esa explotación”⁵⁷.

En ese sentido, debemos comprender que la víctima se encuentra en alguna de estas hipótesis cuando ejerce la prostitución callejera, en prostíbulos, o en clubes nocturnos, realiza espectáculos sexuales ya sea públicos o privados (stripper o similar), o es escort, call girl o dama de compañía, por mencionar algunos. Asimismo, se entienden comprendidas en esta hipótesis a las mujeres, niñas y adolescentes explotadas sexualmente, pues lo relevante no es la presencia o ausencia de voluntariedad de la víctima, sino que el conocimiento del agresor de que éstas desarrollan una ocupación u oficio de carácter sexual.

Ahora, con la expresión “u otra ocupación u oficio de carácter sexual”, se debe entender comprendida cualquier ocupación sexual realizada de cualquier otra manera o modo, como ocurre por ejemplo a través de medios electrónicos, como la venta o comercialización de desnudos o material pornográfico, ya sea profesionalmente o de manera independiente.

Finalmente, hay que hacer presente que no es necesario que la víctima efectiva y materialmente ejerza o haya ejercido la prostitución u otra ocupación u oficio de carácter sexual con el agresor, por ejemplo, que se prostituya o se haya prostituido con él, sino que es suficiente que ella tenga o haya tenido esta calidad para que se acredite la razón de género.

56 MAQUEDA, María Luisa. *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Granada, España, Comares S.L, 2009, p. 61.

57 TRASPASSO, D., “La prostitución en contexto”. En: CLADEM. *Prostitución: ¿trabajo o esclavitud sexual?* Lima, Perú, Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer, 2003, p. 46, citando a Kate Millet (*La política sexual*).

c) Haberse cometido el delito tras haber ejercido contra la víctima cualquier forma de violencia sexual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 372 bis

La RAE define *tras* como “después de” o “a continuación de”, en sentido temporal. Así, para que se configure la razón de género, el autor del delito debe matar a la mujer después de haber ejercido contra ella cualquier forma de violencia sexual. Si bien no se utiliza el mismo término que en otros tipos penales del Código Penal (como “con ocasión”), la sucesión de conductas se debe circunscribir en un mismo contexto fáctico, de manera que exista proximidad entre la agresión sexual y la conducta homicida.

El límite entre esta disposición y la contemplada en el artículo 372 bis es el acceso carnal por vía anal, vaginal o bucal, toda vez que si se verifica la muerte con ocasión de la violación, estaremos en presencia del delito de violación con femicidio y no de un femicidio del art. 390 ter.

La frase “cualquier forma de violencia sexual” implica que la razón de género se verificará ante la realización de cualquier conducta en que se ejerza violencia sexual contra la mujer, aun cuando no sea constitutiva de delito. En ese sentido, la violencia sexual es toda vulneración, perturbación o amenaza al derecho de las mujeres a la libertad e integridad, indemnidad y autonomía sexual y reproductiva o al derecho de las niñas a la indemnidad sexual.

Por lo tanto, no es necesario acreditar la existencia de algún delito sexual de aquellos que consagra nuestro ordenamiento jurídico penal, sino que es suficiente acreditar que el hecho que afectó a la víctima constituye un tipo de violencia sexual en los términos señalados.

d) Haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima

De modo similar a las dos primeras circunstancias, ésta se configura cuando el autor comete el delito *motivado* por la orientación sexual, identidad de

género o expresión de género de la mujer. En ese sentido, al igual que como ocurre con la agravante del artículo 12 N° 21 del Código Penal, “el motivo sería la razón de ser del comportamiento, o conjunto de consideraciones racionales que lo justifican”, que se traduce en “una acción exteriorizada, penalmente relevante y no un mero sentimiento o ideas que forman parte del fuero interno del sujeto”⁵⁸.

En cuanto a los objetos de la motivación, la orientación sexual es entendida como la “atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas”⁵⁹.

Por su parte, la Ley N° 21.120 define a la identidad de género como “la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento” y expresión de género como “la manifestación externa del género de la persona, la cual puede incluir modos de hablar o vestir, modificaciones corporales, o formas de comportamiento e interacción social, entre otros aspectos”.

En ese sentido, por ejemplo, cometerá femicidio el hombre que mate a una mujer porque tiene una expresión corporal masculina, o aquel que mate a una mujer trans.

En virtud del artículo 63 del Código Penal, al ya estar comprendida dentro del tipo penal femicida en estos casos, no sería posible aplicar conjuntamente con esta circunstancia la agravante de responsabilidad del art. 12 N° 21.

e) Haberse cometido en cualquier tipo de situación en la que se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, o motivada por

⁵⁸ SALINERO, Sebastián. “La nueva agravante penal de discriminación. Los ‘delitos de odio’”. En: *Revista de Derecho*, N° XLI, Valparaíso, Chile, 2013, p. 289.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2017, Opinión Consultiva OC-24/17.

una evidente intención de discriminación

Esta circunstancia dice relación con la naturaleza de la violencia que afecta a las mujeres, como expresión de una discriminación estructural manifestada en los contextos sociales y culturales, y que ha sido definida como una subordinación, basada en el estatus y en el poder de definición de identidades y toma de decisiones.

Acá, la norma se satisface por la concurrencia de cualquiera de las dos hipótesis:

- Cuando se comete en cualquier tipo de situación en la que se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, o;
- Cuando se comete motivada por una evidente intención de discriminación.

Con respecto a la primera figura, se requiere la existencia de una situación de subordinación evidente, producto de una relación desigual de poder entre víctima y victimario.

Esta subordinación, puede ser multicausal puesto que se cruza con diversas variables y dimensiones sociales que exponen a las mujeres a un riesgo mayor, y que además se inscribe en el marco de una relación desigual de poder. Esta relación desigual de poder, implica la existencia de un vínculo entre dos o más personas, en la que una de éstas le impone a la otra una determinada actitud o comportamiento, la que debe acatarla debido a que se encuentra en una situación de inferioridad con respecto a la otra.

En este sentido, es una hipótesis bastante amplia que permite recoger múltiples situaciones que evidencien una relación desigual de poder entre sujeto activo y sujeto pasivo.

En cuanto a la segunda posibilidad descrita en la norma, entendemos que se trata de una situación que se cumple cuando la muerte de la mujer se ocasiona por una indiscutible finalidad de discrimi-

nar, en los términos que hemos señalado. Al ser una cláusula que permite configurar como femicidio distintos contextos en que ocurran los asesinatos cometidos en razón del género, podrían entenderse comprendidos en esta hipótesis, casos que no han sido incluidos en las circunstancias descritas en los otros numerales.

Penalidad

La pena asignada al femicidio es de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo. A diferencia del femicidio íntimo, no existe aquí un mayor disvalor de la conducta en razón de la confianza entre la víctima y el agresor. Aun así, como constituye la máxima expresión de violencia de género en contra de la mujer, se justifica su mayor penalidad respecto del homicidio porque se basa en la desigualdad estructural en que se encuentran las mujeres.

4. Violación con femicidio (artículo 372 bis inciso segundo)

Con la incorporación del femicidio en razón de género cuando este se haya cometido “tras haber ejercido contra la víctima cualquier forma de violencia sexual” (art. 390 ter N° 3), la comisión de Mujer y Equidad de Género del Senado consideró pertinente incorporar un inciso segundo en el artículo 372 bis, donde se visibilizara como violación con femicidio cuando un hombre mate a una mujer con ocasión de la violación, puesto que es una situación que se comete en razón de género de la víctima.

Si bien ésta es una modificación que tuvo como objetivo visibilizar a través de *nomen iuris* la muerte de una mujer con ocasión de su violación, permite dar coherencia al conjunto de normas que sancionan la muerte de una mujer y principalmente en aquellos casos donde precede a la muerte algún tipo de violencia sexual.

De esta manera, el artículo 372 bis reza de la siguiente manera:

“El que, con ocasión de violación, cometiere además homicidio en la persona de la víctima,

será castigado con presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado.

Si el autor del delito descrito en el inciso anterior es un hombre y la víctima una mujer, el delito tendrá el nombre de violación con femicidio”.

Al hacer remisión expresa al inciso anterior, la conducta es castigada con la pena de presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado, la más alta de nuestro ordenamiento jurídico.

En este caso basta para la configuración de la hipótesis del inciso segundo cuando el sujeto activo sea hombre y el sujeto pasivo mujer, para que la conducta sea castigada como violación con femicidio.

VI. Circunstancias modificatorias de responsabilidad

1. Agravantes especiales

“Artículo 390 quáter.- Son circunstancias agravantes de responsabilidad penal para el delito de femicidio, las siguientes:

- 1. Encontrarse la víctima embarazada.*
- 2. Ser la víctima una niña o una adolescente menor de dieciocho años de edad, una mujer adulta mayor o una mujer en situación de discapacidad en los términos de la ley N°20.422.*
- 3. Ejecutarlo en presencia de ascendientes o descendientes de la víctima.*
- 4. Ejecutarlo en el contexto de violencia física o psicológica habitual del hechor contra la víctima”.*

Reconociendo un enfoque interseccional, en que las mujeres se pueden encontrar en especiales situaciones de vulnerabilidad, el legislador estableció un catálogo de circunstancias agravantes de responsabilidad penal aplicables tanto a los delitos de violación con femicidio, femicidio íntimo del ar-

tículo 390 bis y femicidio del artículo 390 ter.

Al tratarse de agravantes especiales, estas circunstancias no excluyen la aplicación de las agravantes generales de responsabilidad penal comprendidas en el artículo 12 del Código Penal.

a) Que la víctima se encuentre embarazada

Al igual que como ocurre con lo dispuesto en el delito de aborto involuntario, para poder aplicar la agravante, el estado de embarazo de la mujer debe ser notorio o al menos constarle al agresor.

Cuando la víctima del delito de femicidio se encuentra embarazada, nos podemos encontrar ante dos hipótesis: que junto con el femicidio concorra además un aborto; o que, al contrario, sólo se verifique el femicidio y el feto sobreviva.

En el primer caso, existe un concurso ideal con el delito de aborto del artículo 343 del Código Penal, por lo que conforme al artículo 75 se debe estar a la pena mayor asignada al delito femicida, no pudiendo aplicarse el grado mínimo asignado al femicidio correspondiente. En ese sentido, en virtud del principio *non bis in ídem* no sería posible volver a considerar el embarazo para agravar la responsabilidad del agresor.

En cambio, si producto de la conducta homicida en contra de la mujer embarazada no se produce un aborto, se podría aplicar la agravante sin vulnerar el principio *non bis in ídem*.

En consecuencia, sólo en esta hipótesis se advierte un campo de aplicación práctica de esta disposición.

b) Que la víctima fuera una niña o una adolescente menor de dieciocho años de edad, una mujer adulta mayor o una mujer en situación de discapacidad en los términos de la Ley N° 20.422

Son niñas y adolescentes aquellas mujeres que no han cumplido aún los 18 años de edad, mientras que conforme a lo dispuesto en el art. 1 de la Ley N° 19.828, son adultas mayores quienes han cumplido los sesenta años.

Por su parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley N° 20.422, son mujeres en situación de discapacidad aquellas que “teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Al respecto, es importante destacar que no es necesario que el agresor tenga un conocimiento cierto de la edad o la situación de discapacidad de la mujer, sino que basta que, conforme a un estándar de una persona media, razonablemente se pueda reconocer tal edad o situación.

c) Cuando se haya dado muerte a la víctima en presencia de sus ascendientes o descendientes

Para que se configure esta circunstancia agravante es necesario que algún pariente, ascendiente o descendiente, ya sea por consanguinidad o afinidad, se encuentre presente al momento en que se comete el delito.

De acuerdo a su definición, la presencia es un “estado de la persona que se halla delante de otra u otras o en el mismo sitio que ellas”. En ese sentido, basta con estar en el mismo sitio o lugar donde el agresor da muerte a la mujer sin ser necesario que el ascendiente o descendiente perciba con alguno de sus sentidos la conducta. Tampoco es necesario que víctima y ascendiente o descendiente se encuentren en la misma habitación, pues lo relevante es que se encuentren en el mismo espacio físico en que se desarrolla la acción, por lo tanto, estas personas pueden encontrarse en habitaciones distintas de un mismo domicilio para configurar la agravante en comento.

d) Cuando fuere perpetrado en el contexto de violencia física o psicológica habitual del hechor contra la víctima

El sentido del/a legislador/a al momento de consagrar esta agravante, fue considerar aquellos casos en que la muerte de la mujer es el acto final y definitivo de un ciclo de violencia en su contra por

parte del agresor.

El fundamento de su incorporación se debe a que en la práctica era muy complejo para el operador acreditar la agravante general de reincidencia del artículo 12 N° 16, ya sea porque los hechos previos de violencia no habían sido siquiera denunciados por la víctima o, porque habiendo sido objeto de denuncia, no habían culminado en una sentencia en sede penal, o bien porque a pesar de haberse sancionado por delitos como las lesiones, amenazas, maltrato habitual, etc. cometidos en contextos de violencia intrafamiliar, la judicatura consideraba que se trataba de delitos de una especie distinta al femicidio.

En cuanto a su objeto, la agravante tiene aplicación cuando existe un contexto previo ya sea de violencia física o psíquica⁶⁰ entre víctima y victimario, entendiendo la violencia física como cualquier agresión dirigida contra el cuerpo de la mujer, que vulnere, perturbe o amenace su integridad física, su libertad personal o su derecho a la vida y la violencia psicológica como cualquier acción u omisión que vulnere, perturbe o amenace la integridad psíquica o estabilidad emocional de una mujer, tales como tratos humillantes, vejatorios o degradantes, control o vigilancia de sus conductas, intimidación, coacción, exigencia de obediencia, aislamiento, explotación o limitación de su libertad de acción, opinión o pensamiento.

En ese sentido, para verificar la agravante no es necesario acreditar la existencia de un delito de maltrato habitual, sino que se verifique la existencia de más de una conducta violenta del hombre contra la mujer.

