

ISSN Nº 2735-6094

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Nº 85

Agosto de 2022



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

AMANDA HURTADO CONTRERAS
ANA ALDANA SAAVEDRA
ANTONIO SEGOVIA ARANCIBIA
SANDRA LUCO CASTRO
SEBASTIÁN SALINERO ECHEVERRÍA

Colaboradores:
ANDREA GONZÁLEZ LEIVA

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.

A partir del número setenta y ocho nuestra Revista dejó de publicarse en papel, privilegiando el formato digital. Este cambio se gestó como consecuencia de la Pandemia de COVID 19 y a las consiguientes medidas de aislamiento y restricciones presupuestarias.

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 los 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 nº5

MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

FALLOS

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO.
ARTÍCULOS 129 Y 130 DEL CÓDIGO
PROCESAL PENAL. CONCEPTO DE ACTUAL
PERSECUCIÓN. INGRESO A LUGAR
CERRADO

CORTE SUPREMA

página nº7

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO.
EXPECTATIVA DE PRIVACIDAD
DE MENSAJERÍA DE WHATSAPP.
AUTORIZACIÓN JUDICIAL

CORTE SUPREMA

página nº14

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO.
CONTROL DE IDENTIDAD PREVENTIVO.
FLAGRANCIA. ARTÍCULO 318 CÓDIGO
PENAL, SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

CORTE SUPREMA

página nº20

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

SENTENCIA COMENTADA

COMENTARIO A LA SENTENCIA SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS
PERSONAS JURÍDICAS EN EL CASO
CORPESCA

CLAUDIA ORTEGA FORNER

página nº27

UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

FALLO

DILIGENCIAS INTRUSIVAS Y
NATURALEZA DEL DELITO DE TRÁFICO
DE DROGAS «DE EMPRENDIMIENTO»
DETERMINAN UNA CONTIENDA
DE COMPETENCIA

CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA

página nº46

UNIDAD DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

SENTENCIA COMENTADA

PRUEBA INDICIARIA EN EL
PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN
PASIVA A LA LUZ DEL ESTÁNDAR DE
EXTRADICIÓN DEL ARTÍCULO 449
LETRA C) – COMENTARIO A SENTENCIA
DE MINISTRA INSTRUCTORA ROL
N°7.403-2022

FRANCISCO ANDRÉS ANDAUR SUAREZ

página nº50

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

ARTÍCULO

VIOLENCIA SEXUAL INDUCIDA
POR SUSTANCIAS PSICOACTIVAS:
CARACTERIZACIÓN Y HALLAZGOS

XAVIERA CAMPLÁ BOLÍVAR

MAURIZIO SOVINO MELÉNDEZ

página nº73

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

ARTÍCULO

FISCALÍA DE CHILE Y CONVENIO SOBRE
CIBERDELINCUENCIA DEL CONSEJO DE
EUROPA O CONVENIO DE BUDAPEST.
IMPLEMENTACIÓN CON NUEVA LEY DE
DELITOS INFORMÁTICOS (21.459)

MAURICIO FERNÁNDEZ MONTALBÁN

página nº110

UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

ARTÍCULO

PRESUNTAS DESGRACIAS. PANORAMA
ACTUAL, AVANCES Y DESAFÍOS

LUZ MARÍA FERNÁNDEZ SALDÍAS

CARLOS GUTIÉRREZ MUÑOZ

página nº125

PRÓLOGO

Como país estamos pasando por un proceso de gran cuestionamiento ciudadano a todas las instituciones, como asimismo a la política, en general, y a los políticos, en particular. Con mayor, o menor, fundamento, se ha criticado la falta de transparencia, la presencia de corrupción y el financiamiento irregular del quehacer político, así como la falta de acción de los poderes del Estado en su deber de control y sanción, especialmente respecto a las elites políticas y económicas del país.

Sin hacer una evaluación general a estos cuestionamientos, sí queremos hacer presente que el Ministerio Público se ha abocado a la investigación de los distintos hechos ilícitos que han llegado a su conocimiento, y superando dificultades de diversa complejidad, ha logrado llevar a término, y condena, a varias de estas. Entre ellas, el caso conocido como CORPESCA, fallo que la Unidad Especializada comenta en esta edición, específicamente en torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica comprometida en el delito de pago de sobornos a funcionarios públicos.

En una línea similar, pero en relación a la cooperación entre Estados en la persecución penal, desde la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones, presentamos un segundo comentario de sentencia, concretamente de un fallo dictado en primera instancia por un tribunal de Ministro Instructor en causa por extradición pasiva, y que se refiere a la prueba indiciaria y al cumplimiento del estándar de convicción atenuado previsto en el artículo 449 letra c) del Código Procesal Penal.

También en la línea de jurisprudencia reciente dictada en el ámbito del proceso penal, ofrecemos tres fallos de la Corte Suprema frente a recursos de nulidad presentados por las defensas, en los cuales se abordan tópicos de privacidad y mensajería por RRSS (redes sociales); control de identidad preventivo y flagrancia, y el ingreso a lugar cerrado bajo el criterio de actual persecución.

A su vez, y dictado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, ofrecemos un fallo que resuelve una contienda de competencia en una causa por el delito de tráfico de drogas analizando la característica de este como delito de emprendimiento.

Por otra parte, a partir de un análisis jurisprudencial de sentencias dictadas en diversos Tribunales Orales en lo Penal del país entre septiembre de 2021 y agosto 2022, la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, profundiza respecto del aprovechamiento del consumo de sustancias psicoactivas por parte de las víctimas para violentarlas sexualmente, así como de la valoración hecha por parte de los tribunales de la prueba rendida.

A su vez, la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, desarrolla y presenta un artículo que aborda la situación de las presuntas desgracias, analizando, a partir de las estadísticas elaboradas en función de las denuncias recibidas, esta problemática, sus necesidades y posibles soluciones o respuestas por parte de los distintos servicios públicos involucrados.

Finalmente, de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, publicamos un artículo que expone el rol del Ministerio Público en la incorporación e implementación del Convenio de Budapest, con las consecuentes necesidades de adaptación y formación de la legislación pertinente, tanto sustantiva como adjetiva, para la debida penalización y juzgamiento de los delitos informáticos, así como de la necesaria cooperación internacional en esta materia.

JORGE ABBOTT CHARME

Fiscal Nacional

**MATERIAS DE INTERÉS
GENERAL**

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. ARTÍCULOS 129 Y 130 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. CONCEPTO DE ACTUAL PERSECUCIÓN. INGRESO A LUGAR CERRADO

Tribunal: Corte Suprema

RESUMEN:

El concepto de “actual persecución” aludido por el inciso final del artículo 129 del Código Procesal Penal, se encuentra en estrecha concomitancia con la expresión “tiempo inmediato” a que alude el artículo 130, inciso final, del mismo texto legal, de lo que necesariamente se sigue que la actual persecución del individuo a quien debe detenerse, debe ser entendida como aquella que se realiza dentro de las doce horas siguientes a la comisión del hecho, siempre y cuando la detención que se practique no se verifique fuera de dicho rango temporal.

Entre la comisión del hecho punible y la detención de los acusados, no transcurrió más de una hora, lo que descarta la ilegalidad en el proceder de los funcionarios policiales quienes, al encontrarse ante un delito flagrante y en actual persecución de los hechores del mismo, estaban plenamente facultados para ingresar al inmueble en cuyo interior estos se encontraban –para detenerlos–, sin que fuere necesario ante tal escenario recabar la autorización del propietario o encargado del mismo.

Texto completo

Santiago, diecisiete de junio de dos mil veintidós.

VISTOS:

En causa RUC N° 2001105864-8, RIT N° 57-2021 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante, por sentencia de veinticuatro de enero de dos mil veintidós, se condenó a los acusados Santiago Alan González Guerra y Patricio Antonio Román Peña, en calidad de coautores del delito frustrado de robo con violencia, perpetrado el día 31 de octubre de 2020, en la comuna de Padre Hurtado, a sufrir cada uno de ellos la pena cinco (5) años y un (1) día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales y costas, sanción corporal de cumplimiento efectivo.

En contra de esa decisión la defensa común de ambos acusados interpuso recurso de nulidad, el que fue conocido en la audiencia pública celebrada el día diecinueve de mayo último, disponiéndose –luego de la vista– la notificación del presente fallo vía correo electrónico a los intervinientes, según consta del acta levantada en su oportunidad.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad deducido en autos por la defensa de los acusados se funda, en primer término, en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con lo preceptuado en los artículos 19 N° 3 inciso sexto y 19 N° 7 letras b) y c) de la Constitución Política de la República; 7 y 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 174, 181, 205, 216 y 228 del Código Procesal Penal, en cuanto el impugnante estima vulnerado su derechos al debido proceso.

Expone que los policías efectuaron una entrada y registro en búsqueda de sus representados al inmueble ubicado en xxx, en virtud de una supuesta flagrancia, sin dejar ningún tipo de registro de haber solicitado autorización verbal del propietario o encargado de dicha vivienda, pese a que dicha diligencia –al conducir a la comprobación del hecho punible– debía ser consignada con expresión del día, hora y lugar en que se hubieren realizado y de cualquier circunstancia que pudiere resultar de utilidad para la investigación, pues así lo exigen expresamente los artículos 174, 181, 205 y 228 del Código Procesal Penal.

Finaliza solicitando se invalide tanto el juicio oral como la sentencia condenatoria dictada, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral ante tribunal no inhabilitado al efecto, excluyéndose del auto de apertura la declaración del testigo Carlos Meliñan Melinao.

SEGUNDO: Que los hechos que se han tenido por establecidos por los sentenciadores del grado, en el motivo octavo de la sentencia que se impugna, son los siguientes:

“Que el día 31 de Octubre de 2020, alrededor de las 05:20 horas, mientras la persona de iniciales O.E.G.G., caminaba por Avenida Los Silos en dirección a Camino Melipilla, al llegar a calle Rio Itata, de la comuna de Padre Hurtado, es abordada por Santiago Alan González Guerra y Patricio Antonio Román Peña, quienes impiden su paso y lo amenazan

diciéndole “entrégame la mochila chuche tu madre”, especie que la víctima llevaba en su espalda, la cual contenía elementos de trabajo y personales, mientras le propinaban golpes de puño en distintas parte del cuerpo, uno de los sujetos le propinó una punzada con un arma corto punzante en el sector del glúteo izquierdo, O.E.G.G. logra huir con su mochila en dirección a su domicilio, llamando a Carabineros, quienes detienen a los sujetos, en el interior del domicilio ubicado en xxx. Producto de la agresión O.E.G.G. resultó con herida punzo penetrante de 2 cm., de diámetro en cara lateral externa de glúteo izquierdo, de carácter leve según dato de atención de urgencia respectivo” (sic).

TERCERO: Que, es menester señalar que en el considerando duodécimo del fallo impugnado, los juzgadores del grado tuvieron presente para desestimar la alegación levantada por la defensa relativa a la ausencia de autorización del propietario o encargado para ingresar al domicilio en el que fueron detenidos los encartados, además de la falta de registro de dicha actuación, los siguientes fundamentos:

“(…) no obstante advertir algunas posibles falencias u omisiones en relación a la falta de registro de la entrada voluntaria al domicilio en que se encontraban los acusados, esto es, xxx, al indicar el Cabo Primero de Carabineros Carlos Meliñan, que no hay registro de la autorización que otorgó la señora con la cual se entrevistaron, la que se ejecutó de manera verbal, lo cual no implica que no se haya realizado, el funcionario menciona, al igual que la víctima la manera como se requirió la autorización a la persona que los atendió al llamar al domicilio, haciendo presente el afectado que se bajó del carro policial, que fue observado por la mujer en los momentos en que los Carabineros le hacían saber lo acontecido momentos antes, y la sindicación que efectúa la víctima en cuanto a que sus agresores habían ingresado a su domicilio, siendo en dicho contexto, que se verifica el ingreso a la propiedad, efectuando Carabineros una revisión, alumbrando con linternas, dando con el paradero de ambos sujetos que O.E.G.G., quienes fueron sindicados in situ, cómo los sujetos que momentos antes habían intentado sustraer especies de propiedad de la víctima, arremetiendo en su contra con golpes de pie y puño en distintas partes de su cuerpo y un puntazo en su glúteo izquierdo. A mayor abundamiento, no hay prueba que contradiga la autorización voluntaria al domicilio de uno de los acusados, aun cuando el Tribunal estima que frente a los antecedentes que la víctima Carabineros acerca del paradero de los sujetos que minutos antes lo habían asaltado, estaban facultados conforme a lo que establece el inciso final del artículo 129 del Código Procesal Penal, para ingresar al domicilio, entendiendo que estaban frente a un delito flagrante e iban en persecución de sus autores tras la información entregada por la víctima, esto es, que los autores del robo habían ingresado al domicilio ubicado en xxx. Lo anterior, permite desestimar las alegaciones de la defensa en cuanto a la ilegalidad en la detención de los acusados, como también, aquella tendiente a obtener una valoración negativa de la prueba rendida durante el juicio.

En este mismo orden de ideas, se desestima aquellas exposiciones deslizadas por la defensa – no mayormente desarrolladas, en torno a la falta de registro de la persona que requirió la presencia policial en el domicilio de la víctima, si fue la señora de la víctima, su hijo o el propio afectado, aun cuando la víctima estuvo claro en señalar que debido al nerviosismo o shock en que se encontraba, no fue quien llamó a Carabineros” (Sic).

CUARTO: Que, en lo concerniente a la infracción denunciada por el recurso de nulidad deducido por la defensa, cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República y que consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y al efecto, el artículo 19, N° 3, inciso sexto, confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas.

QUINTO: Que en relación a las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, resulta necesario proceder a su análisis a efecto de poder determinar si ellas han sido transgredidas y, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos fundamentales de los acusados, como denunció su defensa.

SEXTO: Que como se ha dicho en ocasiones anteriores por esta Corte, el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (Sentencias Corte Suprema Roles N° 7178-17, de 13 de abril de 2017; N° 9167-17, de 27 de abril de 2017; N° 20286-18, de 01 de octubre de 2018; N° 28.126-18, de 13 de diciembre de 2018 y N° 13.881-19, de 25 de julio de 2019).

Es así como el artículo 83 del citado cuerpo normativo establece expresamente el marco regulatorio de la actuación policial sin orden previa o instrucción particular de los fiscales permitiendo su gestión autónoma para prestar auxilio a la víctima (letra a); practicar la detención en casos de flagrancia conforme a la ley (letra b); resguardar el sitio del suceso con el objeto de facilitar la intervención de personal experto de la policía, impedir la alteración o eliminación de rastros o vestigios del hecho, etcétera, (letra c); identificar testigos y consignar las declaraciones que ellos presten voluntariamente, tratándose de los casos de las letras b) y c) citadas (letra d); recibir las denuncias del público (letra e) y efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales (letra f). Sólo en las condiciones que establece la letra c) recién citada, el legislador autoriza a los funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile a efectuar diligencias autónomas de investigación.

A su vez, los artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal, regulan el procedimiento de control de identidad, estableciendo la facultad de los funcionarios policiales para solicitar la identificación de cualquier persona sin orden previa de los fiscales, en los casos fundados en que estimen que exista algún indicio de que se hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple

delito o falta; en el caso que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad; facultando para el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, procediendo a su detención, sin necesidad de orden judicial, de quienes se sorprenda a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130 –que describe lo que debe entenderse por situación de flagrancia– así como de quienes, al momento del cotejo, registren orden de aprehensión pendiente.

SÉPTIMO: Que, por su parte, el artículo 129 del Código Procesal Penal dispone en su inciso final, que en caso de flagrancia “la policía podrá ingresar a un lugar cerrado, mueble o inmueble, cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quien debiere detener, para practicar la respectiva detención (...)”.

OCTAVO: Que las disposiciones recién expuestas tratan, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano establecido por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado –y sometido a control jurisdiccional– en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos.

NOVENO: Que a fin de dirimir lo planteado en el recurso, es menester estarse a lo asentado por los jueces de la instancia al ponderar las evidencias aportadas a la litis, sin que sea dable que, para tales efectos, esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, intente una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado, porque ello quebranta de manera evidente las máximas de oralidad, inmediatez y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal. Aclarado lo anterior, se procederá al estudio de las protestas fundantes del recurso con arreglo a los hechos que en la decisión se tienen por demostrados.

DÉCIMO: Que según se desprende de los hechos que se dieron por acreditados en la especie el ofendido, antes de ser abordado por los acusados, vio que éstos salieron desde el domicilio ubicado en xxx –incluso consignó en su declaración que meses antes había sido objeto de un ilícito de similares características, en el que el hechor habría sido el hermano de uno de los encartados, quien también vive en dicho inmueble–, de lo que se sigue que sabía perfectamente donde éstos podían ser habidos, motivo por el cual, apenas llegó a su morada llamó a Carabineros, quienes llegaron minutos después a la casa de la víctima, indicándoles que los autores del delito se encontraban en la dirección antes individualizada, donde precisamente fueron hallados, momentos después, por los aprehensores.

UNDÉCIMO: Que, de la lectura del inciso final del artículo 129 del Código Procesal Penal, se desprende que en caso de flagrancia la policía se encuentra facultada para ingresar a un lugar cerrado, mueble o inmueble, cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quien debiere detener, para practicar la respectiva detención. Es decir, en caso de encontrarse en actual persecución de quien acaba de cometer un ilícito, los agentes pueden hacer ingreso a un domicilio a fin de practicar la detención de rigor.

DUODÉCIMO: Que, dicha norma, para efectos de establecer que debe entenderse por “actual persecución”, debe necesariamente ser interpretada a la luz de las situaciones de flagrancia que contempla el artículo 130 del mismo cuerpo de normas, en particular –en el caso de autos– con la hipótesis de la letra e) de dicho precepto, que refiere que se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia “El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato”, circunstancia que calza a la perfección con los hechos que se dieron por establecidos en el fallo que se revisa.

En el mismo sentido, es menester señalar que el inciso final del artículo 130 del Código Procesal Penal, entiende por tiempo inmediato “todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas”.

DÉCIMO TERCERO: Que de la lectura de las disposiciones antes transcritas, es posible colegir que el concepto de “actual persecución” aludido por el inciso final del artículo 129 del Código Procesal Penal, se encuentra en estrecha concomitancia con la expresión “tiempo inmediato” a que alude el artículo 130, inciso final, del mismo texto legal, de lo que necesariamente se sigue que la actual persecución del individuo a quien debe detenerse, debe ser entendida como aquella que se realiza dentro de las doce horas siguientes a la comisión del hecho, siempre y cuando la detención que se practique no se verifique fuera de dicho rango temporal.

DÉCIMO CUARTO: Que, en la especie, se encuentra acreditado que entre la comisión del hecho punible y la detención de los acusados, no transcurrió más de una hora, lo que descarta la ilegalidad en el proceder de los funcionarios policiales quienes, al encontrarse ante un delito flagrante y en actual persecución de los hechores del mismo, estaban plenamente facultados para ingresar al inmueble en cuyo interior éstos se encontraban –para detenerlos–, sin que fuere necesario ante tal escenario recabar la autorización del propietario o encargado del mismo.

Por lo anteriormente expuesto y razonado, el motivo de nulidad en análisis no podrá prosperar.

DÉCIMO QUINTO: Que, como causal subsidiaria del arbitrio en análisis, se invoca aquella contenida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 342 letras c) y 297 del mismo cuerpo de normas.

Expone que la sentencia cae en una contravención a la razón suficiente, en tanto primeramente la víctima señala que no se le sustrajo especie alguna por los acusados, ni siquiera su teléfono, y que pese a ello, la sentencia viene a señalar que se trataría en realidad que el testimonio de la víctima es coherente y que no tiene ningún tipo de contradicción entre sí.

Argumenta, en un segundo orden de ideas, que el fallo impugnado incurre en una contradicción evidente al considerar el testimonio del Carabinero Carlos Iván Meliñan Melinao, primeramente para señalar que hubo omisiones en las diligencias respecto de la entrada al domicilio de xxx, para luego –en su considerando duodécimo– sostener

que no hay prueba que contradiga la autorización de la supuesta moradora del citado inmueble, contraviniendo el principio de no contradicción de manera flagrante.

Concluye solicitando que se anule el juicio oral y la sentencia, señalándose el estado en que debe quedar el proceso, y ordenando la realización de un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado.

DÉCIMO SEXTO: Que, de la sola lectura de los fundamentos de la causal en estudio, es posible colegir que a través de su reclamo lo que se pretende es revertir una calificación jurídica no compartida por la defensa, mas no la inexistencia de “La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dicha conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”, como contempla la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, a lo que debe sumarse que en el fundamento duodécimo del fallo en revisión, los sentenciadores del grado expusieron con claridad los argumentos que los llevaron a desestimar las alegaciones desarrolladas en juicio por la defensa de los encartados, por cuanto consideraron verificada una hipótesis de flagrancia que facultó el ingreso de los funcionarios policiales al domicilio, por lo que no es posible concluir que la contradicción denunciada en el arbitrio entre el testimonio del Carabinero Meliñan y la estimación realizada por el Tribunal de instancia respecto a la autorización de ingreso al domicilio, haya influido en lo dispositivo del fallo, careciendo en consecuencia de la trascendencia necesaria para que la causal de nulidad invocada prospere.

Conforme lo antes expuesto, careciendo de sustento el motivo de nulidad en comento, éste no podrá prosperar.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en consecuencia, al no haberse configurado ninguna de las hipótesis de nulidad invocadas por la defensa de los acusados, el arbitrio en análisis será rechazado en todos sus extremos.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373 letra a); 374 literal e) y; 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad deducido por la defensa de los acusados Santiago Alan González Guerra y Patricio Antonio Román Peña, en contra de la sentencia de veinticuatro de enero de dos mil veintidós, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante, y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC N° 2001105864-8, RIT N° 57-2021, los que, por consiguiente, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Brito.

Rol N° 4.865-2022.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Sra. María Teresa Letelier R., y la Abogada Integrante Sra. Pía Tavorari G. No firma la Abogada Integrante Sra. Tavorari, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. EXPECTATIVA DE PRIVACIDAD DE MENSAJERÍA DE WHATSAPP. AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Tribunal: Corte Suprema

RESUMEN:

Quien envía un mensaje de texto a través de la aplicación Whatsapp y realiza declaraciones relacionadas con hechos que son materia de una investigación penal en curso en su contra, en caso alguno puede mantener respecto del contenido de esos mensajes, una vez recepcionados por su destinatario, una razonable expectativa de privacidad, más aún si el acusado no efectuó ninguna solicitud para mantenerlos en reserva.

Por ello, cuando los aludidos mensajes se aportan por el receptor como antecedente probatorio para demostrar la comisión o participación en algún delito por parte del emisor, ni el Código Procesal Penal, ni ninguna otra norma, disponen que deba solicitarse autorización judicial para ello.

El artículo 218 del Código Procesal Penal señala que “A petición del fiscal, el juez podrá autorizar, por resolución fundada [...] la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de éste”, lo que no excluye que esa información pueda ser obtenida voluntariamente desde el destinatario de la correspondencia, situación que se encuentra reglada en el artículo 217 que le precede, que dispone que “los objetos y documentos que pudieren servir como medios de prueba, serán incautados, previa orden judicial librada a petición del fiscal, cuando la persona en cuyo poder se encontraren no los entregare voluntariamente”, lo que demuestra que, en casos como el de marras, al no afectarse una expectativa razonable de privacidad por parte del emisor, la ley no demanda autorización judicial para recabar los antecedentes reseñados e incorporarlos al juicio.

Texto Completo

Santiago, diecisiete de junio de dos mil veintidós.

VISTOS:

En esta causa RUC N° 1900346806-5, RIT N°101-2021, del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Ovalle, por sentencia de siete de enero del año en curso, se condena a D. S. V., por su responsabilidad en calidad de autor de un delito consumado de violación de mayor de 14 años, previsto y sancionado en el artículo 361 n° 2 del Código Penal, cometido en la comuna de X.X., el día 28 de marzo de 2019, a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de las costas de la causa. Se dispone el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad impuesta, reconociéndole los abonos que precisa.

La sentencia fue impugnada de nulidad por la defensa de D. S. V., recurso que se conoció en la audiencia pública del día veinticinco de mayo pasado, incorporándose el acta que da cuenta de su realización y se determinó la fecha de lectura de la sentencia para el día de hoy.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso deducido por la defensa de D. S. V, se sustenta en forma principal en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, escindiendo su argumentación en dos subcapítulos.

En primer lugar expone la transgresión de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, consagrada en el artículo 19 N° 5, de la carta fundamental, en relación a los artículos 218 y 219 del Código Procesal Penal, por haberse incorporado y valorado prueba para sostener la decisión condenatoria, mensajes supuestamente enviados por el acusado a la víctima por medio de la aplicación Whatsapp, que fueron obtenidos sin autorización judicial.

El segundo capítulo se funda en el impedimento a la defensa del derecho de obtener la comparecencia de la testigo P. G. C., respecto de la cual solicitó orden de arresto atendida su inasistencia al juicio oral, petición que le fue denegada por el Tribunal argumentando en resumen que había manifestado previamente que su prueba se encontraba disponible.

Concluye solicitando que se anule el juicio oral y la sentencia por esta causal, disponiendo que se remitan los antecedentes al tribunal no inhabilitado para la realización de un nuevo juicio oral y el pronunciamiento de una nueva sentencia.

SEGUNDO: Que, en subsidio de la causal anterior, la defensa impetró la prevista en el artículo 374 letra c) del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 298 y 299 del mismo cuerpo legal, esgrimiendo en síntesis las mismas argumentaciones del segundo acápite de la causal principal, por haber impedido a la Defensa el uso de prueba testimonial.

Por esta causal pide anular el juicio oral y la sentencia, procediendo a ordenarse la realización de un nuevo juicio por un tribunal no inhabilitado.

TERCERO: Que, como segunda causal subsidiaria, la defensa esgrimió la causal contemplada en el artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 19 N° 3, inciso sexto, de la carta fundamental, 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones, al haber dictado una sentencia condenatoria infringiendo la presunción de inocencia de su representado, pues –según esgrime el impugnante– el fallo recurrido tiene por establecida la participación de D. S. V, en el delito materia de la acusación, con prueba que no reúne el estándar para ello.

Termina solicitando que se anule el juicio oral y la sentencia, ordenándose la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para la realización de un nuevo juicio oral.

CUARTO: Que, en lo que concierne a los hechos que sustentaron la acusación del Ministerio Público, la resolución reprobada tuvo por acreditado que: “El día 28 de marzo de 2019, en horas de la tarde, la víctima, doña X.X., concurrió al domicilio ubicado en X.X. de la comuna de X.X., a una convivencia entre colegas a realizarse en el lugar. Es del caso que a eso de las 21:30 horas aproximadamente, por la ingesta de alcohol, la víctima comienza a sentirse mareada, por lo que se acuesta en una de las habitaciones del inmueble. Una vez dormida, habiendo pasado un tiempo, se percata de la presencia de D. S. V, quien se encontraba sobre ella introduciéndole el pene en la vagina, sin su consentimiento. S. V aprovechó la privación de sentido de la víctima producto de la ingesta de alcohol para desnudarla y proceder a consumir el acto vejatorio”.

Estos hechos fueron calificados por los magistrados como un delito de violación de mayor de 14 años, previsto y sancionado en el artículo 361 N° 2 del Código Penal.

QUINTO: Que, en relación al primer reclamo en que se funda la causal principal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por haber incorporado y valorado para sostener la decisión condenatoria, registros de mensajes supuestamente enviados por el acusado a la víctima por la aplicación Whatsapp, obtenidos sin autorización judicial previa, tal como ya ha tenido oportunidad de señalar este Tribunal en la sentencia Rol N° 32691-18 de 29 de enero de 2019, quien envía un mensaje de texto a través de la referida aplicación y realiza declaraciones relacionadas con hechos que son materia de una investigación penal en curso en su contra, en caso alguno puede mantener respecto del contenido de esos mensajes, una vez recepcionados por su destinatario, una razonable expectativa de privacidad, más aún si, como en el caso sub lite, el acusado no efectuó ninguna solicitud para mantenerlos en reserva.

Por ello, cuando los aludidos mensajes se aportan por el receptor como antecedente probatorio para demostrar la comisión o participación en algún delito por parte del emisor, como aconteció en la especie, ni el Código Procesal Penal, ni ninguna otra norma, disponen que deba solicitarse autorización judicial para ello. Siguiendo esa línea, y asimilando la mencionada plataforma a la correspondencia electrónica, el artículo 218 del Código Procesal Penal señala que “A petición del fiscal, el juez podrá autorizar,

por resolución fundada [...] la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de éste”, lo que desde luego, no excluye que esa información pueda ser obtenida voluntariamente desde el destinatario de la correspondencia, situación que se encuentra reglada en el artículo 217 que le precede, que dispone que “los objetos y documentos que pudieren servir como medios de prueba, serán incautados, previa orden judicial librada a petición del fiscal, cuando la persona en cuyo poder se encontraren no los entregare voluntariamente”, lo que demuestra que, en casos como el de marras, al no afectarse una expectativa razonable de privacidad por parte del emisor, la ley no demanda autorización judicial para recabar los antecedentes reseñados e incorporarlos al juicio.

SEXTO: Que, únicamente a mayor abundamiento, incluso de estimarse que existió alguna infracción legal, ella carece de la trascendencia que demanda la causal invocada, esto es, una transgresión sustancial a una garantía fundamental, desde que, como se lee en el fallo, se incorporó abundante material probatorio que permitía acreditar la autoría del acusado en estos hechos con total prescindencia de las capturas de los mensajes que fueron obtenidas del teléfono celular de la ofendida, cuya existencia y contenido, por lo demás, igualmente fueron incorporados al juicio mediante las declaraciones de testigos de modo que no hay motivo para razonablemente postular que, de haber sido excluidos en la oportunidad procesal pertinente los registros que daban cuenta del contenido de aquellos, la decisión condenatoria no se habría alcanzado.

SÉPTIMO: Que, en lo que respecta a la segunda protesta que sustenta la causal principal del recurso en estudio, que estaría dada por la negativa del Tribunal de hacer efectivo el apremio del artículo 33 del Código Procesal Penal respecto de la testigo P. G. C., impidiéndole a la asesoría letrada el derecho a asegurar su comparecencia, conviene proceder a su análisis conjuntamente con la primera causal subsidiaria invocada por la defensa de D. S. V fundada en el artículo 374 letra c) del Código Procesal Penal por asilarse ambas en los mismos reproches.

OCTAVO: Que como reiteradamente esta Corte ha señalado, el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y el artículo 19, N° 3°, inciso sexto de la Carta Fundamental, confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. Dentro de los tópicos que se consagran en la garantía señalada, se encuentran los derechos básicos con que cuenta un imputado al momento de ser sujeto pasivo de la acción penal desplegada por el Ministerio Público, a saber, el respeto a la persona, la presunción de inocencia, el respeto a los procedimientos establecidos en la ley, la contradictoriedad, el derecho a descargo y la existencia de un sistema recursivo que permita revisar las decisiones judiciales.

NOVENO: Que sin embargo, y de acuerdo a lo que esta Corte también ha resuelto uniformemente, el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrobe, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso. Asimismo, se ha dicho que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, trascendente,

de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso, por cuanto la nulidad que se pretende, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento (SCS Roles N° 2866-2013, N° 4909- 2013, N° 21408-2014, N° 4269-19, N° 76689-20 y N° 92059-20, N° 144613-20 y 66264-21, entre otras).

Pues bien, en primer término, conviene acotar que el inciso tercero del artículo 33 del Código Procesal Penal, citado por la defensa en apoyo de sus argumentaciones, establece que “tratándose de los testigos, peritos u otras personas cuya presencia se requiriere podrán ser arrestados [...]”, de lo que se desprende que el mencionado apremio se encuentra dentro de las facultades del Tribunal, por lo que la actuación del juez que dirigió la audiencia –y que por esta vía se impugna– se apegó a la normativa que rige la materia.

Por otra parte, el articulista no ha justificado de qué forma, la incorporación de la declaración de P. G. C., que no fue presentada como prueba por el Ministerio Público, durante la sustanciación del juicio oral, por si sola, hubiese importado una vulneración a la garantía que invoca, máxime si no explica de qué forma dicho testimonio desvirtúa los medios de prueba que permitieron al tribunal establecer la autoría del imputado D. S. V o permiten demostrar la inocencia de ese acusado, circunstancia que priva a las causales invocadas de la trascendencia necesaria y que es requisito obligatorio de la hipótesis de invalidación invocadas por la asesoría letrada de manera que éstas han de ser desestimadas.

DÉCIMO: Que, por las razones anteriores, no demostrándose la infracción sustancial de ninguna de las garantías fundamentales en que se basan la causal principal y primera subsidiaria del arbitrio, deberán ser desestimadas.

UNDÉCIMO: Que en lo tocante a la segunda causal subsidiaria de nulidad de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, invocada por la defensa, es necesario señalar que la ley exige respecto del examen de fundamentación de las decisiones jurisdiccionales que los tribunales asienten ciertos hechos y expresen los medios que sustentan esas determinaciones fácticas, puesto que la motivación de la sentencia legitima la función jurisdiccional y permite conocerla no sólo al acusado sino a todos los intervinientes en el proceso criminal, como a la sociedad toda. Este ejercicio, entonces, supone exponer razones, formular interpretaciones y adoptar posición sobre las tesis que sustentan las partes en el juicio, plasmando en la decisión el convencimiento alcanzado y el razonamiento que respalda la convicción adoptada.

DUODÉCIMO: Que, por ello debe aclararse que las denuncias que levanta la defensa de D. S. V, sobre un supuesto incumplimiento del estándar mínimo de convicción para arribar a la decisión de condena y que –en su concepto– vulnerarían la presunción de inocencia, no son tales, lo que se deduce de la sola lectura del fallo impugnado, de la que queda de manifiesto que la intención real de la recurrente está circunscrita a la valoración efectuada por los jueces del fondo, que no comparte.

En efecto, lo anterior se aprecia en especial del motivo duodécimo, en donde el fallo reproduce los razonamientos que se tuvieron en consideración para llegar a las conclusiones que allí mismo se consigan.

Sin perjuicio de ello, importa señalar que en un recurso como el de la especie, no ha sido dada a esta Corte la facultad de realizar una nueva ponderación de los elementos de prueba vertidos en el juicio oral, puesto que ello atenta contra el principio de inmediación y supera los límites de la nulidad. A pesar de ello, la argumentación del recurso se dirige más bien en ese sentido, por cuanto redundante en cuestionar la entidad o precisión de las evidencias utilizadas por los sentenciadores para adquirir convicción de condena, sin atacar –como pretende la causal de nulidad en examen– el razonamiento del fallo que plasma el análisis global de la prueba rendida, en cuanto éste debe ajustarse a las reglas de la sana crítica, respetando las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados.

Conforme con lo anteriormente señalado, no queda sino rechazar el capítulo en examen, y con ello el recurso.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373 letra a) y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado D. S. V, en contra la sentencia de dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, de siete de enero del año en curso, y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC: RUC N° 1900346806-5, RIT N°101-2021, los que, en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Valderrama.

Rol N° 3228-22

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S, Sra. María Teresa Letelier R., y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Abuauad D. No firma el Abogado Integrante Sr. Abuauad, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. CONTROL DE IDENTIDAD PREVENTIVO. FLAGRANCIA. ARTÍCULO 318 CÓDIGO PENAL, SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

Tribunal: Corte Suprema

RESUMEN:

El actuar de los funcionarios policiales se ajustó a derecho, toda vez que el procedimiento policial se inició con un control preventivo de identidad que se efectuó al acusado en la vía pública, constatándose que este se desplazaba por sus calles sin el permiso especialmente dispuesto por la autoridad sanitaria, atendido que esa comuna se encontraba en cuarentena por la pandemia de Covid-19.

Al no portar el encartado el salvoconducto respectivo, se puso en la situación de flagrancia prevista en el artículo 130 letra a) del Código Procesal Penal, relativa a quien “actualmente se encontrare cometiendo el delito”, en este caso, respecto de la infracción descrita y sancionada por el artículo 318 del Código Penal, encontrándose en tal hipótesis facultados los agentes policiales para registrar sus vestimentas –como lo hicieron en la especie, incautándole un arma de fuego–.

La circunstancia de haber sido decretado el sobreseimiento definitivo respecto del recurrente, por estimarse que los hechos investigados no eran constitutivos del delito descrito y penado por el artículo 318 del Código Penal, corresponde a un pronunciamiento de fondo –adoptado en un estadio procesal avanzado–, que en nada altera las circunstancias que se tuvieron en vista por los funcionarios policiales al controlar preventivamente la identidad del acusado, y posteriormente detenerlo por flagrancia.

Texto Completo

Santiago, veintisiete de julio de dos mil veintidós.

VISTOS:

En causa RUC N° 2100441537-7, RIT N° 124-2022 del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de veintisiete de mayo del año dos mil veintidós, se condenó al acusado Jonatan Gonzalo Mellado Prieto, como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego, previsto y sancionado en los artículos 9 y 2 letra b) de la Ley N° 17.798, ocurrido en la comuna de La Pintana el día 4 de mayo de 2021, a sufrir la pena de tres (3) años y un (1) día de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales, sanción corporal de cumplimiento efectivo.