2. Prohibición de aplicar la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 5 del Código Penal

“Artículo 390 quinquies.- Tratándose del delito de femicidio, el juez no podrá aplicar la atenuante de

⁶⁰ El legislador optó por excluir de la agravante a la violencia sexual, por estimarse comprendida como una circunstancia que acredita la razón de género en el tipo femicida.

responsabilidad penal prevista en la circunstancia 5ª del artículo 11”.

Desde hace un tiempo existe cierto desarrollo dogmático y jurisprudencial en torno a considerar que, en casos de violencia de género, no es posible aceptar que en las hipótesis en que una mujer sea descubierta por su marido agresor en un supuesto acto de infidelidad, este hecho pueda operar como un estímulo que faculte el actuar del hombre disminuyendo su culpabilidad, más aún si la víctima vive inmersa en una vida de malos tratos hacia ella⁶¹.

En ese sentido, se urgía a una reflexión de *lege ferenda* por parte del legislador, para resolver si su consagración legal como atenuante general era o no compatible con la *ratio* que justifica la criminalización del femicidio⁶².

En ese sentido, se optó por consagrar una prohibición expresa al/la juez/a de no aplicar la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación en el agresor del delito de femicidio.

VII. Para concluir

1. Los asesinatos de mujeres en todo el mundo son principalmente cometidos por hombres, de allí que las teorías feministas han tenido por objeto deslegitimar de manera expresa las justificaciones que históricamente han avalado la violencia masculina contra las mujeres.
2. Nuestra sociedad legítima y reproduce la valoración de lo masculino por sobre lo femenino y con ello, establece una relación desigual de po-

61 SEPÚLVEDA, Ivonne. “Re-visión de la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación en el delito de femicidio, con lentes de género”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2017, p. 206.

62 MAÑALICH, Juan Pablo. “¿Arrebatos y obcecación pasionalmente condicionados como atenuante por un femicidio frustrado?”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 25, Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2016, p. 256.

der entre los géneros. Por esta razón, los actos discriminatorios practicados contra mujeres responden a una cuestión colectiva de subordinación, lo que permite afirmar la situación de discriminación estructural de las mujeres en la sociedad.

3. La tipificación del feminicidio/femicidio y otras figuras penales género-específicas o no neutras ha sido principalmente justificada, desde la perspectiva jurídica, a través del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente de acuerdo a lo prescrito por CEDAW y Belém do Pará.
4. A pesar de ello, la tipificación del femicidio no ha sido fácilmente acogida dentro de los delitos del Derecho Penal interno. Por el contrario, históricamente el Derecho Penal ha contribuido a la subordinación de las mujeres, y aunque en las últimas décadas se ha logrado erradicar gran parte de las disposiciones expresamente discriminatorias en su contra, hasta hoy parte importante de la doctrina penal tiende a cuestionar la existencia de tipos penales género-específicos sobre la base de la igualdad formal de las normas penales. La suficiencia de los tipos penales neutros ya existentes o la conveniencia de utilizar agravantes genéricas en vez de tipos especiales, han sido algunas respuestas desde los autores tradicionales.
5. Sin embargo, la tipificación del delito de feminicidio, incorpora al Derecho Penal la realidad en que viven las mujeres, la que se caracteriza por la violencia y la imposición de mandatos, roles y estereotipos de género que las subordina. Por ello, al establecer tipos penales como el femicidio, se rompe la “neutralidad” del Derecho, y en especial del Derecho Penal, toda vez que se sancionan situaciones diferenciadas que sufren mujeres y no situaciones generales descontextualizadas.
6. Esto trae consigo consecuencias favorables, tales como la contribución a la reducción de la impunidad asociada a esta forma de criminalidad, a la facilitación del registro y seguimiento de los casos, la adopción de políticas públicas de prevención, y la sensibilización y capacitación principalmente de lo/as operadore/as de justicia en estas materias.

7. La comprensión integral del tipo penal requiere entender que el delito de feminicidio constituye una modalidad de violencia basada en el género, por lo cual su interpretación no puede soslayar este enfoque.
8. Sabemos que la incorporación del femicidio en nuestra legislación por sí sola no va a acabar con la violencia contra las mujeres, ya que esta es estructural y debe ir acompañada de otras políticas públicas al respecto, sin embargo representa un avance puesto que permite nombrar, visibilizar y conceptualizar el fenómeno que subyace a esta manifestación extrema de violencia hacia las mujeres.

Referencias bibliográficas

- ARROYO, Roxana. *Acceso a la justicia para las mujeres...el laberinto androcéntrico del derecho*. San José, Costa Rica, Revista 53 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011.
- BADILLA, Ana Elena. *Femicidio: más allá de la violación al derecho a la vida. Análisis de los derechos violados y las responsabilidades estatales en los casos de femicidio de Ciudad Juárez*. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.
- CARCEDO, Ana; SAGOT, Montserrat. *Femicidio en Costa Rica 1990-1999*. San José, Costa Rica, Instituto Nacional de las Mujeres, 2000.
- CORN, Emanuelle. *La revolución tímida. El tipo de femicidio introducido en Chile por la ley N°20.480 desde una perspectiva comparada*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 21 - N° 2, 2014, págs. 103-136.
- CORN, Emanuelle. *Un nuevo tipo penal de femicidio en un nuevo Código Penal para Chile*. Revista de Derecho (Valdivia) volumen xxviii - n° 1 Junio de 2015, páginas 193-211.
- DÍAZ CASTILLO, Ingrid, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio y VALEGA CHIPOCO, Cristina. *Femicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género*. Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.
- FACIO, Alda. *Cuando el género suena cambios trae*. San José, Costa Rica, ILANUD, 1992.
- INCHÁUSTEGUI, Teresa. “Sociología y política del feminicidio: algunas claves interpretativas a partir del caso mexicano”. En: *Revista Sociedade e Estado*, N° 29(2), Brasilia, Brasil, Universidade de Brasilia, 2014, págs. 372-400.
- LAGARDE, Marcela. “Introducción. Por la vida y la libertad de las mujeres. Fin al feminicidio”. En: RUSSELL, Diana y HARMES, Roberta (eds.). *Femicidio: una perspectiva global*. México D.F., México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, págs. 15-42.
- MAÑALICH, Juan Pablo. “¿Arrebato y obcecación pasionalmente condicionados como atenuante por un femicidio frustrado?”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 25, Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2016.
- MAQUEDA, María Luisa. *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Granada, España, Comares S.L, 2009.
- MESECVI, *Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Muerte Violenta de Mujeres y Niñas (Femicidio/Feminicidio)*. Washington, Estados Unidos, 2018.
- MUNÉVAR, Dora Inés. “Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género”. En: *Estudios Socio-Jurídicos*, N° 14 (1), Bogotá, Colombia, 2012, págs. 135-175.
- Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) con el apoyo de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres) Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género (Femicidio/Feminicidio).
- RADFORD, Jill; RUSSELL, Diana (eds.). *Femicide: The Politics of Woman Killing*. Nueva York, Estados Uni-

dos, Twayne, 1992.

RETTIG, Mauricio. *Derecho Penal Parte General*. Santiago, Chile, DER, 2019, Tomo II.

SABA, Roberto. “(Des)igualdad Estructural”. En: *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, Santiago, Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005, págs. 123-147.

SALINERO, Sebastián. “La nueva agravante penal de discriminación. Los ‘delitos de odio’”. En: *Revista de Derecho*, N° XLI, Valparaíso, Chile, 2013.

SEGATO, Rita. Femigenocidio y feminicidio: una propuesta de tipificación [en línea]. Disponible en: <http://www.larevuelta.com.ar/pdf/Femigenocidio-femicidio-Segato.pdf> [fecha de consulta: 8 de Mayo de 2020].

SEGATO, Rita. *Territorio, soberanía y crímenes de segundo Estado: la escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*. México D.F., México, Universidad del Claustro de Sor Juana, 2006.

SEPÚLVEDA, Ivonne; 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.

SEPÚLVEDA, Ivonne. “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer: Comentarios y algunos ejemplos de su incipiente reconocimiento jurisprudencial”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 60, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014.

SEPÚLVEDA, Ivonne. “¿De qué hablamos cuando hablamos de convivencia en el artículo 390 del Código Penal?”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 61, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014.

SEPÚLVEDA, Ivonne. “Re-visión de la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación en el delito de femicidio, con lentes de género”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago,

Chile, Ministerio Público, 2017.

TRASPASSO, D. “La prostitución en contexto”. En: CLADEM. *Prostitución: ¿trabajo o esclavitud sexual?* Lima, Perú, Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer, 2003, p. 46, citando a Kate Millet (La política sexual).

TOLEDO, Patsili. “¿Tipificar el Femicidio?”. En: *Anuario de Derechos Humanos*, N°4, Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2008, págs. 213-219.

TOLEDO, Patsili. *Feminicidio*. México D.F., México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, p. 72.

TOLEDO, Patsili. “Femicidio. Sistema Penal & Violência”. En: *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*, Pontificia Universidad Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil, Vol. 8, N°1, p. 72-92, enero-junio 2016.

VÁSQUEZ, Ainhoa. “Feminicidio en Chile, más que un problema de clasificación”. URVIO, *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, N° 17, Quito, diciembre 2015 – págs. 36-47.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre 2003, Opinión Consultiva OC 18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2017, Opinión Consultiva OC-24/17.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de julio de 1988, Caso Velásquez Rodríguez, Serie C N° 4.

Caso trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Tribunal Constitucional de España, 14 de mayo de

2008, Sentencia N°59/2008.

Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, 11 de noviembre de 2015, Amparo Directo de Revisión 652/2015.

Corte Constitucional de la República de Colombia, 8 de junio de 2016, Sentencia C-297/16.

CAPÍTULO 6

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

TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES: ¿ES POSIBLE COMPARAR EL 411 BIS CHILENO CON EL 318 ESPAÑOL? A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL CASO “OPERACIÓN DESIERTO”

Tania Gajardo Orellana¹

Resumen

En este artículo se intenta contestar la pregunta acerca de si son asimilables los tipos penales de tráfico ilícito de migrantes descritos en el Código Penal español (318 bis) y en el Código Penal chileno (411 bis). La pregunta surge a raíz de que la única sentencia de la Corte Suprema chilena, que a la fecha ha conocido y resuelto un recurso de nulidad de un caso de tráfico ilícito de migrantes, cita una sentencia del Tribunal Supremo español para argumentar una postura acerca del bien jurídico tras este tipo penal. Se inicia con un comentario a dicha sentencia, en la que se explica el contexto en que se realizó la cita y con qué objeto. Luego se hace una breve reseña del tipo penal español y sus modificaciones, para llegar a lo que está tipificado como tráfico ilícito de migrantes actualmente en España. Le sigue una breve reseña

de la introducción del tipo chileno al Código Penal y sus diferencias con la trata de personas. Por último, se enuncian las tesis españolas y chilenas acerca del bien jurídico tras este tipo penal. Se concluye con una respuesta negativa a la pregunta formulada, fundada en la estructura de cada tipo penal y una crítica a la técnica argumentativa de la Corte en la sentencia comentada.

Palabras claves

Tráfico ilícito de migrantes, artículo 318 bis Código Penal español, artículo 411 bis Código Penal chileno, Corte Suprema.

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

Introducción

En marzo de 2019 la Corte Suprema chilena resolvió dos recursos de nulidad de dos casos de asociación ilícita para el tráfico ilícito de migrantes. En los hechos se trataba de un solo caso conocido mediáticamente como “Operación Desierto”.

En el caso “Operación Desierto” se investigó y llevó a juicio a una organización cuya finalidad era facilitar el ingreso ilegal de migrantes a Chile. Debido a que los imputados eran en su mayoría ciudadanos peruanos, se realizó un proceso de extradición para juzgarlos en Chile. La llegada se produjo en dos fechas distintas, por lo que en el Tribunal Oral en lo Penal de Arica se realizaron dos juicios orales, cuyas sentencias fueron conocidas a través de dos recursos de nulidad por la Corte Suprema chilena, pero se trata de la misma organización.

Mediante un recurso se revisó el juicio y la sentencia que condenó a los partícipes de la asociación y en el otro se pidió la nulidad del juicio y la sentencia que condenó a los líderes de la misma.

En ambos fallos la Corte Suprema chilena argumentó una postura acerca del bien jurídico tras el tráfico ilícito de migrantes, la que justificó en parte con la cita a una sentencia del Tribunal Supremo español.

En este artículo, primero se comentará la sentencia de la Corte Suprema señalada. En segundo lugar, se verá el artículo 318 bis del Código Penal español, su historia, modificaciones, qué conducta describe actualmente y qué describía a la época de la sentencia citada por la Corte chilena. Luego se examina la introducción del tipo penal chileno en el Código Penal, y sus diferencias con la trata de personas, debido a que usualmente tienden a ser confundidos.

En tercer lugar, se enuncian las principales posturas de la doctrina española y chilena acerca del bien protegido tras estos tipos de tráfico ilícito de migrantes. Esto porque la cita de la sentencia del Tribunal Supremo español la realiza la Corte en búsqueda de un argumento para justificar su postura ante el bien jurídico.

Posteriormente se comparan los tipos descritos en el 318 bis de España y el 411 bis chileno, con el objeto de resolver la interrogante planteada, esto es si para interpretar el 411 bis chileno es posible recurrir a lo dicho por el Tribunal Supremo español acerca del delito de tráfico ilícito de migrantes en España.

I. Comentario Sentencias Corte Suprema ROL 32.695-2018 y 331-2019, 5 de marzo de 2019²

Antecedentes

El 5 de marzo de 2019, la Segunda Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Hugo Enrique Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R., y Jorge Dahm O. falló por primera vez un recurso de nulidad en un caso de tráfico ilícito de migrantes. Como se dijo, se conocieron y fallaron dos recursos, pero ambos se refieren a la misma asociación ilícita dedicada al tráfico de migrantes, caso conocido mediáticamente como “Operación Desierto”. Este comentario se refiere formalmente al ROL 32695-2018, aunque en lo medular ambos repiten los fundamentos de derecho relevantes para el análisis³.

El caso “Operación Desierto” trataba de una organización criminal que se dedicaba a ingresar ilegalmente a Chile a ciudadanos de República Dominicana, pasando por Ecuador, Perú y Bolivia, los que eran ingresados por pasos clandestinos al país, y a quienes la organización cobraba una suma de dinero en efectivo por la travesía. Los hechos se cometieron entre el año 2013 y el año 2016.

Los sujetos traficados, en su mayoría ciudadanos de República Dominicana, pagaban a esta organización entre mil y tres mil dólares por una travesía que los traía por aire desde su país de origen hasta Ecuador, y luego desde ahí hasta su destino final

² Este comentario de sentencia fue publicado en la Revista del Instituto de Ciencias Penales, número 1 del año 2020. Disponible en: www.icp.cl

³ Bajo este ROL se conocieron cuatro recursos de nulidad de los condenados que eran partícipes de la asociación ilícita, los recursos de nulidad de los líderes fueron conocidos en el ROL 331-2019.

Chile, por tierra. Este último tramo comprendía el paso por el desierto, específicamente por campo minado.

Este grupo estaba compuesto por seis personas, las que tenían roles distintos con los que se lograba el traslado de los migrantes desde su país de origen hasta Arica, dos ejercían roles de liderazgo y cuatro de partícipes. Así lograron la promoción y facilitación del ingreso ilegal a Chile de aproximadamente un centenar de personas, a través de pasos clandestinos en dos rutas, Colchane y Pisiga, que implicaron riesgos para sus vidas e integridad física y psíquica, tanto es así que uno de los migrantes fue víctima de la detonación de una mina antipersonal, la que derivó en la amputación de una de sus piernas.

Los acusados fueron condenados a sendas penas todas sobre diez años y un día, por los delitos de asociación ilícita y tráfico ilícito de migrantes, artículo 411 quinquies y bis del Código Penal respectivamente.

Los recursos de nulidad fueron presentados por todas las defensas de los condenados, y las causales principales, que influyen en el análisis del fallo, fueron; primero que se trataba de delitos cometidos por extranjeros en contra de extranjeros fuera de Chile, por lo que los jueces chilenos no tenían jurisdicción para conocer estos hechos. Segundo, que la pena de la asociación ilícita estaba mal determinada, debido a que el tráfico ilícito de migrantes es un simple delito, y no un crimen y a ellos se les aplicó la pena de las asociaciones ilícitas dedicadas a cometer crímenes. Estos dos argumentos sustentaban las causales principales de las nulidades, por las que la Corte Suprema de Chile se pronunció por primera vez en un caso de tráfico ilícito de migrantes.

Lo primero que llama la atención de este fallo, es que más allá del análisis de un delito tipificado recientemente en Chile, lo que la Corte tuvo que resolver fue un aspecto procesal referido a la posibilidad de ejercer jurisdicción en un delito de extranjero contra extranjero, aparentemente cometido fuera de Chile. En segundo lugar, en referencia

a las penas diferenciadas de la asociación ilícita, para simple delito o crimen, lo resolvió a través del aspecto más debatido a la fecha en Chile (y en España) respecto a este nuevo delito; el bien jurídico. Lo que quizás pudo haber resuelto desde las penas asignadas a las hipótesis agravadas del tráfico de migrantes, sin necesidad de entrar a la justificación de ellas a través de esa vía.

1. Falta de jurisdicción

Para la Defensoría Penal Pública, quien representaba a todos los condenados, el artículo 6 número 8 del Código Orgánico de Tribunales⁴ chileno no otorga jurisdicción para conocer de estos hechos a los tribunales nacionales, debido a que una vez que se introdujo en Chile este delito no se adecuó la legislación procesal, precisamente el artículo 6 del COT, a efectos de que pudieran conocerse delitos de extranjeros cometidos contra extranjeros, fuera de Chile. Para los recurrentes el tráfico ilícito de migrantes se cometió fuera de Chile, por lo que se violaban la garantía del juez natural y se vulneraba el derecho fundamental al debido proceso.

En efecto los migrantes dominicanos, eran contactados por esta asociación integrada principalmente por peruanos, mientras ellos aún vivían en su país de origen. La travesía implicaba volar desde República Dominicana hasta Ecuador, para luego por tierra, pasar por Perú, Bolivia y llegar a Chile. Sobre este punto se volverá al señalar cómo falló la Corte y sus fundamentos.

Otra particularidad de este caso fue que solicitando la confirmación de la sentencia alegaron abogados del Ministerio Público, Ministerio del Interior, Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Corporación Humanas, todos solicitando se confirmara que los tribunales chilenos tenían jurisdicción para conocer de estos hechos, pero por distintos motivos⁵.

4 Artículo 6 número 8 del Código Orgánico de Tribunales: “quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República, comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias”.

5 El caso tenía tres querellantes, todos representando algún interés en el juicio, además de la acción penal ejercida por el Ministerio Público.

Para el Ministerio Público y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, se trataba principalmente de hechos cometidos en territorio nacional, ya que la facilitación o promoción consistían en que los migrantes ingresaran ilegalmente a Chile, ingreso que se concretó. Señalaban que en Chile no se estaba juzgando la travesía por Ecuador, Perú y Bolivia, sino que tan sólo los hechos relacionados con la promoción o facilitación del ingreso al país. De hecho, los condenados fueron extraditados desde Perú para ser juzgados en Chile, entendiéndose tanto Perú como Chile que, se les juzgaría por hechos cometidos en este país.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Corporación Humanas, trajeron a la discusión la posibilidad de aplicación del principio de universalidad, según el cual Chile podía juzgar hechos cometidos fuera del país, por extranjeros en contra de extranjeros, debido a que este principio consagrado en nuestra legislación así lo permitía.

Todos subsidiariamente alegaban que el artículo 6 del COT, en su número 8, autoriza a conocer y juzgar directamente los delitos tipificados a través de Convenciones Internacionales, lo que se cumplía en este caso, dado que Chile suscribió y promulgó la Convención de Palermo y sus Protocolos, en especial en este caso el contra el tráfico de migrantes, en donde se tipifica directamente este delito.

Cabe hacer presente que la descripción del tráfico ilícito de migrantes del 411 bis chileno, es una copia casi exacta de la descripción de Palermo, faltando obviamente la determinación de la pena, que es lo que quedó en manos de cada Estado suscriptor, con el objetivo de que esta se adecuara a sus propias legislaciones.

Cada alegación referente a este punto, estaba acompañada del bien jurídico tras el tráfico ilícito de migrantes, que para el Ministerio Público y Ministerio del Interior y Seguridad Pública se trataba del control migratorio del Estado, por lo que no había delito “contra” extranjeros, sino, contra el Estado de Chile. Asimilándolo a los demás contrabandos en los que siempre la acción comienza fuera del país, y tiene como objeto la internación de objetos

o ilícitos o que están bajo control administrativo al país, y en los que no hay duda de la jurisdicción nacional para conocerlos y fallarlos.

Para el Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Corporación Humanas se trataba de violaciones a los derechos humanos de los migrantes y, en este sentido, postulaban la aplicación del principio de universalidad⁶.

La Corte resolvió que Chile sí tiene jurisdicción para conocer casos de tráfico ilícito de migrantes, cometidos fuera de Chile por extranjeros para promover o facilitar ingreso de extranjeros, basándose principalmente en el artículo 6 número 8 del Código Orgánico de Tribunales.

En virtud de esta norma se remite a la descripción que hace la Convención de Palermo del delito de tráfico de migrantes, y entiende que Chile puede y debe conocer de aquellos delitos descritos en las Convenciones Internacionales a las que se ha obligado, como ésta.

La novedad en este punto consiste en que para la Corte Suprema los tribunales chilenos son plenamente competentes para conocer aquellos delitos descritos en Convenciones Internacionales, sin necesidad de adecuaciones y sin que la aplicación directa esté reservada sólo para las Convenciones de Derechos Humanos. Consensuando que, la Convención de Palermo y sus Protocolos buscan mejorar la persecución y juzgamiento de la criminalidad organizada transnacional, y no es estrictamente una Convención de Derechos Humanos.

Luego para que no quedaran dudas acerca de la jurisdicción de los tribunales nacionales la Corte in-

⁶ Respecto a la discusión acerca del bien jurídico tras el tráfico ilícito de migrantes ver MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno*. 3ª ed., Santiago, Legal Publishing, 2004, Tomo I, p. 195. GAJARDO, Tania y TORRES, Angélica. “Los tipos penales de tráfico de migrantes y trata de personas en la Ley N° 20.507”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 47, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2011, págs. 231- 251. CÁRDENAS, Claudia. “El delito de tráfico de migrantes con especial referencia a la legislación chilena”. En: *Congreso Internacional: Homenaje al Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*. Valparaíso, Universidad de Valparaíso, 2011, págs. 435-466.

dica que la propia Convención de Palermo sostiene un tipo de principio de universalidad, en cuanto entiende que cada Estado suscriptor debe conocer y juzgar hechos que se comprenden dentro de los crímenes transnacionales, y de no hacerlo tiene la obligación de extraditar (*aut dedere aut judicare*). Expone justamente que, en este caso, Perú, país de residencia de gran parte de los miembros de la organización, los extraditó hasta Chile, por lo que asintió en que ellos fueran juzgados en nuestro país.

Por último, hace suya la definición de la Convención en cuanto a qué son los delitos transnacionales, entendiendo que el tráfico ilícito de migrantes sin duda es uno de ellos, y que justamente en estos casos, los países en donde se producen los efectos de este tipo de delitos, tienen jurisdicción para conocerlos.

La Corte señaló tres vías diferentes para fundamentar su decisión de que los tribunales chilenos sí podían conocer y juzgar casos de tráfico ilícito de migrantes en que la actividad comienza y se realiza casi en su totalidad fuera del territorio nacional, es realizada por extranjeros promoviendo o facilitando el ingreso de extranjeros (de acuerdo a la descripción típica). Primero porque así los faculta el artículo 6 número 8 del COT, aplicando directamente la Convención y Protocolo de Palermo, segundo por tratarse de un delito de carácter transnacional, de los que la propia Convención autoriza a (y exige) conocer y juzgar, y tercero por una “especie” de principio de universalidad presente en dicha Convención.

2. Tráfico de migrantes ¿simple delito o crimen?

En el análisis de la segunda causal invocada de nulidad, esto es que la pena de la asociación ilícita estaba mal determinada, porque el tráfico es un delito y no un crimen, la Corte busca un argumento para justificar que el bien jurídico tras este delito es de carácter personalísimo, que lo vuelve más grave que un simple delito de aquellos que persigue el control de los flujos migratorios. Así llega a la Dignidad Humana, en conjunto con la protección del sistema migratorio.

Sin que la causal invocada lo exigiera, entra al de-

bate del bien jurídico, ya que en el fondo la discusión decía relación con si la pena de la asociación ilícita se determina con el delito cometido en concreto por la asociación o con la hipótesis básica en abstracto. En este caso la asociación cometía delitos de tráfico de migrantes agravado de los incisos segundo y tercero, por lo que la pena de la asociación era para líderes y partícipes de una asociación que cometía crímenes, y no para una asociación que cometía el simple delito del 411 bis inciso primero, la figura básica.

En esa búsqueda de bien jurídico que justifique la pena de la asociación ilícita, comienza por la Historia de la Ley 20.507⁷, que incorporó el tráfico de migrantes al Código Penal chileno, indicando que el propio legislador señaló que el bien jurídico era el sistema migratorio del Estado, pero opina que “esto no podía ser absolutamente así”.

Luego refiere una sentencia del Tribunal Supremo español del año 1998, en la que supuestamente este tribunal se pronunció en un caso de tráfico ilícito de migrantes sosteniendo que el bien jurídico era la dignidad humana. El fallo citado es el STS 703/1998, y trata acerca de hechos acaecidos en una época en la que, en España, al igual que en Chile, aún no estaba tipificado el tráfico ilícito de migrantes. Se trata de un grupo de ciudadanos de República Dominicana que en el año 1990 promovían el ingreso ilegal a España con finalidad de prostitución.

Este fallo llegó al Tribunal Supremo español a fines de la década de los 90, para ser revisado debido a que los tipos penales por los que fueron condenados habían sido derogados. Se trataba de los artículos 452 bis a) y 499 bis del Código Penal de 1973. En el conocimiento de dicho recurso, el Tribunal Supremo español se refiere al tipo penal derogado del 452 bis a), según nuestra Corte señalando que el bien jurídico tras él era la dignidad humana.

La cita textual del párrafo es la siguiente:

⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley 20.507 [en línea]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4627/>, 2011 [última visita: 23 de enero de 2020].

“A esta constatación hay que añadir que el bien jurídico protegido mediante la punición del tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Aquel delito surge en la ley penal, como un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida. Para aprovecharse de esta situación y convertirla en inmoral fuente de ingresos, aparecen grupos y organizaciones de gentes sin escrúpulos que promueven migraciones laborales, al margen o en contra de las disposiciones dictadas al respecto por los diversos Estados, abusando del ansia por salir de la miseria de quienes caen en sus redes y convirtiéndolos de hecho en mercancía de fácil y reprobable explotación. Interpretado el delito previsto en el art. 499 bis. 3º del CP derogado –que ha recibido una regulación más detallada y rigurosa en los arts. 312 y 313 del vigente– desde la necesidad de salir al paso de semejantes actividades, es claro que la aplicación de dicho precepto a los hechos declarados probados en la Sentencia recurrida no es indebida sino plenamente correcta”⁸.

En ninguna de las cuatro oraciones en las que el fallo citado se refiere al bien jurídico, se señala lo que la Sentencia de la Corte Suprema indicó.

La Corte Suprema chilena toma esta postura del Tribunal Supremo español, dando por hecho que se trata del mismo delito (tráfico ilícito de migrantes) a efectos de tomar postura en cuanto al bien protegido por el 411 bis chileno. Desde ya se adelanta que no se trataba de un tipo penal asimilable al 411 bis chileno, y quizás ni siquiera sería asimilable al

⁸ Tribunal Supremo Español, STS 703/1998 - ECLI: ES:TS:1998:703, p. 4.