En contra de la decisión condenatoria, la defensa del encartado interpuso recurso de nulidad, el que fue conocido en la audiencia pública celebrada el siete de julio último, disponiéndose –luego de la vista– la notificación del presente fallo vía correo electrónico a los intervinientes, según consta del acta levantada en su oportunidad.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado se funda, únicamente, en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con lo preceptuado en los artículos 19 N°s 3, inciso sexto, 4 y 5 de la Constitución Política de la República y 250 a) del Código Procesal Penal, en cuanto estima vulnerados sus derechos al debido proceso y a la intimidad.

Refiere que su representado fue controlado, detenido y posteriormente registrado en flagrancia, por la infracción del artículo 318 del Código Penal, toda vez que circulaba en la vía pública en una comuna que se encontraba en cuarentena, siendo formalizado por infracción al antes citado precepto, no obstante lo cual, fue sobreseído definitivamente por dicho ilícito por el Undécimo Juzgado de Garantía de Santiago, en virtud de lo dispuesto en el artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal.

Expone que, así las cosas, el procedimiento de control, detención y registro de que fue objeto el acusado fue ilegal y, en consecuencia, todas las probanzas que derivan de tales actuaciones contienen un vicio que no puede subsanarse sino con la exclusión, o en este caso, con su valoración negativa, ya que no pudieron servir de base para fundar una sentencia condenatoria, sin vulnerar con ello las garantías fundamentales enunciadas en su arbitrio.

Al concluir, pide que se declare nulo el juicio y la sentencia ordenándose la realización de un nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura de juicio oral la prueba de cargo obtenida a partir de la actuación ilegal denunciada, la que especifica en su libelo.

SEGUNDO: Que los hechos que se han tenido por establecidos por los sentenciadores del grado, en el motivo séptimo de la sentencia que se impugna, son los siguientes:

“que el día de mayo de 2021, alrededor de las 12:30 horas, Jonatan Gonzalo Mellado Prieto, fue objeto de un control preventivo en la vía pública, específicamente en la

intersección de avenida Santa Rosa con calle Rosa Ester, de la población El Castillo, en la comuna de La Pintana, constatándose que, a pesar de encontrarse dicha comuna en cuarentena, circulaba sin el permiso especialmente dispuesto por la autoridad sanitaria, circunstancia por la que se le detuvo por la eventual comisión del delito contemplado en el artículo 8 del Código Penal, verificándose, al registrar superficialmente sus vestimentas, que portaba, sin la autorización competente, una pistola marca Astra, serie N° 6, calibre 6, milímetros, la que se encontraba apta para ser usada como arma de fuego y efectuar disparos, junto a su cargador y cartuchos balísticos del mismo calibre, de los cuales estaban en buen estado”. (Sic)

TERCERO: Que para desestimar las alegaciones planteadas por la defensa en el motivo principal de su arbitrio, los juzgadores de la instancia, en el considerando noveno del fallo en revisión, argumentaron que:

“(…) En primer lugar, se debe dejar claro que lo efectuado por los funcionarios policiales no fue un control de identidad conforme al artículo 85 del Código Procesal Penal, pues en ningún momento refirieron la existencia de un indicio o indicios de que un sujeto hubiere cometido o intentado cometer un crimen

(…)

Por ello, y como se indicó, realizaron un control preventivo de acuerdo a la norma contemplada en el artículo 12 de la ley 20.931, que establece que “en cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales indicados en el artículo 83 del mismo Código podrán verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, por cualquier medio de identificación, tal como cédula de identidad, licencia de conducir, pasaporte o tarjeta estudiantil o utilizando, el funcionario policial o la persona requerida, cualquier dispositivo tecnológico idóneo para tal efecto, debiendo siempre otorgarse las facilidades necesarias para su adecuado cumplimiento”.

Luego de ello, al haberse determinado que el enjuiciado no contaba con el salvoconducto requerido en aquella época, cuestión no discutida por los intervinientes, se le detuvo al estimar que estaba cometiendo el delito previsto en el artículo 318 del Código Penal, lo que constituye la situación de flagrancia del N°1 del artículo 130 del Código Procesal Penal, que obliga, conforme al artículo 129 del citado texto legal, a los agentes policiales a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito, pudiendo, en el mismo acto proceder al registro de las vestimentas.

En este punto debe tenerse presente que la detención por flagrancia en ningún caso obliga al Ministerio Público a ejercer la acción penal, como en este caso en que se optó por dictar sobreseimiento por el ilícito del artículo 318 del Código Penal, ni menos asegura la dictación de una sentencia absolutoria por parte del Tribunal, requiriéndose únicamente que la conducta desplegada y considerada como flagrante pueda, con meridiano fundamento, estimarse que se enmarca en las acciones propias de un determinado tipo penal, lo que claramente ocurrió en este caso (…”. (Sic).

CUARTO: Que, en lo concerniente a la infracción denunciada por el recurso de nulidad deducido por la defensa, cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República y que consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y al efecto, el artículo 19, N° 3, inciso sexto, confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas.

QUINTO: Que, en otro orden de consideraciones, en cuanto a las facultades autónomas de actuación que la ley le entrega al personal policial, así como lo referido al respeto del debido proceso y la intimidad, esta Corte Suprema ha señalado reiteradamente que la negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja de manera sustancial dicho sistema debe ser excluido del mismo.

SEXTO: Que en relación a las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, resulta necesario proceder a su análisis a efectos de poder determinar si ellas han sido transgredidas y, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos fundamentales del acusado, como denunció su defensa.

SÉPTIMO: Que, como se ha dicho en ocasiones anteriores por esta Corte, el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (Sentencias Corte Suprema Roles N° 7178-17, de 13 de abril de 2017; N° 9167-17, de 27 de abril de 2017; N° 20286-18, de 01 de octubre de 2018; N° 28.126-18, de 13 de diciembre de 2018 y N° 13.881-19, de 25 de julio de 2019).

Es así como el artículo 83 del citado cuerpo normativo establece expresamente el marco regulatorio de la actuación policial sin orden previa o instrucción particular de los fiscales permitiendo su gestión autónoma para prestar auxilio a la víctima (letra a); practicar la detención en casos de flagrancia conforme a la ley (letra b); resguardar el sitio del suceso con el objeto de facilitar la intervención de personal experto de la policía, impedir la alteración o eliminación de rastros o vestigios del hecho, etcétera, (letra c); identificar testigos y consignar las declaraciones que ellos presten voluntariamente, tratándose de los casos de las letras b) y c) citadas (letra d); recibir las denuncias del público (letra e) y efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales (letra f). Sólo en las condiciones que establece la letra c) recién citada, el legislador autoriza a

los funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile a efectuar diligencias autónomas de investigación.

A su vez, los artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal, regulan el procedimiento de control de identidad, estableciendo la facultad de los funcionarios policiales para solicitar la identificación de cualquier persona sin orden previa de los fiscales, en los casos fundados en que estimen que exista algún indicio de que se hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; en el caso que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad; facultando para el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, procediendo a su detención, sin necesidad de orden judicial, de quienes se sorprenda a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130 –que describe lo que debe entenderse por situación de flagrancia– así como de quienes, al momento del cotejo, registren orden de aprehensión pendiente.

OCTAVO: Que las disposiciones recién expuestas tratan, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano establecido por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado –y sometido a control jurisdiccional– en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos.

NOVENO: Que a fin de dirimir lo planteado en el recurso, es menester estarse a lo asentado por los jueces de la instancia al ponderar las evidencias aportadas a la litis, sin que sea dable que, para tales efectos, esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, intente una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado, porque ello quebranta de manera evidente las máximas de oralidad, intermediación y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal. Aclarado lo anterior, se procederá al estudio de las protestas fundantes del recurso con arreglo a los hechos que en la decisión se tienen por demostrados.

DÉCIMO: Que una vez sentado lo anterior, conviene tener presente que en la especie la defensa del encartado ha cuestionado el actuar de los funcionarios policiales, toda vez que estima que el procedimiento de control, detención y posterior registro del acusado fue ilegal –en cuanto no habrían existido indicios para controlar la identidad, ni concurriría en la especie una situación de flagrancia–, lo que implicaría que todas las pruebas derivadas de tales diligencias serían ilícitas, y por ende, debieron ser valoradas negativamente por los juzgadores de la instancia.

UNDÉCIMO: Que, de la sola lectura de los hechos que se dieron por establecidos soberanamente en la sentencia, aparece de manifiesto que el actuar de los funcionarios policiales se ajustó a derecho, toda vez el procedimiento policial se inició con un control preventivo de identidad –en los términos del artículo 12 de la Ley N° 20.931– que se efectuó

al acusado en la vía pública, específicamente en la comuna de La Pintana, constatándose que éste se desplazaba por sus calles sin el permiso especialmente dispuesto por la autoridad sanitaria, atendido que dicha comuna se encontraba en cuarentena por la pandemia de Covid-19.

De lo antes narrado, se sigue necesariamente que al no portar el encartado el salvoconducto respectivo, se puso en la situación de flagrancia prevista en el artículo 130 letra a) del Código Procesal Penal, relativa a quien “actualmente se encontrare cometiendo el delito”, en este caso, respecto de la infracción descrita y sancionada por el artículo 318 del Código Penal, encontrándose en tal hipótesis facultado los agentes policiales para registrar sus vestimentas –como lo hicieron en la especie, incautándole un arma de fuego–, por así expresamente disponerlo el artículo 129, inciso 2°, del Código Procesal Penal.

DUODÉCIMO: Que no obsta a lo anteriormente argumentado, la circunstancia de haber sido decretado el sobreseimiento definitivo respecto del recurrente, por estimar que los hechos investigados no eran constitutivos del delito descrito y penado por el artículo 318 del Código Penal, toda vez que ello corresponde a un pronunciamiento de fondo –adoptado en un estadio procesal avanzado–, que en nada altera las circunstancias que se tuvieron en vista por los funcionarios policiales al controlar preventivamente la identidad del acusado, y posteriormente detenerlo por flagrancia.

DÉCIMO TERCERO: Que, en consecuencia, al no haberse configurado la hipótesis de nulidad invocada por la defensa del acusado, el arbitrio en análisis será rechazado.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373 letra a) y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Jonatan Gonzalo Mellado Prieto, en contra de la sentencia de nueve de noviembre de dos mil veintiuno, dictada por el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, y del juicio oral que le antecedió en el proceso RIT N° 124-2022 y RUC N° 2100441537- 7, los que, por consiguientes, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo del Abogado Integrante Sr. Munita

Rol N° 20.697-2022.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Sra. María Teresa Letelier R., y el Abogado Integrante Sr. Diego Munita L. No firma el Ministro Sr. Valderrama, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

**UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN**

COMENTARIO A LA SENTENCIA SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CASO CORPESCA

Claudia Ortega Forner¹

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 16 de abril de 2021 el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago dictó la primera sentencia condenatoria en juicio oral por la responsabilidad penal de una empresa, por el pago de sobornos a funcionarios públicos, en la investigación del caso denominado CORPESCA². La decisión condenatoria lo fue por mayoría, concurriendo a dicha mayoría las magistradas María Inés González Moraga como integrante, y Claudia Bugeño Juárez, en tanto que la presidenta de la sala, magistrada Doris Ocampo Méndez, estuvo por una decisión de carácter absolutorio. La sentencia no fue recurrida por la empresa, y se encuentra ejecutoriada.

1.1. Hechos acreditados

En efecto, el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, dio por establecido el siguiente hecho, en relación con la responsabilidad penal de la empresa CORPESCA S.A., en el considerando vigesimoséptimo (Fs. 3318-3321)³:

*“Entre los años 2009 y abril del año 2013, el Senador de la República en ejercicio **Jaime Orpis Bouchon** solicitó a **Francisco Mujica Ortúzar**, a la fecha gerente general de CORPESCA*

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

² c/ Jaime Orpis Bouchon, Marta Isasi Barbieri, Raúl Lobos Torres y CORPESCA S.A., RUC 1410025253-9, RIT 309-2018.

³ La sentencia consta de 3.602 páginas, por lo que no podrá ser reproducida en su integridad, sin perjuicio de que se irán citando en forma textual los párrafos de los considerandos respectivos. En el link <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/docs/download/10557> se puede acceder al texto completo de la sentencia.

*S.A., la suma de \$208.932.600 (doscientos ocho millones, novecientos treinta y dos mil, seiscientos pesos) los cuales se entregaron a través del pago de boletas de honorarios ideológicamente falsas a testaferros del entonces Senador y que se distribuyeron durante los años referidos. **Dicha petición se hizo a cambio de favorecer los intereses de la empresa CORPESCA S.A en el desempeño de sus labores como Senador de la Republica**, lo cual fue acordado entre el gerente y el parlamentario en dos oportunidades, la primera antes de junio del año 2009 y la segunda a mediados del año 2010, excluyéndose el primero, por estar fuera de la vigencia de la ley 20.393.*

A mediados del año 2010, se pactaron los dineros y los actos funcionariales durante la tramitación del Boletín 8091-21 que dio lugar a la ley General de Pesca, donde el entonces Senador Orpis Bouchon, recibió diversas instrucciones por parte del Gerente General de CORPESCA S.A Francisco Mujica Ortúzar como del ejecutivo de esta empresa Ramón Pino Correa sobre los intereses importantes para CORPESCA S.A como las Licencias Transables de Pesca (artículo 26 A), las Licitaciones de las licencias (artículo 27), las Perforaciones a las 5 millas y la transferibilidad de las licencias, haciéndole saber cuáles eran sus peticiones y cómo se debían aprobar o rechazar, votando Jaime Orpis Bouchon finalmente en el sentido indicado y a favor de los intereses de CORPESCA S.A.

*También antes de julio de 2012, **Francisco Mujica Ortúzar acordó con la Diputada en ejercicio Marta Isasi Barbieri el pago de \$40.000.000, solicitados por ésta, a fin de favorecer los intereses de CORPESCA S.A durante la tramitación del Boletín 8091-21 que dio lugar a la Ley General de Pesca, quien votó y promovió los intereses de la empresa ante la Cámara de Diputados.***

En efecto, los actos funcionariales pactados entre el gerente general de CORPESCA S.A, Francisco Mujica Ortúzar y los acusados Jaime Orpis Bouchon y Marta Isasi Barbieri, fueron sobre los mismos temas relevantes para la empresa y donde ambos recibieron una contraprestación económica a cambio de su ejecución durante su labor legislativa.

Por lo anterior, Francisco Mujica Ortúzar fue condenado como autor del delito de soborno previsto y sancionado en el artículo 250 del Código Penal por los hechos precedentes, en relación con los acusados Marta Isasi Barbieri y Jaime Orpis Bouchon, quienes también fueron condenados por los mismos acontecimientos, como autores del delito de cohecho calificado del artículo 248 bis del Código Penal.

Tales ilícitos cometidos por el gerente general de la empresa Francisco Mujica Ortúzar fueron consecuencia del incumplimiento por parte del ente jurídico CORPESCA S.A de sus deberes de dirección y supervisión, al no ejercer ningún tipo de control sobre la gestión de aquél, tanto por parte del Directorio de la empresa como por otros ejecutivos de la misma.

Además, la empresa no contaba con ningún mecanismo de prevención o modelo de organización y supervisión al interior de ésta al momento de la comisión de los hechos, y una vez establecido este sistema, tampoco resultó eficaz para cumplir con los deberes de dirección y control en la evitación de los ilícitos, toda vez que, entre otros, el Encargado de Prevención del Modelo de Prevención de Delitos nombrado a fines del año 2011 y hasta abril del año 2013, careció de autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones para detectar y prevenir injustos, además de no haber incorporado en los anexos de contratos de

trabajo el programa de cumplimiento o Modelo de Prevención de Delitos, tanto respecto de trabajadores como de los ejecutivos de la empresa; y por último, tampoco se realizaron capacitaciones sobre el mismo durante el período cronológico indicado, revistiendo el Modelo de Prevención de Delitos más bien un carácter formal, que propició la comisión de los injustos antes referidos”.

“Tales hechos constituyen la responsabilidad penal de la persona jurídica CORPESCA S.A por dos delitos de soborno del artículo 250 del Código Penal cometidos por Francisco Mujica Ortúzar en relación a los delitos de cohecho del artículo 248 bis cometidos por Jaime Orpis Bouchon en carácter de reiterado y por Marta Isasi Barbieri, todos previsto en el artículo 3° en relación al artículo 1° y sancionados en el artículo 8°, todos de la ley 20.393”.

1.2. Decisión de condena

*La persona jurídica CORPESCA S.A. fue condenada penalmente por ser “responsable, acorde lo dispuesto en los artículos 1° y 3° de la Ley 20.393, en relación a los delitos de soborno, tipificados en el artículo 250 del Código Penal, perpetrados por su Gerente General Francisco Mujica Ortúzar, entre los años 2010 y 2013 en relación a los delitos de cohecho por los cuales resultaron condenados Jaime Orpis Bouchon y Marta Isasi Barbieri, desde la vigencia de la Ley 20.393; a la pena de **MULTA A BENEFICIO FISCAL DE 10.000 (DIEZ MIL) UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES** en su grado medio y a la accesoria de **PUBLICACIÓN DE UN EXTRACTO DE ESTA SENTENCIA, A SU COSTA, EN UN DIARIO DE CIRCULACIÓN NACIONAL**” (fs. 3550-3551).*

2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Para tener por acreditado el hecho que motiva la condena respecto de la empresa CORPESCA S.A., el tribunal efectuó un análisis detallado de los elementos que se requieren por la ley para tener por acreditada la responsabilidad penal de una empresa.

El fallo comienza haciendo una lata referencia hacia el origen de la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile: *“Previamente al análisis de la ley, cabe indicar, que a nivel global se desarrollaron, como instrumento de prevención, los sistemas o modelos de cumplimiento normativo (compliance), para afrontar los riesgos que causa la actividad empresarial dentro de su rol como agente en la sociedad y que con el desarrollo de ésta, cada vez más compleja, se traduce en la posibilidad de provocar daños, obligando al Estado como garante del bien común, a preocuparse de su regulación”.*

2.1. Sistema de autorregulación forzada

Se refiere en términos genéricos a los sistemas o modelos de cumplimiento normativo o compliance, señalando que nuestra normativa tiene un carácter de autorregulación regulada o normada, tratándose de un sistema mixto entre la regulación estatal absoluta y la autorregulación que pueden darse autónomamente las empresas. De esta manera, expresa: *“Los modelos teóricos de regulación, están dados por una parte, por un control máximo del Estado, quien debe establecer los modelos de prevención y control para cada empresa en particular, lo cual desde ya, adolece de la imposibilidad fáctica de concreción*

por las particularidades que presenta cada compañía y los recursos del Estado para ello; y por otro lado, está el mecanismo de autorregulación, en que, la propia empresa libremente fija sus normas para un buen gobierno corporativo, con el vicio o defecto que normalmente es un tema no prioritario frente a la gestión del tema económico.

Como en la mayoría de los casos, una mezcla de ambos mecanismos genera una mayor satisfacción del objeto, lo que termina en un sistema mixto de “autorregulación regulada o normada”, en donde es la propia empresa quien gestiona su modelo de comportamiento, pero es el Estado quien fija los fines exigidos y la fiscalización de los mismos, todo con el objeto de lograr un “buen gobierno corporativo” (good corporate governance) que se traduce en la elaboración de principios o códigos que establecen determinadas estándares en la dirección y supervisión de la empresa que deben implementarse para garantizar una administración ordenada y confiable. Debiendo el cumplimiento de tales principios estar radicada en una “persona funcionalmente independiente de la dirección de la empresa, lo que incide indiscutiblemente en la credibilidad de este sistema de control”. “García Cavero, Percy, Cuestiones Generales del Compliance, Criminal Compliance”, Colección jurídica, Facultad de Derecho-Universidad de Piura. Edic.2014.

Siguiendo al mismo autor, ya en los años 90, en los EE.UU –el país con más experiencia en este tema según Adán Nieto Martín– se le otorgó relevancia jurídico-penal a estos principios o códigos con las Federal Sentencing Guidelines, viniendo después una fuerte reacción legal a numerosos casos de fraudes cometidos por importantes compañías en dicho país; circunstancia que también fue homologada en Europa, abandonando la tradición europea continental de que el ente corporativo no es responsable legalmente (societas delinquere non potest) y estimando que el compliance ya no es un instrumento que da solo valor a la empresa, sino que también es un criterio de determinación en la responsabilidad jurídica, por cuanto, es un mecanismo interno de supervisión cuyo fin es asegurar la observancia de la ley, a través de la prevención de conductas delictivas y reafirmando la cultura del derecho (de apego a la norma).

Así las cosas, este sistema de “autorregulación normada” es el que estableció la Ley 20.393, por cuanto, es el mismo ente empresarial quien establece un modelo de cumplimiento normativo que fije las reglas que lo guiarán, pero conteniendo a lo menos, las orientaciones que establece el artículo 4° de dicha ley”⁴.

Este análisis efectuado por el tribunal, si bien se basa en la doctrina citada de GARCÍA CAVERO y NIETO MARTÍN, también encuentra eco en autores nacionales, quienes también han señalado que el sistema chileno “ha adoptado la forma conocida como autorregulación forzada (enforced-self-regulation), lo que impone a las empresas en cuyo seno se produce actividad de riesgo de comisión de delitos, organizarse y regularse de modo que compensen ese riesgo contribuyendo a la prevención de delitos y su detección oportuna”⁵.

4 Considerando vigesimoséptimo, págs. 2674 y sgtes.

5 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Modelos de Prevención de Delitos en la Empresa*. 1ª edición, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2012, p. 3, citando a HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor en su texto “La Introducción de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas” [en línea]. En: Revista Política Criminal, Vol. 5, N° 9, julio 2010, p. 218. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v5n9/art05.pdf>

Para el profesor JUAN IGNACIO PIÑA, se habla de autorregulación forzada pues, a pesar de la forma de redacción del artículo 4 de la ley (que permite la afirmación de que el diseño e implementación de estos modelos es meramente facultativo), la contingencia que genera no contar con ellos lo constituye en una exigencia de facto⁶.

Por su parte, NAVAS y BALMACEDA destacan la importancia preponderante que posee para el legislador el mecanismo del Modelo de Prevención de Delitos, dando cuenta de una orientación político criminal que tiende a la cooperación entre los entes empresariales y el Estado, puesto que no se busca únicamente la represión de la persona jurídica, sino que esta se integre como un mecanismo eficiente para el control y prevención de riesgos típicamente relevantes⁷.

Otra aproximación distinta, desde la perspectiva del objetivo de la legislación, en relación con el sistema de autorregulación forzada, la proporciona ARTAZA, quien sostiene que *“en términos simples, esto significa que para fomentar el cumplimiento de ciertas normas de comportamiento no bastaría el mensaje dirigido exclusivamente a los individuos que integran una organización, ya que frente al conflicto entre tener que cumplir con el ordenamiento jurídico o satisfacer las directrices o reglas de conducta que provienen de la empresa, terminarían optando por las segundas, en desmedro de las primeras. Como resulta evidente, tal efecto perjudicial puede ser anulado en la medida que la organización presente reglas de conducta consistentes con el ordenamiento jurídico, evitando así el conflicto”*⁸.

2.2. Introducción de la responsabilidad penal corporativa en Chile

A continuación, el fallo hace una referencia a cómo la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, se inserta dentro de una tendencia internacional, y especialmente obedece a exigencias para ingresar a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), citando varios pasajes del mensaje de la Ley N° 20.393. Así, el fallo se pronuncia de la siguiente manera:

“En efecto, nuestra legislación sobre la Responsabilidad de las Personas Jurídicas fue innovadora en nuestro continente, citada por los autores en el derecho comparado, ya que fuera de E.E.U.U y Europa, Chile junto a Australia es uno de los países que implementó en su propia ley los puntos que debe contener –como mínimos– un sistema de cumplimiento; circunstancia que desde antemano se agradece por las juzgadoras, ya que la ley permite guías (guidelines) en la evaluación que deberá realizar al momento de ponderar las conductas del ente jurídico sometido a su juzgamiento, evitando aquellas fórmulas generales utilizadas por otras legislaciones, quizás más avanzadas y de ahí la sofisticación –como en el caso de Austria– pero que claramente para quienes se inician en este camino no facilitan la subsunción del factum a la norma.

6 PIÑA, ob. cit., p. 3.

7 NAVAS MONDACA, Iván y BALMACEDA HOYOS, Gustavo. *El criminal compliance en el Derecho Comparado*. Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2019, p. 72.

8 ARTAZA VARELA, Osvaldo. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Santiago, DER Ediciones, 2021, p. 39.

Como indica toda la literatura al respecto, la ley 20.393 sobre la responsabilidad penal de la personas jurídicas, entró en vigencia en nuestro país, el 02 de diciembre de 2009, como exigencia de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), por cuanto se había tomado conciencia de la “mayor relevancia cuando los bienes jurídicos colectivos que se protegen se ven afectados por personas jurídicas que actúan como agentes delictuales, lo que produce un impacto social profundo, frecuentemente mayor al que resulta del actuar de personas naturales”.

“En el derecho comparado se observa una clara tendencia, tanto doctrinaria como normativa, hacia la consagración de la responsabilidad de las personas jurídicas derivada de la comisión de determinados delitos. En este sentido, los países desarrollados han llegado al convencimiento en cuanto a la necesidad de responsabilizar, a nivel legal, a las personas jurídicas por hechos que producen un daño significativo a los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad”.

“En lo referido a la responsabilidad de las personas jurídicas, la Convención impone a los Estados la obligación de sancionar a las personas jurídicas que intervienen en el delito de cohecho a funcionario público extranjero en transacciones internacionales. Lo anterior, por cuanto los principales delitos en los cuales se ven involucradas las personas jurídicas, dicen relación con la corrupción a los funcionarios públicos, lo que produce un impacto social profundo, usualmente superior al que resulta del actuar de personas naturales. Para cumplir con dicho objetivo, los Estados Parte deben tomar las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, con la finalidad que se encuentren sujetas a sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas. En la actualidad, la OCDE solicita a los Estados Parte que establezcan la responsabilidad de las personas jurídicas como la medida más eficaz y uniforme para combatir el delito.” (Todos fragmentos del Mensaje de la Historia de la Ley 20.393)”.

2.3. Sistemas de prevención de delitos

Luego de hacer una referencia a la introducción de la responsabilidad penal corporativa en Chile, el fallo entra de lleno en uno de los aspectos centrales del modelo que corresponde a la institución de los modelos de prevención de delitos y a la conducta específica que la ley imputa a las personas jurídicas como responsable de la comisión de delitos por parte de las personas naturales, consagrando también la independencia de responsabilidades entre los individuos y los entes corporativos, señalando:

“De esta manera, una vez dictada la ley 20.393, se le exigió en nuestro país a las personas jurídicas, implementar, entre otras, medidas para la prevención de delitos, detección y el control sobre ellas, haciendo que el modelo de cumplimiento (compliance) tomara una faz de relevancia jurídico penal, es decir ya no sólo se le pide a la empresa buenas prácticas corporativas consistente en cumplimientos de temas laborales, sindicales, de seguridad social, de protección de la información etc., sino del cumplimiento de normas cuya infracción constituyen ilícitos penales, ya que, son conductas de tal entidad, que repercuten gravemente en la sociedad, razón que llevó en un inicio a establecer un número básico o cerrado de delitos (actualmente son más), cuyos bienes jurídicos fueron considerados superlativamente dignos de protección, tales como lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y cohecho a funcionario nacional y extranjero.

Ahora, si bien en la actualidad la ley contempla un mayor número de delitos, se estimó con su entrada en vigencia, que tales conductas eran demostrativas de cuán vulneratorias podían ser, ya que todas en común tienen como desvalor, la plausibilidad de violentar la institucionalidad, la paz social y el Estado Democrático de Derecho.

A fin de evitar incurrir en esas conductas, es que nuestra ley 20.393, les “pidió” a las empresas que se autorregularan y se auto fijaran normas éticas y de conducta tanto en su gobierno corporativo como al interior de la empresa, pero no en un sentido moralista – el cual pudiere confundirse– sino en una línea de seguimiento de guías que implicaren un simple apego a la legalidad, lo cual, como se ha visto en el derecho comparado, empieza por crear “un ambiente, contexto o cultura” por parte de la dirección del ente jurídico de imbuir o “empapar” a la empresa, de que resulta beneficioso tanto para los trabajadores como para la propia organización de evitar ciertas conductas que pudieren terminar en delitos con las indeseables consecuencias para todos.

De esta forma, a fin de prevenir y detectar ilícitos penales es que se crearon los sistemas o modelos de cumplimiento normativo referido a las normas penales, en concepto del autor Percy Cavero García es “un conjunto de medidas necesarias y permitidas para evitar que los miembros de la empresa cometan delitos en el ámbito empresarial, descubrir su realización y eventualmente sancionarlos internamente.” (antes citado en Criminal Compliance).

Estos sistemas de cumplimiento, son normas autogeneradas por la persona jurídica, destinadas a prevenir la comisión de ilícitos, y de existir éstos, orientadas a detectarlos y sancionarlos; aunque dejando en claro que la solución legislativa, no significa que el fundamento de la culpabilidad, es que exista o no un sistema de cumplimiento normativo, por cuanto, aun de no existir, igualmente no hay responsabilidad, si se adoptaron por la empresa, otras medidas o mecanismos para evitar la realización de los tipos penales.

En efecto, lo que se reprocha penalmente a la persona jurídica, más que un hecho en particular o no tener un Modelo de Prevención de Delitos, es no haberse organizado en cuanto a prevenir conductas ilícitas, de manera que se le culpabiliza por un estado de cosas u organización defectuosa. Esta administración defectuosa o “defecto de organización”, es el concepto aceptado por la mayoría de la doctrina nacional y en el derecho comparado para fundamentar la Responsabilidad de las Personas Jurídicas.

Dentro de los sistemas legislativos de la Responsabilidad de Personas Jurídicas, y a pesar de lo que da a entender el artículo 5° de la ley 20.393 que señala que la persona jurídica tiene una responsabilidad autónoma, es decir, ajena a la responsabilidad de la persona natural, lo cierto es que la mentada ley –como antes de advirtió– adoptó un sistema mixto o atenuado de responsabilidad derivada, el cual exige, además de la conexión entre el individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, requiere que la persona jurídica haya contribuido al hecho por la vía de haberse organizado de un modo que favorece, o en todo caso, no impide ni dificulta la realización de este tipo de hechos, esto es, la llamada responsabilidad por “defecto de organización”. (Hernández Basualto, Héctor, citando a su vez a Tiedemann, Klaus en “La introducción de la Responsabilidad de Personas Jurídicas en Chile, Política criminal.v.5.n.9, Santiago, jul. 2010)”.

Al hacer referencia a la responsabilidad penal autónoma, consagrada en el artículo 5 de la Ley N° 20.393, tiene presente la consagración de un modelo mixto o atenuado, enfocando el reproche penal a la persona jurídica no en la comisión de un delito en particular, ni la carencia de un modelo de prevención, sino que la responsabiliza por el defecto de organización en cuanto a la prevención de un ilícito. Como lo señala ARTAZA, la persona jurídica responde por el hecho del integrante, pero se introduce un criterio que impide la responsabilidad en todo caso, por ende, no responde en caso de que se haya organizado correctamente y no le resulte exigible haber adoptado mayores medidas para la prevención del delito corporativo⁹.

2.4. Requisitos mínimos de un modelo de prevención

El fallo continúa haciendo referencia a los requisitos que establece la ley como mínimos para un modelo de prevención, consagrando este elemento como un aspecto central dentro de la normativa por responsabilidad penal corporativa, haciendo nuevamente referencia al modelo por defecto de organización, enumerando los presupuestos de imputación penal que exige la ley y reconociendo la necesidad de conexión entre el ilícito cometido por la persona natural y la responsabilidad de la empresa por defecto de organización:

“Dicho lo anterior, nuestra ley se aplica a todas las personas jurídicas, privadas y empresas del Estado, estableciendo en su artículo 3° los requisitos para incurrir en este tipo de responsabilidad:

- 1) *Que el delito sea cometido por las personas naturales que indica la ley: los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión en la persona jurídica; e incluso por aquellos que estén bajo la dirección o supervisión directa de los antes mencionados.*
- 2) *Que el delito haya sido cometido, directa e inmediatamente en el interés de la persona jurídica o en su provecho, ya que, exonera de responsabilidad a la persona jurídica, si las personas mencionadas en el N° 1) cometen el delito en ventaja propia o a favor de un tercero.*
- 3) *Que la comisión sea consecuencia del incumplimiento por parte del ente corporativo, de los deberes de dirección y supervisión.*

Así para ser la persona jurídica objeto de reproche penal, debe existir una cierta conexión con el ilícito cometido por la persona natural, pero además, su responsabilidad también se funda en el hecho de no haberse organizado debidamente, al incumplir sus deberes de dirección y supervisión”¹⁰.

⁹ ARTAZA, ob. cit., p. 71.

¹⁰ Fs. 3.324 y siguientes.

2.5. Eficacia del modelo de prevención

En el considerando vigesimooctavo, el fallo se hace cargo de las alegaciones de la defensa y las va desechando una por una, estimando que no obstante haber existido un modelo de prevención de delitos, este no se encontraba debidamente implementado y carecía de eficacia. Asimismo, se refiere a la alegación de la defensa, en cuanto a que la eficacia del modelo no es una exigencia del tipo penal. Así lo plasma el Tribunal en su fallo:

“Por otro lado, como se señaló precedentemente, el Ministerio Público no modificó los hechos probados en relación a la acusación, si bien se probaron más elementos que los descritos en cuanto al “defecto de organización” de la empresa, que permitió una convicción absoluta por el estrado de mayoría, el factum cumplió al referirse al carácter formal o de papel del Modelo de Prevención de Delitos, a la falta de eficacia del mismo, al rol falto de autonomía e independencia que cumplió el Encargado de Prevención Jaime Ortiz Carrasco y a la falta de difusión o de internalización del programa de cumplimiento que se estableció por parte del componente humano de la empresa.

En cuanto al argumento de que la ley 20.393 no exige eficacia del Modelo de Prevención de Delitos, el estrado mayoría estima que la defensa yerra absolutamente en dicha apreciación, ya que si bien la ley no utiliza el término solicitado, el artículo 4° de aquella, pide que el programa de cumplimiento contenga a lo menos los requisitos señalados en el mismo para estimar que se han cumplido con los deberes de dirección y supervisión, con lo cual da a entender que la idoneidad o eficacia, es decir, la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera” (RAE) se cumple con las exigencias de la norma respecto de un programa de cumplimiento, sumado a todos los razonamientos explicitados por la doctrina y que fueron analizados previamente”.

2.6. Eximente de responsabilidad del artículo 10 N° 12 del Código Penal

De la misma manera se descarta la alegación en cuanto a la inexigibilidad del cumplimiento conforme al artículo 10 N° 12 del Código Penal, en cuanto que estarían exentos de responsabilidad penal quienes incurrieren en alguna omisión, hallándose impedidos por causa legítima o insuperable. Lo anterior, fundamentado en que la Ley N° 20.393 habría sido dictada poco tiempo antes de la comisión de las conductas imputadas. En este caso, el tribunal acertadamente determina que dicha eximente de responsabilidad no le sería aplicable, especialmente por cuanto hubo un período de a lo menos 3 años desde la dictación de la Ley N° 20.393, en el cual no hubo cumplimiento de sus obligaciones por parte de la empresa CORPESCA S.A., y aunque no ahonda mucho en el tema, hace referencia a la discusión que podría existir en cuanto a la procedencia de eximentes de responsabilidad del Código Penal, respecto de las personas jurídicas. Así lo plantea el fallo:

“El argüir que la ley estaba recién dictada y por ende, le era inexigible su cumplimiento, de acuerdo al artículo 10 N° 12 del Código Penal, como fue alegado por la defensa, y más allá de la discusión respecto de si esta norma resulta aplicable a la persona jurídica por reenvío del artículo 1° de la ley 20.393 al Libro I del citado texto, en cuanto a su naturaleza jurídica, es decir, como ente ficticio y no de una persona natural donde claramente no le

sería atribuible algunas eximentes, como la de locura o demencia de acuerdo al numeral primero del artículo 10; lo cierto es que se desestimará dicha alegación fundamentalmente porque el análisis jurídico sobre el cumplimiento de la ley 20.393, se hizo por este Tribunal de mayoría, no sólo en un estadio inicial al año 2010, sino que a fines del año 2011 (3 de noviembre) y a mediados y a fines del año 2012, donde según los ejecutivos Raúl Feliú y Jaime Ortiz Carrasco bajo su concepto se encontraba implementado el Modelo de Prevención de Delitos, circunstancia que se acreditó por el contrario, y por ende, existía un modelo carente de eficacia, atendida todas las debilidades y fallas que se razonaron precedentemente, sobretodo porque aquél, no fue comunicado globalmente a todos los ejecutivos y trabajadores de la empresa, circunstancia que está descrita específicamente en el libelo, al no haberse realizado capacitaciones de la ley 20.393 sino hasta después de la renuncia del gerente general Francisco Mujica Ortúzar, resultando por tanto dicho argumento absolutamente improcedente, ya que no se dio cumplimiento a la ley al principio como tampoco a tres años de dictada la misma”.