411 ter, ya que en el primero no se exige finalidad de prostitución y en el segundo no se exige que el ingreso sea ilegal. Y tampoco, como vimos, la sentencia citada se pronuncia en el sentido que indica la sentencia chilena analizada.

A continuación, se describe la historia y modificaciones del 318 bis español, a efectos de poder realizar un comparativo entre las normas españolas y chilenas, en la búsqueda del sentido y alcance de la interpretación de bien jurídico realizada por la Corte Suprema chilena.

II. Artículo 318 bis español. Tipificación y modificaciones del tipo penal de tráfico ilícito de migrantes

1. Origen de la tipificación en España

Antes del Código Penal español de 1995, se sancionaba el tráfico ilegal de mano de obra. Este tipo penal fue incorporado al Código Penal Español de 1944 a través de la Ley 44 de 1971: “El que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra, o intervenga en migraciones laborales fraudulentas, aunque de ello no se derive perjuicio para el trabajador”⁹. También se encontraba tipificada una conducta de promoción de la prostitución en el 452 bis a). Ambos tipos penales anteriores al Código Penal actual español, son los que se aplicaron en la sentencia que revisó el Tribunal Supremo español, citada por la Corte Suprema chilena.

El artículo 499 bis a) incorporado en 1971, podría asemejarse a lo que actualmente conocemos como trata de personas con la finalidad de servidumbre, esclavitud o trabajos forzados, tipificado en el artículo 411 *quater* del Código Penal chileno, aunque este último no exige migración fraudulenta. El tipo penal español mencionado, dista mucho de lo que hoy conocemos como tráfico ilícito de migrantes, regulado en España en el artículo 318 bis y en Chile en el 411 bis.

Con la entrada en vigencia del Código Penal espa-

⁹ DUARTE, Tamara. *Inmigración, tratamiento jurídico penal en el derecho español*. Porto, Juruá, 2015, págs. 130 y siguientes.

ñol de 1995, se derogó el 499 bis a) mencionado, y se incorporan los artículos 313.1 y 312 que tipificaron la inmigración clandestina y la emigración fraudulenta, pero ambas circunscritas a la finalidad laboral, lo que seguía siendo más asimilable a la trata laboral actual chilena, que a lo que post Palermo entendemos por tráfico ilícito de migrantes¹⁰.

En el año 2000, mediante la LO 4/2.000, se introduce el título XV sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros¹¹, lo que importa una diferencia fundamental con la tipificación chilena del tráfico ilícito de migrantes y con la antigua legislación española, ya que deja de ser un delito en contra de los trabajadores y pasa a ser un delito en contra de los derechos de los ciudadanos extranjeros.

En la legislación española desde ese momento se establece el artículo 318 bis que sanciona a:

“1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad.

¹⁰ Es importante destacar que en la inmigración clandestina se enfatiza en la forma ilegal de la entrada al país, en cambio en la emigración fraudulenta se refiere al engaño en las condiciones laborales o en el trabajo ofrecido a la víctima del delito. Sobre la incorporación de este artículo al Código Penal español ver VICENTE, Rosario. *Protección penal del trabajo y la seguridad social*, en ARROYO y TIEDEMAN, edit. Editorial Universidad Castilla de la Mancha, España, 2004, p. 78.

¹¹ Para lectura completa de la ley ver en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544> [última visita: 16 de enero de 2018].

4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público.

5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedique a la realización de tales actividades”.

Llama la atención la relevancia que tenía este tema para España en el año 2000. En ese momento en Chile no se contemplaba tipo penal que se le asimilará. La migración no era un tema relevante socialmente, ni jurídico penalmente como sí lo es hoy en día¹².

2. Modificaciones al tipo penal español

Luego de la introducción al Código Penal español del 318 bis señalado, la primera modificación se realizó el año 2003, como consecuencia de las exigencias de la Unión Europea, ampliándolo a quienes realizaran la conducta de forma indirecta y también sancionando dentro del tráfico de migrantes la inmigración clandestina¹³.

Con esta reforma se incrementaron los cuestionamientos de la doctrina acerca de la necesidad de que la inmigración ilegal, considerada una infracción administrativa, pasara a formar parte del de-

¹² Estos últimos dos años la migración es un tema que está preocupando a la opinión pública chilena, un ejemplo de ello es que la primera medida en materia migratoria que tomó el Presidente Sebastián Piñera al asumir la presidencia en marzo del año 2018, fue la exigencia de visa de turismo a los ciudadanos haitianos para ingresar a Chile y la apertura de un plazo para regularización de aquellos que tienen una situación migratoria irregular, que comenzó el 23 de abril de 2018.

¹³ El número 1 del artículo 318 bis luego de la modificación de la LO 11/2003 quedó así: “1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión”. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18088> [última visita: 16 de enero de 2018].

lito de tráfico ilícito de migrantes¹⁴. Este punto es relevante en la comparación con Chile, ya que en la tipificación chilena se utiliza el vocablo entrada ilegal al país, la que incluye entre otras situaciones, el ingreso clandestino, el que a su vez es sancionado infraccionalmente desde el derecho administrativo sancionador.

Por otra parte, el legislador español sancionaba en el mismo artículo el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas. Luego se separan y se sancionan como dos tipos penales independientes. En esta oportunidad la comparación se refiere al tipo penal de tráfico ilícito de migrantes y no al de trata de personas.

Hasta aquí se observa como el derecho penal español reaccionaba a un fenómeno que se posicionaba como una de las principales preocupaciones de sus ciudadanos en la época, la inmigración ilegal¹⁵.

Recién con las reformas de los años 2007¹⁶ y 2010¹⁷ se evidencia influencia de la Convención de Palermo y el Protocolo en contra del tráfico de migrantes, en la primera se amplía el tipo penal a la inmigración clandestina a cualquier país de la Unión Europea y en la segunda se tipifican en forma autónoma tráfico ilícito de migrantes y trata de personas¹⁸. En España hasta el año 2010, la trata y el tráfico de migrantes se sancionaban como un solo delito, donde las finalidades de la trata eran agravantes del tráfico de migrantes, lo que se modificó tipificándose por separado la trata de personas en el artículo 177 del Código Penal español.

14 LAURENZO, Patricia. "Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión". En: *Jueces para la democracia*, n°50, Madrid, 2004, págs. 31 y siguientes.

15 Duras críticas recibió la modificación del año 2003 en el derecho penal español, varios autores hicieron ver lo elevado de las penas y la mutación de la falta administrativa al delito penal, entre otros MARTÍNEZ, Margarita. *La inmigración como delito*. Barcelona, Atelier, 2007, págs. 41 y siguientes. PÉREZ, Alonso. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 220 y siguientes.

16 LO 13/2007, ver en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-19879> [última visita: 18 de enero de 2018].

17 LO 5/2010, ver en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953> [última visita: 18 de enero de 2018].

18 Artículo 318 bis número 1 con la reforma de la LO 13/2007.

En una España que miraba con extremo celo la migración, en época de crisis económica, la respuesta penal no se hizo esperar. Surgieron así las críticas de algunos en torno al giro del tipo penal, que, en vez de representar una protección a los derechos del extranjero, se transformó en una persecución del migrante clandestino, acudiendo al derecho penal como primera arma en contra de la migración, preocupación especial de la sociedad española para el año 2010¹⁹.

El factor temporal es relevante para hacer la comparación, ya que en el año 2010 en Chile aún no existía el tipo penal de tráfico ilícito de migrantes, el que recién surge en abril del año 2011, con la dictación de la Ley 20.507 que modifica el Código Penal tipificando los delitos de tráfico de migrantes y trata de personas y en España éste existía hace bastantes años y con ingentes modificaciones.

La última modificación data del año 2015 y surge debido a las críticas de la doctrina, porque si bien el año 2010 se separó la tipificación del delito de trata de personas y de tráfico ilícito de migrantes, igualmente se prestaba a la confusión, ya que el 318 bis del Código Penal español continuaba considerando los medios comisivos de la trata como agravantes del tráfico. Con estas críticas y la intención de dar cumplimiento fiel a los compromisos comunitarios, el parlamento español realizó una nueva modificación al artículo 318 bis del Código Penal excluyendo los medios comisivos de la trata e incluyendo lo indicado por la Directiva 2002/90/CE, Decisión marco 2002/946/JAI²⁰, quedando la redacción actual del tipo penal de tráfico de migrantes así:

"1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

19 DOUNIS, Alberto. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Granada, Comares, 2009, págs. 23 y siguientes.

20 <https://www.boe.es/doue/2002/328/L00017-00018.pdf> [última visita: 26 de agosto de 2018].

Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.

4. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público.

5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada”²¹.

Las últimas modificaciones del año 2015, realizadas por el legislador español no lograron aquietar a la doctrina. Las críticas no tardaron en llegar debido a diversos factores, entre ellos la imprecisión de la descripción del verbo rector del tipo penal básico: “prestar ayuda”, la equiparación del tipo penal a las infracciones administrativas, llegando al absurdo de que las multas administrativas son en algunos casos más graves que la pena pecuniaria penal, la excusa absolutoria de la ayuda humanitaria y la falta del elemento ánimo de lucro en el tipo penal básico dejan un espacio peligroso para la interpretación, por último al no especificar que el ingreso debe ser ilegal, sino que remitirse a vulneración de la legislación de extranjería, tampoco se entiende bien en qué consiste la ayuda para ingresar²².

Además de las críticas a la modificación en España hay voces que critican la existencia del tipo penal de tráfico ilícito de migrantes, debido a que se trataría solamente de penalizar el administrativo sancionador, en cuanto persigue la protección del sistema migratorio lo que ya se protege a través de las normas de extranjería, afectando el principio de ultima ratio y el carácter de fragmentario del derecho penal. En el último capítulo consideraremos algunas opiniones acerca del bien jurídico en el tipo español, a efectos de generar una visión crítica de la postura de la Corte Suprema acerca del bien jurídico del tipo penal chileno.

²¹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> [última visita: 20 de enero de 2020].

²² POMARES, Esther. “Reforma del código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea”. En: *Revista de Estudios Jurídicos UNESP, Franca*, año 19, n. 29, Sao Paulo, UNESP. págs. 1-20, jun.-jul., 2015. Disponible en: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudiosjuridicosunesp/index> [última consulta: 23 de agosto de 2018].

III. Tipo penal de tráfico ilícito de migrantes en Chile

1. Origen del tipo penal en Chile

La moción parlamentaria presentada por los diputados señores y señoras Juan José Bustos Ramírez, Jorge Burgos Varela, Adriana Muñoz D'Albora, Alejandro Navarro Brain, Guillermo Ceroni Fuentes, María Eugenia Mella Gajardo, María Antonieta Saa Díaz, José Antonio Galilea Vidaurre, Jaime Quintana Leal y Osvaldo Palma Flores con fecha 05 de enero de 2005, fue el origen de la Ley 20.507 del 8 de abril de 2011, mediante la cual se tipificó el delito de tráfico ilícito de migrantes en Chile. Esta moción parlamentaria tuvo como principal fundamento la amenaza para nuestro país del Crimen Organizado Transnacional y el Tráfico de Niños, lo que argumentaron a través de los estudios de la Fundación Raíces acerca del tráfico de niños en América, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre los que se mencionó a la Convención de Palermo y sus Protocolos, particularmente el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes²³.

Llama la atención que desde la moción parlamentaria se genere la confusión de que la Convención de Palermo estaría dentro del acápite del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuando se trata de una Convención contra la criminalidad organizada transnacional, que busca llegar a consensos acerca de la persecución de este tipo de criminalidad con especial énfasis en la trata de personas y el tráfico de migrantes, por ser estos delitos ejecutados generalmente de forma transnacional.

La propuesta parlamentaria no diferenciaba correctamente los delitos de tráfico ilícito de migrantes y de trata de personas. Situación similar a la que existió en España hasta el año 2010. La propuesta en Chile tipificaba en el artículo primero la promoción del tráfico de personas con fines de explotación sexual o laboral, en el artículo segundo la trata de personas. La trata se estructuraba con los verbos rectores del tipo penal actual, pero sólo con finalidad sexual, y en el artículo tercero sancionaba la

venta de personas. Clausuraba la tipificación un artículo cuarto que contemplaba como agravantes circunstancias que hoy forman parte de los medios comisivos del tipo penal de trata de personas, como el engaño o el uso de la fuerza.

La moción parlamentaria tenía como principal preocupación la trata de niños; y, al proponer la tipificación no diferenciaron claramente entre trata y tráfico. Sin embargo, citan en sus fundamentos la Convención de Palermo y sus Protocolos, en los que sí se hace claramente la diferencia.

En la única parte que menciona el tráfico ilícito de migrantes, similar a la tipificación actual, es cuando se fundamentan las normas preventivas. Ahí se indicó: "En el delito de tráfico internacional de personas, es el único delito transnacional en el cual la víctima, pasa necesariamente por delante de la autoridad que está llamada por ley a darle protección, salvo obviamente los casos en que se utilizan pasos fronterizos no habilitados. Pues bien, creemos que ese momento, ese instante en que una persona, niño, niña, adolescente, hombre o mujer pasa por la frontera, debe la policía o la autoridad de control fronterizo, cerciorarse si lo hace libremente, sin intimidación o violencia. Esto, claro, no es posible aplicarlo en el caso de lactantes o personas que salen seducidas, pero sí en el caso de otros niños, adolescentes o adultos; para esto bastaría, con que de manera reservada e íntima las policías efectuaran el control documental de las personas, especialmente de aquellas que aparecen como más vulnerables a este tipo de delitos"²⁴.

En la primera revisión realizada por la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados en abril de 2007, fue relevante la indicación del Ejecutivo, mediante la cual propuso que se tipificaran como delitos separados la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, señalando que la pena de la trata debía ser mayor, por su mayor gravedad, además de la supresión de la tipificación de la venta de personas, fundado en que había otras normas del Código Penal para sancionar conductas como esas. Los di-

²³ Ver en: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/56302/1/HL20507.pdf [última visita: 04 de mayo de 2020].

²⁴ Ver en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4627/>, p. 15 [última visita: 3 de mayo de 2020].

putados de dicha Comisión estuvieron de acuerdo con las propuestas del Ejecutivo, y desde ese momento se establece el tráfico ilícito de migrantes como delito autónomo distinto de la trata de personas en Chile²⁵.

Esta fue la primera redacción del tipo penal de tráfico ilícito de migrantes en Chile:

“Artículo 411 bis. El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

Artículo 411 ter. Se aplicará la pena señalada en el artículo anterior en su grado máximo cuando se ejecutare el hecho poniendo en peligro la integridad física del afectado.

Asimismo, si se pusiere en peligro la vida del afectado o si éste fuera menor de edad, dicha pena se aumentará en un grado.

Las mismas penas de los incisos anteriores junto con la inhabilitación absoluta en su grado máximo, se impondrán si el hecho fuere ejecutado por un funcionario público”²⁶.

En la actualidad el artículo 411 bis del Código Penal describe la conducta sancionada y luego se establecen las circunstancias agravantes.

La indicación acerca de suprimir la exigencia de ánimo de lucro por parte de los funcionarios públicos, la presentó el diputado y eximio penalista Juan Bustos, quien señaló:

“Con todo, algunas disposiciones me parecen ex-

25 La venta de personas propuesta por la moción parlamentaria habría resultado de utilidad política criminalmente. A la fecha se han llevado ante la justicia penal casos de posible calificación de “venta de niños” como delitos de la Ley de Adopciones. Vid. RUC 1200273270-8 del Tribunal del Juicio Oral de lo Penal de Valparaíso.

26 Ver en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4627/>, p. 16 [última visita: 23 de abril de 2020].

trañas. Por ejemplo, el artículo 411 bis establece: [El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país...]. Pero, si es sin ánimo de lucro, queda impune. La experiencia internacional hace referencia al amigo, al familiar, etcétera, y de alguna manera tiene una cierta atenuación o consideración. Pero ¿qué pasa con el funcionario público? Resulta absurdo que, para castigarlo, solamente tiene que tener ánimo de lucro. Es como mucho que un funcionario público facilite la entrada ilegal de personas y quede impune. Por eso, he formulado indicación para agregar un inciso segundo al artículo 411 bis, con el objeto de que el funcionario público sea castigado, aun cuando no haya ánimo de lucro, con las penas del inciso primero²⁷.

Esta indicación fue aprobada y hoy forma parte del tipo penal del artículo 411 bis, y ha sido relevante político criminalmente ya que facilita la persecución de funcionarios públicos por tráfico ilícito de migrantes²⁸.

En esa misma oportunidad, quedó en acta que la diputada informante del proyecto y una de sus autoras, María Antonieta Saa, señaló que el tráfico ilícito de migrantes era un delito en contra del Estado, en el que se vulneran las leyes migratorias, a diferencia de la trata de personas, que era un crimen en contra de las personas, y por lo mismo la diferencia de gravedad en sus penas²⁹. Este argumento fue considerado por la Corte Suprema en la sentencia citada, pero al señalarlo agregó que el sistema migratorio no era suficiente.

En el segundo informe de la Comisión de Familia de la Cámara de diputados, del 11 de abril de 2007, el proyecto quedó con un tipo básico 411 bis, más un tipo

27 Intervención del diputado Juan Bustos en la discusión en Sala de 10 de abril de 2007. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4627/> [última visita: 24 de enero de 2018].

28 Ver sentencia condenatoria en procedimiento abreviado RUC N°1500780521-4, RIT 322-2016, del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, en que se condenó a un funcionario público del Departamento de Extranjería y Migración. Disponible en: <http://reformaprocesal.poderjudicial.cl/ConsultaCausasJsFWeb/page/panelConsultaCausas.jsf> [última visita: 04 de mayo de 2018].

29 Ver en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4627/>, p. 46 [última visita: 23 de abril de 2020].

agravado en el 411 ter, estableciendo que para los funcionarios públicos no es exigible el ánimo de lucro³⁰.

El proyecto se aprobó en Sala de la Cámara de Diputados el 18 de abril de 2007, sin nuevas modificaciones. En abril del año siguiente fue informado por la Comisión de Derechos Humanos, nacionalidad y ciudadanía del Senado, quienes acordaron aprobar el proyecto por unanimidad.

El informe de la Comisión de Constitución del Senado, del 08 de noviembre de 2010 fue el que redujo los artículos 411 bis y ter en uno solo. Esta propuesta de redacción fue consensuada por los abogados del Ministerio Público, SERNAM y el profesor Juan Domingo Acosta. Como resultado tenemos una figura básica, más las figuras agravadas en el mismo artículo, que termina con la sanción especial al funcionario público que actúe incluso sin ánimo de lucro.

Lo que más se debatió en aquella oportunidad fue la sanción al funcionario público, en términos de si la norma alcanzaba a todos los funcionarios públicos, o sólo a aquellos que en la práctica intervenían en la entrada al país de los extranjeros o no residentes, y en cómo se sancionaría a aquel funcionario de más alto rango, que no interviene directamente, pero influye en la entrada ilegal. También se discutió acerca de los verbos rectores promover o facilitar, en cuanto a si para que se cometiera el delito debía existir o no la entrada ilegal, en ese punto el profesor Juan Domingo Acosta lo asimiló al auxilio al suicidio, en el sentido de que a lo menos debe haber una tentativa de suicidio para que el auxilio pueda ser sancionado³¹.

La redacción final (actual) quedó así:

“Artículo 411 bis. - Tráfico de migrantes. El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su

³⁰ Ver en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4627/>, p. 127 [última visita: 23 de abril de 2020].

³¹ Ver en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4627/>, p. 187 [última visita: 23 de abril de 2020].

grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

La pena señalada en el inciso anterior se aplicará en su grado máximo si se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado.

Si se pusiere en peligro la vida del afectado o si éste fuere menor de edad, la pena señalada en el inciso anterior se aumentará en un grado.

Las mismas penas de los incisos anteriores, junto con la de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo, se impondrá si el hecho fuere ejecutado, aun sin ánimo de lucro, por un funcionario público en el desempeño de su cargo o abusando de él. Para estos efectos se estará a lo dispuesto en el artículo 260”.

En el informe de la Comisión de Derechos Humanos del Senado de fecha 18 de enero de 2011, no se propusieron cambios a la redacción del artículo 411 bis, y el énfasis de la discusión estuvo en si la tipificación cumplía con lo exigido por la Convención y Protocolos de Palermo, y en cómo se ha tipificado el mismo delito en otros países de la región. Se citó el ejemplo colombiano, en donde el tráfico ilícito de migrantes contempla penas más graves que el proyecto chileno. Surgió la preocupación de tipificar de tal forma de considerar la realidad chilena, para que estos delitos no se transformaran en letra muerta³².

En marzo de 2011 el proyecto volvió a la Cámara de Diputados, sin mayores modificaciones que las ya indicadas. Pasó el examen preventivo de constitucionalidad de los nuevos artículos 78 bis del Código Procesal Penal y 411 octies del Código Penal, y posterior a ello fue promulgada el 01 de abril de 2011 por el presidente Sebastián Piñera y publicada en el Diario Oficial el 08 de abril del año 2011. Hasta la fecha no ha tenido modificaciones.

Con la Ley 20.507 también se introdujeron al Código Penal chileno los tipos penales de los artículos

³² Ver en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4627/>, p. 260 [última visita: 23 de enero de 2018].

411 *quater*, trata de personas, y 411 *sexies*, asociación ilícita para cometer el tráfico y la trata. Se hará una breve mención a la trata de personas debido a las frecuentes confusiones con el tráfico ilícito de migrantes.

2. Diferencias con el delito de trata de personas

En Chile desde la promulgación de la Ley 20.507, la tipificación del tráfico ilícito de migrantes en el artículo 411 *bis* ha sido separada de la trata de personas, tipificada en el artículo 411 *quater*. No sucedió, como en España, que se tipificaran juntos, uno como agravante del otro. Cada uno tiene sus verbos rectores y medios comisivos diferentes, no siendo los de la trata agravantes del tráfico, esto debido a la influencia directa de Palermo en nuestra tipificación, la que se produjo casi como una transcripción directa de ambos delitos a la legislación chilena.

Aunque se aleja un poco de la finalidad de este trabajo, parece relevante tomarse unas líneas para señalar las diferencias básicas entre trata de personas y tráfico ilícito de migrantes. La trata de personas tiene como finalidad la explotación humana, la que en Chile puede ser de carácter sexual o laboral, expresada en el tipo penal como finalidad de trabajos forzados, servidumbre o esclavitud, se agrega además la extracción ilegal de órganos de las víctimas. El tráfico ilícito de migrantes no tiene finalidad de explotación humana ni de cosificación, la finalidad es el ingreso ilegal del migrante y el ánimo de lucro del sujeto activo. Esta diferencia es relevante para el análisis del bien jurídico que se verá más adelante.

Carnevalli lo explica así: “Cuando se habla de trata de personas (*trafficking in human being*) se vincula a aquellos comportamientos en donde el fin perseguido es la explotación laboral o sexual. En cambio, la inmigración ilegal (*smuggling of migrants*) supone esencialmente burlar las normas de inmigración. Al respecto, cabe precisar que aun cuando suele hablarse indistintamente de trata de personas o tráfico de personas para referirse al mismo fenómeno, es preferible emplear la voz trata en vez de tráfico –que en rigor es la traducción de la expresión inglesa *trafficking*– a fin de establecer

una clara distinción con los comportamientos propios del tráfico de migrantes. Así, por lo demás, se aprecia en la traducción al español de la Convención de Palermo y sus protocolos. Ahora bien, es cierto que ambas conductas –trata de personas y tráfico de migrantes– pueden estar estrechamente relacionadas e incluso vincularse, como sucede, por ejemplo, respecto de quien siendo inmigrante ilegal puede además ser objeto de alguna forma de explotación, ya sea laboral o sexual. Empero, aun así, son esencialmente distintas y de diversa gravedad”³³.

Los medios comisivos para lograr esta explotación se valen de la invalidación o a lo menos del vicio de la voluntad del tratado, en cuanto el tipo penal exige engaño, fuerza, amenaza, violencia, abuso de situación de vulnerabilidad entre otros, teniendo como elemento común el que la voluntad de la víctima no es real o simplemente no existe. Esta es una diferencia fundamental con el tráfico en donde el migrante ha llegado a un acuerdo con el traficante para migrar, por lo que siempre requiere de su voluntad. Esto no obsta a que en algunos casos la voluntad del migrante recaiga sobre una forma de ingreso distinta a la que realmente llevó a cabo con ayuda del traficante, o incluso del lugar de destino, pero siempre hay un ejercicio de voluntad que en la trata no se exige justamente por los medios comisivos con los que se lleva a cabo el tipo penal.

Los verbos rectores de la trata son captar, trasladar, acoger o recibir, todos con la finalidad de explotar al ser humano de alguna de las formas ya indicadas. En el tráfico, los verbos son facilitar o promover el ingreso ilegal, siendo una condición esencial del tipo penal el cruce de fronteras promovido o facilitado por el traficante, mientras en la trata la captación, traslado, acogimiento o recepción pueden ser dentro del territorio nacional o fuera de éste, ya que lo relevante es para qué se capta, acoge, traslada o recibe, y esta es la finalidad de explotación,

33 CARNEVALLI, Raúl. “La trata de personas en la normativa internacional y su regulación en Chile”. En: VAN WEEZEL Alex (ed.) *Humanizar y renovar el derecho penal: Estudios en memoria de Enrique Cury*. Santiago, Thompson Reuters, 2015.

diferencia fundamental con el tráfico el que se produce con la promoción o facilitación del cruce ilegal de la frontera³⁴.

En último término, el bien jurídico detrás del delito de trata de personas siempre será un bien jurídico personalísimo. Dependiendo de la finalidad de la trata las propuestas en este ámbito son la libertad personal, la vida, la indemnidad sexual, la salud, la dignidad humana, entre otros. En cambio, el tráfico ilícito de migrantes en su versión básica no implica vulneración alguna a bienes jurídicos personalísimos, existiendo la posibilidad que su única justificación sea la protección del sistema migratorio nacional.

IV. Enunciación de las posturas acerca del bien jurídico en el tipo penal de tráfico ilícito de migrantes en España y en Chile

1. Consideraciones sobre el bien jurídico en España

Se presenta a continuación un breve resumen de las opiniones expresadas por autores españoles acerca de cuál sería el bien jurídico que tutela el 318 bis.

En principio se observan dos grandes tesis, además de una ecléctica: por una parte, están quienes entienden que se protegen los derechos de los ciudadanos extranjeros³⁵ y en el otro extremo quienes consideran se protege el interés del Estado por

34 Para profundizar en las características de cada tipo penal y sus diferencias ver GAJARDO, Tania y TORRES, Angélica. “Los tipos penales de tráfico de migrantes y trata de personas en la ley 20.507”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°47, Santiago, Chile, Ministerio Público, año 2011, págs. 231-251.

35 SERRANO-PIEDRECASAS, José. “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. En: LAURENZO, Patricia (coord). *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002. Este autor considera que se protege la posibilidad de que el extranjero ejerza los derechos que le corresponden cuando está en una situación regular en el país, en ese sentido la irregularidad afectaría esa posibilidad. También DOUNIS, Alberto. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Granada, Comares, 2009, págs. 54 y siguientes.

controlar la migración³⁶. Y están, por supuesto, las posturas eclécticas³⁷.

La tesis que defiende la idea de una colectividad de derechos entiende que los extranjeros en España gozarían de un grupo de derechos o estándar legal, que es exigible cuando ellos ingresan y permanecen en el país de forma legal. Contrario sensu quienes ingresan o permanecen ilegalmente carecen de esos derechos. En este sentido, quienes lucran con el tráfico ilícito de migrantes afectan los derechos de aquellos cuya situación migratoria es irregular, debido a que, por este ingreso ilegal, no pueden gozar plenamente de ellos.