2.7. Descripción de los hechos

Por otra parte, resulta muy interesante lo resuelto por el tribunal en cuanto a la descripción de los hechos, puesto que el Ministerio Público hizo referencia a una cultura corporativa que no habría sido descrita en la acusación, lo cual fue cuestionado por la defensa, resolviendo en definitiva que dicha objeción era improcedente *“ya que la cultura organizacional es el valor detrás de la imposición de la norma sobre responsabilidad de la persona jurídica, siendo inaudito que exigiera en el libelo la mención del bien jurídico afectado, ya que son aspectos técnicos jurídicos que se vuelcan en la ponderación de los hechos, que sí deben estar establecidos de manera que puedan ser entendidos por el justiciable a fin de ejercer la debida defensa técnica, circunstancia que ocurrió con la descripción sucinta pero suficiente del factum acusatorio en contra de CORPESCA S.A.”.*

2.8. Relación de causalidad entre los delitos cometidos por la persona natural y la responsabilidad de la empresa

Respecto de la alegación por parte de la defensa, en cuanto a que no hubo causalidad entre los delitos de soborno cometidos por el Gerente General de CORPESCA y la responsabilidad de la empresa, el Tribunal estimó que dicha causalidad se encontraba acreditada, en cuanto a que se describieron los actos a cambio de los cuales se pagaron sobornos de parte de la empresa, recalcando que dichos pagos fueron por falta de ejercicio de los roles de dirección y supervisión, como lo planteara el Ministerio Público. Utiliza la misma argumentación para rechazar la alegación de la defensa, en cuanto a que no habría habido una imputación objetiva. Al respecto, el Tribunal se pronunció de la siguiente manera:

“También alegó la defensa de CORPESCA S.A que no hubo causalidad entre los delitos de soborno cometidos por Francisco Mujica Ortúzar y la responsabilidad de CORPESCA S.A, discrepando nuevamente de tal aseveración, ya que, si bien Francisco Mujica Ortúzar y el acusado Orpis Bouchon refirieron sólo reuniones, el tribunal determinó la existencia de un pacto en razón precisamente que después de las mismas hubo dineros regulares, mientras se realizaban las actuaciones funcionariales durante la presentación ante la Contraloría

General de la República y tramitación Boletín 7255-03 y la entrega de una suma de dinero regular por más de un año y medio, la cual se intensificó (casi 12 millones de pesos), cuando el proyecto de la Ley de Pesca, Boletín 8091-21 ingresó al Senado y requirió la actividad del encartado Orpis, la cual se realizó conforme se explicitó en el capítulo pertinente.

Por su parte, en el caso de Marta Isasi, fue más gráfico y evidente, porque el pacto se infiere, entre otras evidencias, del tenor de un correo electrónico donde contiene el acto funcional y además el monto del dinero solicitado.

Ahora, que estos delitos de soborno fueron cometidos por Francisco Mujica Ortúzar el gerente general de CORPESCA S.A, se debió precisamente a que no hubo control sobre él y el libelo es claro en señalar que se debió al incumplimiento del deber de dirección y supervisión de la persona jurídica, estableciendo la causalidad existente, la cual se acreditó, ya que de haber ejercido la correcta fiscalización de los procesos en los pagos de servicios, cual fue el medio para pagarle a los acusados Orpis e Isasi, no sólo por los entes directamente responsables o por el Encargado de Prevención, se habría prevenido o al menos detectado la comisión de los ilícitos.

En cuanto a la terminología también usada de la defensa de no existir imputación objetiva, se concluyó absolutamente lo contrario, estableciéndose paradigmáticamente riesgos identificados en la empresa, éstos precisamente se concretaron por esta falta de control respecto del cual no hubo ninguna voluntad de ejercer, precisamente por tratarse del gerente general quien los ejecutó”.

2.9. Determinación de la pena

En relación con la determinación de la pena, el Ministerio Público solicitó que se considerara la comisión de delitos reiterados, de acuerdo con el artículo 351 del Código Penal, y asimismo, le reconoció a la empresa CORPESCA S.A. la atenuante del artículo 6 N° 2 de la Ley N° 20.393.

Por su parte, la empresa solicitó que se desechara la reiteración de delitos, que se declarara la media prescripción a su favor y, además, que se le reconocieran las atenuantes del artículo 6 N° 1 y N° 3 de la Ley N° 20.393, y la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal.

a) Reiteración de delitos

El Tribunal, al resolver, en relación con la solicitud de reiteración de delitos, estimó que “si bien existieron dos delitos de soborno acreditados, por su naturaleza, la responsabilidad de la persona jurídica ha de entenderse como una sola, desde que lo que se reprocha es que, como consecuencia de su incumplimiento en los deberes de dirección y supervisión, se permitió la concreción de aquellos ilícitos, por lo que no se está frente a una conducta reiterada, sin perjuicio que para los efectos de determinar la cuantía de la o las penas a aplicar, se tomará en cuenta la existencia de dos sobornos”.

b) Media prescripción

Luego, respecto de la media prescripción alegada por la Defensa de la empresa, atendido que su formalización ocurrió el 3 de octubre de 2016 y el último de los delitos de cohecho

fue en meses anteriores a julio 2012, cabe hacer presente que el Ministerio Público estimó que no procedía, atendido a que no estaba expresamente contemplada en la Ley N° 20.393, por una parte, y por la otra se hizo referencia a la interposición de querellas que habrían suspendido la prescripción. No obstante, el tribunal fue de un parecer diferente, señalando:

“...que la institución de la media prescripción no está tratada expresamente en la ley 20.393, por lo que en rigor, para ese aspecto rige el artículo 1° de dicho cuerpo legal que reenvía a la aplicación de las normas del Código Penal, en aquellos aspectos no previstos en esta Ley y en ese sentido, el artículo 103 resulta del todo aplicable. Por otro lado, la misma Ley 20.393, reconoce que se aplican a las personas jurídicas las causales de extinción de responsabilidad penal del artículo 93 del Código Penal, entre ellas la prescripción de la acción penal, por ende en una interpretación analógica in bonam partem, con mayor razón puede aplicarse la media prescripción, que si bien no extingue la responsabilidad, sí la atenúa.

Ahora bien, para estos efectos, debe tenerse en cuenta, que en lo que a CORPESCA se refiere, para establecer si existe o no la media prescripción solicitada, debe estarse a la fecha de los hechos –último de ellos anteriores a julio de 2012– en relación a su formalización, –que de acuerdo se razonó en el caso de Isasi Barbieri es el acto que produce la interrupción de la misma– y esto más allá de las formalizaciones hechas a quienes recibieron los sobornos, porque si bien en ellas estaba mencionada CORPESCA como sobornante, para los efectos del artículo 233 del Código Procesal Penal, es necesario que la formalización se dirija en contra de la persona determinada que la alega, en este caso la persona jurídica imputada, sin que existan razones de texto que lleven a entender que por esas formalizaciones previas, el plazo que atañe a CORPESCA pudo verse interrumpido, máxime si la investigación, como señala el certificado ya citado previamente, solo se amplió a esta acusada el 23 de julio de 2016. Si el persecutor no formalizó antes a la persona jurídica, los efectos perniciosos de ello, solo pueden ceder en favor de ésta, sobre todo si, desde un principio en la investigación, la empresa señalada como la sobornante era justamente CORPESCA, desde que el inicio de esta causa se debió al reportaje de CIPER, sobre los dichos de Georgio Carrillo en orden a que Marta Isasi habría recibido dineros por parte de esta empresa y que derivó incluso en la incorporación, como prueba de cargo, del audio de la entrevista en que la periodista Mónica González requirió directamente información a este respecto a Francisco Mujica, en su calidad de gerente general de CORPESCA incorporada como otros medios de prueba N° 9”.

De lo anterior se desprende que el tribunal exige que, para efectos de suspensión de la prescripción (aunque el fallo hace referencia a la interrupción de la misma) se requiere que el procedimiento se dirija en contra de la persona jurídica en forma específica, no bastando que lo sea en contra de las personas naturales por los delitos base de responsabilidad, como lo es el soborno en este caso, sin perjuicio de dar por establecido que la institución es procedente para el caso de las personas jurídicas.

c) Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal

Continúa el tribunal haciéndose caso de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

En cuanto a la atenuante genérica del artículo 11 N° 6 del Código Penal, la desecha por no estar especialmente contemplada en la normativa de la Ley N° 20.393, expresándolo de la siguiente manera:

“En lo que dice relación a la irreprochable conducta anterior, ella no será acogida, desde que la remisión que el artículo 1° de la Ley 20.393 hace a las normas del Código Penal, se limitan a aquellas materias en que la ley mencionada no se pronuncie y en este caso el artículo 6° de dicho cuerpo normativo establece expresamente las atenuantes que se reconocen por ella, como también las agravantes, es decir existe una norma especial que debe primar por sobre la general. Sobre este mismo punto, en una interpretación lógica de la ley, si se estableció expresamente la reincidencia como agravante, de haber querido el legislador establecer la irreprochable conducta como una atenuante, lo habría señalado de la misma forma, cosa que como ya se explicó, no ocurre”.

d) Atenuante del artículo 6 N° 3 de la Ley N° 20.393

Luego, en lo que se refiere a la atenuante del artículo 6 N° 3 de la Ley N° 20.393, el tribunal la acogió, estimando que se había logrado acreditar su configuración. De esta manera, el tribunal dispuso:

“Ahora bien, pasando al fondo del asunto, cabe señalar que se presentó como abono a esta petición, una serie de documentos que dan cuenta de las diversas actuaciones que la empresa llevo a cabo en pos de mejorar su cultura corporativa, en se sentido se hizo un cambio profundo al procedimiento de pago de boletas por servicios a honorarios, lo cual además fue declarado por algunos de los ejecutivos de la empresa, existió la creación, por parte del Directorio, en el año 2015, de un Comité de Auditoría y Gestión de Riesgos, en el que de acuerdo a la documental acompañada, cada tres meses se da cuenta de los puntos relevantes por parte del encargado de prevención de delitos, de las actividades de difusión que se han llevado a cabo, de los aspectos a mejorar y la forma en que se hará. Además se acompañaron las certificaciones respectivas del Modelo de Prevención siendo la última otorgada hasta febrero de 2021. Así también se dio cuenta de un informe acerca del Modelo de Prevención de CORPESCA y su cumplimiento, todo ello referido ya en la consideración anterior.

De este modo, aparece que efectivamente CORPESCA S.A. ha llevado a cabo, con anterioridad al inicio de este juicio, acciones positivas en orden a impedir que puedan volver a cometerse delitos de aquellos por los cuales fue condenada, por lo que la atenuante será acogida”.

e) Extensión del mal causado

Finalmente, es interesante destacar que el tribunal tuvo en consideración el monto de los sobornos pagados, el hecho de que se pagaran a parlamentarios y el monto de las transacciones de la empresa, descartando para efectos de determinación de la pena de multa el hecho de haber hecho esfuerzos en torno a evitar la comisión de nuevos delitos por parte de la empresa. Esta es la forma de calcular la pena por parte del Tribunal:

“En este entendido el Tribunal impondrá la de multa y para determinar su monto, teniendo en consideración las reglas a las que alude el artículo 17 de dicho cuerpo legal, considerando especialmente que, si bien ha avanzado en fortalecer los procedimientos

internos para evitar la comisión de nuevos delitos como el de marras y no aparece con algún incumplimiento a la normativa que la rige, lo cierto es que se entregaron por concepto de sobornos más de \$200.000.000, a dos parlamentarios, a uno de ellos por un lapso prolongado en el tiempo, de parte de una de las empresas pesqueras más grandes del país, con ingresos altos en razón de sus actividades según se pudo observar de la Documental N° 1101 letra A) (acompañada a través de la Documental N° 1101), en que en su página 7 señala que “...sobre la base de información del año 2015, se estima que las transacciones asociadas a CORPESCA S.A. y sus filiales y coligadas, en US\$ 250 millones anuales que quedarían en la zona Norte...”, refiriendo más adelante en su página 19, el total de trabajadores que asciende a 1.717, en su página 54 indica que dentro de la zona norte CORPESCA S.A produce entorno al 83% de la harina de pescado, agregando que dentro del valor de las exportaciones del país originadas en el sector pesca y acuicultura, la harina y aceite de pescado representan aproximadamente el 10% de retornos de divisas, alcanzando los USD 586 millones. Además de la misma testifical se acreditó que la empresa cuenta con varias plantas productivas, además de su sede en Santiago, y por ello es que se impondrá la multa en su grado medio, por una suma de 10.000 UTM. Asimismo se impondrá la accesoria de publicación de un extracto de la sentencia en un diario de circulación nacional, a su costa, de acuerdo al artículo 13 de la Ley 20.393”.

2.10. Voto de minoría

Como se mencionó al inicio, la sentencia condenatoria fue pronunciada por la mayoría del tribunal, existiendo un voto absolutorio disidente por parte de la magistrada Doris Ocampo¹¹. Esta disidencia, eminentemente estuvo por absolver a la empresa, pues estimó que la acusación del Ministerio Público no contenía una descripción específica respecto de la imputación central, esto es, la falla en el ejercicio de los deberes de dirección y supervisión.

Asimismo, consideró que no se cumplía la exigencia descriptiva en cuanto a los delitos de soborno, al hacer solamente una referencia a los capítulos referidos a los delitos de cohecho por parte de los funcionarios públicos, sin que hubiese referencia a la imputación del gerente general de la empresa, quien ya había sido condenado en un procedimiento distinto, respecto del cual no se acompañó prueba alguna, a excepción de la declaración del referido gerente, en calidad de testigo. De esta manera, fue desestimando cada uno de los elementos de la imputación, discrepando de lo resuelto por el voto de mayoría, que fue analizado precedentemente:

“Quinto: Por último, en lo que cabe a la acusada CORPESCA S.A. esta magistrada también disiente del parecer de mayoría en orden a su condena, estimando procedente absolverla.

Lo anterior considerando primeramente que la acusación, en lo formal carece del contenido fáctico suficiente a los efectos de efectuar su subsunción en el contenido normativo del artículo 3° de la Ley 20.393.

En efecto, básicamente la imputación, en relación a lo nuclear de la figura lesiva, se limita a un referido conceptual, sin contenido material, iterando el del tipo penal, resultándole vedado

¹¹ Fs. 3,582 y sgtes.

al Tribunal suplir dicha falencia, atento el principio de congruencia que imperativamente debe acatar.

Acorde el artículo 1° de la Ley 20.393 que “Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que Indica”, aludiendo en lo específico de este último a los artículos 250 y 251 del Código Penal, siendo el primero, soborno, acorde la imputación el perpetrado reiteradamente por el Gerente General de la empresa, Francisco Mujica O, la acusación se limita a reiterar las actuaciones que describe en el capítulo de cohecho respecto de J. Orpis y M. Isasi, a partir de la vigencia de la ley en cuestión, que fuera publicada el 2 de diciembre de 2009.

Escenario el anterior que forma un paquete de actuaciones atribuidas a F. Mujica como sobornos, sujeto que compareció en este juicio como testigo y que si bien informó haber sido condenado en procedimiento abreviado, el tenor de tal resolución y la particularidad de las imputaciones no se introdujeron en el presente pleito, de aquí que se ignora exactamente todo lo relacionado al contenido condenatorio respecto de su persona, así como la posible desestimación de hechos a su respecto, por ende no resulta del caso presumir que efectivamente por el delito de cohecho por el que resultara condenado Orpis –atenta la vigencia de la ley en comento– y por el único en que resultó sancionada Isasi también se hubiera condenado a F. Mujica.

Luego, en cuanto al contenido normativo preciso en el que se encuadra o debería encuadrarse la imputación cuyo sustento es el soborno reiterado cometido por el gerente general de la empresa, el cuadro es más funesto; en primer término el contenido lesivo, artículo 3°; exige refiriéndose a la persona jurídica, que las acciones descritas e imputadas, “fueren ejecutadas directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión”.

Por su parte la acusación lo que refiere es que las acciones constitutivas de delito de soborno, descritas, fueron ejecutadas “directa e inmediatamente en interés y provecho de la empresa CORPESCA S.A.”; sin precisar, respecto de cada una de las acciones, dicho exigido en términos financieros numéricos, ventajosos, de prestigio o de competencia, esto es, el entendido directo e inmediato requerido por el tipo legal, limitándose a generalidades exentas de contenido específico, sin traducir el provecho en un valor concreto o significación material precisa.

Seguidamente, alude la acusación a que: “las conductas descritas y desplegadas por el gerente general de la empresa CORPESCA S.A. fueron consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica imputada de los deberes de dirección y supervisión”, cuestión que tampoco concreta en términos de un entendimiento material, no hay descripción, y a lo que se alude es al no establecimiento de un sistema de prevención de este tipo de delitos a la fecha de comisión de los mismos, como tampoco haber establecido ningún tipo de modelo de organización, administración y supervisión, en conformidad al artículo 4° de la Ley 20.393.

Cuestión la anterior que no exonera al acusador de plasmar concretamente en su imputación los incumplimientos de los deberes aludidos, toda vez que tales incumplimientos no pueden deducirse o suponerse del solo hecho de no haberse implementado un modelo de prevención por cuanto ello no resulta obligatorio; así lo explican los Profesores Navas y Jaar, a saber: “De acuerdo con la regulación chilena, el cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión viene dado por el hecho de que la persona jurídica haya implementado con anterioridad a la comisión del delito por parte de la persona física un modelo de prevención con las características que exige su artículo 4. Sin embargo, el cumplimiento de los deberes de la empresa se puede llevar a cabo de otro modo distinto a como lo exige la ley, pues en el artículo 4 se regula una forma de dar cumplimiento a los deberes de dirección y supervisión. En otras palabras, no es obligatorio asumir un modelo de prevención como el señalado por la ley en el artículo 4, al menos dicho modelo es facultativo pero no obligatorio para las personas jurídicas que pretenden cumplir con sus deberes de dirección y supervisión. De lo contrario condenar a una persona jurídica por no tener el modelo de prevención que se desprende de los requisitos previstos en la Ley 20.393 implica una presunción de responsabilidad que, en un derecho penal del hecho, no tiene cabida.” (Navas Mondaca Iván, Jaar Labarca Antonia; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”. Polit. Crim. Vol.13 no.26, Santiago dec. 2018).

Por último, la acusación alude a un aspecto subjetivo que va más allá de lo dogmático, en cuanto determina que: “En consecuencia, CORPESCA S.A. no solo no adoptó, implementó, administró ni supervisó un programa de prevención de delitos, sino que además no tuvo la voluntad real de hacerlo...”

Es decir, en lo que nos ocupa, la acusación se limita a un enunciado normativo carente de concreción fáctica que otorgue sustento a la decisión de la judicatura; se ha explayado esta Juez en el apartado anterior en relación al deber de congruencia a que se encuentra sujeto el estrado, de aquí que sin iterar los fundamentos allí expuestos, solo le cabe asentar que no le corresponde al Tribunal rellenar, otorgar contenido, explicitar, los hechos o circunstancias que estructuran el marco punitivo y que otorgan consistencia al encuadre normativo, –de tal manera de subsumir hechos no descritos en la acusación en el marco del injusto de que se trata–, insertando y por ende asumiendo en definitiva la labor y el deber que le compete a los acusadores en orden a lo dispuesto en el artículo 259 letra b del Código Procesal Penal, desatendiendo con ello lo preceptuado en el artículo 341 de la legislación en mención, de allí que frente a esta situación de anómala acusación no cabe sino determinar la absolución.

Finalmente y en relación al fondo, habiendo esta Juez desestimado los cargos impetrados contra M. Isasi y J. Orpis relativos a los delitos de cohecho, inconcuso resulta que carece del sustento necesario para determinar la existencia de los delitos de soborno, en este caso, correlativos, supuestamente cometidos por el gerente general de CORPESCA S.A. y por tanto la responsabilidad penal de tal compañía, por lo que asimismo por este rubro su decisión es también, contra la mayoría, absolutoria”.

Este voto disidente manifiesta una apreciación bastante estricta en cuanto a la descripción fáctica por parte de la acusación, de la cual se desprende todo el fundamento del mismo, señalando que dicha descripción carece de contenido material y se “limita a un referido conceptual iterando el del tipo penal”.

Creemos que el voto disidente es errado, por cuanto la acusación consigna, a nuestro juicio, los argumentos suficientes para entender que la conducta se concretó conforme a los requisitos establecidos por la Ley N° 20.393.

En efecto, la acusación contenida en el auto de apertura, y reproducida en la sentencia comentada, establece, luego de hacer una detallada descripción de las conductas desplegadas por el gerente general de la empresa, Francisco Mujica, en cuanto al pago de sobornos al Senador Jaime Orpis que *“Las acciones constitutivas de delito de soborno, descritas precedentemente en relación al Senador Orpis y la Diputada Isasi, fueron ejecutadas directa e inmediatamente en interés y provecho de la empresa CORPESCA S.A., como se señaló detalladamente en forma precedente, por cuanto su Gerente General, Francisco Mujica Ortúzar, financiaba permanentemente a los parlamentarios aludidos, quienes transmitían y favorecían los intereses de esta empresa al momento de emitir sus opiniones y sus votos en el Congreso, en relación con leyes del sector pesquero que le afectaban o podían afectarle. En efecto, el mencionado gerente general de CORPESCA S.A. instruía a ambos parlamentarios acerca de cómo votar en cada tema relacionado con el sector pesquero, cuáles indicaciones aprobar y rechazar, y los límites de lo mínimo y lo máximo que le convenía a la empresa en cada caso, permitiendo así que la empresa continuara beneficiándose de una situación privilegiada en cuanto a cuotas de captura, licencias y licitaciones en relación con los recursos pesqueros. Las conductas descritas y desplegadas por el Gerente General de la empresa CORPESCA S.A. fueron consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica imputada, de los deberes de dirección y supervisión, por no haber establecido un sistema de prevención de este tipo de delitos a la fecha de comisión de los mismos, como tampoco haber establecido ningún tipo de modelo de organización, administración y supervisión, en conformidad al art. 4° de la Ley N° 20.393.*

Ello es así, pues a la fecha de comisión de los delitos de soborno señalados, si bien la empresa CORPESCA S.A. contrató el diseño de un modelo o programa de prevención de delitos con la empresa Deloitte, el cual fue aprobado a fines del año 2011, éste no estaba implementado a la fecha de la ocurrencia de los hechos. En efecto, el modelo de prevención de delitos no se dio a conocer adecuadamente por CORPESCA S.A. a sus trabajadores, a quienes no se les capacitó sobre el mismo, sino solo hasta el año 2014, y aún más, el propio Gerente General de la empresa, Francisco Mujica Ortúzar, ignoraba la existencia de un modelo de prevención de delitos y del cargo de Encargado de Prevención. Tampoco se modificaron los contratos de trabajo de los empleados y ejecutivos de la empresa sino hasta después de mayo de 2013, adecuándolos a las nuevas disposiciones legales”¹².

De esta manera, la acusación se refiere a todos los elementos normativos de los presupuestos de imputación requeridos por la Ley N° 20.393 para hacer penalmente responsable a una persona jurídica, señalando cómo se benefició a la empresa y cómo se infringieron los deberes de dirección y supervisión al no implementar un modelo, en un principio, y luego, más adelante, implementar uno de carácter deficiente. Más aún, se hace expresa referencia a la falta de capacitación de los empleados de la empresa

¹² Fs. 123.

y a la ignorancia por parte del Gerente General de la misma en relación con el modelo de prevención. Todas esas imputaciones fueron posteriormente probadas en el juicio acompañadas de abundante prueba que la avalaba.

Consecuentemente, estimamos que el voto disidente es errado por cuanto los fundamentos planteados no se condicen con el contenido de la acusación y las probanzas que se evidenciaron en el juicio.

3. CONCLUSIONES

El fallo analizado constituye el primer pronunciamiento jurisdiccional que analiza en gran extensión la responsabilidad penal de las personas jurídicas, generando un precedente judicial que será de mucha utilidad para casos futuros. El fallo hace referencia a la génesis de la responsabilidad penal corporativa en Chile, haciendo una reseña de los sistemas existentes en el derecho comparado, y cuál fue la elección en Chile.

Contribuye a un detallado análisis del significado del sistema de la autorregulación forzada, y de cómo es necesario que un modelo de prevención se encuentre debidamente implementado al interior de una persona jurídica, refiriéndose a la eficacia del mismo. De esa manera, analiza todos los elementos de los modelos de prevención de delitos, y de como ellos no estuvieron presentes en el modelo de prevención de delitos de CORPESCA, haciendo referencia a todos los elementos probatorios considerados por el tribunal para tener por acreditado el elemento central de la imputación, consistente en la responsabilidad corporativa por haber fallado en la ejecución de sus deberes de dirección y supervisión, conforme lo exige la ley.

Adicionalmente a lo referente al fondo de la imputación, la sentencia se pronuncia sobre otros aspectos novedosos en relación con la reiteración de delitos, la media prescripción y las atenuantes que pueden concurrir respecto de las personas jurídicas.

El fallo se hace cargo de todos los elementos de prueba aportados por los intervinientes, indicando el grado de valoración de cada uno de ellos, así como de los motivos por los cuales fueron descartados otros.

Sin duda, este primer fallo significa un gran aporte al desarrollo jurisprudencial sobre responsabilidad de las personas jurídicas, previo a las modificaciones realizadas por la Ley N° 21.121, y permitirá tener elementos importantes para poder aplicar en futuros juicios sobre la materia.

**UNIDAD ESPECIALIZADA
EN TRÁFICO ILÍCITO DE
ESTUPEFACIENTES Y
SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS**

DILIGENCIAS INTRUSIVAS Y NATURALEZA DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS «DE EMPRENDIMIENTO» DETERMINAN UNA CONTIENDA DE COMPETENCIA

Tribunal: Corte de Apelaciones de Antofagasta

RESUMEN:

La Corte de Apelaciones de Antofagasta resolvió una contienda, declarando la competencia del Tribunal que previno en el conocimiento, a pesar de que la droga se incautó en comuna distinta: Calama.

En lo pertinente manifiesta "que de los antecedentes de la causa, se desprende que, efectivamente ésta comienza ante el Juzgado de Garantía de esta ciudad, a partir de la autorización de diligencias de interceptación, monitoreo y registro de las comunicaciones telefónicas entrantes y salientes, por el máximo legal, en el contexto de la investigación de la existencia de una red dedicada al tráfico de drogas que operaría en Antofagasta, Calama y la Región Metropolitana". Considerando Segundo.

"Para determinar la competencia en el caso de marras, debemos atender a los hechos que sustentan la acusación deducida por el Ministerio Público, y que en definitiva basan los presupuestos fácticos de la comisión del delito y con ello el lugar de comisión de los hechos". Considerando Quinto.

"Que, en consecuencia, habiéndose solicitado las diligencias investigativas conforme los párrafos 2° y 3° de la ley 20.000, respecto de una agrupación delictual que actuaría en las comunas de Antofagasta, Calama y Tocopilla, que basan las imputaciones contenidas en

la acusación de autos, ante el Juzgado de Garantía de Antofagasta, y habiendo prevenido dicho Tribunal en el conocimiento del asunto, teniendo en vista, además, la especial naturaleza del delito de tráfico de drogas, al tratarse de lo que se conoce doctrinalmente como un delito de emprendimiento, permiten concluir que la competencia para el conocimiento de este asunto corresponde al Juzgado de Garantía de Antofagasta". Considerando Sexto.

Texto Completo:

Antofagasta, a veintinueve de agosto de dos mil veintidós.

VISTOS:

Se ha trabado contienda de competencia entre los Juzgados de Garantía de Antofagasta y el Juzgado de Garantía de Calama para conocer de este negocio.

PRIMERO: Que el veintitrés de agosto de los corrientes el Juzgado de Garantía de Calama trabó contienda de competencia, en atención a que el Juzgado de Garantía de Antofagasta, el doce de agosto del año en curso, se habría declarado incompetente para seguir conociendo de la causa debido a que no existe hecho alguno vinculado a la ciudad de Antofagasta.

Por ello, el Juzgado de Garantía de Calama, rechazó la competencia declinada atendido que el Juzgado de Garantía de esta ciudad habría iniciado la presente causa, decretando las correspondientes autorizaciones de interceptaciones telefónicas, que se requirieron para la investigación de hechos constitutivos del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, teniendo presente además que dicho tribunal al haber ya prevenido en el conocimiento de la causa, habría incluso sustanciado la misma hasta la etapa de audiencia de preparación de juicio oral, oportunidad en la cual, se declaró incompetente para seguir conociendo el asunto.

SEGUNDO: Que de los antecedentes de la causa, se desprende que, efectivamente ésta comienza ante el Juzgado de Garantía de esta ciudad, a partir de la autorización de diligencias de interceptación, monitoreo y registro de las comunicaciones telefónicas entrantes y salientes, por el máximo legal, en el contexto de la investigación de la existencia de una red dedicada al tráfico de drogas que operaría en Antofagasta, Calama y la Región Metropolitana.

En base a dichas diligencias, se requirió al mismo Tribunal aludido, la ampliación de la detención de R.A.R. -acusado en estos autos-, al cual, en virtud de diligencia de entrada y registro voluntario a su domicilio en la ciudad de Calama, se le habría encontrado droga oculta, lo que se concedió mediante orden verbal, y luego en audiencia de formalización de la investigación realizada con fecha 28 de marzo del 2021, se le formalizó por el delito de tráfico ilícito de drogas, conforme al artículo 3 de la ley 20.000, decretando el secreto de la investigación y estableciendo un plazo de 80 días de investigación.

Finalmente, se formaliza a un nuevo imputado Sr. E.E.C., y se reformatiza al Sr. R.A.R., ambos por el delito ya aludido.

TERCERO: Que, consta asimismo, que luego de la formalización, el Ministerio Público presenta acusación con fecha 19 de mayo del año 2022, la cual se tiene por deducida y se cita a los intervinientes a audiencia de preparación de juicio oral, instancia en la cual, el Tribunal a solicitud de la defensa declara su incompetencia para conocer de la presente causa.

CUARTO: Que, conforme las reglas de competencia establecida en el artículo 157 del Código Orgánico de tribunales, será competente para conocer de un delito el Tribunal en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio.

En el mismo sentido, preceptúa el artículo 159 del cuerpo normativo en cuestión, al mutar la regla general en aquellos supuestos en que el ejercicio de las facultades que la ley procesal penal confiere al Ministerio Público, éste decidiere investigar en forma conjunta hechos constitutivos de delito en los cuales, de acuerdo al artículo 157 de este Código, correspondiere intervenir a más de un juez de garantía, presupuesto en el cual, continuará conociendo de las gestiones relativas a dichos procedimientos el juez de garantía del lugar de comisión del primero de los hechos investigados.

QUINTO: Que, en ese entendido, para determinar la competencia en el caso de marras, debemos atender a los hechos que sustentan la acusación deducida por el Ministerio Público, y que en definitiva basan los presupuestos fácticos de la comisión del delito y con ello el lugar de comisión de los hechos.

En efecto, la acusación formulada respecto de los imputados E.G.E.C. y R.E.A.R., se basa en la existencia de una agrupación delictual la que al menos desde el año 2020, se dedicaba activamente al tráfico de drogas, en diversas comunas de la Región, entre ellas, Antofagasta, Tocopilla, Calama, entre otras.

En definitiva, la existencia de dicha agrupación, es la que sustentó las diligencias intrusivas requeridas por el Ministerio Público, que finalmente permitieron la imputación de los hechos presuntivos de delito que basaron la acusación aludida.

SEXTO: Que, en consecuencia, habiéndose solicitado las diligencias investigativas conforme los párrafos 2° y 3° de la ley 20.000, respecto de una agrupación delictual que actuaría en las comunas de Antofagasta, Calama y Tocopilla, que basan las imputaciones contenidas en la acusación de autos, ante el Juzgado de Garantía de Antofagasta, y habiendo prevenido dicho Tribunal en el conocimiento del asunto, teniendo en vista, además, la especial naturaleza del delito de tráfico de drogas, al tratarse de lo que se conoce doctrinalmente como un delito de emprendimiento, permiten concluir que, la competencia para el conocimiento de este asunto corresponde al Juzgado de Garantía de Antofagasta.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 190 del Código Orgánico de Tribunales, se declara que es competente para conocer de estos antecedentes el Juzgado de Garantía de Antofagasta, a quien deberán remitirse los antecedentes.

Comuníquese lo resuelto a los Juzgados de Garantía de Calama y al Juzgado de Garantía de Antofagasta.

Rol 818-2022 (Penal)

**UNIDAD
DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL
Y EXTRADICIONES**

PRUEBA INDICIARIA EN EL PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN PASIVA A LA LUZ DEL ESTÁNDAR DE EXTRADICIÓN DEL ARTÍCULO 449 LETRA C) – COMENTARIO A SENTENCIA DE MINISTRA INSTRUCTORA ROL N°7.403-2022

Francisco Andrés Andaur Suárez¹

1. INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema ha sostenido en reiteradas ocasiones que la solicitud de extradición pasiva *“constituye un conjunto de actuaciones, ordenadas legalmente, para garantizar, y en su caso disponer, la entrega por las autoridades del Estado donde se halla una persona reclamada por las autoridades de otro Estado, con el fin de responder de actividades delictivas, al objeto de que sea juzgada por sus órganos jurisdiccionales en caso de que se trate de una solicitud de extradición para juzgamiento (..)”*².

En la legislación nacional, el artículo 449 del Código Procesal penal establece las circunstancias que se deben comprobar para la concesión de una extradición pasiva. En su letra c) se prescribe *“Que de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen”*,

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

² Corte Suprema, 12 de septiembre de 2022, Rol N° 94424-2021.

se desprende entonces que, para la aquiescencia de una solicitud de extradición por parte del Estado de Chile, el estándar a cumplir ante las instancias judiciales es que un Fiscal del Ministerio Público deduciría acusación en virtud de los antecedentes a la vista.

A este respecto la Corte Suprema ha sostenido que *“Lo anterior significa que la sentencia (de extradición) efectúa una valoración de los antecedentes, para determinar si la investigación ha proporcionado fundamentos serios para el enjuiciamiento del imputado, como se desprende del artículo 248 del Código Procesal Penal. Lo anterior no significa evaluar si se alcanza el estándar de convicción que conduzca necesariamente a una condena, pero sí que los antecedentes aportados sean graves y de consideración, de modo que justifiquen el juzgamiento”*³.

De acuerdo con lo descrito, en el procedimiento de extradición pasiva, el rol del Ministro Instructor y en su oportunidad de la Corte Suprema, es acreditar la existencia de sus requisitos formales, establecidos en el Código Procesal Penal, el Tratado de extradición en que se funde la petición, o en su defecto los principios del derecho internacional. Sumado a lo anterior, en lo que refiere a los elementos de convicción acompañados en la solicitud de extradición, la concurrencia de aquellos antecedentes serios y graves que hacen meritorio el enjuiciamiento del requerido, quedando la apreciación de la prueba y la decisión sobre la responsabilidad penal del requerido, en manos del tribunal extranjero, entidad encargada de analizar el fondo del asunto en caso de accederse a la extradición.

Del mismo modo, también se ha definido a la extradición por parte de la Corte Suprema como una herramienta de cooperación internacional⁴ que busca evitar la impunidad, un “mero procedimiento”⁵ o “ante juicio de mérito”⁶, buscando explicar con estas descripciones su naturaleza jurídica como procedimiento especial con fines particulares y propios, sustentando lo anteriormente descrito.

II. PRESENTACIÓN DEL CASO

El día 15 de marzo de 2021 en horas de la madrugada, los requeridos junto a otras personas de sexo masculino, conformando una banda de entre 6 a 7 personas procedieron a escalar el balcón del edificio ubicado en calle Mitre 868 en la ciudad de Rosario, Argentina, donde estaba emplazada la entidad financiera “Cambio Estelar”. Forzaron las rejas ahí instaladas para, una vez dentro del recinto, perforar las cajas de seguridad mediante el uso de un soplete y la técnica del oxicorte, sustrayendo billetes de distintas monedas y denominaciones que sumadas equivalían a aproximadamente USD 60.000.-.

La investigación en Argentina fue extensa, contando con un expediente de más de 1200 fojas de los cuales se pudo desprender que: Los hechos habrían sido cometidos por una

³ Corte Suprema, 03 de junio de 2022, Rol N° 7172-2022.

⁴ Corte Suprema, 08 de agosto de 2018, Rol N° 2061-2018.

⁵ Corte Suprema, 14 de marzo de 2017, Rol N° 45.285-2017.

⁶ Corte Suprema, 23 de mayo de 2017, Rol N° 21.595-2017; Corte Suprema, 31 de marzo de 2011, Rol N° 716-11.

organización criminal que trasladó personas desde Chile, por paso no habilitado en el sector de Icalma-Pehuenia, para realizar el atraco en Rosario, al norte de Argentina, culminando en la ciudad de Paraná, a unos 200 km de distancia, donde se encargó el arriendo de una propiedad por parte de los miembros de la banda.

El día 04 de marzo de 2022 la Corte Suprema tiene por recibidas las notas diplomáticas y atendiendo a los antecedentes acompañados, la Ministra Instructora dispuso la detención previa de los sujetos individualizados como B.R.V.M.; R.J.C.C. y J.A.B.P.

B.R.V.M. se encontraba detenido en Centro de Detención Preventiva Santiago 1 al tiempo de recibida la solicitud de detención previa, mientras que R.J.C.C. fue detenido con fecha 22 de marzo de 2022.

Posteriormente con fecha 23 de mayo de 2022, se solicita formalmente la extradición de estos dos requeridos por parte de la autoridad de la República Argentina mediante la nota diplomática N° 172/2022 de la Embajada de Argentina.

Con fecha 28 de junio de 2022 la Ministra Instructora Sra. María Angelica Repetto García concedió la extradición en Rol N° 7.403-2022, de dos ciudadanos chilenos requeridos por la República Argentina por el delito de robo agravado por escalamiento, en banda y en lugar poblado. Lo que sería un equivalente a nuestro delito de robo con fuerza en las cosas. La extradición de B.R.V.M. fue concedida con el carácter de diferida⁷.

La Defensoría Penal Pública y la defensa privada presentaron respectivos recursos de apelación los que fueron asignados al Rol N° 32.273-22.

La Sala Penal escuchó los alegatos de la Defensoría Penal Pública y declaró el abandono del recurso por parte de la defensa privada, al no concurrir a la audiencia de la vista de la causa. La sentencia fue confirmada por la Sala Penal con fecha 28 de julio de 2022.

A raíz de lo anterior, en representación de R.J.C.C. una nueva defensa privada intentó recurso de nulidad el cual fue desestimado, del mismo modo que la reposición de dicha resolución, siendo R.J.C.C. puesto a disposición de las autoridades argentinas con fecha 09 de septiembre de 2022.

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En la sentencia de primera instancia, la Ministra Instructora, Sra. María Angelica Repetto tiene por cumplidos todos los requisitos para acceder al pedido de extradición, establecidos tanto en el plano doméstico, como internacional, siendo analizados de manera pormenorizada.

En lo que respecta a los elementos de las letras a) y b) del artículo 449 no hubo oposición por parte de la defensa pública y la privada de los requeridos, centrándose el debate principalmente en lo referido al cumplimiento del estándar de extradición establecido en la letra c) del ya mencionado artículo 449.

⁷ Esta será la sentencia que se comentará y se adjunta al final de este artículo.

En cuanto a la discusión dada en la audiencia a este respecto, el Ministerio Público, en representación de los intereses de la República Argentina, hizo un repaso a cada uno de los antecedentes fundantes aportados por la investigación de las autoridades argentinas que estaban contenidos en el cuaderno de extradición, entre los que se encontraban, además de los antecedentes del proceso, numerosa prueba documental como informes de la Agencia de Investigación Criminal, informes policiales, informes sobre peritajes vehiculares, interceptaciones telefónicas, análisis a registros audiovisuales, análisis de dispositivos electrónicos, etc. Los que se tratan principalmente de prueba indirecta o indiciaria⁸, y todos los cuales son individualizados en la Sentencia de la Ministra Instructora.

Estimando el Ministerio Público que dichos medios de prueba, contenidos en el pedido de extradición y rendidos en audiencia, alcanzan la suficiente seriedad para presumir que en Chile se deduciría acusación, pues dichos documentos son suficientes para acreditar la comisión de los hechos y la participación de los requeridos. Por su parte las defensas estiman que dichos antecedentes no serían suficientes para presumir que en Chile se deduciría acusación por el delito de robo, siendo solo unas imágenes las que vincularían a los requeridos con la comisión del delito.

No obstante, lo discutido en audiencia, y como es necesario en este procedimiento, la Ministra Instructora realiza en su sentencia un análisis de cada uno de los elementos establecidos tanto en nuestra legislación interna como en el tratado internacional que sustenta el pedido de extradición, la Convención sobre Extradición de Montevideo.

Previo a referirse a los elementos del artículo 449, la Ministra define la extradición estableciendo que *“no es un juicio penal dirigido a establecer la culpabilidad o la inocencia de una persona acusada como responsable de un delito, sino que constituye únicamente un mecanismo de cooperación internacional cuyo fin es evitar la impunidad de un hecho delictual y del presunto culpable por la circunstancia de refugiarse esa persona en un territorio extranjero”*⁹. Fijando así el estándar que se debe cumplir en sus sucesivos razonamientos para acceder a la extradición de los requeridos.

Luego de esto, da por cumplidos los requisitos formales de la remisión y contenido del pedido de extradición, para dar pie al análisis del artículo 449, donde ante la falta de contienda en los elementos a) y b) los da por cumplidos del mismo modo, entregando una completa explicación en lo que respecta a la calidad de extraditable del delito en cuestión, entre los considerandos quinto al noveno.

Cuando toca el turno de abordar la letra c) del artículo 449 la Ministra Instructora establece que dicha regla supone una valoración de los antecedentes para determinar si la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, relacionándolo con el artículo 248 del Código. Concluye que esto no significa evaluar si se alcanza la convicción del

⁸ “Prueba indiciaria sería aquella que producirán los intervinientes durante el curso del procedimiento penal por medio de indicios, para la acreditación de sus pretensiones persecutorias o de defensa, con la finalidad de direccionar el razonamiento del tribunal en un determinado sentido”. AGUILAR ARANELA, Cristian. *La prueba en el proceso penal oral*. Santiago, Editorial Metropolitana, 2003, p. 241. Citado en SEGOVIA ARANCIBIA, Antonio. “Prueba indiciaria y lavado de dinero”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°40, Santiago, Chile, Ministerio Público, septiembre de 2009, p. 208.

⁹ Ministra Instructora Sra. María Angelica Repetto, 28 de junio de 2022, Rol N°7.403-2022.

estándar de condena, sino más bien, que los antecedentes sean graves y de consideración, de modo que justifiquen el juzgamiento de los requeridos, haciendo propios con esto los argumentos que la jurisprudencia ha sostenido de manera sistemática en la materia¹⁰.

Siguiendo adelante, considera que los documentos acompañados por el Estado requirente hacen alusión a los antecedentes o elementos probatorios que permitirían justificar la existencia del delito y la participación de los requeridos en él, pudiéndose evaluar, a la luz de los antecedentes remitidos, la concurrencia de los elementos que integran el tipo penal del robo con fuerza en las cosas de nuestra legislación.

En la misma línea, a su juicio los antecedentes recabados durante la investigación del país trasandino revisten suficiente seriedad y fundamento para estimar que en virtud de ellos se formularía acusación en Chile. Lo anterior pues existe evidencia fundante que vincularía a los requeridos con la comisión del hecho ilícito, tal como lo indicó en oportunidad de la audiencia del artículo 448 el Ministerio Público, considerando los antecedentes al menos tres momentos o grupos de hechos: aquellos previos a la comisión del ilícito, durante su ejecución, y posterior a su ejecución.

En el considerando Undécimo, la Ministra realiza un análisis a aquellos documentos, que a grueso modo incluye lo siguiente: Respecto a los antecedentes previos a los hechos, existe una declaración de un testigo que se encuentra condenado por el delito materia de la extradición, quien sitúa a los dos requeridos en extradición, indicando en su relato que los trasladó desde el sur de Argentina en Pehuénia, hasta Rosario, donde además los acompañó en la compra de distintos elementos característicos para este tipo de atracos, en particular material para realizar oxicotaje en el establecimiento comercial "Oxitodo" y la Ferretería San Luis.

La Ministra continúa exponiendo que hay registro de múltiples grabaciones de cámaras de seguridad de los distintos locales comerciales adyacentes al lugar donde se perpetró el ilícito, pudiendo hacerse un contraste de mosaico fotográfico respecto de aquellos y los sospechosos, entre los que se encuentran los requeridos.

Dentro de los antecedentes de significancia en el mismo periodo, hay grabaciones previas al hecho mismo, por ejemplo, el día 08 de marzo de 2021 donde se puede observar vehículos de la marca Renault, modelos Fluence y Kangoo, y donde se ve a los miembros de la banda cortar el tendido eléctrico aledaño a la casa de cambios, para posteriormente durante el 12 de marzo, proceder a dejar sin fluido eléctrico la propiedad a través de maniobras en la caja de fusibles.

Finalmente, el día de los hechos, 15 de marzo, se ve a los mismos sujetos y vehículos acercarse nuevamente al lugar para ingresar mediante la utilización de una escalera, trepando aperados con las cajas de herramientas y posteriormente saliendo del lugar. Quedando todo esto consignado en los respectivos informes de inteligencia de la Brigada Operativa No. 3 de la AIC.

Sumado a lo anterior, sigue la Ministra Instructora, existen antecedentes posteriores a los hechos, particularmente lo que refiere al arriendo de una casa en Paraná, lugar en el que

¹⁰ Corte Suprema, 08 de septiembre de 2017, Rol N° 12.201-2017-7; Corte Suprema, 04 de enero de 2017, Rol N° 96.006-2016; Corte Suprema, 05 de marzo de 2018, Rol N° 41.831-2017, etc.

se refugian luego de la comisión del hecho ilícito. En este grupo de hechos posteriores es interesante tener en cuenta: las fotografías que algunos de los involucrados suben a la red social Facebook y el testimonio de un testigo protegido.

El testimonio del testigo es relevante toda vez que se trata de una persona que los pudo identificar producto de haber visto sus imágenes en los noticieros online como los sindicados de haber cometido este robo en la ciudad de Rosario. En su relato el testigo menciona textualmente al requerido R.J.C.C. En la oportunidad al consultarle a las personas ubicadas en la finca de Paraná sobre el atraco en Rosario y exponerles el video, estos inclusive se reconocían entre ellos. Sumado a lo anterior, reconoce los dos vehículos de marca Renault, el Fluence y un vehículo utilitario (este sería el Kangoo, un vehículo de trabajo), cuestión que se condice con los peritajes de las imágenes de los automóviles.

Finalmente, el último elemento posterior que reviste importancia, serían las interacciones de los miembros de la banda en sus perfiles públicos de la red social Facebook, donde se dejaban ver en imágenes que denotaban la celebración, sumado a frases alusivas a los resultados de su trabajo.

A raíz de todo lo expuesto, la Ministra instructora establece que estas evidencias e indicios son concordantes con los registro filmicos y las diversas declaraciones durante el proceso que conectarían a los requeridos con los hechos, concluyendo que es razonable afirmar que el persecutor cuenta con un conjunto de medios de prueba, directos e indirectos, verosímiles y concordantes, que darían cuenta de la existencia del delito y la participación de los requeridos en el mismo, superando con esto, ampliamente el estándar de “fundamento serio” requerido para la acusación.

IV. EXPLICACIÓN Y COMENTARIO

La presente causa de extradición es interesante, en la medida que toda la prueba de la cual dio cuenta el Ministerio Público en la audiencia del artículo 448 fue aquella contenida como antecedente fundante en el cuaderno de extradición provisto por la autoridad del Estado requirente. La presentación de estos antecedentes como elementos de prueba en la audiencia de extradición es suficiente en cuanto permitan al Ministro Instructor, y en su oportunidad a la Corte Suprema, concluir que se cumple con un estándar de convicción atenuado y que está previsto en el artículo 449 letra c) de nuestro Código Procesal Penal.

Este estándar, que debe ser analizado en relación con el artículo 248 del mismo cuerpo legal y que define la concurrencia de la acusación de un Fiscal “cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma”¹¹ ha sido sostenido por la jurisprudencia¹².

La interpretación de esto debe ser sistemática, por supuesto, entendiéndola en su contexto del sistema penal acusatorio establecido en nuestra legislación procesal

¹¹ Artículo 248 Código Procesal Penal.

¹² Véase nota N° 10.

penal. Considerando la existencia de una investigación criminal; la formalización del imputado, y la eventual dictación de medidas cautelares, como ocurre en la especie, con una detención previa con fines de extradición que en cuanto a su afectación de la libertad del requerido, es comparable a la prisión preventiva del imputado del artículo 140, donde deben existir antecedentes “que justifiquen la existencia del delito que se investigare” y que permitan “presumir fundamente que el imputado ha tenido participación”¹³.

Lo anteriormente expuesto encuentra fundamento en la causa que se sigue, además en el contenido del Tratado de extradición que funda el pedido. A saber, para una solicitud de extradición para juzgamiento se deben acompañar los siguientes documentos “*una copia auténtica de la orden de detención, emanada de juez competente; una relación precisa del hecho imputado, una copia de las leyes penales aplicables a ésta, así como de las leyes referentes a la prescripción de la acción o de la pena*”¹⁴. Lo que denota la existencia de un proceso penal en país extranjero, el cual al menos ha pasado por un control jurisdiccional que dio curso a la solicitud de extradición y cumple con los requisitos formales del tratado.

Luego, la extradición en comento se torna más atractiva cuando la mayoría de la prueba contenida en dicho cuaderno de extradición resulta ser de carácter indirecto. Esto, pues no hay registros o antecedentes del acto en sí, como es la perforación de la caja fuerte, a los hechos ocurridos dentro de la dependencias de la entidad financiera y a la sustracción del dinero de esta, sino que los antecedentes y medios de prueba se dirigen exclusivamente al conjunto cronológico de hechos anteriores, aquellos inmediatamente previos a la entrada de la banda al recinto y su salida y todos aquellos elementos posteriores que permiten a la Ministra Instructora concluir de manera lógica, a través de hechos conocidos, aquello que es desconocido.

Dicha circunstancia, nuevamente analizando la extradición a la luz de los principios que forman nuestro sistema penal acusatorio, no debe levantar suspicacias, pues nuestro único sistema probatorio de libertad probatoria, establecido entre los artículos 295 y 297 del Código Procesal Penal, permite la comprobación de las circunstancias y hechos del juicio por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley, debiendo el tribunal valorarlos sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Lo anterior se cumple en el caso de la extradición pasiva en atención a lo establecido en el artículo 444 y el rol que desempeña el Ministerio Público como representante de los intereses de la parte requirente en la audiencia del artículo 448 del Código Procesal Penal,

¹³ Esta comparación es meramente ilustrativa, en cuanto a su gravedad y afectación de la libertad del individuo a quien se le imponga. La figura de la prisión preventiva y la detención previa con fines de extradición son diversas. Lo que no obsta a lo establecido en el artículo 446 del Código Procesal Penal, que permite que la prisión preventiva y otras medidas cautelares personales sean dictadas en el curso del procedimiento de extradición pasiva.

¹⁴ Artículo V, Convención sobre Extradición suscrita en Montevideo en 1933, Decreto N° 942, Publicado en el Diario Oficial el 19 de agosto de 1936.

oportunidad en que son producidos los medios de prueba incluidos como antecedentes fundantes en el cuaderno de extradición que contiene la solicitud¹⁵.

Finalmente, en la causa que se sigue, la Ministra Instructora se hace cargo de esta circunstancia al establecer que *“resulta razonable afirmar que el persecutor cuenta con un conjunto de medios de prueba, directos e indirectos, verosímiles y concordantes, que dan cuenta de la existencia del delito y de la participación de los requeridos en el mismo”*. Aclarando que su decisión ha sido razonada en virtud de antecedentes directos e indirectos que analizados en conjunto, le han permitido arribar a un convencimiento suficiente para dar por cumplido el estándar de extradición, sin entrar a analizar el grado de certeza que producen los mencionados medios de prueba, cuestión que corresponde exclusivamente al juicio de fondo que debe ser resuelto por la autoridad competente del Estado requirente, no siendo esta la instancia para aquello.

V. CONCLUSIÓN

La extradición pasiva se debe comprender como un proceso especialísimo cuyo fin es la cooperación internacional para evitar la impunidad de los delitos cometidos por personas en un determinado Estado y que luego se guarecen en un país extranjero. En este sentido, se le puede caracterizar como un ante juicio de mérito que establece un estándar de convicción menor al de condena, que no se equipara a aquel que permita desvirtuar por completo la presunción de inocencia ni concluir la participación culpable fuera de toda duda razonable de un hecho punible.

Lo que se debe comprobar mediante la apreciación de los elementos de convicción acompañados en el pedido de extradición o prueba rendida de acuerdo con lo establecido en el artículo 444 del Código Procesal penal, es que dichos elementos son constitutivos de “antecedentes serios” que justificarían el enjuiciamiento del imputado por un fiscal del Ministerio Público.

En el caso expuesto, esto se sustenta principalmente en prueba indirecta que da cuenta de un relato temporal y lógico que sitúa a los requeridos antes, durante y después de la comisión del delito en una serie de actos concatenados que no permiten otra cosa que concluir su participación en los hechos, al menos en la medida requerida por el ya tantas veces mencionado “estándar de extradición” previsto en el artículo 449 letra c) del Código Procesal Penal, e inclusive superándolo en la especie.

¹⁵ En el caso de la extradición pasiva, la Corte Suprema ha sostenido que *“las normas del Párrafo 2° del Título IV del Código Procesal Penal, dan lugar a un procedimiento especialísimo para resolver lo concerniente a extradiciones, que autoriza admitir como pruebas legalmente incorporadas al proceso los antecedentes exigidos por la legislación internacional y nacional adjuntar perentoriamente por el Estado requirente con la petición de extradición, sin necesidad de hacerlo con formalidad especial en la audiencia del artículo 448”*. Por ejemplo en: Corte Suprema, 28 de febrero de 2017, Rol N° 99959-2016, y Corte Suprema, 13 de noviembre de 2017, Rol N° 39488-2017.

Es importante señalar que lo anterior no se refiere a la prueba ofrecida de acuerdo a la regla especial del artículo 444, sino que aquellos antecedentes fundantes que forman parte del cuaderno de extradición y son comunicados por el Estado requirente por la vía diplomática.

Al respecto, es justo decir que conforme a la legislación vigente en materia de extradición, el Ministro Instructor a cargo de la decisión al menos debe justificar la decisión de una manera adecuada, esta no debe responder a una decisión o determinación simplemente facultativa, siendo suficiente para esta misión la prueba indiciaria, en la medida que el nexo entre los elementos de prueba indirectos y los hechos que se imputan, sea coherente, lógico y racional.

TEXTO COMPLETO DE LA SENTENCIA

Santiago, veintiocho de junio del año dos mil veintidós.

VISTOS Y OÍDOS:

Con fecha 25 de febrero de 2022, la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile remitió vía oficio reservado N° 651 a esta Corte Suprema la Nota Diplomática N° 56/2022 de la Embajada de Argentina, por la que se solicitó la detención previa con fines de extradición de los ciudadanos chilenos **D.N.F.S.**, nacido el 30 de junio de 1992, cédula nacional de identidad chilena N° xxx, **R.J.C.C.**, nacido el 28 de abril de 1985, cédula nacional de identidad chilena N° xxx, **J.A.B.P.**, nacido el 18 de junio de 1991, cédula nacional de identidad chilena N° xxx y **B.R.V.M.**, nacido el 13 de junio de 1991, cédula nacional de identidad chilena N° xxx, en virtud del artículo X de la Convención sobre Extradición suscrita en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay de 26 de diciembre de 1933, a efectos de someterlos a juicio y determinar su responsabilidad penal por el Juzgado Penal de Primera Instancia, Distrito N° 2 de Rosario, Provincia de Santa Fe, debido a su participación como coautores del delito de robo agravado por escalamiento, en banda y en lugar poblado, previsto en los artículos 163 inciso 4° y 167 inciso 2° y 4° del Código Penal de la Nación Argentina.

Se acompañaron a la solicitud de detención previa con fines de extradición los siguientes documentos: (i) Copia auténtica de la orden de detención y captura internacional vigente de fecha 16 de febrero de 2022 librada en contra de D.N.F.S., nacido el 30 de junio de 1992, R.J.C.C., nacido el 28 de abril de 1985, J.A.B.P., nacido el 18 de junio de 1991, y B.R.V.M., nacido el 13 de junio de 1991; (ii) Descripción física de los sujetos reclamados; (iii) Identificación del proceso en la República de Argentina y el compromiso expreso de formalizar oportunamente el pedido de extradición; (iv) Copia auténtica de las normas aplicables al caso: a) De los artículos que tipifican los delitos por los que están procesados los requeridos, b) Junto con una descripción de los hechos que se investigan.

El Estado requirente señala que su pedido de extradición se funda en la imputación de los siguientes hechos: El día 15 de marzo de 2021, entre las 01.15 y las 05.40 horas, en la entidad financiera “Cambio Estelar”, localizada en el edificio ubicado en calle Mitre 868, ciudad de Rosario, los requeridos junto a otras personas de sexo masculino, que en conjunto conformaban una banda de entre seis y siete sujetos, procedieron a escalar al balcón que da a la calle, forzando las rejas ahí instaladas, para una vez adentro proceder a perforar dos cajas de seguridad apostadas en el lugar mediante el uso de un soplete y oxicorte, sustrayendo billetes de distintas monedas, que sumadas equivalen a

aproximadamente USD \$60.000.

Con fecha 04 de marzo de 2022, el Tribunal tuvo por recibidas las notas diplomáticas y, atendidos los antecedentes acompañados, dispuso la detención de los sujetos antes individualizados, de acuerdo a lo previsto en el artículo X de la Convención sobre Extradición suscrita en Montevideo, el 26 de diciembre del año 1933, en relación a lo establecido en el artículo 442 del Código Procesal Penal.

Por resolución de fecha 14 de marzo y al tomar conocimiento esta Ministra Instructora que **B.R.V.M.** se encontraba detenido en el Centro de Detención Preventiva Santiago 1 por otra causa, se oficia a dicho centro penal a fin de que ponga en conocimiento del requerido mencionado, que este tribunal ha ordenado su detención preventiva con fines de extradición pasiva solicitada en su contra por la República de Argentina, por el delito de robo con fuerza agravado por escalamiento, en banda y en lugar poblado, previsto en los artículos 163 inciso 4° y 167 inciso 2° y 4° del Código Penal de la Nación Argentina, lo que se dispuso de conformidad al artículo 442 del Código Procesal Penal en relación al artículo X de la Convención sobre Extradición de Montevideo, lo que fue notificado a las autoridades competentes del país requirente.

Por resolución de fecha 23 de marzo, se tuvo presente el Informe policial de la Oficina Central Nacional de Interpol, que comunicó la detención del requerido **R.J.C.C.**, realizada el día 22 de marzo del presente, a las 19:20 horas, frente a su actual domicilio, ubicado en xxx, comuna de Macúl. Atendido a lo informado, se exhortó al 13° Juzgado de Garantía de Santiago, para que en la audiencia de control de detención se pusiera en conocimiento del requerido la solicitud de detención previa con fines de extradición pasiva dictada en su contra, solicitada por la República de Argentina, por el delito y de acuerdo a las normas ya mencionadas.

Posteriormente con fecha 23 de mayo de 2022, la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile remitió vía oficio reservado N° 1924 a esta Corte Suprema la Nota Diplomática N° 172/2022 de la Embajada de Argentina, por la que se solicitó formalmente la extradición de los ciudadanos chilenos, **R.J.C.C.** y **B.R.V.M.**, ya individualizados.

A dicha solicitud formal de extradición, se acompañaron los siguientes antecedentes:

1. Apostillado de fecha 19 de mayo de 2022.
2. Acta de audiencia de procedimiento abreviado, celebrada el 13 de octubre de 2021, en la cual consta la sentencia recaída contra uno de los imputados que conformaban la banda delictual (A. C.).
3. Acta de audiencia de revisión de medida cautelar, celebrada el 25 de agosto de 2021, donde se resolvió rechazar la solicitud de morigerar la prisión preventiva del imputado D. R.
4. Acta de audiencia que decreta medida cautelar, celebrada el 17 de junio de 2021, que dispone la prisión preventiva de D. R.
5. Acta de audiencia imputativa y de medida cautelar celebrada el 18 de mayo de 2021,

donde se acusa formalmente a los imputados A. F. C. y J. D. C., además de ordenar la prisión preventiva de ambos.

6. Acusación del Ministerio Público argentino en contra de A. C. y J. C., con mención a declaraciones testimoniales, pericias y otros medios probatorios.
7. Resolución de fecha 17 de mayo de 2022 que libra demanda de extradición respecto de R.J.C.C. y B.R.V.M.

De esta forma con fecha 24 de mayo del año en curso, se tuvo por formalizado el pedido de extradición y se fijó la audiencia de extradición pasiva, prevista en el artículo 448 del Código Procesal Penal, para el día 15 de junio de 2022 a las 9:00 a.m. la que no se celebró por la ausencia de uno de los imputados en razón de encontrarse en cuarentena según se informó por Gendarmería de Chile.

Con fecha 14 de junio se acompaña nota diplomática N° 195/2022, remitida por la Embajada de la República Argentina por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, y sus documentos adjuntos, ingresados con el folio N° 46.304-2022, lo que se agrega a los antecedentes de la carpeta. En dichos antecedentes constan los siguientes documentos:

1. Acta de audiencia imputativa de la Oficina Gestión Judicial de 1° Instancia de Rosario de fecha 18 de mayo de 2021.
2. Acta de audiencia imputativa de fecha 17 de junio de 2021.
3. Sentencia de primera instancia que condena a D. R. R. y M. A. T. por el delito de robo triplemente calificado por ser cometido en lugar despoblado y en banda.
4. Acta de audiencia imputativa contra el imputado A. F. C. de fecha 18 de agosto de 2021.
5. Acta de audiencia de revisión de medida cautelar del imputado D. R. R. de fecha 25 de agosto de 2021.
6. Solicitud de orden de detención y captura internacional contra los requeridos de fecha 16 de febrero de 2022.
7. Resolución que ordena la detención y captura internacional de los requeridos de fecha 16 de febrero de 2022.
8. Solicitud de detención preventiva con fines de extradición de fecha 16 de febrero de 2022.
9. Correo electrónico de Interpol México que indica movimientos migratorios del requerido J.A.B.P.
10. Correo electrónico de Interpol Santiago de fecha 22 de marzo de 2022 que informa detención del requerido R.J.C.C.
11. Notificación Roja Interpol de R.J.C.C.
12. Notificación Roja Interpol de J.A.B.P.

13. Notificación Roja Interpol de D.N.F.S.
14. Notificación Roja Interpol de B.R.V.
15. Oficio del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina fecha 28 de marzo de 2022 que informa la detención de B.R.V. al Juzgado de 1° Instancia de Rosario.
16. Solicitud de extradición del Ministerio Público Argentina de fecha 27 de abril de 2022.
17. Resolución que libra demanda de extradición en contra de los requeridos C.C. y V.M.
18. Solicitud de extradición de los requeridos C.C. y V.M.
19. Solicitud de Ministerio Público de procedimiento abreviado en contra de A. F. C.
20. Informe de la Agencia de Investigación Criminal de fecha 10 de mayo de 2021.
21. Informe de la Policía de Entre Ríos, Dirección de Prevención y Seguridad Vial de fecha 12 de mayo de 2021.
22. Copia de la cédula de identidad del requerido C.C.
23. Copia de la tarjeta visa del requerido C.C.
24. Copia de la cédula de identidad del requerido F.S.
25. Informe de la Agencia de Investigación Criminal de fecha 03 de agosto de 2021.
26. Solicitudes de colaboración de la Agencia de Investigación Criminal a otras instituciones para determinar lo expuesto en el informe.
27. Informe del Ministerio Público de fecha 26 de noviembre de 2021.
28. Informe fotográfico del Ministerio Público sobre análisis de cámaras de fecha 15 y 16 de abril de 2021.
29. Informe sobre automóvil del Ministerio Público de fecha 19 de abril de 2021.
30. Informe sobre intervenciones de teléfonos celulares y sobre análisis de cámaras de la sede del Banco Macro del Ministerio Público de fecha 22 y 26 de abril de 2021.
31. Informes del Ministerio Público sobre distintas diligencias efectuadas.
32. Informe del Ministerio Público sobre análisis de redes sociales del requerido C.C. de fecha 29 de abril de 2021.
33. Informe del Ministerio Público sobre análisis de evidencia digital de fecha 12 de noviembre de 2021.
34. Informe del Ministerio Público sobre análisis de los dispositivos electrónicos de fecha 18 de noviembre de 2021.
35. Informe del Ministerio Público sobre análisis de entrevistas, pericias telefónicas y legajo de fecha 18 de noviembre de 2021.
36. Informe de análisis digital forense del Organismo de Investigaciones del Ministerio Público.

37. Parte informativo de la División de Informaciones del Ministerio Público que da cuenta de las tareas realizadas.
38. Informe con secuencias filmicas y fotográficas elaborado por la División de Informaciones del Ministerio Público.
39. Informe de material fílmico elaborado por la Agencia de Investigación Criminal.
40. Informe de material fílmico elaborado por la Agencia de Investigación Criminal, cámaras mejoradas - reconstrucciones integrales.
41. Informe de material fílmico elaborado por la Agencia de Investigación Criminal, informe - dominio vehículo FLUENCE.
42. Medidas investigativas adoptadas por el Ministerio Público de la República de Argentina.

La audiencia establecida en el artículo 448 del Código Procesal Penal se celebró, finalmente, el día 22 de junio de 2022 a las 9:00 a.m., a través de videoconferencia, atendida la contingencia sanitaria que afecta al país, con la comparecencia por dicho medio de los requeridos; sus abogados defensores penales, Javier Ruiz Quezada (defensor público, en representación de B.R.V.M.) y Alejandro Alegria Tapia (defensor privado, en representación de R.J.C.C.); y el abogado del Ministerio Público, Alvaro Hernández, por los intereses del Estado requirente. En esa instancia el tribunal verificó que los requeridos tuvieron contacto con sus abogados y que han estado en conocimiento del pedido de extradición y de sus derechos, manifestando su negativa a proceder conforme a la extradición simplificada, establecida en el artículo 454 del Código Procesal Penal.

En la mencionada audiencia, el Ministerio Público solicitó acoger el pedido de extradición por cumplirse las exigencias de las letras a), b) y c) del artículo 449 del Código Procesal Penal, con objetivo de que los requeridos sean sometidos a juicio en la República de Argentina y se determine su responsabilidad penal.

Finalmente, el Ministerio Público estima que los medios de prueba acompañados y rendidos en audiencia alcanzan la suficiente seriedad para presumir que se deduciría acusación en Chile por los hechos imputados, toda vez que los documentos acreditan la comisión de los hechos y la participación de los requeridos, estimando en consecuencia que se cumple la última exigencia del artículo 449 del Código Procesal Penal.

Los abogados defensores, por su parte, no cuestionan los requisitos a) y b) del Código Procesal Penal. Asimismo, señalan que los antecedentes acompañados no permiten presumir que se acusaría en Chile por el delito de robo, como exige el artículo 449 letra c). Agregando el defensor público que serían sólo unas imágenes las que vinculan a su representado con la comisión del delito.

Por lo anterior, la defensa solicitó el rechazo de la extradición; y, en subsidio el abogado defensor privado requirió, que no se proceda a la entrega, disponiéndose el juzgamiento del requerido en Chile, atendida su nacionalidad chilena y la actual situación de emergencia sanitaria, conforme lo dispuesto en el artículo II de la

Convención de Montevideo.

Consultados los requeridos, éstos manifestaron su deseo de no declarar en audiencia.

Finalmente, el tribunal pone en conocimiento de los presentes que la sentencia será comunicada por correo electrónico, dando término a la audiencia.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la República de Argentina ha requerido formalmente la extradición de los ciudadanos chilenos **R.J.C.C.**, nacido el 28 de abril de 1985, cédula nacional de identidad chilena N° xxx, y **B.R.V.M.**, nacido el 13 de junio de 1991, cédula nacional de identidad chilena N° xxx, a efectos de someterlos a juicio y determinar su responsabilidad penal por el Juzgado Penal de Primera Instancia, Distrito N° 2 de Rosario, Provincia de Santa Fe, debido a su participación como coautores del delito de robo agravado por escalamiento, en banda y en lugar poblado, previsto en los artículos 163 inciso 4 y 167 inciso. 2 y 4 del Código Penal de la Nación Argentina.

SEGUNDO: Que la Corte Suprema ha declarado que el procedimiento de extradición no es un juicio penal dirigido a establecer la culpabilidad o inocencia de una persona acusada como responsable de un delito, sino que constituye únicamente un mecanismo de cooperación internacional cuyo fin es evitar la impunidad de un hecho delictual y del presunto culpable por la circunstancia de refugiarse esa persona en un territorio extranjero.

TERCERO: Que, dicho lo anterior, la solicitud formulada en este procedimiento debe resolverse con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2°, del Título VI, del Libro IV del Código Procesal Penal (artículos 440 y ss.) y a las disposiciones de la Convención sobre Extradición de Montevideo, a que antes se ha hecho mención, y por consiguiente corresponde analizar si el presente pedido de extradición resulta procedente a la luz de dicha normativa.

CUARTO: Que las exigencias formales, previstas en el artículo V de la mencionada convención, han sido cabalmente cumplidas por el requerimiento de extradición, toda vez que el requirente ha acompañado copia de la respectiva orden de detención; la relación precisa del hecho imputado; copia de las leyes penales pertinentes; así como la filiación de los requeridos y demás datos personales para su identificación, según consta en los documentos acompañados, cumpliéndose las exigencias b) y c) del artículo V, antes citado.

QUINTO: Que respecto al fondo del requerimiento resulta pertinente citar el artículo VIII de la Convención de Montevideo, según el cual “El pedido de extradición será resuelto de acuerdo con la legislación interior del Estado requerido”; y el artículo 449 del Código Procesal Penal, que dispone que deben verificarse determinadas circunstancias, copulativamente, para conceder la extradición, esto es, dar por establecido: a) La identidad de la persona cuya extradición se solicitare; b) Que el delito que se le imputare o aquél por el cual se le hubiere condenado sea de aquellos que autorizan la extradición según

los tratados vigentes o, a falta de éstos, en conformidad con los principios de derecho internacional; y c) Que de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deducirá acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen.

SEXTO: Que en primer lugar, corresponde tener por satisfecha la exigencia prevista en la letra a) del referido artículo 449, esto ya que la identidad de los requeridos se encuentra suficientemente confirmada en la causa. En ese sentido, los datos de los solicitados R.J.C.C. y B.R.V.M., obran en el expediente enviado por la República de Argentina por vía diplomática y fueron debidamente ratificados en la audiencia de extradición. En tal condición comparecieron los reclamados ante este tribunal, a la audiencia de extradición pasiva, sin que suscitara discusión sobre su identidad, por lo que dicho requisito se dará por cumplido.

SÉPTIMO: Que para evaluar si se cumple la exigencia de la letra b) del artículo 449, es decir, si se trata de un delito que autoriza la extradición, es necesario tener presente las reglas del Convenio sobre Extradición de Montevideo aplicables, en particular su artículo I, que obliga a los Estados parte a entregar a los individuos que, hallándose en su territorio, han sido requeridos por otro Estado signatario, por estar acusados o sentenciados en dicho Estado, siempre bajo las siguientes circunstancias: a) Que el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso que se imputa al individuo reclamado. b) Que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido con una pena mínima de un año de privación de libertad.

Asimismo, el Convenio regula casos en que el Estado requerido no está obligado a conceder la extradición, según lo previsto en su artículo III: a) Cuando estén prescriptas la acción penal o la pena, según las leyes del Estado requirente y del requerido con anterioridad a la detención del individuo inculcado. b) Cuando el individuo inculcado haya cumplido su condena en el país del delito o cuando haya sido amnistiado o indultado. c) Cuando el individuo inculcado haya sido o esté siendo juzgado en el Estado requerido por el hecho que se le imputa y en el cual se funda el pedido de extradición. d) Cuando el individuo inculcado hubiere de comparecer ante tribunal o juzgado de excepción del Estado requirente, no considerándose así a los tribunales del fuero militar. e) Cuando se trate de delito político o de los que le son conexos. No se reputará delito político el atentado contra la persona del Jefe de Estado o de sus familiares. f) Cuando se trate de delitos puramente militares o contra la religión”. Finalmente, agrega el artículo IV de la Convención que “La apreciación del carácter de las excepciones a que se refiere el artículo anterior corresponde exclusivamente al Estado requerido.

OCTAVO: Que, en primer lugar, el Estado requirente goza de jurisdicción para juzgar los hechos materia de la extradición, atendido que rige el principio de territorialidad en la aplicación de la ley penal en Argentina, según se desprende del artículo 50 del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe. Ley 12734, que dispone: “Será competente el Tribunal del lugar donde se afirma, con suficiente fundamento, cometido o tentado el hecho con apariencia delictiva. En caso de delito continuado o permanente, el del lugar en que cesó la continuación o permanencia. En caso de duda el que hubiese prevenido.”, entre otros preceptos complementarios, todos debidamente acompañados por el Estado requirente.

Que, en segundo término, en lo que se refiere a la necesidad de doble incriminación y al principio de mínima gravedad, se advierte que los hechos que fundan el pedido de extradición –transcritos en la parte expositiva de esta sentencia– describen conductas que se encuentran tipificadas y sancionadas tanto en el país requirente como en el requerido. De este modo, en Argentina el robo con fuerza en las cosas se castiga con una pena de prisión que va desde los tres a los diez años, según como indica el artículo 167 del Código Penal argentino: *Se aplicará reclusión o prisión de tres a diez años: 1°. Si se cometiere el robo en despoblado; 2°. Si se cometiere en lugares poblados y en banda; 3°. Si se perpetrare el robo con perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas; 4°. Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 163.*

Por su parte, dicho tipo penal en Chile se encuentra definido en el artículo 442 del código nacional, robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, cuyo marco penal va de 541 días a cinco años, según indica el artículo 442 del Código Penal chileno. *El robo en lugar no habitado, se castigará con presidio menor en sus grados medio a máximo, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.° A Escalamiento. 2.° Fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados. 3.° Haber hecho uso de llaves falsas, o verdadera que se hubiere sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo o abrir los muebles cerrados.*

De este modo, se satisface el principio de doble incriminación y la exigencia de mínima gravedad en el caso, ya que en los hechos imputados constituyen delito según la legislación de ambos Estados; y dichos delitos se sancionan con penas que superan el año de privación de libertad, lo que permite dar por cumplido el requisito del artículo I, letra b) de la Convención de Montevideo.

Asimismo, a la luz de los antecedentes de autos, también cabe descartar las otras hipótesis de rechazo de la extradición, previstas en el artículo III del Convenio de Montevideo, toda vez que los requeridos no ha cumplido condena por los hechos imputados, ni ha sido favorecido por amnistía o indulto (artículo III, letra b); tampoco existe una situación de doble juzgamiento por los mismos hechos (letra c); asimismo, de ser extraditado, los requeridos no serán juzgados por un tribunal de excepción, sino por los tribunales penales ordinarios, preestablecidos por ley, de acuerdo a lo establecido en el artículo 50 del Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe, normativa que acompañó la parte requirente (letra d); y finalmente, siendo el robo con fuerza en las cosas una conducta que atentan contra la propiedad, deben reputarse como delitos comunes, excluyéndose el carácter de delito político o conexo, puramente militar o contra la religión (letras e) y f).