Esta idea ha sido controvertida debido a que el Tribunal Constitucional español ha indicado en diversas oportunidades que tanto españoles como extranjeros gozan en España de los mismos derechos, por lo que el hecho de ser extranjero en situación de irregularidad migratoria no los hace menos acreedores de los derechos que la Constitución española reconoce a todos los habitantes del país³⁸. Lo mismo podría pasar en Chile, en donde la Constitución Política de la República al establecer el catálogo de derechos fundamentales no hace diferencias entre chilenos y extranjeros.

Otros autores, como Villacampa³⁹, entienden que lo que se protege es la dignidad del migrante. Se

36 LAURENZO, Patricia. “Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión”. En: *Jueces para la democracia*, n°50, Madrid, 2004, págs. 31 y siguientes. TORRES, María Elena. “El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal”. En: *Diario La Ley*, n° 6491, año XXVII, Madrid, Wolters Kluwers, mayo de 2006, p. 2. MARTÍNEZ, Margarita. *La inmigración como delito. Un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis*. Barcelona, Atelier, 2007, p. 64.

37 BARBER, Soledad. “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. En: LUZON (Dir) *Enciclopedia penal básica*. Granada, Comares, 2002, p. 450. RODRÍGUEZ, Teresa. “Ley de extranjería y derecho penal”. En: *La Ley*, n° 5261, Madrid, Wolters Kluwers, 2001, p. 3. Más sobre las tesis españolas en DÍAZ, Miguel y GARCÍA, Conlledo (dir.) *Protección y expulsión de extranjeros en derecho Penal*. Madrid, La Ley, 2007, págs. 173 y siguientes.

38 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sentencias N°107 de 1984 y N°130 de 1995.

39 VILLACAMPA, Carolina. “Título VII bis”. En: QUINTERO Gonzalo (Dir.) *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*. Pamplona, Aranzadi, 2011, págs. 265-303.

hace la crítica respecto de considerar a la dignidad humana como un bien jurídico y no como un principio que está detrás del ordenamiento jurídico en general. También se critica la indeterminación del concepto para ser considerado bien jurídico protegido por el derecho penal.

Para argumentar que el bien es la dignidad humana, consideran que el traficante trataría al migrante como mercancía, lo que lesionaría su dignidad y como consecuencia no podría ejercer sus derechos en el país al que migró.

En el caso chileno sería difícil afirmar, de acuerdo a como se ha presentado este delito a la fecha, que realmente se trate al migrante como mercancía. Los casos de tráfico ilícito de migrantes conocidos en el país son en general consentidos, nacen desde el acuerdo del traficante y del migrante de realizar este ingreso por una suma de dinero o por trabajo. En las ocasiones más graves se hace con consentimiento viciado, debido a que se promete ingresar en forma legal y se termina realizando de manera ilegal, pero siempre hay un acuerdo por el cual el migrante paga al traficante. No así en la trata de personas, en donde claramente hay una vejación al ser humano al captarlo, trasladarlo o acogerlo para explotarlo sexualmente o someterlo a trabajos forzados, servidumbre o esclavitud. La mercantilización del ser humano como un atentado hacia la dignidad parece estar más de acuerdo con el delito de trata de seres humanos que con el tipo básico de tráfico ilícito de migrantes.

Pérez⁴⁰ comparte la opinión de Villacampa, en cuanto a que el bien jurídico afectado sería la dignidad humana, por la mercantilización del migrante y la imposibilidad, una vez que ingresa ilegalmente, de ejercer sus derechos como extranjero en España.

Las voces en contra sostienen que lo que se mercantiliza es el traslado, y no a la persona, lo que parece estar más de acuerdo con la realidad que hasta el día de hoy hemos visto en Chile, en donde lo que se produce es un acuerdo para el traslado e ingreso, pero no una mercantilización del migrante como en la trata de personas.

40 PÉREZ, Ana. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Granada, Comares, 2004, p. 175.

En España, Cancio y Maraver han hecho ver que exigir un atentado a la dignidad humana en el tráfico ilícito de migrantes puede resultar además contraproducente a la hora de sancionar este delito, respecto de la trata de personas⁴¹, debido a la dificultad probatoria de un posible daño a la dignidad.

Otros autores españoles⁴² hacen la distinción entre el tipo básico y los agravados, similar a la figura penal chilena, entendiendo que en el tipo básico no se exige afectación de la dignidad humana, la que sí podría perturbarse en alguno de los tipos agravados; aunque ellos, al igual que en Chile, finalmente afectan bienes jurídicos básicos como la vida, la salud o integridad corporal, libertad ambulatoria, entre otros.

Las posturas que defienden que el bien jurídico en este delito es el control fronterizo, entienden que se elevó a delito penal el control migratorio a través de la penalización del tráfico ilícito de migrantes. Si bien se puede o no estar de acuerdo, la consideración se derivaría de la historia de la ley y de las exigencias de la propia Unión Europea como verdadero sentido del artículo 318 bis del Código Penal español.

Las tesis eclécticas entienden que se trata de un delito pluriofensivo, con diversas combinaciones, entre ellas se destaca que el tipo básico protege el control de flujos migratorios, pero las figuras agravadas o bien integran la dignidad humana, o protegen los bienes jurídicos básicos como la vida e integridad, dependiendo de la conducta que se sancione, sumando para otros los derechos de los ciudadanos extranjeros⁴³.

Hoy en día posterior a la modificación del año 2015 del artículo 318 bis español, en que quedó clara-

41 CANCIO, Manuel y MARAVER, Mario. "El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político criminal". En: *Revista Cenipec*, n° 25, Mérida, Universidad de los Andes, 2006, p. 69.

42 DOUNIS, Alberto. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Granada, Comares, 2009, págs. 61.

43 Más acerca del bien jurídico en el derecho español en DUARTE, Thamar, ob. cit., págs. 141 y sgtes. También en MAYORDOMO, Virginia. *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*. Madrid, lustel, año 2008, p. 97.

mente separada la trata de personas del tráfico ilícito de migrantes, la discusión continúa en el mismo sentido expresado, siendo aún más confuso al haber eliminado el ánimo de lucro del tipo básico, que era el sustento de quienes abogaban por la dignidad fundada en el trato al migrante como mercancía.

2. Consideraciones sobre el bien jurídico en Chile

En Chile se sostiene, tanto en la historia de la ley como en la jurisprudencia mayoritaria, que el bien jurídico afectado por este delito es el sistema migratorio, o más específicamente el control de los flujos migratorios por parte del Estado⁴⁴.

En cuanto a las figuras agravadas de tráfico de migrantes, se suman al sistema migratorio los bienes jurídicos personalísimos que puedan verse afectados con la puesta en peligro de la vida o la salud. En el proyecto de ley se indicó que el tráfico ilícito de migrantes es un delito contra el Estado, una violación a las leyes migratorias, a diferencia de la trata que es un delito contra las personas, quienes son víctimas de explotación.

En la historia de la ley, desde que se separaron los tipos penales de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes por indicación del ejecutivo, se siguió la tendencia internacional de que el tráfico de migrantes protege el sistema migratorio. Se establece como un delito en contra del propio Estado, y la trata, por su parte, protege bienes jurídicos personalísimos. No hay evidencia en la Historia de la Ley 20.507 de opiniones en contra de que lo protegido sea el sistema migratorio.

En cuanto a la jurisprudencia, los fallos han sido en su mayoría contestes en que el bien jurídico es el sistema migratorio. Una opinión diferente encontramos en el considerando décimo de la sentencia absolutoria de Arica, que indica:

44 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 20.507. Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Biblioteca del Congreso Nacional, p. 46.

“Para el examen de la imputación objetiva es relevante tener en consideración que se trata de un delito pluriofensivo, pues el bien jurídico que protege es tanto la seguridad individual como la libertad personal, entendidos estos como derechos que emanan de la dignidad de la persona. La tipificación de este tipo penal responde a la necesidad impuesta al Estado de Chile de incorporar en su legislación el amplio ámbito de conductas declaradas como delitos de trascendencia internacional, de acuerdo a los tratados suscritos al amparo de la Organización de Naciones Unidas, lo que dio origen a la dictación de la Ley N° 20.507, para cumplir con estos compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado al suscribir y ratificar el Convenio de Naciones Unidas contra la Criminalidad Transnacional Organizada o Convención de Palermo y sus protocolos adicionales. De tal manera, aun cuando el tipo penal descrito en el artículo 411 bis antes citado pareciera establecer una suerte de protección a la regulación nacional de entrada al país –como lo sostuvo el ente persecutor en juicio–, ello no es exacto por cuanto este delito castiga penalmente a los terceros que con ánimo de lucro faciliten o promuevan la entrada ilegal al país de extranjeros no residentes, quienes se constituyen en definitiva en el sujeto pasivo de este ilícito, por la afectación a la integridad física, la salud o la vida del migrante y, no menos importante, de su libertad personal”⁴⁵.

Entre los autores nacionales, la posición más cercana a la del fallo recién citado sería la de Cárdenas, en cuanto entiende que lo que protege el tipo penal es la integridad moral del migrante, dándole un significado mercantil a la palabra tráfico y considerando esencialmente para ello la exigencia de ánimo de lucro⁴⁶.

Cercana a esta opinión, pero no igual, es la de Francisco Maldonado, para quien lo protegido no es el mero interés público en el control fronterizo, sino que está relacionado con la posibilidad del ejercicio pleno de derechos cuando el migrante está en una situación desmejorada o irregular:

45 Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 16 de marzo de 2016, RUC 1500472364-0, RIT 20-2016, considerando 10°.

46 CÁRDENAS, Claudia, ob. cit., págs. 453-454.

“A mi juicio, el colocar a un individuo en posición de desarrollar un traspaso fronterizo ilegal produce como efecto el situarlo en una posición desmejorada. No se refiere a una situación socioeconómica o política sino a una situación de vulnerabilidad que afecta prácticamente a la generalidad de sus derechos, condición de exposición personal emanada de la reducida posibilidad de obtener amparo o protección jurídica y social. Pensemos en hambre, techo, comida, acceso laboral, acceso a la salud, etc. Se trata de una situación fáctica en la que se tiene un menor acceso efectivo al ejercicio de derechos. De esta forma, lo que resulta relevante no es el punto de vista normativo sino el punto de vista personal a nivel material. Y lo más relevante es que esta condición se mediatiza por interés lucrativo, que condiciona el desarrollo de eventuales penurias físicas y psicológicas”⁴⁷.

Para la Defensoría Penal Pública el bien jurídico es la dignidad de la persona humana, para llegar a esta conclusión sostienen que el bien jurídico no puede desvincularse de la individualidad para proteger necesidades estrictamente colectivas, y argumentan:

“Ahora bien, aceptando que la *ratio legis* del precepto es el control de los flujos migratorios, no puede ser el bien jurídico protegido, ya que de lo contrario, se encierra un peligro de corte totalitario, en el que, como nota característica, el bien jurídico protegido pierde cualquier referencia individual para funcionalizarse de acuerdo con las necesidades colectivas [...] En esta línea y admitiendo las intenciones explícitas del legislador, puede interpretarse que la *ratio legis* del precepto legal es el control de los flujos migratorios, pero no el bien jurídico penal protegido”⁴⁸.

Al parecer, los autores que sostienen esta tesis confunden la trata de personas con el tráfico ilícito de migrantes, en la que ciertamente hay una cosifica-

47 MALDONADO, Francisco. En: *Seminario internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes*. INDH, octubre, 2012, p. 103.

48 MARDONES, Fernando y FERNÁNDEZ, José Manuel. “Ley 20.507, tipifica el tráfico de inmigrantes y trata de personas”. En: *Minuta departamento de estudios Defensoría Nacional*, N° 5, agosto, Santiago, Defensoría Penal Pública, 2011, p. 13.

ción del ser humano que puede interpretarse o no como un delito que afecte la dignidad humana.

En el mismo sentido que la jurisprudencia y la historia de la ley están Matus y Ramírez, quienes indican que el bien jurídico es la protección de la regulación de la entrada al país. Se apoyan precisamente en la historia de la legislación ya citada. Agregan que en el inciso segundo y tercero del artículo 411 bis se sumarían bienes jurídicos como la integridad física, salud o vida, ya que se trata al migrante como afectado por un delito de peligro concreto contra estos bienes y de peligro abstracto en contra de los mismos bienes tratándose de menores de edad.

Segovia⁴⁹, Gajardo y Torres⁵⁰, en concordancia con lo propuesto por el Ministerio Público y la jurisprudencia mayoritaria, entienden que se protege el interés estatal en el control del sistema migratorio, lo que se traduce en utilizar el derecho penal para este tipo de control. Los argumentos que sostienen esta posición van desde la historia de la ley en donde los legisladores fueron claros en la intención de proteger el sistema migratorio, pasando por las normas internacionales inspiradoras de la Ley 20.507, hasta la redacción del tipo penal básico, donde no se exige afectación a ningún bien jurídico personalísimo para configurar el inciso primero del art. 411 bis.

Avilés señala que el bien jurídico es el sistema migratorio del Estado, sin profundizar en el fundamento de esta afirmación, pero destacando que este es el argumento por el que a los sujetos traficados no se les considera víctimas, como sí se les considera víctimas en el caso de trata de personas⁵¹.

Otra posición al respecto es la de Salinero, quien

49 SEGOVIA, Antonio. “Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico ilícito de migrantes”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 56, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, págs. 215-239.

50 GAJARDO, Tania y TORRES, Angélica. “Los tipos penales de tráfico de migrantes y trata de personas en la Ley N° 20.507”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 47, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2011, págs. 231- 251.

51 AVILÉS, Cassandra. “El tráfico ilícito de migrantes en Chile”. En: *Justicia do Direito*, v. 31, n. 2, maio/ago. 2017, p. 229-245.

criticando una sentencia condenatoria del Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz, sostiene que se trataría de un delito pluriofensivo en el que además del sistema migratorio se protegen los derechos de los migrantes, en el sentido de la tesis española indicada⁵².

En la historia de la Ley 20.507 no hay registros de que se haya buscado proteger los derechos de los migrantes, ni hasta el momento hay mociones de modificación legal en ese sentido, a diferencia del tipo penal español que luego de diversas modificaciones, termina declarando que protege los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Conclusión

Los tipos penales chileno y español, tanto en la época del fallo citado, como en la actualidad no son análogos. Nuestra Corte Suprema al conocer y resolver por primera vez un caso de tráfico ilícito de migrantes, tomó decisiones correctas, pero con algunas imprecisiones argumentativas y con una cita confusa.