NOVENO: Que, en cuanto a la prescripción de la pena, la letra a) del artículo III del tratado en estudio exige que la pena o la acción penal no se encontrare prescrita según las leyes del país requirente y requerido.

En el caso en particular la acción penal sigue plenamente vigente en ambas legislaciones, cuestión que no ha sido controvertida por las partes. En el caso de Argentina, el artículo 62 de su Código Penal establece que la prescripción de la acción penal es el mismo tiempo

que la pena asignada al delito. En Chile, nuestro artículo 94 del Código Penal establece que la prescripción para la acción penal de simples delitos es de 5 años.

DÉCIMO: Que cabe examinar ahora la última exigencia del artículo 449, es decir, si dados los antecedentes del caso, se puede presumir que el Ministerio Público deduciría acusación contra del requerido. Lo anterior implica efectuar una valoración de los antecedentes, para determinar si la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, como se desprende del artículo 248 del Código Procesal Penal; esto no significa evaluar si se alcanza el estándar de convicción que conduzca necesariamente a una condena, pero sí que los antecedentes sean graves y de consideración de modo que justifiquen el juzgamiento.

UNDÉCIMO: Que los documentos acompañados por el Estado requirente hacen alusión a antecedentes o elementos probatorios que permiten justificar la existencia del delito y la participación de los requeridos en él, que acompañan piezas de la investigación o diligencias policiales, pruebas documentales y declaraciones de los coautores o de testigos, es decir, se puede evaluar si concurren los elementos que integran el tipo penal de robo con fuerza en las cosas.

Que, en ese sentido, a juicio de esta Instructora, los antecedentes recabados por las investigaciones del persecutor argentino, reflejados en la prueba documental señalada en la audiencia del 22 de junio pasado por el Ministerio Público chileno, revisten suficiente seriedad y fundamento, como para estimar que en virtud de ellos se formularía acusación en Chile.

Existiendo evidencias fundantes que los vincularían a la comisión del hecho ilícito, tal como indica el Ministerio Público chileno, constan antecedentes vinculados a tres grupos de hechos: previos a la comisión del delito, durante su ejecución, y posterior al mismo.

Respecto a los hechos anteriores, se encuentra en la carpeta investigativa la declaración del señor J. C. Quien se encuentra en Argentina condenado por el delito materia de la extradición junto a otros sujetos: A. C. y R. R., todos a tres años de cárcel. C. declara ante la fiscalía y justicia argentina en forma extensa, situando a los dos requeridos considerados coautores en este caso. Indica que los trasladó a la ciudad de Rosario y que los acompañó en la compra de distintos instrumentos para cometer los robos.

Con fecha 18 de abril de 2022, la defensa de C. solicitó la fijación de audiencia ante Fiscalía puesto que su asistido deseaba declarar, el Ministerio Público argentino recibió su declaración a tenor de lo normado en el art. 281 del Código Procesal Penal argentino habiendo éste manifestado: *“G. B. le contacta con ésta gente –los chilenos–, me pasa el teléfono del jefe de la banda que era Liru (J.A.B.) con característica chilenas. Se llama J. Esto fue entre el 20 y 25 de febrero del 2021 si no me falla la memoria, el 23 hice el viaje. Fui en el Peugeot 408 el de Kraimer; que utilizaba de la remisería, que me secuestraron.*

Liru me contactó para que yo me tomara un colectivo a Buenos Aires, buscará un auto que era el Fluence que ustedes después me secuestran y con éste tenía que ir a Pehuenia a buscarlos. Yo en mi teléfono lo tenía agendado a Liru después lo borré porque ellos cambiaban de teléfono de manera constante. Aunque era caro el viaje me contrataron igual porque yo no iba a hacer lo que Liru me pedía. La condición era que los iba a buscar

en el 408. Yo no quería buscar el auto en Buenos Aires porque no tenía papeles y no me iba a arriesgar porque además no tenía permiso para conducirlo. Mi patrona determinó el precio. Yo hacía viajes con la empresa Primera Clase y además de manera particular. Este viaje era de manera particular; mi patrona C. K. pasaba el presupuesto. Ella tenía vínculos de viaje con B.. A la empresa le tenía que decir que estaba ausente unos días (...).

Mi amigo G. que fue el primero que me contactó me dijo que éstos chilenos venían a montar una empresa de montaje. Yo me fundí en el año 2018, trabajé para una empresa de montaje. Los chilenos me dijeron que tenían que comprar herramientas. Necesitaban tubos de oxígeno. Ellos me acompañaron a comprar todo. Fuimos a Ayacucho antes de Circunvalación. En Oxitodo. Fuimos en mi auto en el 408. Yo los busqué al día siguiente. También me llamaron para ir a la ferretería FERRETERA SAN LUIS, queda en Peías Unidas y Casilda. Ahí compraron cajas de herramientas. Acá entraron y pagaron ellos como consumidor final. Entraron los tres juntos (...).

Que con fecha 21 de abril de 2022 se efectuaron reconocimientos fotográficos por mosaico de los llamados R.C.C., J.B.P., D.F.S., B.V., siendo el reconociente C., habiendo arrojado resultado positivo la medida, conforme las respectivas actas que obran glosados al legajo fiscal. (Antecedentes complementarios, pág. 89-93 detenciones).

Sobre el hecho mismo, hay múltiples grabaciones de cámaras de seguridad de los distintos locales comerciales adyacentes a la casa de cambios. También hay fijaciones fotográficas obtenidas de dichas cámaras. Vale señalar que hay algunas previas al hecho mismo, por ejemplo del 8 de marzo de 2021, en la que se identifica claramente a un grupo de personas, entre ellos los imputados, haciendo un reconocimiento del lugar donde cometerían el robo. El 8 de marzo de 2021, desconocidos cortaron los cables de electricidad que resguardaban la casa de cambios. En el día de los hechos, las cámaras capturaron los vehículos involucrados en el robo y la dinámica del mismo, sustrayendo más de 50 millones de pesos chilenos.

Lo indicado anteriormente consta en el informe confeccionado en fecha 24/03/21 por el Subinspector Daniel Alberto Vivas de la Brigada Operativa No. 3 de la AIC, a través del cual se plasmaron los fotogramas obtenidos de las registraciones filmicas del edificio Mitre 868 de Rosario, observándose las tareas de inteligencia realizadas por los autores previamente los días 08/03/21 (*alrededor de las 15.15 horas, se observa a cinco personas de sexo masculino, luego identificados como aquellos que fueran oriundos de Chile, arribando en el vehículo marca Renault modelo Fluence dominio NTV528*) y el 12/03/21 (*alrededor de las 23.40 horas hasta las 23.47 horas, cuando tres personas de sexo masculino –dos de ellos, tratándose de los que ya habrían participado en las tareas del lunes 8 de marzo–, arriban a bordo del vehículo marca Renault modelo Kangoo dominio FTG942 y se acercan a la caja de los fusibles perteneciente a la financiera, para luego dejar sin fluido eléctrico a dicha oficina*). Que desde la hora 01.15 a 05.35 horas del 15/03/21, se observa la aparición de al menos seis personas de sexo masculino en dos oportunidades, la utilización de una escalera fin de trepar a la oficina, los dos vehículos antes mencionados –Fluence y Kangoo–, y los bolsos con los que transportaban los elementos –además del botín obtenido– a utilizar para acceder a la oficina y luego a la caja de seguridad), concretando así el robo. (Antecedentes complementarios, pág. 74 detenciones).

Pero también en la investigación argentina hay hechos posteriores. Esta banda encomendó a una persona en Paraná que les alquilara una casa, lugar donde llegan posterior al robo, celebrando el mismo. Esto se sabe porque algunos de los involucrados suben a Facebook fotografías de los festejos. Además hay un testigo protegido que refiere a todas las personas que se encontraban en la casa, y qué es lo que habían cometido. Además se menciona expresamente al requerido C.

El informe del testigo protegido fue confeccionado con fecha 28/04/21 por el Comisario Inspector Schmunk Carlos Ariel, Jefe de la División Robos y Hurtos de la Policía de la Provincia de Entre Ríos, que dice: *“-que el día lunes 26/04/2021 se hace presente en esta dependencia a mi cargo una persona de sexo masculino el cual no quiso brindar sus datos personales por temor a posibles represalias, el cual manifiesta que tenía información de suma importancia de dos robos importantes ocurridos aproximadamente hace un mes atrás, en la ciudad de Rosario, uno en una casa de préstamo y otro en una inmobiliaria, que las personas autoras de este hecho eran de nacionalidad Chilena-”* A su vez aporta que *“uno se llama C.C.R. y otro de apodado “Liru”, de los otros no sabía los datos en cuanto a su identidad”* Informa los números telefónicos que éstos supuestamente utilizaban, +56950855264 -+56955116049 - +5493424087205, la tercera tiene característica Argentina, la cual es buscada en Sudamericadata.com y pertenecería a una mujer llamada M. V. de la Ciudad de Coronda, departamento San Jerónimo de la Provincia de Santa Fe: también el informe manifiesta: *“-Que al momento de perpetrar los hechos estas personas se conducían en un vehículo Renault Fluence color naranja”* (Ant. complementarios, pág. 74-75 detenciones).

Junto a ello se agrega en el legajo del fiscal argentino el informe No. 340/21 de fecha 10/05/21, elevado por la Lic. Claudia Zapata, Subcomisario de la AIC, a través del cual se plasmó lo siguiente: *“Llevó a su conocimiento que en día de la fecha dando cumplimiento al oficio 009881/21 nos constituimos en la Dirección de Investigación de la Policía de Entre Ríos a los fines de poder recabar todo tipo de información y datos de interés para la causa que se investiga”*. Atento a ellos procedemos a entrevistar a una persona de sexo masculino a quien por razones de temor a represalias se preserva su identidad, el cual de forma espontánea expone que en fecha 15 de marzo *“-El día 17 yo llego a la casa quinta temprano y veo que estaban contando mucho dinero arriba de una mesa, y ahí le digo “USTEDES HICIERON LA CASA DE CAMBIO DE ROSARIO” y preguntan ¿cómo sabía? Y yo les digo que había buscado en internet, había visto el video y se los muestro, y ellos los ven y se reconocen entre ellos-”*.

“También puedo identificar a algunos de ellos que el “JEFE” es el apodado “LIRU”, que otro le llama R.C.”, a otro le decían “CARETEO” y a otro de nombre “D.”, y el quinto no se el nombre ni apodo, que sé que se movilizaban en un “FLUENCE” y en un utilitario.” (Ant. complementarios, pág. 75-77 detenciones).

Del informe fechado 09/07/21, elaborado por el Subinspector Daniel A. Vivas de la AIC, se obtuvo el detalle de los perfiles de la red social Facebook de las personas sospechadas dentro de la presente, acompañándose publicaciones de capturas de los mismos: Se acompañaron un cúmulo de capturas de interés del perfil, destacándose la realizada el 17/03/21 (dos días después del robo) por el perfil J.Y. (J.B. apodado Liru), donde se

observa una fotografía del referido en una pileta, visualizándose un comentario que reza “*disfrutando los placeres del trabajo jajajajaja dale tu corta compita tkm*”. Luego, otra fotografía publicada el 17/03/22 donde se observan a cinco personas de sexo masculino sonrientes que sería los presuntos autores del hecho: B. (Liru), F.S., C.C., V. (Careteo) y M., comentarios “*Bkn mi hmni loko k dios bendiga a todos esos choretes*”. Luego un video publicado por B. fechado 23/02/21 donde se lo observaría en un paisaje de montañas, dicha publicación reza “*Kaminando mas k confuuuu pero llegamos a la tamee bendiciones para todoss*”. (Ant. complementarios, pág. 78-79 detenciones).

Las restantes piezas de la investigación, incorporadas al proceso, aportan evidencias e indicios concordantes con los registros fílmicos, y a diversas declaraciones durante el proceso que los conectarían con el hecho.

Así las cosas, resulta razonable afirmar que el persecutor cuenta con un conjunto de medios de prueba, directos e indirectos, verosímiles y concordantes, que dan cuenta de la existencia del delito y la participación de los requeridos en el mismo, superando ampliamente el estándar de “fundamento serio” requerido para acusar.

En lo que se refiere a la defensa del señor V.M., existen documentos suficientes y declaraciones que lo vincularían a la comisión del delito. De este modo, tal y como señala el Considerando 2° de esta sentencia “el procedimiento de extradición no es un juicio penal dirigido a establecer la culpabilidad o inocencia de una persona acusada como responsable de un delito”, por tanto no se evalúa la cantidad o certeza que producen los medios de prueba, cuestión que es menester del juicio de fondo que deberá ser resuelta por las autoridades competentes.

Respalda esta conclusión la circunstancia de haberse formulado acusación fiscal en Argentina, por los hechos: el 18 de mayo de 2021, respecto del robo con fuerza en las cosas. Si bien éste solo hecho no basta para dar por cumplido el estándar del artículo 449 letra c) del Código Procesal Penal, sí es un elemento a considerar, atendido que hubo una ponderación de los antecedentes, donde el ente persecutor argentino los estimó suficientemente fundados y consistentes como para acusar.

DUODÉCIMO: En efecto, el artículo 248 al que se remite la letra c) del artículo 449, ambos del Código Procesal Penal, señala que si el fiscal del Ministerio Público estima que han reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación, deberá formularla por escrito dentro de los diez días siguientes a la declaración de cierre de la investigación, es decir, si estimare que la investigación proporciona la consistencia suficiente, extraído tal convencimiento de que los antecedentes probatorios recopilados, son bastantes para asignarles la eficacia de lograr desvirtuar la presunción de inocencia del acusado en el juicio oral posterior. Así, en esta materia, la ley ha querido hacer aplicable tal regla de la acusación penal en consideración a que estima que el procedimiento de extradición es un antejuicio, establecido para determinar si los antecedentes probatorios aportados por el Estado requirente, proporcionan un fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, y, por consiguiente, si se accede o no a la solicitud de extradición.

DÉCIMO TERCERO: Que, a juicio del instructor, los documentos acompañados por el Estado requirente, denuncias, declaraciones, informes policiales, actas de audiencia, informes fotográficos, entre otros, son elementos probatorios que permiten justificar la existencia del delito y la actuación inmediata y directa de los requeridos, esto es su condición de autores. Ellos mismos contienen las declaraciones que son suficientes a los efectos de conceder la extradición de los investigados, pues todos ellos conducen a concluir altas probabilidades para la acreditación de los hechos en el juicio respectivo, cual es el sentido de la exigencia legal de la extradición pasiva, debe tratarse de una imputación seria, que deriva de las normas de los artículos 248 apartado b) y 449 del Código Procesal Penal, la que se encuentra claramente cumplida con los ya analizados antecedentes.

Es conveniente destacar que las imputaciones del pedido de extradición no han sido cuestionadas en manera alguna, toda vez que sólo obra la prueba que fuera acompañada por el Estado requirente. De este modo, por los antecedentes aportados, se puede considerar que existe fundamento serio o de consideración para estimar que en Chile el Ministerio Público deduciría acusación en contra de los requeridos por los hechos que motivan la solicitud. Por lo anterior, tratándose de un conjunto de elementos de convicción en un mismo sentido, se alcanza el estándar de convicción necesario para dar cumplida la exigencia del artículo 449, letra c) del Código Procesal Penal.

DÉCIMO CUARTO: Que, finalmente, no se hará lugar a la petición subsidiaria de la defensa, en orden a negar la entrega y disponer el juzgamiento de los requeridos en Chile, toda vez que el ejercicio de esta facultad, prevista en el artículo II de la Convención de Montevideo, debe recibir una aplicación restrictiva, exigiendo para su ejercicio que las circunstancias del caso realmente justifiquen el juzgamiento en Chile, siguiendo así el criterio fijado por la Corte Suprema en la materia (SCS, 10.6.2013, Rol N° 3026-2013 y SCS, 20.5.2019, Rol N° 11.015-2019). En efecto, salvo por alusiones genéricas a la nacionalidad de los requeridos, la defensa no ha esgrimido ni acreditado circunstancias suficientemente graves para acceder a su petición. Por el contrario, la carga de realizar el juicio en nuestro país podría dificultar la persecución criminal o tornarla ilusoria, dado que toda la prueba existente en Argentina deberá trasladarse a nuestro país, lo que en términos prácticos puede significar la impunidad.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL:

Por estas consideraciones y vistos, además lo dispuesto en las disposiciones legales de la Convención sobre Extradición suscrita en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 26 de diciembre de 1933, y los artículos 440, 448, 449 y 451 del Código Procesal Penal chileno, se declara:

- I. Que se **concede** la petición de extradición pasiva de los ciudadanos chilenos **R.J.C.C.**, nacido el 28 de abril de 1985, cédula nacional de identidad chilena N° xxx, y **B.R.V.M.**, nacido el 13 de junio de 1991, cédula nacional de identidad chilena N° xxx, a efectos de someterlos a juicio y determinar su responsabilidad penal por el Juzgado Penal de Primera Instancia, Distrito N° 2 de Rosario, Provincia de Santa Fe, República Argentina, debido a su participación como coautores del delito de robo agravado

por escalamiento, en banda y en lugar poblado, previsto en los artículos 163 inciso 4 y 167 inciso 2 y 4 del Código Penal de la Nación Argentina.

- II. Que se rechaza la petición subsidiaria de la defensa, consistente en rehusar la entrega y disponer el juzgamiento en Chile de los requeridos.
- III. Ejecutoriado que sea este fallo, póngase a los requeridos a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores, para ser entregados al país solicitante y comuníquese la presente sentencia a la Policía de Investigaciones de Chile, exceptuando a **B.R.V.M.**, cuya entrega quedará **diferida** hasta el término de los procesos pendientes en Chile según lo establecido en el Artículo VI de la Convención sobre Extradición suscrita en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 26 de diciembre de 1933.
- IV. Que se mantienen las medidas cautelares personales de prisión preventiva respecto de los requeridos hasta su entrega a las autoridades requirentes, o hasta disposición en contrario.

Regístrese, notifíquese, y en su oportunidad, archívese.

Rol N° 7.403-2022.

Dictada por la Ministra de la Excma. Corte Suprema, María Angélica Repetto García.

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

VIOLENCIA SEXUAL INDUCIDA POR SUSTANCIAS PSICOACTIVAS: CARACTERIZACIÓN Y HALLAZGOS

Xaviera Camplá Bolívar¹

Maurizio Sovino Meléndez²

I. INTRODUCCIÓN

La criminalidad cometida a través de la administración de sustancias psicoactivas a una persona –alcohol, drogas ilícitas o psicofármacos–, con el fin de modificar su comportamiento, alterar su consentimiento y la memoria de los hechos, ha cobrado fuerza y complejizado las investigaciones en los últimos años³. Lo mismo ha ocurrido con el aprovechamiento del consumo voluntario de sustancias por parte de la víctima.

Si bien se observa una multiplicidad de delitos facilitados por el uso de dichas sustancias⁴, tales como homicidios, parricidios, estafas y otros, la literatura especializada destaca una tendencia en el tipo de ilícito cometido bajo esta modalidad asociada al género de la víctima: los hombres tienden a ser intoxicados para ser robados, mientras que las mujeres

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

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

3 BECERRA-GARCÍA, Antonio. "Epidemiology of drug-facilitated sexual assault". En: *Medicina Clínica*, Vol. 144, N° 9, España, Elsevier España, 2015, págs. 401-402.

4 ISORNA, Manuel et al. "Drug-facilitated sexual assault and chemical submission". En: *Psychology, Society & Education*, Vol. 9, N° 2 España, Editorial de la Universidades de Almería, 2017, p. 263.

son sujetas a contactos sexuales no consentidos⁵. Estas últimas conductas son llevadas a cabo aprovechando que la víctima se encuentra incapacitada para oponerse, al estar inconsciente o bajo los efectos de sustancias psicoactivas. Cabe indicar que el consumo de alcohol, drogas o psicofármacos afectan las funciones cognitivas, volitivas y respuesta física de una persona, pudiendo mermar con ello el consentimiento para la actividad sexual en la medida que interfiere la posibilidad de comunicar su falta de voluntad para participar, entender lo que está sucediendo o tener la capacidad de controlar su propia conducta, con la consiguiente pérdida de poder y control, factores aprovechados por los autores de los ilícitos⁶.

Por otro lado, además del impacto sufrido producto del delito mismo, existe lata evidencia respecto a la ausencia de credibilidad hacia las víctimas en este tipo de causas, responsabilizándolas de su victimización y exonerando de ella a quien cometió la conducta, viéndose incrementado el potencial de victimización secundaria. En este sentido, existen sesgos, estereotipos y prejuicios asociados al consumo de sustancias por parte de la víctima, tanto por parte del autor, del entorno (incluyendo a las personas que son parte del sistema de justicia penal) e, incluso, de la propia víctima, observándose una reticencia a denunciar estos hechos⁷.

El presente artículo busca analizar los hechos de violencia sexual en los que el autor propicia o se aprovecha del consumo de sustancias psicoactivas por parte de la víctima. Para este fin, en primer lugar, se lleva a cabo una breve revisión del fenómeno, para luego presentar un estudio jurisprudencial cuyos objetivos fueron caracterizar las conductas cometidas, la prueba rendida en juicio y examinar la valoración de los tribunales ante estos casos. Para ello, se revisaron sentencias definitivas ejecutoriadas, dictadas por los tribunales de juicio oral en lo penal a nivel nacional entre septiembre de 2021 y agosto de 2022, utilizando para su análisis técnicas de estadística descriptiva y análisis de contenido cualitativo de los documentos, para dar respuesta a los objetivos planteados.

5 BERTOMEU-RUIZ, Antonia et al. "Sumisión química y robos en serie". En: *Revista Española de Medicina Legal*, Vol. 39, N° 1, España, Elsevier España, 2013, págs. 40-41.

6 PANYELLA-CARBÓ, María, AGUSTINA, José y MARTIN-FUMADÓ, Carles. "Sumisión química versus vulnerabilidad química: análisis criminológico de los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas a partir de una muestra de sentencias". En: *Revista Española De Investigación Criminológica*, Artículo 5, N° 17, España, Sociedad Española de Investigación Criminológica, 2019, págs. 1-23, p. 3. Cabe indicar que en el presente artículo se utilizará la voz *autor* para referirse a la persona que presuntamente ha cometido o ha sido condenada por cometer un delito de violencia sexual. Se usa el masculino por ser habitualmente un hombre quien comete este tipo de conductas (según información obtenida del Sistema de Apoyo a los Fiscales (SAF), base de datos del Ministerio Público, un 98.7% de las personas condenadas por delitos de violencia sexual entre 2017 y 2022 fueron hombres).

7 COHN, Amy et al. "Correlates of reasons for not reporting rape to police: Results from a national telephone household probability sample of women with forcible or drug-or-alcohol facilitated/incapacitated rape". En: *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 28, N° 3, Estados Unidos, SAGE Publications Inc., 2013, p. 468; LYNCH, Kellie Rose et al. "Who bought the drinks? juror perceptions of intoxication in a rape trial". En: *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 28, N° 16, Estados Unidos, SAGE Publications Inc., 2013, p. 3216.

II. CARACTERIZACIÓN DE LA VIOLENCIA SEXUAL INDUCIDA POR SUSTANCIAS PSICOACTIVAS

1. Nociones básicas

En el escenario de victimización sexual relacionada con el consumo de sustancias psicoactivas, es posible encontrar dos grandes modalidades: la primera, y menos frecuente, conocida como *sumisión química* (en adelante SQ), referida a la administración subrepticia de sustancias a la víctima por parte del autor con el objetivo de someterla con finalidad criminal⁸, pudiendo ser su efecto de tipo incapacitante o desinhibidor. La segunda, conocida como *vulnerabilidad química* (en adelante VQ), alude a la comisión de un delito en contra de una persona que presenta sus capacidades disminuidas producto del consumo voluntario de sustancias, ya sea alcohol, drogas, medicamentos o bajo la combinación de estas. Ambos casos pueden presentarse bajo la categoría de *probado* (cuando se ha confirmado con exámenes de laboratorio) o *probable*, cuando existen fundadas sospechas, pero no hay pruebas científicas que lo corroboren⁹.

En términos fenomenológicos, la evidencia muestra una primacía de la comisión de estos delitos en horario nocturno y fin de semana, usualmente en un episodio único, en circunstancias sociales de ocio o recreación¹⁰. El autor es frecuentemente una persona conocida o recientemente conocida de la víctima¹¹, incluyendo contextos de citas y *flirteo* con distintos niveles de formalidad. En este respecto, cabe destacar que es posible encontrar también evidencia que indica que los autores bajo la influencia de sustancias son más propensos que los sobrios a cometer conductas sexuales contra una persona recientemente conocida e ignorar la oposición de las víctimas¹².

En términos del rango etario de las víctimas, si bien no resulta excluyente, ha recibido especial atención la victimización sexual bajo esta modalidad en la etapa juvenil y de la adultez emergente (18-25 años), dada la elevada frecuencia de consumo de sustancias asociada a este periodo evolutivo, ya sea por parte del autor, la víctima o ambas personas¹³. En estudios en el contexto nacional, la variable consumo de alcohol o drogas

8 GARCÍA-REPETTO, Rosario y SORIA, M. Luisa. "Sumisión química: reto para el toxicólogo forense". En: *Revista Española de Medicina Legal*, Vol. 37, N° 3, España, Elsevier España, 2011, p. 106; XIFRÓ-COLLSAMATA, Alexandre et al. "Estudio prospectivo de la sumisión química con finalidad sexual en Barcelona". En: *Medicina Clínica*, Vol. 144, N° 9, España, Elsevier España, 2015, p. 404.

9 PANYELLA-CARBÓ, AGUSTINA y MARTIN-FUMADÓ, ob. cit., p. 4.

10 PANYELLA-CARBÓ, AGUSTINA y MARTIN-FUMADÓ, ob. cit., p. 6.

11 XIFRÓ-COLLSAMATA, Alexandre, et al. "Estudio prospectivo de la sumisión química con finalidad sexual en Barcelona". En: *Medicina Clínica*, Vol. 144, N° 9, España, Elsevier España, 2015, p. 407.

12 TESTA, Maria y LIVINGSTON, Jennifer. "Alcohol consumption and women's vulnerability to sexual victimization: can reducing women's drinking prevent rape?". En: *Substance Use & Misuse*, Vol. 44, N° 9-10, Estados Unidos, Taylor & Francis, 2009, p. 1354. ABBEY, Antonia. "Alcohol's Role in Sexual Violence Perpetration: Theoretical Explanations, Existing Evidence, and Future Direction". En: *Drug Alcohol Rev*, Vol. 30, n° 5, Estados Unidos, PubMed Central, 2011, p. 5.

13 KRAHÉ, Barbara et al. "Prevalence and correlates of young people's sexual aggression perpetration and victimisation in 10 European countries: a multi-level analysis". En: *Culture, Health & Sexuality*, Vol. 17, N° 6, Reino Unido, Routledge, Taylor & Francis, 2015, p. 692 y p. 695.

estuvo presente en más de la mitad de las conductas de violencia sexual reportadas por víctimas y por autores en la encuesta trabajada en el estudio¹⁴.

2. Cifras del fenómeno

Pese a la variabilidad entre estudios, la violencia sexual bajo la influencia del consumo de sustancias psicoactivas, y en particular de alcohol, alcanza cerca de un 50% de los casos conocidos mediante encuestas de victimización, no solo por parte de la víctima sino también del autor o de ambas personas¹⁵. En este sentido, se concluye acerca de la amplia asociación entre la victimización sexual y la presencia de alcohol, apuntando a su frecuente coocurrencia, particularmente en aquellos casos de *heavy drinking* o atracón de alcohol en breve periodo de tiempo¹⁶.

Algunas investigaciones han incorporado la variable edad como mediadora de la presencia de alcohol en la víctima al momento de los hechos, determinando una diferencia relevante entre el 74% de esta sustancia presente en víctimas menores de 21 años, respecto del 48% de quienes superan esta edad, lo que indica un predominio de esta forma de ataque entre personas más jóvenes¹⁷.

Sin embargo, si bien el alcohol es prevalente, no es la única sustancia involucrada en la facilitación de la victimización sexual: un estudio realizado en víctimas de violencia sexual que concurren a un centro de salud especializado en la materia, encontró que un 59% de ellas dio positivo para etanol (alcohol) en muestras de sangre y orina, en tanto un 19% arrojó resultados para la presencia de otras sustancias, primando en estas las benzodiazepinas y similares, cannabinoides y, por último, opioides¹⁸.

En lo que respecta a Chile, un estudio realizado con jóvenes reportó la presencia de alcohol en la víctima y el autor en el 57.1% de los casos y solo en la víctima en un 6.4% adicional¹⁹. Estas cifras ilustran la elevada magnitud del problema, al demostrar que

14 LEHRER, Jocelyn, LEHRER, Evelyn y KOSS, Mary. "Sexual and dating violence among adolescents and young adults in Chile: a review of findings from a survey of university students". En: *Culture, Health & Sexuality*, Vol. 15, N° 1, Reino Unido, Routledge, Taylor & Francis, 2013, p. 5; SCHUSTER, Isabell et al. "Sexual aggression victimization and perpetration among male and female college students in Chile". En: *Frontiers in Psychology*, Vol. 7, Artículo 1354, Suiza, Frontiers, 2016, págs. 1-12, p. 1.

15 ABBEY, Antonia. "Alcohol-related sexual assault: a common problem among college student". En: *Journal of Studies on Alcohol, supplement*, no 14, Michigan, Estados Unidos, Rutgers, 2002, p. 120.
TESTA, Maria y LIVINGSTON, Jennifer. "Alcohol consumption and women's vulnerability to sexual victimization: can reducing women's drinking prevent rape?". En: *Substance Use & Misuse*, Vol. 44, N° 9-10, Estados Unidos, Taylor & Francis, 2009, p. 1354.

16 TESTA, Maria y LIVINGSTON, Jennifer. "Alcohol consumption and women's vulnerability to sexual victimization: can reducing women's drinking prevent rape?". En: *Substance Use & Misuse*, Vol. 44, N° 9-10, Estados Unidos, Taylor & Francis, 2009, págs. 1352-1353.

17 TADROS, Allison et al. "Emergency department visits for sexual assault by emerging adults: is alcohol a factor?". En: *Western Journal of Emergency Medicine*, Vol. 19, N° 5, Estados Unidos, eScholarship, 2018, págs. 797-802, p. 797.

18 HAGEMANN, Cecilie et al. "Ethanol and drug findings in women consulting a Sexual Assault Center—Associations with clinical characteristics and suspicions of drug-facilitated sexual assault". En: *Journal of Forensic and Legal Medicine*, Vol. 20, N° 6, Reino Unido, Elsevier, 2013, p. 781

19 SILDARRIAGA, Laura et al. "Sexual violence victimization among undergraduates at a Chilean university". En: *International Journal of Conflict and Violence*, Vol. 14, Alemania, Public Knowledge Project, 2020, p. 6.

hubo consumo de alcohol en la víctima al momento de los hechos en un total de 65,5% de casos.

Las cifras anteriormente indicadas no son de extrañar al tener presentes la disposición y presencia del consumo de alcohol en el contexto nacional, lo que otorga cierta factibilidad a esta forma de comisión de la violencia sexual. Así lo demuestran, en términos de la habitualidad del uso del alcohol en población chilena, los resultados de la última encuesta de auto reporte publicada por el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA), que indican una prevalencia del uso “alguna vez en la vida” de 79,8%, en el “último año” de 58,5% y en el “último mes” de 44,3%, considerando una muestra de población general entre los 12 y 64 años²⁰.

Por último, con respecto a la modalidad de violencia sexual inducida por el consumo de sustancias psicoactivas, la literatura indica una prevalencia de la VQ por sobre la SQ, toda vez que la segunda no llega a superar entre un cuarto y un tercio de estos casos de acuerdo a cifras obtenidas en investigaciones tanto de revisiones de sentencias²¹ como del trabajo de campo con víctimas de violencia sexual²². Sin perjuicio de esto, es posible identificar que, a mayor estimación de concentración de alcohol en la sangre de la víctima durante el ilícito, mayor asociación con un uso proactivo (SQ) y no solo oportunista (VQ) del autor²³.

3. Mecanismos de acción y variables a considerar

Con relación a los efectos del consumo de sustancias psicoactivas en las víctimas, estos dependerán de una compleja interacción de factores asociados a la toxicocinética. Dicho concepto refiere a las distintas fases y fenómenos que experimentan las sustancias desde que ingresan hasta que se eliminan del cuerpo, asociado a mecanismos como la absorción, distribución, metabolismo o procesos de biotransformación, y su eliminación o excreción (renal, respiratoria, etc.)²⁴. Debido a estos procesos, para el análisis resultarán relevantes variables personales asociadas a peso y grasa corporal, cantidad y tipo de alimentos ingeridos, niveles de tolerancia a las sustancias, rapidez de la ingesta y su duración, entre otras.

20 SERVICIO NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN Y REHABILITACIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS Y ALCOHOL. *Décimo Cuarto Estudio Nacional de Drogas en Población General de Chile 2020*. Chile, Ministerio del Interior y Seguridad Ciudadana, Gobierno de Chile, 2021, p. 35.

21 Ver PANYELLA-CARBÓ, AGUSTINA y MARTIN-FUMADÓ, ob. cit., p. 11, con revisión de 102 sentencias en España por un periodo de 17 años (1999-2016).

22 GARCÍA-CABALLERO, Carlos, CRUZ-LANDEIRA, Angelines y QUINTELA-JORGE, Óscar. “Sumisión química en casos de presuntos delitos contra la libertad sexual analizados en el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (Departamento de Madrid) durante los años 2010, 2011 y 2012”. En: *Revista Española de Medicina Legal*, Vol. 40, N° 1, España, Elsevier España, 2013, págs. 11 y sgtes.

23 HAGEMANN et al., ob. cit., p. 783.

24 TELLEZ, Jairo. “Propiedades fisicoquímicas toxicocinética y mecanismos de toxicidad”. En: TELLEZ, Jairo (ed.). *Aspectos toxicológicos, psicológicos y sociales relacionados con el consumo de bebidas alcohólicas*, Colombia, Universidad Nacional de Colombia, 2012, págs. 105-110.

Asimismo, debe contemplarse también la posible presencia de otras sustancias que puedan interactuar, ya sea como aditivas (se suman los efectos de dos sustancias), potenciadoras (se incrementan los efectos producto de la interacción con un agente no tóxico), sinérgicas (mayor efecto producto de dos agentes tóxicos) o antagonistas (efecto opuesto que obstaculiza o interfiere en la acción).

Particularmente en lo que respecta al consumo de alcohol, este se ha medido a través de la concentración de la sustancia en la sangre (*blood alcohol concentration* o BAC) y se han establecido parámetros comportamentales y de las funciones cognitivas, asociados a rangos de concentración²⁵. A modo de ejemplo, la legislación nacional vigente, en coincidencia con gran parte de la comparada, considera que con un BAC de 0.8 gramos por mil se está legalmente inhabilitado para la conducción, mientras que un 0.4 gramos por mil se está en serio riesgo de coma etílico y muerte. Cabe considerar que, dado el pequeño tamaño y alta solubilidad de las moléculas de alcohol (etanol), estas atraviesan con facilidad la barrera hematoencefálica (ingreso al sistema nervioso central), por lo que los efectos en el comportamiento y en la función cognitiva se tornan visibles poco tiempo después del consumo²⁶.

4. Indicadores y efectos psicobiológicos de las sustancias psicoactivas

En términos generales, las señales de alerta sobre la existencia de un posible delito facilitado por sustancias en una víctima pueden presentarse en términos cognitivos o físicos. En cuanto a los primeros, pueden darse bajo la forma de amnesia total o parcial, confusión, somnolencia o aturdimiento, alteraciones visuales, afectación de la motricidad y el equilibrio e, incluso, pérdida o afectación del juicio, delirium o estado alucinatorio en sus formas más graves. Respecto a los segundos, es posible encontrar náuseas y vómitos, mareo, vértigo, parálisis consciente, resaca, síntomas extraños e inconsistentes con la cantidad de sustancia consumida. Junto con lo anterior, desde el reporte de terceras personas testigos, en este tipo de casos suele informarse un comportamiento poco habitual o incongruente en la víctima²⁷.

Particularmente en el caso de la violencia sexual bajo SQ o VQ, a los indicadores precitados se suma un posible estado de inconsciencia de la víctima, pérdida de memoria o recuerdo parcial de la conducta sexual, sensación de que ha ocurrido una acción de dicha naturaleza, o presentar una experiencia de estar *fuera del cuerpo*. Asimismo, otros indicadores incluyen el hecho de que la víctima se haya despertado desnuda, con la ropa mal puesta, desarreglada o cambiada; presente lesiones sin explicación como equimosis,

25 Para una revisión de la graduación alcohólica en sangre y sus efectos, ver, por ejemplo CONNELL, Mary. "Expert testimony in sexual assault cases: Alcohol intoxication and memory". En: *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 42-43, Canada, Elsevier, 2015, p. 99; o UNIVERSITY OF NOTRE DAME, CENTER FOR STUDENT WELL-BEING. *Blood Alcohol Concentration* [en línea], 2022. Disponible en: <https://mcwell.nd.edu/your-well-being/physical-well-being/alcohol/blood-alcohol-concentration/> [fecha de consulta: 07 de julio de 2022].

26 GUERRI, Consuelo. "Adicción al alcohol". En: *Revista SEBBM*, Vol. 172, España, Sociedad Española de Bioquímica y Biología, 2012, págs. 22-25, p. 22.

27 XIFRÓ-COLLAMATA et al., ob. cit., p. 406.

petequias o erosiones; o despertar con una persona desconocida, en un lugar extraño o de forma inesperada²⁸.

En cuanto a los efectos asociados específicamente al consumo de etanol y su impacto en la función cognitiva, este afecta a un gran número de funciones, incluida la memoria episódica y de trabajo, el razonamiento abstracto, la capacidad de planificación y el juicio²⁹. De esta forma, se observa que, bajo la intoxicación por alcohol, las personas se enfocan en señales inmediatas, sobresalientes y superficiales en lugar de señales distales, encubiertas e incrustadas, perdiendo información y atención al riesgo. Por tanto, en lo que concierne a las víctimas de estos delitos, el efecto del alcohol se torna en factor de vulnerabilidad en la medida que disminuye la consciencia del riesgo y de autoprotección³⁰; empeora la toma de decisiones y eleva conductas impulsivas; merma la interpretación de claves contextuales y hace que las inhibitorias sean menos llamativas (por ejemplo, el temor); eleva los tiempos de reacción; y afecta la capacidad de comunicación³¹.

Particularmente en lo relativo a la función de la memoria, se han descrito *lagunas* en el recuerdo por esta intoxicación aguda denominado *blackout*. Estas lagunas responden a la inhibición selectiva sobre ciertos sistemas cognitivos, que se producirían por una interrupción química en el hipocampo cerebral, la región integral de la formación de la memoria, generando un fallo en la transmisión de la información de la memoria a corto plazo a la memoria a largo plazo³². Es decir, se ve interferida la habilidad de formar nuevos recuerdos autobiográficos de largo plazo, problema que aumenta en tanto se incrementa la cantidad de alcohol consumido o si este es en un breve periodo de tiempo (incide no solo la cantidad sino también la velocidad del consumo).

Este fenómeno cognitivo, conocido popularmente como *apagón de tele*, se presenta de dos formas: *blackout* en *bloque* o *blackout fragmentario*. En el primer caso, la pérdida de los recuerdos es por periodos muy largos de tiempo; en el segundo caso, se pierde la memoria de manera intermitente durante la intoxicación³³, pudiendo generalmente recordar los eventos olvidados cuando alguien les cuenta lo sucedido, a diferencia del primero. Este fenómeno de la memoria puede ocurrir, de acuerdo a las estimaciones de algunos estudios, desde 0.14% de concentración en sangre (1.4 gramos por mil), sin

28 XIFRÓ, Alexandre et al. "Sumisión química: guía de actuación médico-forense". En: *Revista Española de Medicina Legal*, Vol. 39, N° 1, España, Elsevier España, 2013, p. 406.

29 ALTMAN, Christopher, MCQUISTON, Dawn y SCHREIBER COMPO, Nadja. "How elevated blood alcohol concentration level and identification format affect eyewitness memory: a field study". En: *Applied Cognitive Psychology*, Vol. 33, N° 3, Estados Unidos, John Wiley & Sons, 2019, p. 434; CONNELL, Mary. "Expert testimony in sexual assault cases: Alcohol intoxication and memory". En: *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 42-43, Canada, Elsevier, 2015, p. 101.

30 DAVIS, Kelly Cue, et al. "Effects of alcohol and blood alcohol concentration limb on sexual risk-taking intentions". En: *Journal of Studies on Alcohol and Drugs*, Vol. 70, N° 4, Estados Unidos, Alcohol Research Documentation, 2009, p. 499.

31 LORENZ y ULLMAN, ob. cit., p. 83.

32 WHITE, Aaron. "What happened? Alcohol, memory blackouts, and the brain". En: *Alcohol Research & Health*, Vol. 27, N° 2, Estados Unidos, National Institute on Alcohol Abuse and Alcoholism, 2003, p. 186.

33 WHITE, ob. cit., p. 186.

embargo, los fragmentarios pueden comenzar desde 0.1% (1.0 gramos por mil)³⁴, aun cuando otros los han encontrado presentes desde .08% (0.8 gramos por mil) BAC³⁵.

5. La respuesta penal a la violencia sexual inducida por sustancias psicoactivas

Atendida la numerosa evidencia científica actual que da cuenta de los múltiples efectos físicos, cognitivos y volitivos que causa el consumo de sustancias en una persona, no es de extrañarse que cada día existan más voces que indiquen categóricamente que “es imposible hablar de consentimiento sexual cuando se está bajo efectos del alcohol”³⁶. A pesar de esto, por regla general las legislaciones penales y la interpretación dada por las personas que son parte del sistema de justicia siguen siendo reticentes a estimar que estas situaciones tienen la entidad suficiente para estar en presencia de una verdadera ausencia de consentimiento, sobre todo si es un caso de VQ y que no implica una situación de inconciencia plena³⁷.

Con respecto a las limitaciones de la ley penal, situaciones como las descritas han sido parte de los elementos que han sido considerados para abogar por la modificación de los delitos de violencia sexual, con el objetivo de reconfigurarlos entorno al (no) consentimiento de la víctima³⁸. Esta necesidad de cambio ha sido apoyada por el derecho internacional de los derechos humanos a través de instrumentos y directrices, entre ellos el Convenio de Estambul del Consejo de Europa, que prescribe que los Estados deberán establecer que ante la violencia sexual “[e]l consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”³⁹. En la misma línea, esta vez a nivel interamericano, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará recientemente ha llamado a los Estados a generar cambios legislativos para que el consentimiento no se infiera de palabras o conductas de la víctima “cuando esté imposibilitada de dar un consentimiento libre”, lo que incluye casos en que ella no pueda comprender el acto que está llevando a cabo⁴⁰.

34 WHITE, ob. cit., p. 189.

35 ALTMAN, MCQUISTON, y SCHREIBER COMPO, ob. cit., p. 427.

36 OYARZÚN, Pamela. “Consentimiento sexual y consumo de alcohol en adolescentes. Un análisis integral”. En: *Andes Pediátrica*, Vol. 92, N° 5, Chile, Sociedad Chilena de Pediatría, 2021, págs. 663-666, p. 665.

37 En relación al sistema de justicia chileno, así ha sido indicado por OXMAN, Nicolás. “La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales”. En: *Política Criminal*, Vol. 10, N° 19, Art. 4, Chile, Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca, 2015, págs. 92-118, p. 107; reiterado por AGUSTINA, José y PANYELLA-CARBÓ, María-Neus. “Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas”. En: *Política Criminal*, Vol. 15, N° 30, Art. 2, Chile, Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca, 2020, págs. 526-581, p. 547.

38 Por ejemplo, este ha sido el objetivo de la campaña de Amnistía Internacional *Let’s talk about “yes”*, que busca que los Estados Europeos modifiquen sus leyes penales centrando el foco en el consentimiento de la víctima. Entre otras frases, la campaña indica que “[s]igue siendo violación si la víctima está bajo los efectos del alcohol o las drogas” (AMNESTY INTERNATIONAL. *Lets Talk About Yes* [en línea], 2020. Disponible en: <https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2020/02/letstalkaboutyes/> [fecha de consulta: 06 de junio de 2022].

39 Convenio del Consejo de Europa Sobre Prevención y Lucha Contra la Violencia Contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, artículo 36.

40 MECANISMO DE SEGUIMIENTO CONVENCION BELÉM DO PARÁ (MESECVI). *Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (No. 3): La Figura del Consentimiento en Casos de Violencia Sexual Contra las Mujeres por Razones de Género*. Documento OEA/Ser.L/II/7.10, 2021, págs. 47 y 49.

Específicamente sobre el consumo de drogas o alcohol por parte de la víctima y su vinculación con el consentimiento sexual, de forma reciente la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Violencia Contra las Mujeres y las Niñas, sus Causas y Consecuencias, ha indicado que los Estados deben incluir, como presunciones de ausencia de consentimiento sexual, referencias expresas a encontrarse la víctima inconsciente, durmiendo o intoxicada como consecuencia del consumo de estas sustancias⁴¹.

Con relación a la interpretación dada por el sistema de justicia penal a la violencia sexual inducida por sustancias psicoactivas, a pesar de un claro avance debido a los cambios sociales, nuevas normas y mayor conocimiento sobre la criminalidad sexual⁴², un gran obstáculo que perdura son los numerosos prejuicios respecto de los contextos en los que son cometidos estos delitos y al consumo de sustancias por parte de las víctimas.

Respecto de las víctimas, múltiples estudios sobre violencia sexual han demostrado que se estima como de mejor comportamiento y, por tanto, de mayor credibilidad, a aquellas víctimas que no llevaron a cabo conductas de riesgo antes del delito, como por ejemplo consumir alcohol o drogas, ir a un bar de noche o ir al domicilio del autor⁴³. De esta forma, el consumo de sustancias previo a una violación acrecienta la dureza de los juicios de culpabilidad y responsabilidad sobre la víctima, aun cuando la cantidad no sea significativa⁴⁴. Más aún, se ha observado que también resulta en un factor de atribución de responsabilidad a la víctima el hecho de que haya aceptado una bebida alcohólica por parte del autor, incluso ante casos de SQ dado que “las bebidas se drogan, las chicas lo saben y deben tener cuidado”⁴⁵.

Por otro lado, algunos estudios han hecho presente la variabilidad de las percepciones de las personas sobre los efectos que causa en una víctima una determinada cantidad de alcohol, debido principalmente a las experiencias y conocimientos personales. Es decir, frente a un mismo escenario y contando con la misma información (por ejemplo,

41 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. *A framework for legislation on rape (model rape law). Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*. Documento ONU A/HRC/47/26/Add.1, 2021, párr. 18(a) y 20(a).

42 Una revisión nacional y comparada en SANTIBÁÑEZ, María Elena. “El consentimiento en los delitos sexuales y su reconocimiento en la legislación chilena: Una mirada comparada, planteamiento crítico y una propuesta de lege ferenda”. En: MAYER, Laura y VARGAS, Tatiana (coord.). *Mujeres en las ciencias penales. Una mirada desde el contexto jurídico chileno en las primeras décadas del siglo XXI*. Chile, Thomson Reuters, 2020, págs. 403-447, págs. 404 y sgtes.

43 ANDERS, Mary y CHRISTOPHER, F. Scott. “A Socioecological Model of Rape Survivors’ Decisions to Aid in Case Prosecution”. En: *Psychology of Women Quarterly*, Vol. 35, N° 1, Estados Unidos, SAGE Publications Inc., 2011, págs. 92-106, p. 93; DALY, Kathleen y BOUHOURS, Brigitte. “Rape and Attrition in the Legal Process: A Comparative Analysis of Five Countries”. En: *Crime and Justice*, Vol. 39, N° 1, Estados Unidos, The University of Chicago Press, 2010, págs. 565-650, p. 587; HOHL, Katrin y STANKO, Elizabeth. “Complaints of rape and the criminal justice system: Fresh evidence on the attrition problem in England and Wales”. En: *European Journal of Criminology*, Vol. 12, N° 3, Reino Unido, SAGE Publications Inc., 2015, págs. 324-341, p. 328; NOVO, Mercedes et al. “Efectos de contexto en la formación de juicios en un caso de violación”. En: *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 25, España, Elsevier España, 2015, págs. 39-45, págs. 40 y sgtes.

44 LYNCH et al., ob. cit., p. 3217; NOVO et al., ob. cit., págs. 43 y 44.

45 RICE, Tamara. “The Prosecutor’s Duty to “Imperfect” Rape Victims”. En: *Texas Tech Law Review*, Vol. 49, Estados Unidos, Texas Tech University, 2016, págs. 219- 248, págs. 232 y 233; ROMERO-SÁNCHEZ, Mónica et al. “Alcohol-Related Victim Behavior and Rape Myth Acceptance as Predictors of Victim Blame in Sexual Assault Cases”. En: *Violence Against Women*, Vol. 24, N° 9, Estados Unidos, SAGE Publications Inc., 2018, págs. 1052-1069, págs. 1053 y sgtes.

una mujer fue violada tras consumir cuatro cervezas), dos personas pueden llegar a decisiones contrapuestas respecto a la intoxicación de la víctima⁴⁶.

Todos estos prejuicios afectan la toma de decisiones de quienes son parte del sistema de justicia, incluyendo fiscales al momento de analizar el futuro procesal de un caso y la judicatura al valorar la prueba⁴⁷. En este último caso, las generalizaciones sesgadas, en gran parte con elementos heteropatriarcales y machistas, entran al análisis y quedan plasmados en el razonamiento judicial como máximas de la experiencia⁴⁸. Una clara muestra de estos estereotipos puede observarse en el siguiente extracto de una sentencia nacional del año 2004, lamentablemente célebre por haber llegado ante el conocimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: “Valga recordar que al cierre de la discoteca –aproximadamente a las 5.30 horas– la muchacha [la víctima] desestimó regresar de inmediato a su hogar –donde la esperaba el hombre con quien pensaba casarse en septiembre junto a su pequeño hijo– para ir con el joven “respetuoso y pasivo” con quien había bailado, y quien además se le había declarado tiempo atrás, a una casa –que sabía solitaria– para escuchar música y beber con él, lo que harían hasta que el taxi viniera por ellos dos horas después. A ella nada le pareció raro, ni siquiera que comenzaran a beber sentados al pie de la cama matrimonial. Y cuando él le pidió mantener un acercamiento sexual ella trató de irse, tomó su abrigo y su cartera pero –según lo manifestó en el contrainterrogatorio de la defensa– no se fue porque trató de calmarlo, lo que dijo haber logrado un poco y, aunque él estaba alterado, permaneció conversándole, expresiones todas que crean dudas también razonables acerca de la previsión y posterior trascendencia de una real presión psicológica para someter a la ofendida, de esta precisa manera, al pleno arbitrio sexual del imputado”⁴⁹.

Debido a lo anterior, cobra especial relevancia verificar que las reglas generales que se utilicen para llevar a cabo análisis en casos de violencia sexual, y más aún en aquellos en los que hubo consumo de sustancias psicoactivas por parte de la víctima, se encuentren depuradas, descartando “aquellas que encubran meros prejuicios, arquetipos y preconcepciones sobre el rol ideal de la mujer en la sociedad” y de las actitudes que debe tener una víctima en particular⁵⁰. Es así como ejercer las labores de investigación y juzgamiento con perspectiva de género ante estos casos, se convierte en una necesidad y en una obligación.

46 LYNCH et al., ob. cit., p. 3217; NOVO et al., ob. cit., págs. 43 y 44.

47 BEICHNER, Dawn y SPOHN Cassia. “Modeling the Effects of Victim Behavior and Moral Character on Prosecutors’ Charging Decisions in Sexual Assault Cases”. En: *Violence & Victims*, Vol. 27, N° 1, Estados Unidos, Springer Publishing Company, 2012, págs. 3-24, págs. 5 y sgtes.; HOHL y STANKO, ob. cit., p. 328; NOVO et al., ob. cit., p. 44; RICE, ob. cit., p. 233.

48 ARAYA, Marcela. “Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 32, Chile, Centro de Estudios de la Justicia, 2020, págs. 35-69, p. 47. Ver también AGUILERA, Sebastián. “La perspectiva de género como herramienta para la valoración racional de la prueba”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 80, Chile, Ministerio Público, 2020, págs. 102-131, págs. 115 y sgtes.

49 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, 29 de agosto de 2004, RUC N° 0300133869-1, RIT N° 12-2004, considerando vigésimo tercero.

50 ARAYA, ob. cit., p. 47. En el mismo sentido, Corte Suprema, 17 de agosto de 2022, Rol N° 11.828-2022, considerando quinto.

III. ¿CÓMO ES VISTA LA VIOLENCIA SEXUAL INDUCIDA POR SUSTANCIAS PSICOACTIVAS EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL?

1. Antecedentes generales del estudio jurisprudencial

Considerando los antecedentes planteados en los apartados precedentes, referidos a la creciente frecuencia y visibilidad de la violencia sexual cometida bajo VQ o SQ y sus características particulares, resulta relevante llevar a cabo una revisión de las causas sobre esta modalidad que llegan a la instancia de juicio oral. Ello más aún considerando el acervo de evidencia disponible respecto a los sesgos y prejuicios documentados en estas causas, vinculado al papel contraestereotípico de las víctimas respecto al ideal esperado. Al respecto, interesa conocer sus características fenomenológicas, los medios de prueba utilizados y la valoración de la prueba por parte de la judicatura en estos casos.

1.1. Objetivos

Los objetivos del estudio jurisprudencial fueron caracterizar los hechos de violencia sexual que dieran cuenta de un aprovechamiento del autor del consumo de sustancias psicoactivas por parte de la víctima, tanto en la hipótesis de VQ o SQ; caracterizar la prueba rendida en el respectivo juicio; y examinar la valoración de los tribunales ante estos casos.

1.2. Muestra

Para la selección de estas sentencias, se trabajó con los siguientes criterios de inclusión de la muestra:

- Sentencias definitivas condenatorias y absolutorias ejecutoriadas dictadas por tribunales de juicio oral en lo penal de todo el país;
- Pronunciadas entre septiembre de 2021 y agosto de 2022;
- En causas seguidas por los delitos de violación de persona mayor de 14 años (artículo 361 del Código Penal), abuso sexual con contacto calificado cometido con alguna circunstancia de violación (artículo 365 bis N° 1 del Código Penal) y abuso sexual con contacto de persona mayor de 14 años cometido con alguna circunstancia de violación (artículo 366 inciso 1° del Código Penal); y
- Sin distinción de víctimas ni de imputados por sexo.

Como criterio de exclusión, se eliminaron aquellas causas en las que los hechos de la acusación del Ministerio Público no dieran cuenta de un aprovechamiento del autor del consumo de sustancias psicoactivas por parte de la víctima, o que dicha circunstancia no fuera esencial para la comisión del delito (por ejemplo, víctima con efectos por consumo de alcohol pero que es intimidada por el autor con un arma).

Con estos criterios en consideración, de un total de 337 fallos⁵¹, se seleccionó la totalidad de las sentencias ejecutoriadas que respondiesen a los criterios descritos (n = 40).

1.3. Diseño y procedimiento

Este estudio se enmarca en una investigación no experimental, con un diseño retrospectivo, realizado en base a material de archivo de tipo documental. Se trabajó con una metodología mixta, a través de estadísticos descriptivos para la caracterización del fenómeno, de las investigaciones y su correlación con la decisión del tribunal, así como mediante el análisis de contenido de tipo cualitativo de las sentencias como material documental.

Los análisis descritos fueron ejecutados sobre la base de datos elaborada a partir de variables de interés, determinadas a partir tanto desde la literatura como de las que emergieron conforme se trabajó con el material, codificándose las sentencias que correspondían al periodo determinado y que cumplían con los criterios de inclusión establecidos.

Posterior a este proceso, se ejecutó el análisis estadístico descriptivo asistido por el paquete estadístico SPSS, así como del contenido cualitativo de las sentencias, revisadas por sistema de categorías para sistematizar e interpretar los datos⁵².

1.4. Técnica de análisis: análisis de contenido

El análisis de los protocolos se encaminó, en primer lugar, a clasificar el material en las variables descritas a continuación, obtenidas tanto desde la literatura especializada como de categorías incorporadas ad hoc que surgen de la revisión del material. Estas variables fueron operacionalizadas en presencia/ausencia o dimensionadas y desagregadas en categorías para su codificación, o de información descriptiva cuando correspondiese. Las variables de análisis quedaron configuradas de la siguiente forma:

- *Caracterización de variables criminológicas del delito:* características personales y situacionales de la víctima (edad, sexo, pertenencia a diversidades/disidencias sexuales y de género, consumo, estado de conciencia al momento de los hechos, existencia de una situación o condición de especial vulnerabilidad y dificultades de memoria y/o físicas en la víctimas asociado al consumo de sustancias); conducta; lugar y horario de comisión de los hechos; vínculo víctima-victimario; y características personales y situacionales del autor (edad, sexo y consumo de sustancias al momento de los hechos).
- *Caracterización de variables penales y procesales:* delito, circunstancias comisivas, teoría del caso de la defensa y medios de prueba (declaración de la víctima, testigos del consumo, examen de alcoholemia y toxicológico y sus hallazgos

⁵¹ Información obtenida del SAF.

⁵² ANDRÉU-ABELA, Jaime. *Las técnicas de Análisis de Contenido: Una revisión actualizada*. España, Fundación Centro de Estudios Andaluces, 2000, p. 11.

–si corresponde–, pericia psicológica, pericia sexológica, hallazgos y lesiones –si corresponde–, evidencia digital y audiovisual, y examen de ADN).

- *Caracterización de variables asociadas a la decisión del tribunal:* sentencia condenatoria o absolutoria, y relación del resultado con las variables anteriores.

2. Hallazgos de la revisión de sentencias

2.1. Caracterización de las variables (análisis descriptivo)

2.1.1. Variables criminológicas del delito

En primer lugar, destaca en forma preponderante que las víctimas de las causas en esta instancia corresponden en un 97,5% a mujeres, siendo un 85% de ellas mayores de edad. Asimismo, se logró apreciar la pertenencia a diversidades/disidencias sexuales y de género (LGBTIQA+) en un 12,5% (n = 5) de los casos, quienes fueron identificadas como lesbianas (n = 4) o gay (n = 1) en el fallo (autoidentificación o declaración de testigos). Por otra parte, respecto a variables de vulnerabilidad, una de ellas presentaba discapacidad cognitiva y otra víctima se encontraba en situación de pobreza.

Respecto a los autores, todos son hombres y solo uno de ellos era adolescente al momento de los hechos. En los fallos, se mencionó también, a través de su declaración o por información entregada por testigos, un consumo de sustancias psicoactivas en un 75% de ellos (n = 30), existiendo 17,5% (n = 7) de casos sin información al respecto.

Cabe indicar que en todos los casos analizados las conductas fueron cometidas por un único autor (n = 40) en contra de una sola víctima (n = 40).

En cuanto a la relación entre víctima y autor, en un 82,5% (n = 33) se describe algún grado de conocimiento previo. Dentro de esta categoría, destacan las victimizaciones por parte de amigos o personas del círculo de amistades de la víctima (35%, n = 14), seguido de personas del ámbito familiar (27,5%, n = 11) y amistades de la pareja de la víctima (7,5%, n = 3).

Por su parte, respecto a las condiciones en que se encontraban las víctimas al momento de los hechos, un 72,5% (n = 29) reporta haber estado durmiendo al comienzo de la ejecución de la conducta. Esto se vincula directamente al consumo previo de sustancias psicoactivas en la víctima, respecto de la cual destaca el alcohol como la más predominante. De hecho, ya sea en forma aislada o en conjunto con psicofármacos y/o drogas, o todas las anteriores, se observa consumo de alcohol en el 95% de los casos. En tanto, la presencia de drogas (por sí solas, acompañadas del consumo de alcohol o en conjunto con psicofármacos), llegan al 22,5% (ver Tabla 1). De todos estos casos, al menos dos de ellos (5%) podrían ser catalogados bajo la hipótesis de SQ, siendo, por tanto, claramente predominante el aprovechamiento de la VQ en las víctimas (95%).

Tabla 1. Tipo de sustancias psicoactivas consumidas por la víctima al momento de los hechos

	Frecuencia	Porcentaje	% acumulado
Alcohol	27	67.5	67.5
Alcohol y drogas	7	17.5	85.0
Alcohol y psicofármacos	3	7.5	92.5
Todas las anteriores (alcohol, drogas y psicofármacos)	1	2.5	95.0
Drogas	1	2.5	97.5
Indeterminado	1	2.5	100
Total	40	100	

Producto del consumo precitado, un 60% (n = 24) de las víctimas refirió dificultades importantes para activar una respuesta motora frente a las conductas realizadas por los autores, con bajo logro de movilidad e insuficiente capacidad de respuesta física de oposición.

En cuanto al lugar de comisión de los hechos, se sitúa en forma mayoritaria en el domicilio del autor o en lugares en los que él mantenía cierto control (por ejemplo, su vehículo) (45%, n = 18), seguido de otros lugares cerrados como domicilios de amistades (27.5%, n = 11), lugares de control de la víctima como su domicilio (22.5%, n = 9) o lugares públicos (5%, n = 2). Respecto al horario, las conductas se ejecutaron de forma muy predominante en horas de la noche o madrugada (80%, n = 32). Cabe indicar que los restantes hechos ocurrieron en las primeras horas de la mañana, usualmente asociado a la continuidad de la actividad nocturna (20%, n = 8).

Sobre la conducta ilícita desplegada por el autor según la respectiva acusación penal, predomina mayoritariamente el acceso carnal (72.5%, n = 29). El resto de los casos corresponde a tocamientos de diversa índole (20%, n = 8), e introducción de dedos en la vagina de la víctima (5%, n = 2). Solo en un caso se acusó por una penetración y por tocamientos cometidos en el mismo contexto fáctico (2.5%).

En el caso de las conductas de penetración, se registró de manera significativamente más frecuente accesos por vía vaginal (62.5%, n = 25), seguida de la combinación de esta con otras formas (anal y vaginal en 10%, n = 4; bucal y vaginal en 7.5%, n = 4). Solo en un caso se acusó por un acceso carnal por vía exclusivamente anal (2.5%), que correspondió al único hombre víctima de la muestra.

Por último, cabe hacer presente que el tipo de conducta ejecutada no mantiene relación en esta muestra con el tipo de sustancia consumida o administrada ($p = .968$), lo que se ve influenciado en este caso además por la sobrerrepresentación de consumo de alcohol.

2.1.2. Variables penales y procesales

Respecto al delito por el cual el Ministerio Público presentó la respectiva acusación, se corresponde con el tipo de conducta descrita precedentemente. Es decir, en 29 casos se imputó la comisión de un delito de violación contra persona mayor de 14 años (artículo 361 Código Penal); en 8 un abuso sexual con contacto contra persona mayor de 14 años con circunstancias de violación (artículo 366 inciso 1° Código Penal); ambos delitos en un caso; y en 2 abuso sexual con contacto calificado cometido con alguna circunstancia de violación (artículo 365 bis N° 1 Código Penal).

Sobre las circunstancias comisivas indicadas en la acusación fiscal, se estima concurrente de forma mayoritaria el aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima (artículo 361 N° 2, segunda parte Código Penal), en el 72.5% de los casos (n = 29). Esta hipótesis se presenta sola en 13 casos; en ocho de ellos acompañada de la privación de sentido de la víctima (artículo 361 N° 2, primera parte Código Penal); junto al uso de fuerza en seis casos (artículo 361 N° 1, primera parte Código Penal); en uno con privación de sentido y fuerza; y en un caso en conjunto con el aprovechamiento de la enajenación o trastorno mental de la víctima (artículo 361 N° 3 Código Penal).

En relación con el resto de las modalidades comisivas, la privación de sentido por sí sola aparece en solo dos casos (5%), mientras que el uso de fuerza aparece como circunstancia única en dos causas (5%). Por su parte, en un 17.5% de las acusaciones se invocó de forma genérica el numeral 2 del artículo 361, sin que pueda clarificarse (a través de la lectura de los hechos o alegatos del Ministerio Público) si se refiere a una incapacidad para oponerse de la víctima, privación de sentido o ambas (17.5%, n = 7). De estas, en cinco se estima también concurrente el uso de fuerza.

Con respecto a la teoría del caso de la defensa, determinada por los alegatos de apertura y clausura, y los dichos del acusado durante el juicio, los argumentos más prevalentes fueron que los hechos ocurrieron, pero fueron consentidos por la víctima (45%, n = 18), y la negación de lo ocurrido y/o debilidades probatorias (47.5%, n = 19).

Cabe indicar que es posible apreciar una estrecha vinculación entre la teoría de la defensa y el hallazgo de material genético del autor en el cuerpo de la víctima o en el lugar de los hechos (ver Tabla 2). De esta manera, la decisión de argumentar consentimiento por parte de la víctima aumenta ante un examen de ADN que arroje resultados positivos. En oposición a lo anterior, aparece como más plausible argumentar una insuficiencia probatoria o negar la participación del autor en aquellos casos en que no existe esta prueba o su resultado es negativo o indeterminado.

Tabla 2. Teoría del caso de la defensa y su relación con exámenes de ADN

Teoría	Frec. (%)	ADN coincidente	ADN no coincide	ADN indeterminado	Ausencia de la prueba
Consentimiento	18 (45%)	9 (81.8%)	1 (100%)	0	8 (29.6%)
Niega o insuficiencia de pruebas	19 (47.5%)	2 (18.2%)	0	1	16 (59.3%)
Varias	3 (7.5%)	0	0	0	3 (11.1)
Total	40 (100%)	11 (100%)	1 (100%)	1 (100%)	27 (100%)

Sobre la prueba rendida en el juicio oral, la gran mayoría de las víctimas prestó declaración en dicha instancia (90.2%, n = 37). De ellas, ratificaron sus dichos previos un 87.8% (n = 36), retractándose solo una víctima⁵³. En cuanto al contenido de dicha declaración, un 27.5% reveló lagunas mnémicas respecto al episodio, presentando flashbacks de este (n = 11), y un 15% refirió a una ausencia total de recuerdo acerca del episodio (n = 6).

Respecto de las víctimas que desistieron (no comparecen) (n = 3), resulta relevante señalar que no fue posible afirmar que su ausencia actuase en forma necesariamente negativa para que el tribunal lograra formarse convicción acerca de los hechos. Prueba de ello es que solo en una de estas causas la sentencia fue absolutoria (al igual que en aquella donde se produce la retractación). Más aún, frente a la ausencia total de recuerdo acerca del episodio, en un 66.7% de los casos el resultado del juicio fue una condena.

Con respecto a la prueba testimonial, en el 80% de los casos (n = 32) el estado de afectación de las víctimas por el consumo al momento de los hechos se vio refrendado por testigos. Por su parte, en un 60% se presentaron también personas que entregaron información sobre el estado de consciencia alterado de la víctima por el consumo después de los hechos (por ejemplo, presencia de hálito alcohólico), incluyendo funcionarias/os policiales que vieron a la víctima al momento de la denuncia, o personal del ámbito de la salud.

Por su parte, en cuanto a pruebas de carácter especializado o que involucran directamente la participación de peritos, en primer término, se presentó en el 90% de los casos (n = 36) alguna evaluación médica, ya sea en forma de pericia sexológica o de una atención de urgencia por parte de profesionales de este ámbito. Respecto a sus conclusiones (ver Tabla 3), en un 52.2% de las víctimas se encontraron lesiones o hallazgos médicamente

53 Cabe hacer presente que este caso corresponde al único hombre de la muestra, en que los hechos investigados corresponden a una victimización sexual sufrida durante su privación de libertad, cometida por otro interno del centro penitenciario. En este sentido, se ha indicado que la retractación aparece como un fenómeno común en casos de violencia carcelaria, dadas las presiones que sufren las víctimas, temor a represalias, entre otros factores (HORVITZ, María Inés. "La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?". En: *Política Criminal*, Vol. 13, N° 26, Art. 7, Chile, Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca, 2018, págs. 904-951, p. 928. Ver también, ARRIAGADA, Isabel y ROCHOW, Diego. "Privación de libertad en Chile: desgobierno carcelario y afectación de derechos de la población penal". En: *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile*, Chile, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 2015, págs. 161-207, p. 182).

relevantes, ya sea a nivel del examen genitoanal (25%), extragenital (10%) o en ambos (17.5%). En tanto, en un 47.5%, es decir, casi la mitad, no mostró lesiones, lo que resulta coincidente con la evidencia previa en la materia⁵⁴.

Tabla 3. Lesiones o hallazgos físicos en las víctimas

Lesiones o hallazgos	Frecuencia	Porcentaje	% acumulado
Genitoanales	10	25	25.0
Extragenitales	4	10	35.0
En ambos niveles	7	17.5	52.5
Sin hallazgos	19	47.5	
Total	40	100	

En segundo lugar, se observó una baja utilización de exámenes de alcoholemia (22.5%, n = 9), toxicológico (2.5%, n = 1) o ambos (20%, n = 8). Se hace presente que en un 70% de los casos (n = 28) las víctimas interpusieron una denuncia dentro de las primeras 24 horas, por lo que no se descarta la posibilidad en ese rango temporal de algún resultado o hallazgo positivo en algunos de los casos, de haberse realizado la diligencia.

Con respecto a los resultados de los 18 exámenes presentados, el 50% dio positivo a alcohol (n = 9)⁵⁵, tanto en graduación en la sangre (entre 0.57 a 2.26 gramos por mil) como en el hallazgo de etil glucurónido (metabolito marcador del consumo reciente de alcohol en sangre); en el 16.6% positivo a drogas (n = 3) y un caso positivo a psicofármacos. Por su parte, tres exámenes practicados (16.6%) aparecen negativos y en dos casos (11.1%) sus resultados no fueron incorporados al juicio. Cabe hacer presente que solo en un caso se presentó en juicio un informe de proyección de alcoholemia, con el objeto de dar cuenta al tribunal de la cantidad de alcohol en la sangre de la víctima estimada al momento de la ejecución de los hechos.

En el ámbito de salud mental, se utilizaron en un 47.5% (n = 19) evaluaciones de daño psicológico asociado a los hechos bajo investigación, ya sea a través de peritajes o informes de las/os profesionales a cargo de la intervención terapéutica de la víctima. En

54 Numerosos estudios médicos indican que las víctimas de violencia sexual, incluidas niñas, niños y adolescentes, no van a presentar lesiones genitoanales al momento de su evaluación, sin importar la gravedad de los hechos denunciados (por ejemplo, ADAMS, Joyce, FARST, Karen y KELLOGG, Nancy. "Interpretation of Medical Findings in Suspected Child Sexual Abuse: An Update for 2018". En: *Journal of Pediatric & Adolescent Gynecology*, Vol. 31, N° 3, Estados Unidos, Elsevier, 2018, págs. 225-231, p. 225, que consolida las respuestas de 90 médicos/as de diversos países a cargo de la evaluación de niñas, niños y adolescentes. En el caso de mujeres adultas, LARSEN, Mogens, HILDEN, Malene y LIDEGAARD, Øjvind. "Sexual assault: a descriptive study of 2500 female victims over a 10-year period". En: *BJOG: an International Journal of Obstetrics & Gynaecology*, Vol. 122, N° 4, Reino Unido, Royal College of Obstetricians and Gynaecologists, 2015, p. 579, que observó lesiones solo en 53% de mujeres víctimas adultas, de las cuales 27% fue anogenital). En Chile, este hecho ha sido recogido expresamente por la Norma General Técnica de Atención a Víctimas Niños, Niñas y Adolescentes de Violencia Sexual del Servicio Médico Legal (Resolución exenta N° 2938 de 27 de septiembre de 2019, publicada en el Diario Oficial el 07 noviembre de 2020).

55 Cabe indicar que la evidencia señala que la negatividad alcanzaría un 61% de los casos (TADROS et al., ob. cit., p. 797).

el caso de las evaluaciones periciales de daño psicológico, algunas de ellas (20%, n = 8) coexistieron con una evaluación de testimonio.

Por último, en 17,5% de los casos (n = 7), se incorporaron al juicio conversaciones por WhatsApp en las que se hace referencia a los hechos, en general de la víctima culpando al autor de lo sucedido o de este último pidiendo disculpas por su actuar. Asimismo, en 7,5% (n = 3) se exhibieron como otros medios de prueba, registros audiovisuales de cámaras de seguridad en los que se observa a la víctima y/o el autor.

2.1.3. Variables asociadas a la decisión del tribunal

De las 40 sentencias revisadas, en un 72,5% (n = 29) se logró establecer la efectividad de los hechos y determinar la responsabilidad penal del autor (sentencia definitiva condenatoria). Por su parte, en un 27,5% se registraron decisiones absolutorias (n = 11).

Con respecto al delito por el cual se condena, se mantuvo la calificación inicial del Ministerio Público en 25 casos (86%). Esto corresponde a 21 casos de violación y cuatro de abuso sexual con contacto. Las dos imputaciones por abuso sexual con contacto calificado fueron recalificadas a abuso sexual con contacto, y lo mismo ocurrió en el caso de dos casos de violación.

El análisis de la incidencia en el resultado del juicio dio cuenta de que no existe una diferencia significativa entre la decisión condenatoria o absolutoria y la conducta contenida en la acusación fiscal ($p = .673$) (ver Tabla 4). Es decir, no se apreciaron más o menos condenas o absoluciones al comparar los casos en que se acusó por una penetración que aquellos en que los hechos consistían en tocamientos.

Tabla 4. Relación entre la conducta de la acusación y la resolución del tribunal

Decisión	Conducta				Total
	Penetración	Tocamientos	Tocamientos y penetración	Introducción dedos	
Absolución	8 (27.6%)	3 (37.5%)	0	0	11 (27.5%)
Condena	21 (72.4%)	5 (62.5%)	1	2	29 (72.5%)
Total	29 (100%)	8 (100%)	1 (100%)	2 (100%)	40 (100%)

Por su parte, el vínculo entre víctima y autor tampoco alcanza significación estadística, aun cuando porcentualmente la tendencia a una decisión condenatoria fue mayor ante los hechos cometidos por personas desconocidas o conocidas ese mismo día por la víctima (85,7% de estas), en comparación con el 69,7% de condenas en causas de personas conocidas (ver Tabla 5).