En cuanto a la jurisdicción de los tribunales chilenos, describe varios argumentos por los que sí tendrían jurisdicción, sin decidirse por alguno. En el caso de si la pena del tráfico es de crimen o simple delito, buscó argumentos en el bien jurídico, cuando se resolvía con la pena de las figuras agravadas por las que habían sido condenados los acusados.

Al citar el fallo del Tribunal Supremo español invoca hechos de una época en la que estaba vigente el Código Penal español de 1973, y los tipos penales bajo los que se subsumieron, especialmente el 499 a) no es análogo al 411 bis chileno.

La figura vigente en la época del fallo del Tribunal Supremo español, citado en la sentencia comentada, no es el tipo penal que hoy conocemos como tráfico ilícito de migrantes, que surge como consecuencias del cumplimiento de la Convención de

Palermo y sus Protocolos. Se trataba de una migración ilegal de “mano de obra”, agregando a la inmigración una finalidad, lo que no es una exigencia de lo que conocemos como tráfico de migrantes.

La tipificación actual del 318 bis español tampoco se asemeja al 411 bis chileno. Este tipo penal que se introdujo el año 2000 al Código Penal español, describía la siguiente conducta básica: “los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España”. El año 2003 se agregó a los verbos rectores los complementos de directa o indirectamente. El 2007 se amplió a la situación del migrante en tránsito en España. El 2010 se separa la trata del tráfico de migrantes y finalmente el 2015, se suprimen los verbos rectores promover, facilitar o favorecer directa o indirectamente, por “ayudar”.

Como se aprecia, los verbos rectores de ambos tipos son distintos. Sumado a ello que la finalidad exigida por el tipo español a la época de la comparación realizada por la sentencia comentada también lo eran. La redacción del tipo español entre los años 2000 y 2015 se asemeja al 411 bis chileno, en cuanto a verbos rectores, y elemento normativo del tipo. No así la del tipo citado en la sentencia de la Corte.

En cuanto a las tesis sobre el bien jurídico, se evidencian influencias de la doctrina española, pudiendo observar en la doctrina nacional tesis similares a las planteadas en España, sobre todo de doctrina española que hacía referencia a la redacción del 318 bis entre los años 2010 y 2015, en que las descripciones típicas eran asimilables.

En este sentido, si la Corte buscaba criticar la legitimidad de la protección de fronteras o el control de flujos migratorios como el bien jurídico tras este delito, los fundamentos podría haberlos encontrado en nuestras normas constitucionales, en los principios penales o asumiendo la postura de una parte de la doctrina nacional, lo que habría constituido un aporte interesante al debate a nivel nacional.

La crítica radica en haber utilizado una sentencia

52 SALINERO, Sebastián. “El delito de tráfico de migrantes: la entrada ilegal de los ciudadanos peruanos”. Sentencia TOP de Santa Cruz, 12/03/13, RUC N°1200236968-9. En: *Casos destacados, Derecho Penal parte especial*. VARGAS, Tatiana (dir) Santiago, DER, 2018, p. 536.

atemporal, de hechos acaecidos en una época en la que no existían las figuras que conocemos actualmente como tráfico ilícito de migrantes. Para poder citar una sentencia española asimilable al 411 bis chileno, debiera ser una sentencia que juzgue acerca de hechos cometidos en la vigencia del antiguo 318 bis, esto es entre los años 2000 y 2015.

Igualmente, la Corte resolvió que la pena de la asociación ilícita estaba bien determinada, debido a que todos los casos de tráfico de migrantes cometidos por esta asociación fueron agravados, por lo tanto, todos son merecedores de penas de crimen. Y esto es correcto y quizás para ello no hacía falta buscar justificación en el bien jurídico. Podría satisfacer la decisión la confirmación de que las actividades de la asociación eran tráficos agravados, en los que claramente hay peligro o afectación a bienes jurídicos personalísimos, lo que implica el aumento de la pena de delito a crimen.

Bibliografía

AVILÉS, Cassandra. “El tráfico ilícito de migrantes en Chile”. En: *Justica do Direito*, v. 31, n. 2, maio/ago. 2017, p. 229-245.

BARBER, Soledad. “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en LUZON (Dir) *Enciclopedia penal básica*. Granada, Comares, 2002.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.507. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadela/nc/historia-de-la-ley/4627/>, 2011 [última visita: 23 de enero de 2020].

CANCIO, Manuel y MARAVER, Mario. “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político criminal”. En: *Revista Cenipec*, n° 25, Mérida, Universidad de los Andes, 2006, p. 69.

CÁRDENAS, Claudia. “El delito de tráfico de migrantes con especial referencia a la legislación chilena”. En: Congreso Internacional: Homenaje al Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Valparaíso, Universidad de Valparaíso, 2011, págs. 435-466.

CARNEVALLI, Raúl, “La trata de personas en la nor-

mativa internacional y su regulación en Chile”, en VAN WEEZEL Alex (ed.) *Humanizar y renovar el derecho penal: Estudios en memoria de Enrique Cury*. Santiago, Thompson Reuters, 2015.

DÍAZ, Miguel y GARCÍA, Conlledo (dir.) *Protección y expulsión de extranjeros en derecho Penal*. Madrid, La Ley, 2007.

DOUNIS, Alberto. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Granada, Comares, 2009.

DUARTE, Thamara. *Inmigración, tratamiento jurídico penal en el derecho español*. Porto, Juruá, 2015.

GAJARDO, Tania y TORRES, Angélica. “Los tipos penales de tráfico de migrantes y trata de personas en la Ley N° 20.507”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 47, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2011, págs. 231- 251.

LAURENZO, Patricia. “Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión”. En: *Jueces para la democracia*, n° 50, Madrid, Jueces para la democracia, 2004, págs. 31 y siguientes.

MALDONADO, Francisco. En: Seminario internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes. INDH, octubre, 2012, p. 103.

MARDONES, Fernando y FERNÁNDEZ, José Manuel. “Ley 20.507, tipifica el tráfico de inmigrantes y trata de personas”. En: *Minuta departamento de estudios Defensoría Nacional*, N° 5, agosto, Santiago, Defensoría Penal Pública, 2011, p. 13.

MARTÍNEZ, Margarita. *La inmigración como delito*. Barcelona, Atelier, 2007.

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno*. 3ª ed., Santiago, Legal Publishing, 2004, Tomo I.

MAYORDOMO, Virginia. *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*. Madrid, Iustel, año 2008.

PÉREZ, Alonso. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, págs. 220 y siguientes.

PÉREZ, Ana. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Granada, Comares, 2004.

POMARES, Esther. “Reforma del código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea” [en línea]. En: *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, Franca, año 19, n. 29, Sao Paulo, Universidad de Sao Paulo, p. 1-20, jun.-jul., 2015. Disponible en: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudiosjuridicosunesp/index> [última consulta: 23 de agosto de 2018].

RODRÍGUEZ, Teresa. “Ley de extranjería y derecho penal”. En: *La Ley*, n° 5261, Madrid, Wolters Kluwers, 2001.

SALINERO, Sebastián. “El delito de tráfico de migrantes: la entrada ilegal de los ciudadanos peruanos”. Sentencia TOP de Santa Cruz, 12/03/13, RUC N°1200236968-9. En: Casos destacados, Derecho Penal parte especial, VARGAS Tatiana (dir) Santiago, DER, 2018, p. 536.

SEGOVIA, Antonio. “Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico ilícito de migrantes”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 56, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, págs. 215-239.

SERRANO-PIEDECASAS, José. “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. En: LAURENZO, Patricia (coord.) *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, STS 703/1998 - ECLI: ES:TS:1998:703.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sentencias N°107 de 1984 y N°130 de 1995.

VICENTE, Rosario. *Protección penal del trabajo y la seguridad social*. En: ARROYO y TIEDEMAN (edit.) Edito-

rial Universidad Castilla de la Mancha, España, 2004.

VILLACAMPA, Carolina. “Título VII bis”. En: QUINTERO Gonzalo (Dir.) *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*. Pamplona, Aranzadi, 2011, págs. 265-303.

CAPÍTULO 7

UNIDAD ESPECIALIZADA EN
RESPONSABILIDAD PENAL
ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

COMENTARIO SOBRE SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA REFERIDA A LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE INVESTIGACIÓN DE UN ADOLESCENTE IMPUTADO

Eva Curia Castro¹

Resumen

La Excma. Corte Suprema en causa **Rol N°50.671-20**, confirmó la sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago que rechazó la acción constitucional de amparo interpuesta por la Defensoría Penal Pública, que reclamaba en contra de la resolución que amplió por segunda vez el plazo de investigación respecto de un imputado adolescente. En este fallo el máximo tribunal consideró que lo reclamado resultaba ajeno a los supuestos y fines de la acción de amparo y la Itma. Corte de Santiago expresamente señaló que la Ley N°20.084, en su artículo 38, no restringe el número de veces que la Fiscalía puede solicitar la ampliación de plazo de la investigación en una causa seguida en contra de un adolescente, siempre que se ajuste al límite legal de dos meses.

¹ Abogada de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

1. Antecedentes generales

La Defensoría Penal Pública dedujo acción constitucional de amparo en contra de la resolución dictada por el 4° Juzgado de Garantía, que amplió el plazo de investigación dirigida en contra de un adolescente y dos adultos en 30 días, existiendo una ampliación previa ya decretada.

El adolescente había sido formalizado por dos robos con intimidación, un robo con violencia y un delito de tenencia ilegal de armas. El plazo de investigación decretado inicialmente fue de 60 días, el que se amplió en una primera oportunidad en 30 días y con la resolución reclamada se extendió en 30 días adicionales. El adolescente imputado, se encontraba con orden de detención pendiente por esta causa para ingresar a una medida cautelar de internación provisoria, por haberse revocado por incumplimiento, la medida cautelar ambulatoria primeramente impuesta en esta.

Las ampliaciones de plazo solicitadas por el Ministerio Público se efectuaron en virtud de lo dispuesto en el artículo **38 de la Ley N° 20.084** que señala:

“Plazo para declarar el cierre de la investigación. Transcurrido el plazo máximo de seis meses desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el fiscal procederá a cerrarla, a menos que el juez le hubiere fijado un plazo inferior.

Antes de cumplirse cualquiera de estos dos plazos, el fiscal podrá solicitar, fundadamente, su ampliación por un máximo de dos meses”.

Conforme a la expresa disposición legal la Fiscalía considera que el plazo de investigación de los adolescentes tiene un límite máximo de extensión de 6 meses, pudiendo ampliarse éste o el plazo judicial fijado, hasta por dos meses más, sin que exista límite legal respecto al número de oportunidades en que se puede solicitar la ampliación del referido término².

Las peticiones concretas de ampliación en este caso se fundaron, además, en el artículo 17 del Código Procesal Penal, por existir diligencias pendientes que no han podido ser realizadas por causas no imputables a la Fiscalía, en particular, resultaba relevante el número de delitos imputados, la complejidad de las pericias y la situación sanitaria del país que impiden contar con el desarrollo oportuno de las referidas diligencias. En el caso, resultaron de la incautación de especies realizadas al imputado adolescente un arma de fuego y municiones, de lo que se derivó la necesidad del análisis pericial de ambos objetos, referido al tipo de armas y aptitud para el disparo. Además, de los teléfonos celulares incautados, donde resultaba necesario el levantamiento de datos vinculados a los delitos cometidos.

2. Fundamentos del recurso de amparo

El recurrente de amparo sostuvo que la resolución recurrida conculcó el derecho que tiene el adolescente a la libertad personal y seguridad individual garantizado en el artículo 19 N° 7 letra b) de la Carta Fundamental como en diversas normas de instru-

² Oficio FN N° 330/2018, de 20 de abril de 2018, p. 18.

mentos internacionales tales como el artículo 9° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25° de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, artículo 9° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 37 letra b) de la Convención de Derechos del Niño y artículo 7° de la Convención Americana de los Derechos Humanos, todas normas que se entienden incorporados al estatuto constitucional por la vía de la integración del art. 5° de nuestra Carta Fundamental.

Sostuvo que el artículo 38 de la Ley N° 20.084 hace referencia a los plazos en las investigaciones seguidas en contra de los adolescentes: en primer lugar, para el plazo inicial del período de investigación (no más allá de 6 meses desde la formalización); y, en segundo lugar, el plazo excepcional para la solicitud de aumento del plazo de investigación y a las veces en que éste puede otorgarse (por un período máximo de dos meses y por una sola vez).

De esta manera, a juicio de la defensa, es la segunda regla la que fue quebrantada por la recurrida, pues, la ampliación del plazo de investigación se circunscribe a una sola, por el claro tenor literal de la norma, la que señala que “(...) el fiscal podrá solicitar, fundadamente, su ampliación por un máximo de dos meses”; es decir, el legislador contempló la expresión “su” de manera singular (según la definición de la R.A.E. “solo” “únicamente”) y no plural “sus”, por lo que el sentido de la norma no merece interpretaciones, como la efectuada por la recurrida. Por lo que el tribunal no debió conceder la ampliación solicitada por el Fiscal, por ser ésta improcedente e ilegal, toda vez que conlleva extender el procedimiento más allá de lo que la ley prevé como racional y justo.

3. Resolución

La Excma. Corte Suprema resolvió en la causa **Rol N° 50.671-2020**, de 14 de mayo 2020, en el voto de mayoría, que *“conforme al mérito de los antecedentes expuestos en el recurso y al petitorio del mismo, este resulta ajeno a los supuestos y fines de la acción*

otorgada por el artículo 21 de la Carta Fundamental”³.

Por su parte, la resolución de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago **Rol N° 935-2020**, en el considerando cuarto, se pronunció expresamente en el sentido que el art. 38 de la Ley N° 20.084 no limita el número de oportunidades para solicitar ampliación del plazo de la investigación respecto de los adolescentes y sólo establece un límite máximo de 2 meses en total para ampliarlo, por sobre el término originalmente establecido.