Tabla 5. Relación del vínculo y la resolución del tribunal

	Vínculo víctima-autor		Total
	Desconocido	Conocidos	
Absolución	1 (14.3%)	10 (30.3%)	11 (27.5%)
Condena	6 (85.7%)	23 (69.7%)	29 (72.5%)
Total	7 (100%)	33 (100%)	40 (100%)

Otra variable analizada fue la influencia del estado de la víctima, respecto a encontrarse durmiendo o vigil (despierta). En este caso, se observa un número de decisiones absolutorias que se dan casi en la misma medida, con independencia del estado en la víctima (45.5%, n = 5 de los casos en que la víctima estaba despierta contra un 54.5%, n = 6 de absoluciones cuando la víctima estaba durmiendo).

Relacionado con lo anterior, el cruce entre las variables estado de la víctima, circunstancias comisivas concurrentes y decisión del tribunal (ver Tabla 6) da cuenta de que la hipótesis del aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima es la más concurrente tanto en casos de víctimas durmiendo como en estado vigil.

Tabla 6. Comportamiento de las variables estado de consciencia de la víctima, resultado del fallo y circunstancias en los casos de condena

Estado víctima	Circunstancias comisivas					Total
	Absolución	Privación de sentido	Incapacidad para oponerse	Por ambas circunstancias	No queda claro	
Vigil	5 (45.5%)	2 (18.2%)	4 (36.4%)	0 (0%)	0 (0%)	11 (100%)
Durmiendo	6 (20.7%)	4 (13.8%)	17 (58.6%)	1 (3.4%)	1 (3.4%)	29 (100%)
Total	11 (27.5%)	6 (15%)	21 (52.5%)	1 (2.5%)	1 (2.5%)	40 (100%)

Por su parte, el tipo de lugar en el que se cometieron los hechos tampoco alcanza significación estadística relacionada con la decisión condenatoria o absolutoria del tribunal ($p = .767$).

Por último, cabe señalar que ninguno de los medios probatorios presentados, por sí solo, tuvo una significación estadística directa con el resultado del fallo (evaluaciones periciales o informes especializados, como la prueba del ámbito médico ($n = 36, p = .906$); consideración de las lesiones en función de las distintas categorías (genitales, extragenitales o ambas) ($n = 40, p = .996$); evaluación psicológica favorable a la víctima ($n = 19, p = .208$); ni el resultado de las pruebas de alcoholemia ni toxicológicas ($n = 20, p = .645$).

Con respecto a otros medios de prueba presentados, cabe señalar que en los tres casos de cámaras de seguridad coinciden con una decisión condenatoria. Asimismo, de los siete casos en que se presentó evidencia obtenida de medios digitales (comunicación vía WhatsApp), se registraron seis condenas (85.7%).

2.2. Principales aspectos a destacar de los fallos (análisis de contenidos)

El análisis de las 40 sentencias seleccionadas permitió apreciar tres distintas temáticas que guardan especial relación con la comisión de violencia sexual inducida por sustancias psicoactivas: aspectos sobre el impacto del consumo de alcohol, drogas y psicofármacos en la víctima; las herramientas utilizadas por el sistema de justicia para acreditar o descartar el estado en que se encontraba la víctima; la calificación jurídica dada a estos hechos, en especial respecto a la incapacidad de oposición de las víctimas; y la relevancia de juzgar con perspectiva de género en estos casos.

2.2.1. Impacto del consumo y comprobación del estado de la víctima

SQ y VQ en los fallos

Respecto del análisis de contenidos de las sentencias revisadas, uno de los tópicos que emergen en la codificación son las distinciones que propone la literatura experta entre el aprovechamiento oportunista de la VQ versus su inducción intencionada (SQ), con una clara primacía de la primera en las causas. Al respecto, se ha encontrado en a lo menos dos fallos que, de la dinámica descrita por la víctima en su declaración, se deducen indicadores en dirección a la SQ: “(...) dejé un vaso con vino mientras me dirigí al baño, ellos consumían droga, cuando regreso me siento en el sofá, tomo un sorbo del vino que dejé en el vaso, luego perdí la conciencia, cuando me despierto lo tenía encima, yo estaba sobre una cama, estaba debajo de él sin nada”⁵⁶. Por su parte, esta misma situación se levanta de la acusación presentada por la Fiscalía en otro caso revisado: “(...) el imputado (...) valiéndose de que la víctima (...) se encontraba incapacitado para oponer resistencia, debido a la ingesta de sustancia con efectos somníferos en una bebida mate, realizó actos de significación y relevancia sexual, consistentes en penetrar a la víctima por vía anal, contra la voluntad de ésta”⁵⁷.

En tanto, en la mayoría de los fallos revisados se detecta como estrategia para la consecución de la conducta el aprovechamiento oportunista de la situación de vulnerabilidad de la víctima, como se observa en el siguiente extracto sobre la declaración de esta en palabras del tribunal: “[e]staba ultra ebria, indica haber tomado muchísimo, llamó un Uber, bajó el ascensor, no recuerda mucho más (...) luego de eso pasó un rato en que no recuerda qué pasó, no recuerda haber hablado con él y se dio cuenta que está en el asiento de atrás, sabía en su mente que estaba en un Uber, pero no comprendía bien la situación, no sabía que había pasado, cuando de repente escucha al conductor que dice que se baje y pensaba que estaba en su casa (...) Lo más doloroso ha sido saber que sucedió, porque gracias a Dios no se acuerda de haber tenido relaciones con esta persona (...)”⁵⁸.

⁵⁶ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 13 de diciembre de 2021, RUC N° 2000560694-3, RIT N° 65-2021, considerando séptimo.

⁵⁷ Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 07 de febrero de 2022, RUC N° 1800649393-5, RIT N° 200-2021, Hechos, p. 1.

⁵⁸ Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 14 de marzo de 2022, RUC N° 1900233946-6, RIT N° 187-2021,

Sustancias psicoactivas, memoria y testimonio

Otro de los temas fundamentales que surgen es la complejidad para la investigación y decisión judicial de este tipo de ilícito asociado al recuerdo fragmentado, o incluso, a la ausencia total del recuerdo en la víctima, lo que impide dar continuidad a su vivencia e interrumpe la propia narrativa del evento.

Como se describió en los antecedentes de este documento, estos pueden presentar un carácter fragmentario, que permite acceder a trozos del recuerdo intercalado con periodos de amnesia, tal y como refiere de la experiencia de la víctima el siguiente extracto de sentencia: “[b]ebieron vino y ella cree que bebió tres o cuatro copas grandes, donde se suelen servir los tragos vaticanos, grandes. Son más grandes que una mano, servida un poco más arriba de la mitad, pero no hasta el tope. Luego no recuerda ni cómo llegó a su casa. Tiene recuerdos mezclados, recuerda gritos, pero eso lo recuerda como si ella estuviera en el hospital; recuerda la cara de un hombre en el Hospital que le estaba haciendo preguntas. Luego la despertó una señora de pelo corto de la PDI en el hospital. Fue ella quien le informó el por qué estaba ahí, que habían denunciado una violación”⁵⁹.

Este recuerdo fragmentado puede verse intercalado con periodos de sueño profundo, como se ilustra en el siguiente extracto y que tiende a reiterarse en varias de las víctimas en estas causas: “[a] raíz de lo anterior ella reaccionó e intentó, según sus palabras, que el acusado se saliera, empujándolo con los brazos hacia atrás, luego de lo cual no recuerda lo que pasó a continuación. Su siguiente recuerdo, sin precisar cuánto tiempo había transcurrido, fue abrir los ojos y ver que el sujeto ya no estaba allí, pero ella se encontraba con los pantalones y ropa interior hasta la rodilla y destapada, tras lo cual volvió a perder la conciencia. Finalmente volvió a despertar y lo hizo tal como estaba al ir a acostarse, vale decir, vestida y tapada”⁶⁰. Este tipo de memorias es posible de ser asociada a ciertos parámetros de concentración en sangre, como se ve en la declaración médica consignada en el siguiente fallo: “[u]sando el mínimo, considerando 3 horas, tendríamos 1,7 gramos de alcohol, eso con el fin de redondear. Entre 1 y 2 ya hay aparición de memorias fragmentarias, alteración de todos los centros vestibulares, ya hay alteración del equilibrio, deterioros de la función cognitiva, del juicio, de la percepción etc. Más cercano a 2 ya es menos reactivo”⁶¹.

La ausencia total de la fijación del recuerdo –*blackout en bloque*– se ve claramente expresado en la absoluta laguna mnémica de un episodio autobiográfico completo de la víctima: “[a]hí se quedó inconsciente. Las botellas ya estaban cuando ella entra a la oficina. Señala que había una mesa y dos sillas de playa, más el sillón. (...) en una y (...) en la otra, ella se recuesta a los pies de la silla de (...) y (...) en el sillón. Después despierta

considerando quinto.

59 Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2022, RUC N° 2000443586-K, RIT N° 403-2021, considerando octavo.

60 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, 07 de enero de 2022, RUC N° 1900346806-5, RIT N° 101-2021, considerando duodécimo.

61 Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 14 de marzo de 2022, RUC N° 1900233946-6, RIT N° 187-2021, considerando quinto.

como a las 7,5 de la mañana porque su mamá la estaba llamando y se despierta con el celular y cuando se da cuenta y en un sillón estaba (...) completamente desnudo, y ella desnuda de la cintura para abajo. Estaba desorientada y no sabía que había pasado (...)”⁶².

Sustancias psicoactivas, función motora y volitiva: impacto en el consentimiento

Las posibilidades de acceso al registro mnémico del episodio por parte de la víctima se van dificultando, en la medida que se van apagando las distintas áreas del cerebro y con ello, afectando las funciones progresivamente. Los estadios del efecto progresivo del alcohol son claramente recogidos en la declaración de peritos sobre el tópic: “[e]ntre 05 y 1 hay esta excitación y ya hay deterioro cognitivo. Entre 1 y 2 ya hay un estado de embriaguez y aquí hay alteración de la marcha, del juicio, aparecen las memorias fragmentarias que es lo que se conoce como apagones de tele. En estas memorias fragmentarias, la persona pierde la noción o las personas tienen recuerdos de ciertas cosas. Sobre 2 ya hay una persona que hay que moverla para que despierte, incapacitada para hablar y caminar. Sobre 3 hay una persona cerca de un coma, ya es una persona que no habla ni camina, no responde”⁶³.

En la revisión de fallos se puede observar este recorrido a partir del relato de la víctima, que comienza alterando la inhibición conductual, con la aparición de la sensación de sociabilidad y euforia, distorsionando progresivamente la percepción y limitando los sentidos: “[e]staban cantando, ella relajada, y de repente sintió cosas más lejos, cosas se movían, borroso, hormigueo en la cara”⁶⁴. Posteriormente, aparecen las dificultades asociadas a la coordinación, en que la función motora se ve afectada: “[e]xplicó que estaba ebria, con suerte podía bailar, no podía mantenerse en equilibrio, supone que sus amigas tampoco, se acercaron dos tipos uno empieza a bailar con (...)”. Aparecen aquí indicios de que la voluntad comienza a dejar de registrarse: “no se acuerda si le preguntó si quería bailar, ella no quería bailar porque estaba muy ebria, ella se quedó bailando con el grupo, con sus amigas, él se acercaba hartito a ella, la tomaba de la cintura, no hablaron nada, en un momento le preguntó qué estudiaba, ella no entendió lo que él dijo porque estaba muy ebria y se acuerda que él la tomó por la cintura, la dio vuelta, ella se apoyó en el proyector y él empezó a bailar con su trasero, ella no se podía ver y sentía que no podía hablar, en ese momento quiso ir al baño porque sentía náuseas (...)”⁶⁵. Finalmente, se aprecia la merma de las más básicas funciones motoras, para luego perder la consciencia: “Se sirvió el shot, todo más lejos hormigueo, veía borroso, no recuerda más, hasta que despierta, en una cama...”⁶⁶.

62 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 14 de mayo de 2022, RUC N° 1901380799-2, RIT N° 127-2021, considerando séptimo.

63 Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 14 de marzo de 2022, RUC N° 1900233946-6, RIT N° 187-2021, considerando quinto.

64 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, 14 de enero de 2022, RUC N° 2000841209-0, RIT N° 21-2021, considerando séptimo.

65 Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 26 de julio de 2022, RUC N° 1900842094-K, RIT N° 172-2021, considerando sexto.

66 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, 14 de enero de 2022, RUC N° 2000841209-0, RIT N° 21-2021, considerando

Este deterioro de la función motora puede culminar con serias dificultades para mantener el estado de vigilia y lograr movilizarse acorde al control volitivo, claramente mermado, como es posible ver en este relato de la víctima recogido en la sentencia: “[q]ue después nuevamente intentó quitarse a (...) de encima, pero no pudo porque estaba ebria y no tenía fuerzas. Afirmó, que se durmió, que luego despertó y sintió que (...) estaba penetrándola. Dijo, que ella no supo qué hacer y cerró los ojos. Explicó, que cuando despertó esa tercera vez, ella estaba acostada en la cama y (...) estaba encima, intentó penetrarla por vía anal, ella se movió y se lo quitó, y luego la penetró vaginalmente. Dijo, que ella se movía para quitárselo de encima, movía su parte de abajo para que no pudiera penetrarla. Señaló, que ella no accedió a esa penetración vaginal, porque estaba ebria y dormida”⁶⁷.

Es decir, la imposibilidad de movilizar el cuerpo, que no responde al proceso volitivo, conlleva una ausencia de expresión de la voluntad y una merma en la capacidad de autoprotección, tal y como se expresa en el testimonio de la víctima en el siguiente fallo: “[e]n ese momento sintió que le suben la polera de pabilo y le empiezan a meter la mano debajo de los sostenes, no lograba entender qué estaba pasando, su reacción era totalmente nula, por dentro se sentía totalmente desesperada pero su cuerpo no reaccionaba, ni siquiera metía ruido, no podía ni siquiera hablar y lo único que hizo fue intentar sacarle la mano, lo intentó un montón de veces porque además su reacción era muy lenta, pero él le volvía a meter la mano y recién se la había sacado”⁶⁸. Otro de los fallos revisados recoge también el testimonio de la víctima sobre la ausencia total de dominio del cuerpo: “(...) se había dado cuenta que le costaba mucho hablar. Tenía el cuerpo pesado, quedó inmóvil, como vegetal, adormecida (...) le preguntó si estaba despierta, pero ella no le pudo contestar, ni siquiera pudo abrir los ojos. (...) le tomó la mano y la dejó caer. Le intentó dar besos, pero ella ni siquiera lo podía ver, no podía moverse”⁶⁹.

En relación con la información recogida en este acápite, se hace presente la merma en la toma de decisiones cuando la persona que ha consumido se encuentra aún vigil y la consiguiente dificultad para valorar el riesgo, tal como se desprende de esta declaración de un perito químico: “[e]l alcohol es un depresor del sistema nervioso central y dependiendo de la graduación alcohólica que pueda lograr la persona obviamente tiene dificultades de movilidad, dificultades para entender, en el caso particular de evaluaciones de agresiones, uno es más vulnerable, no están las mismas facultades para poder defenderse, pero en términos generales hay efectos nocivos en el sistema nervioso central y una capacidad de defensa menor...”⁷⁰. En este sentido, los ejemplos

séptimo.

67 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 11 de septiembre de 2021, RUC N° 1801205488-9, RIT N° 159-2021, considerando séptimo.

68 Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 11 de marzo de 2022, RUC N° 1810031491-2, RIT N° 97-2020, considerando sexto.

69 Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 27 de mayo de 2022, RUC N° 1900873212-7, RIT N° 211-2021, considerando duodécimo.

70 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, 02 de junio de 2022, RUC N° 1700945768-2, RIT N° 70-2022, considerando quinto.

precitados ejemplifican lo que aparece como tópico recurrente en estas causas, alusivo al hecho de que la víctima, pese a encontrarse por momentos consciente, no consigue una manifestación de su voluntad a través de la acción corporal, no pudiendo oponerse en esas condiciones, que tampoco resultaría exigible dada la imposibilidad biológica. Asimismo, es factible desprender de forma más contundente aún, la ausencia total de consentimiento de una persona que se encuentra durmiendo producto del consumo, tal como lo ilustra el fallo siguiente respecto a la vivencia de la víctima: “A raíz de lo anterior ella reaccionó e intentó, según sus palabras, que el acusado se saliera, empujándolo con los brazos hacia atrás, luego de lo cual no recuerda lo que pasó a continuación. Su siguiente recuerdo, sin precisar cuánto tiempo había transcurrido, fue abrir los ojos y ver que el sujeto ya no estaba allí, pero ella se encontraba con los pantalones y ropa interior hasta la rodilla y destapada, tras lo cual volvió a perder la conciencia. Finalmente volvió a despertar y lo hizo tal como estaba al ir a acostarse, vale decir, vestida y tapada (...) Al despertar, según expuso doña (...), se vino a su mente nuevamente el recuerdo y lo primero que pensó fue que lo había soñado todo, sin embargo, al enderezarse de la cama empezó a vomitar y luego sintió una mezcla de dolor y ardor en la vagina (...)”⁷¹.

Variables mediadoras de los efectos de la sustancia

Por otra parte, la toxicocinética cobra un rol fundamental en estas causas como aspecto a explorar activamente, toda vez que los procesos de acción del alcohol se encuentran mediados por distintas variables, como, por ejemplo, la interacción con la ingesta de otras sustancias –lícitas o ilícitas– que puedan interferir o potenciar el efecto de lo ingerido. Esta situación la muestra el siguiente fallo, incidiendo la combinación de sustancias directamente en la capacidad de recuerdo de la víctima: “[e]se día había tomado medicamentos, lo último que recuerda en la fiesta es haber estado en una mesa en el patio de la casa junto a todas las personas, y lo próximo que recuerda es haber estado en la casa de (...), que la despiertan para contarle lo sucedido a las 11.00 de la mañana (...) Esta situación, haber bebido alcohol con medicamentos, le ocurrió antes y en varias ocasiones, porque salía de fiestas y no dejaba de tomar los medicamentos, y estas pérdidas de memorias le ocurrían frecuentemente”⁷².

En este otro fallo, se describe la influencia en el resultado de la condición de la víctima respecto de las distintas variables que determinan el grado de intoxicación, como es la cantidad de alimentos ingerido y la propia tolerancia al alcohol, asociado a los hábitos de consumo de esa persona en particular: “(...) la víctima ya se sentía mareada producto del alcohol que había estado ingiriendo. No recordaba la cantidad exacta, pero al menos fueron dos mojitos; los que afectaron su condición física pues –según expuso– no estaba acostumbrada a beber alcohol y además aquel día su alimentación había sido muy precaria (...) por lo que se paró para irse, instancia en la que sufre un lapsus, pues no

⁷¹ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, 07 de enero de 2022, RUC N° 1900346806-5, RIT N° 101-2021, considerando duodécimo.

⁷² Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 14 de marzo de 2022, RUC N° 1900233946-6, RIT N° 187-2021, considerando quinto.

recuerda lo siguiente que ocurrió (...)”⁷³.

En este mismo eje de análisis, se recogen elementos relevantes de considerar en otro de los fallos al momento de comprender y contextualizar el estado de la víctima al momento de los hechos bajo investigación, incorporando la mezcla de alcoholes en el consumo, cantidad, tiempo de consumo y variables de la víctima como tamaño, contextura y peso: “se pudo establecer que (...) estuvo bebiendo alcohol durante todo el día 2 de enero, desde la mañana hasta la madrugada del 3 de enero, que mezcló distintos tipos de alcohol, comenzando a ingerir en la mañana cerveza, lo que bebió durante todo el día, para continuar en la noche bebiendo vodka negro, pisco, laguna azul y tequila, consumo que debe valorarse en función además de las características físicas de la víctima, en relación a lo cual los testigos la describen como una persona menuda, esto es, de baja estatura, detallando su expareja (...) que medía aproximadamente 1,55 metros, que era de contextura normal. En razón de lo anterior, se puede concluir que el consumo excesivo de alcohol durante todo el día y la mezcla de diversos tipos de bebidas alcohólicas generó efectos fisiológicos importantes en la víctima que se tradujeron en una serie de manifestaciones que fueron percibidas por los testigos que estuvieron presente aquella noche, quienes refirieron que evidenciaba un manifiesto estado de ebriedad”⁷⁴.

En este sentido, la concentración de alcohol en sangre o BAC pasa a ser una prueba central que debe ser contextualizada a la luz de varios elementos, incluido el paso de las horas y la posible curva de eliminación, pudiendo realizarse una estimación a modo de reconstrucción de la sustancia en el cuerpo al momento del delito investigado. En el siguiente fallo, el médico declara en esta línea: “¿Qué significa una alcoholemia de 1,86 en una persona de 65 kilos y medio? Es importante que su medición fue a las 02.33 horas de la madrugada, cuando fue atendida en el hospital (...), eso significa que al momento de los hechos debió tener mucho más. Si fue atendida a las 11.00 de la noche en el Cesfam de (...), el día 25, al menos tenía 0,3 gramos por litros más, sumado a los 1,86, porque al hacer la curva de extrapolación el alcohol desciende 0,1 gramo por litro por cada hora que pase, y si esto fue cerca de las 9.00 de la noche cuando ya no contestó el celular son 5 horas más desde la toma de la alcoholemia, es decir casi de 2,3 gramos de alcohol en la sangre. Es una víctima que a todas luces al momento de la agresión tenía más 2 gramos de alcohol por litro de sangre; eso implica compromiso de conciencia relevante, se afecta la parte cognitiva y motora”⁷⁵.

En el mismo fallo, la estimación del BAC durante el delito, permite predecir un correlato en las funciones cognitivas y su expresión conductual, asociada a los parámetros esperables para ese rango: “[d]el punto de vista general es inestable emocionalmente, hay afectación de la capacidad de juicio, de decidir, su comprensión y su memoria,

⁷³ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, 07 de enero de 2022, RUC N° 1900346806-5, RIT N° 101-2021, considerando duodécimo.

⁷⁴ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 14 de mayo de 2022, RUC N° 2110001377-8, RIT N° 68-2022, considerando décimo cuarto.

⁷⁵ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, 23 de marzo de 2021, RUC N° 2000218181-K, RIT N° 135-2020, considerando sexto.

alterada su capacidad de responder frente a situaciones imprevista, los tiempos de reacción son lentos, se afecta el equilibrio, el tono muscular hay hipotonía, eso se ve desde 0,9 a 2,25, si la víctima tiene más que eso el compromiso es relevante, ya sobre 2,25 a 3 hay franca confusión, desorientación, alteración de percepciones, esa persona tiene distorsión respecto de colores, tamaños y dimensiones de las cosas, alteración del habla, vómitos, ya más de 3 hay incontinencia fecal y urinaria, y si se sigue avanzando hay más compromiso neurológico, cercano a parálisis, no siente dolor, y se van con trastornos circulatorios y sobre cuatro parálisis respiratoria. Claramente ella tenía afectación de todo el tono muscular, equilibrio, escasez de respuesta eficaz frente a cualquier ataque imprevisto, estaba efectivamente su respuesta defensiva afectada frente a cualquier tipo de acto”⁷⁶.

Por otra parte, en algunos casos se observó como la ausencia de una alcoholemia o examen toxicológico, que en razón de los tiempos de denuncia y otras variables no siempre es factible, fue valorada críticamente por el tribunal: “[a] mayor abundamiento, nada se aportó para establecer el estado etílico de (...) pues no contamos con una pericia de alcoholemia que nos diera cuenta de aquello y si bien es cierto en el actual sistema existe libertad probatoria tanto en la forma de apreciar la prueba como en los medios probatorios que se puedan utilizar, en el presente caso el tribunal, a más de no contar con el medio científico idóneo para dar por establecida la embriaguez de la ofendida, tampoco contó con algún otro indicio que pudiera servir para establecer dicho estado físico (...)”⁷⁷.

Inclusive, ante la sola presencia de confirmación del metabolito que corrobora que hubo tal consumo, sumado a la prueba testimonial sobre el estado de la víctima, resultó de utilidad en este fallo para generar convicción acerca del estado mental del víctima, aun cuando el toxicológico no haya arrojado resultados positivos para conocer la cantidad de este: “[e]n virtud de las pericias antes referida, se logró establecer que efectivamente la víctima había bebido alcohol, toda vez que se halló un metabolito del mismo en su organismo, mas no pudo concluirse cuanto alcohol consumió, ya que la alcoholemia practicada tuvo resultados negativos, lo que a juicio del tribunal es idóneo, y en conjunto con las declaraciones testimoniales, para tener acreditado que la víctima se vio impedida de oponerse al acto sexual por haber estado sumida en un sueño profundo, ayudando a su generación el consumo de alcohol”⁷⁸. De este modo, se cuenta con los elementos para lograr situar el caso, si bien no en la categoría de probado, sí con suficientes indicios para considerarlo *probable* o con fundadas sospechas.

Cabe enfatizar que el tiempo transcurrido entre el consumo y la denuncia resulta crucial para efectos de estas diligencias, así como el método de análisis disponible para llevarla

⁷⁶ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, 23 de marzo de 2021, RUC N° 2000218181-K, RIT N° 135-2020, considerando sexto.

⁷⁷ Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 26 de julio de 2022, RUC N° 1900842094-K, RIT N° 172-2021, considerando décimo. Para otro ejemplo en la misma materia, ver Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 14 de marzo de 2022, RUC N° 1900233946-6, RIT N° 187-2021, considerando quinto.

⁷⁸ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, 02 de junio de 2022, RUC N° 1700945768-2, RIT N° 70-2022, considerando décimo.

a cabo (sangre, orina, etc.): “[a]claró que conforme el relato de (...), la ingesta de alcohol y marihuana comenzó el día 12 en la noche, y el otro rango horario que ella refiere es las cinco de la mañana. La joven concurrió al peritaje a las 20 horas del día 13. Considerando que el metabolismo del alcohol es de 0,1 por hora transcurrida en condiciones normales (sin tomar líquidos), cabe tener presente que pasaron más de 12 horas, entre el consumo y la toma de muestras. En consecuencia, si ella tomó poco alcohol lo más probable es que no tenga alcohol en la sangre para el horario en que se realizaron los exámenes. Lo que se encontró positivo fue en orina y fueron residuos inactivos de THC, esto es, residuos del consumo de marihuana, ya que con el paso del tiempo metabolizó dicha sustancia, haciendo presente que habitualmente dichos residuos inactivos podrían quedar hasta por 48 horas en la orina (en el pelo se fijan por más tiempo). Aclaró, de igual modo, que dichas sustancias, en carácter de “residuos o componentes activos” quedan en el cuerpo por cerca de 4 o 5 horas”, de acuerdo a la declaración médica recogida en la sentencia⁷⁹.

Por último, y como otro factor de relevancia para ponderar el grado de la sustancia en el cuerpo de la víctima, y por tanto, de su afectación estimada, es el efecto del estrés en la mayor velocidad de metabolización y eliminación de la sustancia, de acuerdo a lo que se introduce en este fallo, a propósito de la declaración del perito químico farmacéutico: “En este caso puede asegurar que la persona consumió alcohol, pero no puede saber exactamente cuánto alcohol, porque justamente el metabolito lo único que le está diciendo es que dentro de esas 6 a 22 horas consumió alcohol. Pero es importante establecer que la eliminación se da entre 0,1 y 0,3 horas en la población, y en estos rangos las personas que consumen alcohol y están sometidas a estrés pueden eliminar incluso más rápido, en el periodo de tiempo que transcurrió hasta la toma de muestra”⁸⁰.

2.2.2. Circunstancias comisivas: la primacía del aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima

El principal aspecto penal debatido en los casos revisados fue la determinación de la circunstancia comisiva que se habría verificado en la especie. Es decir, en cuál o cuáles hipótesis contenidas en el delito de violación de persona mayor de 14 años, pueden subsumirse las conductas desplegadas por el autor.

Ante situaciones de consumo de sustancias psicoactivas por parte de la víctima, dos serían las circunstancias que se podrían estimar concurrentes en la generalidad de los casos: la privación de sentido o el aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la persona afectada. De esta forma, lo relevante es identificar los límites entre dichas hipótesis, que estarían dados “por la valoración típica de los casos que se encuentran en la frontera que separa a la anulación total de la conciencia de la disminución significativa de la misma”⁸¹.

79 Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 27 de mayo de 2022, RUC N° 1900873212-7, RIT N° 211-2021, considerando duodécimo.

80 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, 02 de junio de 2022, RUC N° 1700945768-2, RIT N° 70-2022, considerando quinto

81 OXMAN, ob. cit., p. 104.

Así, es posible señalar que “se encontrará *privada de sentido* aquella persona que, sin importar la causa, haya perdido la comprensión de la realidad y su facultad de decisión respecto a la realización de una conducta sexual, habiéndose suprimido o anulado totalmente su conciencia. En cambio, si la intensidad de la afectación es menor, pero la víctima igualmente ve inhibidas o disminuidas de forma significativa sus facultades cognitivas y volitivas, estaría *incapacitada para oponerse*”⁸².

En la revisión de los 40 fallos objeto del presente estudio fue posible comprobar cómo, a pesar de este deslinde teórico, en la práctica la delimitación entre las hipótesis es más bien difusa, posiblemente debido al hecho de que estas circunstancias se encuentran en una relación de género-especie: que una persona se encuentre privada de sentido implica necesariamente que esté absolutamente incapacitada para oponerse a un ataque. Esta vinculación ha permitido que numerosos casos que podrían ser entendidos como privación de sentido, terminen siendo calificados como incapacidad de oposición.

Una forma de ejemplificar la última afirmación es observar lo que ocurre en los casos en que la víctima se encontraba durmiendo por o bajo los efectos de sustancias psicoactivas al momento de los hechos. Si se entiende que es imposible para esta persona comprender los hechos circundantes y consentir a la realización de una conducta sexual, se debería apreciar la circunstancia de privación de sentido. En esta línea, se indicó en un fallo que “(...) el acto sexual del que fue objeto la víctima no fue voluntario, sino que se verificó en circunstancias en que se encontraba privada del sentido por causa del consumo abusivo de alcohol (...) Expuso, que apenas tuvo fuerzas para sacarse de encima al acusado y moverse su pelvis para evitar ser sodomizada por éste, sostuvo que luego se durmió y que despertó cuando estaba siendo penetrada por la vagina”⁸³. En un caso similar, se señaló que “(...) la ingesta de alcohol derivó en la supresión de la determinación consciente de los actos de la víctima y por ende, permite deducir la falta de consentimiento, puesto que debido a la privación de sus capacidades cognitivas y volitivas temporales la ofendida no se encontraba en condiciones de consentir (...)”⁸⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, y como fue indicado *supra*⁸⁵, en 23 sentencias condenatorias en las que se acreditó que la víctima se encontraba durmiendo al momento de los hechos, se estimó concurrente la hipótesis de incapacidad para oponerse: “(...) la víctima se encuentra profundamente dormida, de ahí que es dable afirmar que la “...incapacidad para oponerse”, sería comprensiva de todos los supuestos de no consentimiento no constitutivos ni de violencia ni de intimidación, sino originados en una intoxicación por drogas y/o alcohol

82 SOVINO, Maurizio y HUERTA, Sofía. “Los alcances de la circunstancia comisiva de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima en los delitos contra la libertad / indemnidad sexual”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 77, Chile, Ministerio Público, 2019, págs. 83-116, p. 95.

83 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 11 de septiembre de 2021, RUC N° 1801205488-9, RIT N° 159-2021, considerando decimoprimerero.

84 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, 07 de enero de 2022, RUC N° 1900346806-5, RIT N° 101-2021, considerando décimo tercero.

85 Ver III.2.1.1.

como ocurrió en el caso analizado (...)”⁸⁶. En el mismo sentido, en otro fallo se indicó que “[s]obre la incapacidad para oponerse, establecido como lo fue, el hecho que la víctima (...), se encontraba durmiendo cuando sintió que la besaban en su boca, misma condición en la que se encontraba cuando sintió que (...) le introdujo la mano por debajo de su blusa y le tocó un seno (...) El hecho de que haya despertado con posterioridad, no modifica la condición que se examina, ya que la incapacidad ha de analizarse al ejecutarse la acción que se cuestiona, instantes en que, como se dijo, la joven se encontraba dormida”⁸⁷.

Tomando en consideración estos antecedentes, no es sorprendente que la circunstancia comisiva más predominante en las acusaciones del Ministerio Público en estos casos sea el aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima (n = 29), ya sea sola (n = 13) o en conjunto con otras, incluida la privación de sentido (n = 16). Por su parte, de las 29 sentencias condenatorias, se estimó concurrente esta hipótesis en 23 de ellos. A mayor abundamiento, cabe indicar que, ante casos de acusaciones con ambas circunstancias, en un 55% (n = 11) los tribunales determinaron que concurría en la especie incapacidad para oponerse y no privación de sentido.

La primacía del aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima en estos casos no es de extrañar tomando en consideración que la doctrina mayoritaria ha otorgado en el último tiempo un amplio ámbito de aplicación a esta circunstancia⁸⁸, subsumiendo en ella un sinnúmero de casos que anulen o impidan que la víctima pueda prestar su voluntad de forma libre, incluyendo situaciones de incapacidad física, psíquica o psicológica. Por su parte, la jurisprudencia también ha cumplido un rol fundamental en impulsar este avance, destacándose el pronunciamiento que en el año 2018 dictó la Corte Suprema al respecto: “(...) la ley no establece directamente los límites objetivos de lo que ha de entenderse por “incapacidad para oponerse”, sin embargo es posible concebir que su límite superior se encuentra en la incapacidad para oponer resistencia física, y en su base los casos en que la víctima ha expresado la voluntad contraria al acto sexual, pero por alguna razón fáctica no puede asentir o negar, ni tampoco oponerse. En el aspecto subjetivo, lo que se exige en el autor es el conocimiento de la situación en que se encuentra la víctima, pero no la participación en su generación o mantenimiento, pudiendo incluso ser un tercero el causante de aquella, circunstancias que sólo aprovecha quien realiza el acto abusivo”⁸⁹.

86 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, 30 de diciembre de 2021, RUC N° 2000672762-0, RIT N° 392-2021, considerando décimo.

87 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, 30 de mayo de 2022, RUC N° 1800777248-K, RIT N° 568-2021, considerando noveno. En el mismo sentido, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 14 de mayo de 2022, RUC N° 2110001377-8, RIT N° 68-2022, considerando décimo quinto; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 27 de diciembre de 2021, RUC N° 1810011349-6, RIT N° 104-2021, considerando décimo tercero; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 09 de noviembre de 2021, RUC N° 1900687545-9, RIT N° 045-2021, considerando noveno.

88 Entre otras, AGUILAR, Cristian. *Delitos Sexuales, Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming, Doctrina y Jurisprudencia*. 3ª ed., Chile, Editorial Metropolitana, 2015, págs. 44 y sgtes.; AGUILERA, Sebastián. “El nuevo tipo penal de abuso sexual por sorpresa y el abuso sexual con la circunstancia de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 83, Chile, Ministerio Público, 2021, págs. 75-94, págs. 85 y sgtes.; BALMACEDA, Gustavo. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I. 4ª ed., Santiago, Chile, Librotecnia, 2021, p. 335; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Manual de Derecho Penal Chileno: Parte Especial*. 4ª ed., España, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 196 y 197; OXMAN, ob. cit., págs. 95 y sgtes.; SANTIBÁÑEZ, ob. cit., p. 426 y sgtes.

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

Ahora bien, centrando el análisis en la incapacidad de oposición de la víctima, no fue posible encontrar en la revisión de los fallos, un baremo único que sirva de guía para determinar si la persona que ha consumido sustancias psicoactivas vio disminuidas de forma relevante sus facultades al momento de los hechos. De esta forma, su incapacidad debe ser determinada caso a caso, teniendo en consideración el contexto de comisión de los hechos y un sinnúmero de variables contextuales. A continuación, se dan algunos ejemplos de situaciones en que los tribunales estimaron concurrente esta hipótesis:

- Víctima tuvo una ingesta excesiva de alcohol, se encontraba durmiendo y fue atacada por un amigo que abusó de su confianza, de mayor envergadura física que ella⁹⁰.
- Víctima adolescente que consume alcohol instada por su padrastro, quien luego se impacta (“en shock”) cuando esta persona comienza a efectuar tocamientos en su cuerpo⁹¹.
- Víctima “muy ebria” que no recuerda lo sucedido, ni lo que hacía (BAC 1,4 gramos por mil), y que es atacada por el chofer del taxi⁹².
- Víctima con consumo de alcohol que presentaba diversos factores de vulnerabilidad extrema al momento de sufrir el delito⁹³.

Por último, cabe hacer presente que en la mayoría de los fallos (n = 27) se observó que la frase *para oponer resistencia* sigue siendo utilizada por los intervinientes y la judicatura para referirse al aprovechamiento de la incapacidad de oposición, a pesar de la modificación normativa del año 2010. Si bien no se apreciaron efectos de este hecho en el análisis y valoración de los tribunales, pudiendo interpretarse como un error formal, esta situación es preocupante dado que, en lo discursivo, el uso de la voz *resistencia* hace que el foco del asunto siga estando en las acciones desplegadas por la víctima para evitar el acto abusivo.

2.2.3. La perspectiva de género como herramienta de análisis

Como fue indicado en la caracterización del fenómeno de la violencia sexual inducida por sustancias psicoactivas⁹⁴, en estos casos se cruzan diversas variables que merman la credibilidad de las víctimas y, por lo tanto, afectan los resultados del proceso. Teniendo presente la muestra, en todos los casos la persona afectada consume uno o más tipos

⁹⁰ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 14 de mayo de 2022, RUC N° 211001377-8, RIT N° 68-2022, considerando décimo sexto.

⁹¹ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 07 de febrero de 2022, RUC N° 2100542968-1, RIT N° 182-2021, considerando decimotercero.