Agrega que es la única forma de darle sentido a la norma citada, cuando señala “(...) *antes de cumplirse cualquiera de estos plazos...*”, refiriéndose al término original fijado, que pudo ser de seis meses o uno menor, pero cualquiera sea, antes de su vencimiento puede requerirse su extensión, tantas veces el ministerio público lo solicite, con la única limitante que, en total, no podrá superar los dos meses”.

4. Consideraciones sobre la resolución de la Corte Suprema y de Apelaciones de Santiago

Con la nueva resolución contenida en el Rol N° 50.671-20, la Excma. Corte Suprema modificó su postura planteada en la resolución de 13 de abril recién pasado, en la causa Rol N° 39.566-20, en que había rechazado la apelación de amparo del Ministerio Público que reclamaba en contra de la resolución de la Iltma. Corte de Santiago que acogió el amparo deducido por la defensoría en contra de una resolución que dio lugar a una segunda ampliación de plazo de investigación en una causa seguida en contra de un adolescente. Esta resolución contenía el voto en contra del ministro Sr. Künsemüller, quien estuvo por revocar el fallo en alzada y desestimar el amparo, en consideración a que el mérito de los antecedentes y el petitorio del recurso, resultaba ajeno a los supuestos y fines de la acción constitucional de amparo.

³ El fallo cuenta con dos votos en contra de los Ministros Sres. Valde-rama y Llanos.

Como se puede observar, con el nuevo pronunciamiento de la Excma. Corte, el voto de minoría del ministro Sr. Künsemüller pasó a ser el de mayoría junto a los ministros Sres. Dahm y Brito.

Cabe tener presente que el recurso de amparo es definido como una acción constitucional destinada a tutelar la libertad personal y la seguridad individual, de toda persona natural que esté o que se halle amenazada de ser arrestada, detenida o presa, o que sufra o pueda sufrir, cualquiera otra privación, perturbación o amenaza a los referidos derechos con infracción a lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

Conforme al fallo en comento, y como se observa de la propia petición, la procedencia de una ampliación de plazo de investigación en una causa seguida en contra de un adolescente, no versa sobre la libertad personal ni la seguridad individual, por lo mismo no puede privar, perturbar ni amenazar estos derechos, sólo se trata de una materia procesal referida a la extensión de la sustanciación del procedimiento.

En este mismo sentido ya había resuelto el año 2016 la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 17.081-16, al confirmar la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 61-2016, que en su considerando segundo señaló: “... *que la acción constitucional de amparo no es la vía idónea para alegar respecto a lo dispuesto en una resolución judicial de la naturaleza de la recurrida, y tampoco la vía para lograr el cierre de una causa o su sobreseimiento definitivo.*”

Por lo demás, en el evento que se entendiera que la ampliación de plazo, concedida por la Juez en una segunda oportunidad, afectaría la libertad personal del amparado, al alargar el tiempo de internación provisoria, el Tribunal entiende que la Juez no cometió ilegalidad alguna, puesto que actuó dentro del marco legal establecido en el artículo 38 de la Ley N° 20.084, al no exceder el plazo de sesenta días, toda vez que esta norma no impide una segunda amplitud de plazo, el cual no vence, sino una vez que se ha decretado el cierre de la investigación, lo que en la especie, no ha ocurrido”.

Como se observa, la ltima. Corte de Valparaíso aludió claramente en el sentido que el amparo no es el recurso dispuesto para reclamar en contra de una ampliación de plazo, marcando con el nuevo pronunciamiento de la Exma. Corte Suprema una clara tendencia jurisprudencial en tal sentido.

Ahora bien, aquella resolución introdujo una argumentación en la misma línea expresada por la ltima. Corte de Apelaciones de Santiago, esto es, que no existe límite legal para las oportunidades en que el Ministerio Público puede solicitar ampliación de plazo de investigación en una causa dirigida en contra de un adolescente, sino que sólo se limita el término máximo del mismo, que en todo caso no puede exceder de dos meses, siendo esta la única interpretación posible que dote de sentido a la norma contenida en el artículo 38 de la Ley N° 20.084.

Los votos disidentes dan cuenta de que el hecho de tramitarse en una investigación conjuntamente a un imputado adulto y un adolescente, no significa que se pueda apartar la aplicación de las normas especiales que rigen respecto de este último, y que se encuentran contenidas en la Ley N° 20.084, de ser así, estiman que sin causa justificada se excluiría al adolescente del estatuto especial regulado a su respecto.

El Ministerio Público ha sostenido que la ampliación de plazo de investigación tiene su regulación en el artículo 38, que no plantea limitaciones para la cantidad de ampliaciones, sino solo restringe en cuanto no excedan del límite máximo de dos meses. Lo anterior, en atención a que el número de oportunidades para ampliar este término no se encuentra regulado en la normativa especial, por lo tanto corresponde la aplicación de las reglas generales, por la remisión a las mismas contenida en el artículo 27 de la Ley N° 20.084.

El límite impuesto en el referido artículo 38 expresamente alude al derecho del adolescente a ser juzgado en un plazo razonable, por ello se dispuso términos más acotados que lo regulado en Código Procesal Penal para los adultos. La historia de la Ley N° 20.084 da cuenta de la clara

preocupación por lograr establecer plazos breves de investigación respecto de los adolescentes⁴, por ello, en un comienzo se contemplaba un plazo de ampliación de 30 días⁵, y luego terminó extendiéndose a dos meses, como consecuencia de la observación del Ministerio Público y Carabineros, ante la necesidad de contar con tiempo para poder realizar las diligencias investigativas para el esclarecimiento de los hechos⁶.

En definitiva, el Estado observó las exigencias internacionales, referidas al principio de celeridad, contenidas en las letras b) y d) del art. 37 y en artículo 40 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño⁷, y con el fin de establecer un proceso legal y expedito que garantice los derechos de los adolescentes de ser juzgados en un proceso justo, reguló como plazo máximo de investigación el de 6 meses con la posibilidad de ampliación a dos meses más, sin restringir las oportunidades en que puede ampliarse dicho término.

4 “El Diputado señor Burgos señaló que le parecía que el plazo para declarar el cierre sería un poco largo, por cuanto la reivindicación que se hace de los derechos del niño, también tiene que ver con la presteza de los procesos”. “Los representantes del Ejecutivo, reconociendo la necesidad de la presteza a que se refirió el Diputado señor Burgos, recordaron que el plazo que aquí se establecía era el máximo, el que si se compara con el que se establece para los adultos, que es de dos años, resulta bastante menor. Además de ello, al señalar la norma que esto es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 234, significa que el juez de garantía, en la primera audiencia, puede fijar al fiscal un plazo menor”. A su vez, los Diputados señora Guzmán y señores Delmastro y Longton presentaron una indicación para disminuir el plazo a ciento veinte días. Ver en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5762/>, págs.87 y 181 [última visita: 22 de junio de 2020].

5 Ver en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5762/> Historia de la Ley N°20.084, p. 17 [última visita: 22 de junio de 2020].

6 <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5762/> Historia de la Ley N°20.084, págs. 275 y 481. [última visita: 22 de junio de 2020].

7 Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en: https://www.unicef.cl/archivos_documento/112/Convencion.pdf.

5. Sentencias

Corte Suprema

Santiago, catorce de mayo de dos mil veinte.

Vistos y teniendo únicamente presente:

Que conforme al mérito de los antecedentes expuestos en el recurso y al peticitorio del mismo, este resulta ajeno a los supuestos y fines de la acción otorgada por el artículo 21 de la Carta Fundamental, se confirma la sentencia apelada de seis de mayo de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el Ingreso Corte N° 935-2020.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Valderrama y Llanos, quienes estuvieron por revocar el fallo en alzada y acoger la acción de amparo incoada en autos, para el solo efecto de citar a una audiencia de apercibimiento de cierre de la investigación, únicamente respecto del imputado adolescente que acciona por esta vía, en el plazo más breve posible, teniendo presente para ello que la circunstancia de tramitarse la investigación seguida en contra del adolescente amparado, conjuntamente con un imputado mayor de edad, en caso alguno implica que deba desatenderse la aplicación de la normativa especial contemplada al efecto, en este caso la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, toda vez que ello significaría dejar de otorgarle, sin causa justificada, el tratamiento diferenciado y más favorable que el legislador ha establecido a su respecto.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 50.671-2020.

CARLOS GUILLERMO JORGE KÜNSEMÜLLER
LOEBENFELDER
MINISTRO

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ
MINISTRO

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA REBOLLEDO
MINISTRO

JORGE GONZALO DAHM OYARZÚN
MINISTRO

LEOPOLDO ANDRÉS LLANOS SAGRISTA
MINISTRO

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S. Santiago, catorce de mayo de dos mil veinte.

En Santiago, a catorce de mayo de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Corte de Apelaciones de Santiago

Santiago, seis de mayo de dos mil veinte. A los folios 14 y 15: téngase presente.

VISTOS Y TENIENDO EN CONSIDERACIÓN:

PRIMERO: Que la Defensora Penal Pública Katherine Pineda López dedujo acción de amparo en favor del adolescente DDFL, imputado en proceso penal seguido en el Cuarto Juzgado de Garantía de esta ciudad, por haberse dictado la resolución de diecisiete de abril último, que amplió, por segunda vez, el plazo de investigación por treinta días a contar de la fecha de la resolución, lo que contraría el artículo 38 de la Ley N° 20.084, que establece un plazo máximo de investigación para las causas con imputados adolescentes, de seis meses, ampliable sólo por dos meses por razones fundadas.

Señala que el amparado fue formalizado el 17 de diciembre de 2019, por tres delitos de robo con intimidación. El 27 de enero del presente año se dispuso en su contra la medida de internación provisoria, que no se ha hecho efectiva porque no ha sido habido, afectándole actualmente una orden de detención. El plazo de investigación se fijó en 60 días. El 17 de marzo pasado se amplió por 30 días más y, por último, el día 17 de abril se amplió por otros 30 días.

A juicio del recurrente la resolución anterior transgrede la norma ya citada, así como las garantías fundamentales del amparado, por lo que solicita que se acoja esta acción, dejándose sin efecto la prórroga y ordenando que se fije una audiencia inmediata para discutir el apercibimiento de cierre de la investigación.

SEGUNDO: Que informando la jueza Ximena Rivera Salinas, explicó que decidió acoger parcialmente la petición del Ministerio Público, concediendo ampliación del plazo de investigación por 30 días, fundando la decisión en la interpretación del artículo 38 de la Ley N° 20.084, que establece un plazo máximo de investigación de seis meses, los que se cumplirán, en el caso del imputado, el día 17 de junio de este año, en tanto que la ampliación fue decretada hasta el día 17 de mayo del presente.

TERCERO: Que la acción de amparo garantiza a toda persona que ilegalmente sufra cualquiera privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual, la posibilidad de recurrir ante la respectiva magistratura, para que dicte en tal caso las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

CUARTO: Que de la atenta lectura del artículo 38 de la Ley N° 20.084, no es posible advertir ilegalidad alguna en la prórroga del plazo de investigación, puesto que aun cuando no se compartan en su integridad los argumentos del tribunal para justificar el aumento, tanto en cuanto no exceda los seis meses, como sostiene la magistrado en su informe, lo cierto es que la norma no limita el número de oportunidades en que se puede requerir tal extensión, siempre que se ajuste al máximo de dos meses por sobre el término originalmente establecido. Solo así es posible dotar de sentido al precepto cuando señala “antes de cumplirse cualquiera de estos plazos...”, refiriéndose al término original fijado, que pudo ser de seis meses o uno menor, pero cualquiera sea, antes de su vencimiento puede requerirse su extensión, tantas veces el ministerio público lo solicite, con la única limitante que, en total, no podrá superar los dos meses.

Por estas consideraciones, y visto, además, lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley N° 20.084; artículos 19 y siguientes de la Constitución Política de la República Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Amparo y demás normas pertinentes, se rechaza la acción de amparo promovida en favor de D.D.F.L. en contra del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago.

Acordado con el voto en contra de la ministra Leyton, quien estuvo por acoger esta acción, atendidos los siguientes fundamentos:

1. Que, teniendo presente que se está ante una segunda ampliación del plazo de investigación en la presente causa y lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley N° 20.084, recién transcrito, aparece que efectivamente esta norma fue infringida, pues si bien el referido término puede ampliarse, ello no puede exceder a una oportunidad, por lo que en estas condiciones, la acción de amparo ejercida debe ser necesariamente declarada ha lugar.
2. Que, a mayor abundamiento, el inciso segundo del artículo 28 de la Ley N° 20.084, regula la situación en que un imputado mayor de edad y un adolescente sean sometidos conjuntamente a proceso en los siguientes términos: “Por su parte, si en un mismo procedimiento se investiga la participación punible de personas mayores y menores de edad, tendrá lugar lo dispuesto en los artículos 185 y 274 del Código Procesal Penal. En todo caso, si se hubiere determinado la sustanciación conjunta de los procesos, se dará cumplimiento, respecto del menor, de las normas que conforme a esta ley son aplicables al juzgamiento de los adolescentes”, atendido a que no obstante que en la presente causa se encuentra imputado un adulto, ello no hace aplicable respecto del adolescente las normas del Código Procesal Penal, conforme el claro tenor de la norma antedicha, de la que se desprende que, incluso ante una tramitación conjunta con un mayor de edad, debe darse cumplimiento respecto al adolescente de las normas especiales de la Ley N° 20.084.

Regístrese, comuníquese y, en su oportunidad, archívese.

Amparo N° 935 - 2020.

FERNANDO IGNACIO CARREÑO ORTEGA
Ministro

PAOLA LORETO PLAZA GONZÁLEZ
Ministro

LILIAN ATENAS LEYTON VARELA
Ministro

Fecha: 06/05/2020 13:37:22

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Fernando Ignacio Carreño O., Paola Plaza G., Lilian A. Leyton V. Santiago, seis de mayo de dos mil veinte.

En Santiago, a seis de mayo de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°78

Abril 2020