⁹² Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 14 de marzo de 2022, RUC N° 1900233946-6, RIT N° 187-2021, considerando undécimo.

⁹³ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Castro, 24 de noviembre de 2021, RUC N° 1800927613-7, RIT N° 34-2021, considerando duodécimo

⁹⁴ Supra, II.5.

de sustancias (por regla general de forma voluntaria) y, en forma mayoritaria, este consumo se lleva a cabo en el domicilio del autor o en lugares controlados por él. Consecuentemente, las conductas ilícitas son cometidas en horarios nocturnos o en la mañana al término de las actividades nocturnas. Asimismo, no es posible soslayar que la muestra está compuesta en 39 casos por víctimas mujeres (adultas y adolescentes) y el único hombre fue identificado como gay, grupos sobre los que recaen, de manera intensificada, diversos prejuicios en este ámbito.

Las declaraciones en juicio oral de una de las víctimas permiten graficar claramente los prejuicios que deben enfrentar estas personas luego de este tipo de victimización: “(...) todavía no puede asumir lo que (...) le hizo, porque la destruyó en vida, y desde entonces su vida ha sido un calvario y una tortura, porque ha tenido que aguantar agresiones y humillaciones, de su abuela, de su tía, de sus primas, de las vecinas, le decían que “por maraca la violaron””⁹⁵. Su padre ratifica esta situación a través de su testimonio: “(...) ha sabido que una sobrina (...) le dijo que por weona se habían culiao a la (...) y le duele porque era una mujer de casi su misma edad y una mujer le gritó eso a su esposa en el supermercado (...) su propia madre dijo “como la weona no se iba a dar cuenta que le estaban bajando los pantalones””⁹⁶. En el mismo sentido, en otro fallo se hacen presentes sesgos de género y estereotipos similares planteados por testigos de cargo y de la defensa: ““por qué no hiciste algo”, “por qué no gritaste”, “si pasaba algo malo (...) hubiese gritado, o se hubiese arrastrado o hubiese intentado abrir la carpa””⁹⁷.

Asimismo, estos sesgos, estereotipos y prejuicios asociados al consumo de sustancias alcanzan también a las mismas víctimas, quienes se culpan por lo sucedido: “[e]xplicó la ofendida que si bien sus colegas la instaron a hacer la denuncia decidió no realizarla debido a que se sentía en parte responsable del suceso al haber bebido alcohol en exceso (...)”⁹⁸; “[a]cepta que la embarró, no se cuidó, es culpable de haberse embriagado, pero eso no quiere decir que cualquier persona haya tenido derecho de tocarla siquiera, que le iba a hacer ella si con cueva estaba despierta, se llevó sus cosas, la dejó botada, todavía siente culpa porque pudo haberlo evitado, le duele y cree que eso por siempre la va a perseguir, toda la vida va a sentir culpa por lo que pasó (...)”⁹⁹.

En este marco, un aspecto a destacar del análisis jurisprudencial es la presencia de referencias a la necesidad de llevar a cabo una valoración de la prueba con perspectiva de género en 57,5% de las sentencias analizadas (n = 23). Para ello, fueron recurrentes las referencias del

95 Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 07 de febrero de 2022, RUC N° 1800683221-7, RIT N° 326-2019, considerando octavo.

96 Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 07 de febrero de 2022, RUC N° 1800683221-7, RIT N° 326-2019, considerando octavo.

97 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 14 de mayo de 2022, RUC N° 2110001377-8, RIT N° 68-2022, considerando vigésimo segundo.

98 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, 07 de enero de 2022, RUC N° 1900346806-5, RIT N° 101-2021, considerando duodécimo.

99 Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 14 de marzo de 2022, RUC N° 1900233946-6, RIT N° 187-2021, considerando quinto.

Ministerio Público y la judicatura a las obligaciones internacionales de derechos humanos respecto a la investigación, juzgamiento y sanción de hechos de violencia de género y violencia sexual. Así, pudieron observar menciones a lo dispuesto en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Así, se ha indicado que “(...) resulta indispensable consignar también que este atentado contra la libertad sexual [violación], constituye sin duda un acto de violencia contra la mujer, que ofende su dignidad humana y es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, aspectos que deben ser considerados para un adecuado análisis de las probanzas rendidas desde una perspectiva género, en armonía la Convención Interamericana Belem Do Para y la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; normativa internacional de aplicación obligatoria vía artículo 5 de la Constitución Política de la República”¹⁰⁰.

La utilización de la perspectiva de género como una herramienta conceptual permitió en un caso dar por acreditado el aprovechamiento de la incapacidad de oponerse de la víctima. De esta forma, el tribunal indicó que esta “(...) modalidad comisiva que analizada desde una perspectiva de género, constituye un acto de discriminación y violencia contra la mujer, porque manifiesta un comportamiento dirigido a someter y humillar a la mujer, en que el agresor quiere demostrar quien tiene el poder y se abroga el derecho de prescindir de la voluntad de la víctima para consentir al acto sexual, vulnerando su libertad sexual al ejecutar la acción proscrita por la norma jurídica, verificándose a su vez la tipicidad subjetiva de la figura delictiva que se ha tenido por concurrente”¹⁰¹. En lo concreto, se señala que este análisis “(...) permitió identificar en primer lugar el contexto en que se desarrollaron los acontecimientos, para determinar y comprender las relaciones de poder que se concretaron en la agresión, de acuerdo a la realidad específica de la víctima y atendiendo en su caso particular la vulnerabilidad extrema en que se encontraba al momento de ser agredida sexualmente, en la que se conjugaron varios factores que dejaron en evidencia variables discriminatorias, como ser mujer, pobre y alcohólica (...)”¹⁰². Cabe indicar que dicho caso presentaba una dificultad adicional, al desistir la víctima del proceso penal y no comparecer a la audiencia de juicio.

Por otro lado, los tribunales descartaron líneas argumentativas de la defensa basadas exclusivamente en visiones estereotipadas con el objeto de mermar la credibilidad de las víctimas. Entre estos argumentos, en primer lugar, se cuenta el eventual arrepentimiento

100 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Castro, 24 de noviembre de 2021, RUC N° 1800927613-7, RIT N° 34-2021, considerando décimo. En el mismo sentido, Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2022, RUC N° 2000443586-K, RIT N° 403-2021, considerando noveno; Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 27 de mayo de 2022, RUC N° 1900873212-7, RIT N° 211-2021, considerando décimo tercero; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Castro, 14 de diciembre de 2021, RUC N° 1700100553-7, RIT N° 28-2020, considerando décimo; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, 30 de mayo de 2022, RUC N° 1800777248-K, RIT N° 568-2021, considerando noveno.

101 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Castro, 24 de noviembre de 2021, RUC N° 1800927613-7, RIT N° 34-2021, considerando decimioctavo.

102 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Castro, 24 de noviembre de 2021, RUC N° 1800927613-7, RIT N° 34-2021, considerando duodécimo.

o venganza de la víctima. En un caso la defensa indicó que la víctima había acusado al imputado dado que “se enojó porque su primo eyaculó adentro”, a lo que el tribunal indicó que “(...) son conjeturas de tipo personal (...) que no habría tenido ninguna relevancia en términos de riesgo de embarazo porque ella usaba métodos anticonceptivos. La Defensa cae en la misma línea de pensamiento que justifica agresiones sexuales en base a circunstancias que –en su vetusto concepto– debieron ser advertidas y prevenidas por la víctima, como aquellos comentarios de que se expuso a la agresión, de que le pasó eso por “maraca” (sic). Ese nivel de argumentación, en base a prejuicios sociales que deben erradicarse, no contribuye a generar una defensa técnica eficaz que permita realmente generar dudas de entidad en la forma cómo ocurrieron los hechos”¹⁰³.

En un segundo lugar, está la existencia de una relación afectiva o sexual previa entre víctima y autor, lo que en un caso fue descartado por el tribunal en el entendido de que el comportamiento sexual previo de ella “no influye ni determina la naturaleza de los acontecimientos que debían acreditarse”, ni “(...) son aspectos que interesen a efectos de desentrañar si hubo o no una vulneración de su libertad sexual, en un determinado y preciso contexto espacio-tiempo, en se postula que en ese instante en particular, no estuvo en posición de consentir, ni tampoco de oponerse”¹⁰⁴.

En tercer lugar, y similar al punto anterior, está el coqueteo de la víctima con el autor: “(...) los testigos de la defensa aludieron a una interacción previa entre encartado y víctima, consistente en que ésta habría estado coqueteando con el encartado previo al hecho en estudio, intentando lo ocurrido posteriormente, lo que además de evidenciar un discurso sesgado sobre la sexualidad femenina, dista del análisis de los sucesos y particularmente del tipo penal con perspectiva de género, y por ende, con un estándar internacional, tanto en la línea de la Convención sobre la Eliminación de todas formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW) o particularmente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará), ya que si efectivamente hubo un coqueteo por parte de la ofendida con el encausado, cabe preguntarse si ello es una especie de “pase” para luego indefectiblemente tener sexo, cuestión que incluso implicaría sostener que en este tipo de conductas estaría implícita la autorización o consentimiento para intimar sexualmente”¹⁰⁵. El mismo tribunal añade que “(...) ninguna actuación previa por parte de la víctima puede servir como una especie de “pase” para consentir cualquier acto sexual posterior, así como tampoco puede considerarse el consumo de alcohol y drogas como una manifestación de consentimiento previo (...) aseveraciones tales como “si estaba arriba era porque quería” señaladas por

¹⁰³ Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 07 de febrero de 2022, RUC N° 1800683221-7, RIT N° 326-2019, considerando décimo tercero.

¹⁰⁴ Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2022, RUC N° 2000443586-K, RIT N° 403-2021, considerando octavo. En el fallo se hace referencia a la Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos del MESECVI, indicando que lo prescrito en ella “constituye un estándar del derecho internacional de los derechos humanos que resulta vinculante para la judicatura” (MESECVI. *Declaración sobre la Violencia Contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos*. Documento OEA/Ser.L/II.7.10, 2014).

¹⁰⁵ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, 30 de diciembre de 2021, RUC N° 2000672762-o, RIT N° 392-2021, considerando octavo.

la defensa suelen denotar una arraigada discriminación hacia las mujeres, toda vez que se estima como negativa cualquier conducta que no cumpla con las expectativas de comportamiento asociadas a un determinado género o rol, resultando tales afirmaciones un retroceso social que jamás puede permitirse en un estado de derecho, ya que atenta contra el fin de la norma en estudio”¹⁰⁶.

En uno de los fallos analizados, todos estos argumentos fueron esgrimidos por la defensa, planteando que la relación sexual había sido consentida pero que, por vergüenza, la víctima se retractó posteriormente. El tribunal, de forma extensa, y haciendo eco de lo indicado en la Convención Belem do Pará, por el Comité de Expertas del MESECVI y por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, desecha estas alegaciones: “(...) en relación a los estereotipos que deben ser erradicados en los casos de violación, en particular aquel que dice que cuando la víctima y el agresor se conocen, el acto sexual es consentido, a lo que hay que agregar en el presente caso, “que se conocen y que hayan mantenido relaciones sexuales previas” (...) En cuanto a la alegación planteada por la defensa de que la víctima habría consentido en el acto sexual, pero que luego, en atención a la vergüenza que le pudo haber generado que las personas se enteraran que había tenido relaciones sexuales se haya retractado (...) ha sido descartado porque en esta hipótesis subyace nuevamente un sesgo de género, porque no existió ningún antecedente en el juicio que permita establecer que la víctima haya escuchado lo que decían afuera y, principalmente, porque se ha establecido que aquella no se encontraba en condiciones de consentir ningún tipo de acto”¹⁰⁷.

Por último, es posible destacar la reacción del tribunal ante dichos machistas de los imputados, que dan claramente cuenta de los sesgos de género y estereotipos que subyacen a este tipo de delitos: “(...) el propio acusado mencionó frases como que “para una mujer se ve feo que la escuchen teniendo relaciones sexuales, y que para un hombre no es tan feo”, “las mujeres cuando quieren y los hombres cuando pueden”, lo que denota claramente un sesgo de género”¹⁰⁸. En otro caso, “(...) aparece que la variación constante en la declaración del acusado, desde que comenzó diciendo que no hubo sexo hasta que reconoció haberlo tenido dadas las insinuaciones de ella, a las que cedió “como todo hombre, que, si le ofrecen de comer, come”, evidentemente orientadas a eludir su responsabilidad, además del alto desprecio que el acusado evidencia respecto de la dignidad femenina, constituyen circunstancias que develan la conveniencia del hechor de soslayar el estado en el que se encontraba la víctima”¹⁰⁹.

106 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, 30 de diciembre de 2021, RUC N° 2000672762-0, RIT N° 392-2021, considerando duodécimo.

107 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 14 de mayo de 2022, RUC N° 2110001377-8, RIT N° 68-2022, considerando vigésimo segundo.

108 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 14 de mayo de 2022, RUC N° 2110001377-8, RIT N° 68-2022, considerando vigésimo segundo.

109 Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 14 de marzo de 2022, RUC N° 1900233946-6, RIT N° 187-2021, considerando undécimo.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

1. El estudio jurisprudencial presentado en estas páginas permitió comprobar que la caracterización de los casos de violencia sexual inducida por sustancias psicoactivas que llega a instancia de juicio oral, responde al mismo patrón descrito en general por la literatura en la materia. En este sentido, las víctimas son mayoritariamente mujeres (97.5%) adultas (85%) y los autores son hombres (100%) conocidos o recientemente conocidos de ellas (82.5%). Las conductas delictivas son cometidas en horario nocturno (80%) en contextos sociales recreativos y, para lograr su ejecución, el autor predominantemente se aprovecha de la VQ de la víctima o consumo voluntario de sustancias (95%), habitualmente alcohol aislado o en conjunto con drogas o psicofármacos (95%).
2. Con respecto a las víctimas, un hallazgo de la revisión guarda relación con las condiciones en que se encontraban al momento de la ejecución de la conducta. Un 72.5% de ellas reportó haber estado durmiendo, elemento que no ha sido particularmente descrito en los estudios especializados en esta temática. Este punto es de relevancia dado que manifiesta la imposibilidad de la persona de prestar consentimiento para llevar a cabo algún acto sexual, al estar privada de la comprensión de su entorno y, por consiguiente, sin facultad de decisión. En este sentido, puede concluirse que en estos casos, el cuerpo de la mujer es cosificado, siendo utilizado para la satisfacción sexual del autor.
3. Otro hallazgo que debe ser analizado con mayor profundidad es la identificación de un 12.5% de las víctimas como perteneciente a diversidades/disidencias sexuales y de género. En particular, se destaca la presencia en la muestra de cuatro mujeres lesbianas víctimas de delitos de violencia sexual cometidos por personas conocidas, que probablemente sabían de su orientación sexual. En este sentido, y tal como ha sido indicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, debe tenerse en consideración el eventual uso de este tipo de violencia como *correctiva*, buscando el autor que a través de sus actos “se “corrija” la orientación de la persona o se consiga que “actúen” de manera más conforme a su género”¹¹⁰. De esta manera, se estaría ante un delito de odio, manifiestamente basado en una discriminación de género.
4. En línea con lo indicado en el punto anterior, un aspecto a destacar del análisis jurisprudencial es la presencia de numerosas referencias a la necesidad de utilizar la perspectiva de género como una herramienta conceptual para dirigir las investigaciones y, posteriormente, efectuar una correcta valoración judicial. Fue así como, en un 79.3% de las sentencias, se encontraron reseñas a obligaciones y directrices de diversos instrumentos y órganos de los Sistemas Universal e Interamericano de Derechos Humanos, doctrina especializada en la materia, o explicaciones del mismo tribunal sobre lo que implica aplicar este enfoque al momento de valorar la prueba. Esta inclusión da luces de un avance digno de subrayar por parte del sistema de justicia penal.
5. En relación al proceso penal, se destaca que en la muestra la gran mayoría de los casos se originan por denuncia de la víctima presentada a pocas horas de ocurridos los hechos

¹¹⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. Documento OEA/Ser.L/V/II.rev.1, 2015, párr. 170.

(70%). Es necesario un mayor análisis para poder concluir si esta inmediatez se aprecia en la generalidad de este tipo de casos (revisando, por ejemplo, todos los casos ingresados) o si es un hecho que solo caracteriza las causas que llegan a la instancia de juicio oral. En este sentido, sería posible hipotetizar que, mientras antes una persona presente una denuncia en estos casos, más evidencia corroborativa de sus dichos es posible encontrar y sería vista como más creíble para el sistema de justicia.

6. En relación con la calificación jurídica de los hechos, cabe destacar la primacía de la circunstancia comisiva del aprovechamiento de oposición de la víctima, tanto en las acusaciones del Ministerio Público (72.5%) como en la resolución del tribunal (79.3%). De esta forma, es posible observar en estos casos el avance respecto al sentido y alcance de esta modalidad comisiva, que han ido en expansión en los últimos años gracias al desarrollo jurisprudencial como de la doctrina nacional.

7. Por último, en relación a la prueba rendida en juicio para poder acreditar los hechos, el presente estudio permitió vislumbrar que ningún tipo de medio probatorio por sí solo marca una diferencia probabilísticamente relevante para poder arribar a una decisión condenatoria (ni, al contrario, la falta de uno de ellos trae aparejada una absolucón). De esta forma, el conjunto de pruebas rendidas en juicio es lo que logró generar convicción al tribunal de la comisión de la conducta y de la responsabilidad del autor en la gran mayoría de los casos (72.5%). Al igual que en el resto de delitos de violencia sexual, al ser cometidos los hechos generalmente en lugares cerrados sin testigos presenciales, el testimonio de la víctima sigue siendo el principal medio de prueba, prestando declaración en juicio en casi todos los casos (90.2%). Sin embargo, ante la memoria parcial o fragmentada de lo sucedido, cobran mayor relevancia la prueba de contexto, en especial testigos que dieron cuenta el estado de alteración o afectación de la víctima después de los hechos (60%), videograbaciones de cámaras de seguridad en las que se observa el estado de la persona, o mensajería instantánea (en particular, WhatsApp) entre víctima y autor. Es por esto que, la búsqueda de diferentes fuentes corroborativas de los hechos cobra una importancia fundamental ante esta forma de violencia sexual que ha cobrado relevancia en los últimos años.

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

FISCALÍA DE CHILE Y CONVENIO SOBRE CIBERDELINCUENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA O CONVENIO DE BUDAPEST. IMPLEMENTACIÓN CON NUEVA LEY DE DELITOS INFORMÁTICOS (21.459)

Mauricio Fernández Montalbán¹

I. PREÁMBULO

El presente artículo tiene objetivos concretos y sencillos, que pudieran desilusionar a quien se quede solo en su extenso título.

Lo que busco transmitir en primer lugar con él, es la experiencia de trabajo jurídico y de coordinación del Ministerio Público durante muchos años y gobiernos, en el proceso de gestación y aceptación de la invitación del Consejo de Europa al Estado de Chile a incorporarse en el Convenio de Cibercrimen del Consejo de Europa (en adelante “Convenio de Budapest” o simplemente “Budapest”) y en la plena incorporación en dicha instancia internacional y sus protocolos.

A continuación pretendo dar una breve panorámica a la forma en que el Estado de Chile ha plasmado, vía la Ley N°21.459, el cumplimiento de los compromisos asumidos al hacerse parte del Convenio Internacional señalado, en materia de implementación en normativa interna tanto de derecho penal sustantivo como de derecho procesal penal.

¹ Director de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado (en adelante también “ULDDECO”), unidad encargada de los apoyos investigativos en materia de cibercriminalidad y evidencia digital, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

Finalmente se hace una reseña especial sobre las consecuencias que tiene la incorporación de los delitos de la Ley N°21.459 en los sistemas o regímenes especiales en materia de prevención, detección, investigación y sanción del delito de lavado de dinero en Chile (Ley N°19.913) y de responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ley N°20.393).

Las conclusiones pretenden hacer referencia a los principales retos y desafíos que estos nuevos escenarios generan para el abordaje de la cibercriminalidad en Chile.

II. ROL DE FISCALÍA EN INGRESO E IMPLEMENTACIÓN DE CONVENIO CIBERCRIMEN

Al inicio del año 2008, por invitación del Ministerio de Economía de la época, la Fiscalía a través de ULDDECO pasa a integrar el grupo de trabajo sobre marco jurídico de los delitos informáticos, uno de los ejes de la denominada “Estrategia Digital 2007-2012” que impulsaba dicho Ministerio. En ese contexto, al igual que el resto de los organismos, la Fiscalía evacúa informe sobre los proyectos de ley vigentes en materia de cibercriminalidad, correspondiente a los boletines 2974-19² y 3083-07³. En dicho informe se advertía expresamente la importancia de “tener presente que para la realización de esta minuta se tuvo a la vista el Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, aprobado en la ciudad de Budapest, Hungría, el 23 de noviembre de 2001”.

En marzo del año siguiente, el Ministerio Público integra la delegación de Chile a la Conferencia Octopus del Consejo de Europa, en Estrasburgo, Francia, en cuyo contexto el gobierno de la época solicita se invite a Chile a adherirse al Convenio de Budapest.

En abril del 2009 la Fiscalía, a través de ULDDECO, se incorpora al Grupo de Seguridad Cibernética convocado por el Ministerio de Relaciones Exteriores (en adelante también “MINREL”), en cuya agenda de trabajo se fija como tarea trabajar en pos de la adhesión de Chile al Convenio de Budapest.

Por Decreto número 3265-2009 del Ministerio del Interior, de fecha 7 de agosto del mismo año, se crea la “COMISIÓN DE TRABAJO INTERMINISTERIAL CONDUCENTE A LA ADHESIÓN DE CHILE A LA CONVENCION SOBRE CIBER DELITOS DEL CONSEJO DE EUROPA”, que en su artículo segundo integra a “un representante del Ministerio Público” como parte de dicha Comisión.

El Fiscal Nacional del Ministerio Público Sabas Chahuán, por oficio FN 606-2009 del 8 de octubre de ese año 2009 al Ministro del Interior Edmundo Pérez Yoma, acepta invitación a integrarse a la Comisión Interministerial creada por el Decreto 3265 de 2009, y designa como representante institucional al Director de ULDDECO.

² Proyecto de ley correspondiente a moción de varios diputados, finalmente archivado y cuyo alcance y tramitación está disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=3272&prmBOLETIN=2974-19>

³ Proyecto de ley iniciado por el Ejecutivo y que alcanzó su segundo trámite constitucional antes de paralizarse su tramitación. Proyecto disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=3380&prmBOLETIN=3083-07>

En el mes de enero de 2010 el Ministerio Público, a través de ULDDECO, participa en la sexta reunión del grupo de trabajo en delito cibernético de la Reunión de Ministerios de Justicia, Procuradores o Fiscales Generales (en adelante también “REMJA”) de la Organización de Estados Americanos (en adelante también “OEA”) donde se aprueba recomendación interamericana de adherir y aplicar los principios del Convenio de Budapest.

El mismo Grupo de Seguridad Cibernética coordinado por MINREL, en actas de su reunión del año 2010 “recordó el consenso alcanzado por éste acerca de la conveniencia de adherir a la Convención de Budapest”.

La Séptima Reunión del Grupo de Trabajo en Delito Cibernético de REMJA OEA de febrero de 2012, también con participación del Ministerio Público de Chile, en su recomendación número 13 reconoce “(...) la consideración que algunos Estados Miembros de la OEA le han dado, y recomendar a aquellos que aún no lo han hecho a que le den la debida consideración, a la aplicación de los principios de la Convención del Consejo de Europa sobre la Delincuencia Cibernética y la adhesión a la misma, así como a la adopción de medidas legales y de otra naturaleza que sean necesarias para su implementación, teniendo en cuenta las recomendaciones adoptadas por este Grupo de Trabajo y por las REMJA en sus últimas reuniones”⁴.

Una recomendación similar hace el mismo Grupo de Trabajo en su octava reunión de febrero de 2014, en que también participa ULDDECO por el Ministerio Público de Chile⁵.

El mismo año 2014 el Ministro del Interior de la época Rodrigo Peñailillo, por oficio 13364, solicita al Fiscal Nacional Sabas Chahuán la designación de un representante institucional para integrar la Comisión de Trabajo Interministerial conducente a la adhesión de Chile a la Convención sobre Ciberdelitos del Consejo de Europa, a lo que responde el Fiscal Nacional por oficio FN603-2014 del 25 de agosto de 2014 designando al director de ULDDECO.

El 13 de octubre de 2014, 5 años después de su decreto de creación, se realiza la primera reunión de la Comisión de Trabajo Interministerial conducente a la adhesión de Chile a la Convención sobre Ciberdelitos del Consejo de Europa⁶. En el acta de dicha reunión se alude a “la necesidad de una Política Nacional de Ciberseguridad cuyo primer paso es la suscripción del Convenio de Budapest”. Entre los principales acuerdos consignados en el acta de la reunión señalada están:

- “Todas las instituciones presentes se mostraron proclives a la adhesión de Chile a la Convención sobre Ciber Delitos del Consejo de Europa.
- Los asistentes a la reunión coincidieron en que la Convención sobre Ciber Delitos actualmente es el único instrumento internacional en la materia.

⁴ Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/VII/cyb_recom_sp.pdf

⁵ Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/VIII/cyb_recom_sp.pdf

⁶ En dicha instancia participaron, entre otros profesionales, Pablo Castro por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Nelly Salvo por el Ministerio de Defensa, Carolina Garrido e Ingrid Inda por el Ministerio del Interior, Paulina Vodanovic por el Ministerio de Justicia, Carlos Reusser por la Subsecretaría de Comunicaciones, Rosa Meléndez por la Agencia Nacional de Inteligencia y Raúl Arrieta por el Ministerio de Economía.

- Especial valoración se manifestó hacia la Convención como herramienta que ayuda a mejorar la regulación de Delitos Informáticos (Ley N°19.223).
- Respecto de la adhesión a la Convención, es importante considerar los proyectos de ley en gestación y trámite constitucional relacionados con la materia (por ejemplo, el proyecto de nuevo Código Penal y Ley de Datos Personales), con el objetivo de realizar una revisión respecto a coincidencias, divergencias y carencias a partir de la Convención de Budapest.
- Enviar a más tardar el 17 de octubre, un documento que refleje la postura de la institución que representan con relación a la suscripción de Chile a la Convención de Budapest.
- Se solicita que el documento a enviar haga especial referencia a los siguientes aspectos:
 - Recomendación de la institución con relación a firmar o no la Convención;
 - Recomendación con relación a las reservas que ofrece la Convención (firmar con o sin reserva, indicando cuales si corresponde);
 - Observaciones respecto a necesidad de modificaciones legales en caso de firmar la Convención;
 - Observaciones con relación a modificaciones organizacionales producto de la firma de la Convención;
 - Otra que se estime pertinente según lo planteado en la Convención”.

Precisamente en cumplimiento de lo requerido a cada institución en la sesión señalada del Comité Interministerial, el Ministerio Público, a través de oficio ULDDECO FN número 32 del 17 de octubre de 2014 recomienda que “El Estado de Chile adhiera al Convenio de Budapest”, por los fundamentos que en detalle se desarrollan en el oficio indicado, pero que en síntesis aluden a su rol para mejorar normativa penal sustantiva y procesal interna y facilitación para la asistencia penal internacional para Chile en materia de ciberdelincuencia y obtención de evidencia digital. Asimismo hace presente que cualquiera de las reservas que el Gobierno de Chile pudiera hacer no afectarán las atribuciones del Ministerio Público para la persecución penal. Por otra parte se reconoce la evidente necesidad de reformas legales que en materia de derecho penal y procesal penal se requerirán con la adhesión de Chile a Budapest. Por último, se destacan las necesidades de reforzamiento de personal de apoyo en el ámbito de fiscalías operativas como de la unidad a nivel de Fiscalía Nacional asesora en materia de cibercriminalidad.

El 20 de febrero de 2015, la Comisión Interministerial antes señalada emite “Informe sobre adhesión de Chile a Convención de Budapest” el que concluye que “la recomendación final es adherir a la Convención de Budapest. Esta decisión se sustenta en diversos argumentos. En primer lugar, que la suscripción a la Convención ha sido un anhelo de Chile desde hace varios años y el actual gobierno ha reiterado su compromiso de avanzar en este tema reactivando la Comisión de trabajo. En segundo lugar, ha habido señales transversales de interés sobre el tema entre actores políticos de diferentes

tendencias, confirmando la necesidad de avanzar y mostrar medidas concretas en el tema. En tercer lugar, la adhesión a esta Convención tendría efectos positivos en cuanto a ajustes institucionales y normativos que permitirían al país cumplir con estándares internacionales de primera línea”.

“Además de las reservas especificadas, la adhesión implicará ajustes en diferentes instituciones con la finalidad de dar cumplimiento a la Convención, particularmente en lo relacionado con la cooperación internacional. Al respecto, el primer paso es el establecimiento de puntos focales en el marco de los artículos 24, 27 y 35 de la Convención. Para ello, se debe considerar al Ministerio Público y al Ministerio de Relaciones Exteriores como entidades pertinentes, toda vez que se trata de investigaciones criminales originadas fuera del país”.

“En síntesis, en el marco del trabajo efectuado por la Comisión de trabajo se recomienda adherir, con reserva, efectuando declaraciones y designando los puntos focales según se ha indicado”⁷.

Posteriormente, por Mensaje 050-364 del 6 de mayo de 2016 la Presidenta de la República Michelle Bachelet somete a aprobación del Congreso el Convenio sobre Ciberdelincuencia suscrito en Budapest el año 2001, comunicando su decisión de formular las siguientes declaraciones y reservas al momento de depositar el instrumento de adhesión al referido Convenio:

1. Declaraciones

- a. “La República de Chile declara que exigirá una intención delictiva determinada en el sujeto activo para penar las acciones descritas en los Artículos 2 y 3 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, conforme lo requiere el Artículo 2 de la Ley N° 19.223 sobre delitos informáticos”.
- b. “La República de Chile declara que exigirá un ánimo fraudulento que produzca un perjuicio a terceros para penar las acciones descritas en el Artículo 7 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, conforme lo requiere el Artículo 197 del Código Penal”.

2. Reservas

- a. “La República de Chile expresa, de conformidad al Artículo 4, párrafo 2, del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, que tipificará como delitos en su derecho interno todo acto deliberado e ilegítimo que dañe, borre, deteriore, altere o suprima datos informáticos, siempre que dicho acto produzca daños graves”.
- b. “La República de Chile expresa, de conformidad al Artículo 6, párrafo 3 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, que no aplicará el párrafo 1 del mismo Artículo, en la medida que ello no afecte la venta, distribución o cualesquiera otras formas de puesta a disposición de los elementos mencionados en el inciso 1 a) ii) del citado Artículo 6”.

⁷ Todas las actas y minutas de reuniones y consejos del Poder Ejecutivo y oficios del y al Fiscal Nacional a las que se ha aludido en párrafos anteriores se encuentran disponibles a requerimiento de cualquier interesado en carpeta digital denominada “Budapest documentación Chile pre vigencia”.

- c. “La República de Chile expresa, de conformidad al Artículo 9, párrafo 4, del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, que no aplicará los apartados b) y c) del párrafo 2 del mismo Artículo”.
- d. “La República de Chile expresa, de conformidad al Artículo 22, párrafo 2, del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, que no aplicará las normas sobre jurisdicción establecidas en el apartado 1 d. del mismo Artículo”.
- e. “La República de Chile se reserva, en relación con el Artículo 29, párrafo 4, del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, el derecho a denegar la solicitud de asistencia internacional en caso de que la conducta perseguida no esté tipificada en Chile al momento del requerimiento”.

El 27 de abril de 2017 la Presidenta de la República promulga el Convenio sobre la Ciberdelincuencia mediante Decreto número 83 del Ministerio de Relaciones Exteriores de esa fecha, publicado en el Diario Oficial del 28 de agosto del mismo año, incluyendo las declaraciones y reservas antes señaladas y la designación como autoridad responsable de extradiciones y detenciones provisionales del artículo 24 numeral 7 del Convenio al Ministerio de Relaciones Exteriores; y al Ministerio Público como Autoridad Central para la asistencia penal del artículo 27 del Convenio y como punto de contacto de la Red 24/7 del artículo 35 del mismo Convenio.

En dicho Decreto se dejó constancia que Convenio de Budapest entraba “en vigor internacional para la República de Chile el 1 de agosto de 2017”.

El 2 de agosto de 2017 el Fiscal Nacional Jorge Abbott Charme, por Resolución FN/MP número 1506/2017 designaba en todas las regiones del país a 52 fiscales “especializados en la investigación de la cibercriminalidad”, teniendo muy presente la entrada en vigencia el día anterior del Convenio de Budapest para Chile, el rol del MP en la asistencia penal internacional del Ministerio Público y de punto de contacto de la Red 24/7 de dicho Convenio y sobre todo las características y particularidades de dicho tipo de investigaciones criminales.

Como se ha podido apreciar entonces del cronograma expuesto, ha sido un largo camino desde el año 2008 con un rol muy relevante del Ministerio Público para hacer realidad la vigencia para Chile del Convenio de Budapest, consciente de su importancia para fortalecer los instrumentos internacionales y nacionales de persecución penal de la cibercriminalidad y de obtención en el extranjero de evidencia digital clave prácticamente en cualquier tipo de investigación de delitos.

Los más recientes pasos que el Estado de Chile ha dado en materia de inserción plena en la órbita de, como hemos dicho, la única hasta ahora convención internacional en materia de ciber delincuencia y de asistencia penal multilateral para obtención de evidencia digital, están en la dictación de la Ley número 21.459 que “ESTABLECE NORMAS SOBRE DELITOS INFORMÁTICOS, DEROGA LA LEY N° 19.223 Y MODIFICA OTROS CUERPOS LEGALES CON EL OBJETO DE ADECUARLOS AL CONVENIO DE BUDAPEST”, que será materia de los siguientes apartados de este artículo; y en la firma como Estado parte plena del Convenio sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, de su Segundo Protocolo

Adicional sobre “cooperación reforzada y revelación de evidencia electrónica”.

Así, en carta del 4 de abril de 2022, la Jefa de la División de Derecho Público Internacional y Tratados del Consejo de Europa comunica a todos los Estados Parte de la Convención sobre Ciberdelitos, la apertura para la firma del Segundo Protocolo Adicional del Convenio de Budapest, a realizarse el 12 de mayo de 2022 en Estrasburgo, Francia.

El Estado de Chile como integrante del Convenio principal, decide ser parte desde su inicio de este Segundo Protocolo, transformándose en el primer país sudamericano, junto a Colombia, en suscribirlo⁸. Para ello, el 11 de mayo de 2022 la Ministra de Relaciones Exteriores de Chile otorga “Plenos Poderes” al Director de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional, del Ministerio Público, para que, en nombre y representación de la República de Chile, suscriba el “Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced cooperation and disclosure of electronic evidence”. Ello se produce efectivamente el 12 de mayo de 2022 en la ceremonia oficial de apertura de firmas realizada en la sede del Consejo de Europa en Estrasburgo. Con ello se culminaba un trabajo intenso de años de expertos de los países integrantes de Budapest en la que Chile, principalmente a través de profesionales especializados de UCIEY y ULDDECO de la Fiscalía Nacional y del Ministerio de Relaciones Exteriores, contribuyeron activamente en debates de temáticas diversas en el seno del Comité del Convenio de Budapest (T-CY por sus siglas en inglés) en sesiones realizadas entre septiembre de 2017 y mayo de 2021⁹.

III. NORMAS SUSTANTIVAS DE LA LEY N°21.459

Nuestra legislación penal en materia de ciberdelito tiene su origen en términos bastante innovadores para su época, en la Ley N°19.223 del año 1993. Dicha ley, bastante escueta y con un alcance exclusivamente de derecho penal sustantivo, surge de una moción parlamentaria contenida en boletín 412-07, del diputado Viera-Gallo¹⁰.

La siguiente normativa nacional vinculada a delincuencia cercana a la cibercriminalidad la tenemos también iniciada por mociones parlamentarias, como son los delitos asociados a medios de pago y fraudes en transacciones electrónicas contenida en la Ley N°20.009¹¹ y su reforma por la Ley N°21.234¹².

⁸ Chile ya había sido el primer país sudamericano en incorporarse al Convenio de Budapest.

⁹ Detalles de todo el trabajo realizado y del activo rol de Chile da cuenta publicación oficial disponible en: <https://www.coe.int/en/web/cybercrime/t-cy-drafting-group#:~:text=The%20%E2%80%9CSecond%20Additional%20Protocol%20to,September%202017%20and%20May%202021>.

¹⁰ Cuya tramitación iniciada en el Congreso el año 1991 se puede apreciar en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmlD=2167&prmlBOLETIN=412-07>.

¹¹ Moción de varios diputados contenida en boletín 3129-03 cuya tramitación completa se puede apreciar en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmlD=3469&prmlBOLETIN=3129-03>.

¹² Moción de varios senadores contenida en boletín 11078-03 que se puede ver íntegramente en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmlD=11591&prmlBOLETIN=11078-03>.

Por ello parto por destacar de la Ley N°21.459 que es la primera ley en la materia que en su génesis está un proyecto del Poder Ejecutivo, contenido en Mensaje Presidencial del 7 de noviembre de 2018, boletín 12192-25¹³. En tal Mensaje se hace explícita la voluntad del Ejecutivo de cumplir en nuestra legislación con los compromisos asumidos por el Estado de Chile al transformarse en parte plena del Convenio de Budapest¹⁴.

La Ley N°21.459 concretamente incorpora en lo sustantivo penal las siguientes tipificaciones mandatadas por el Convenio de Budapest:

- El ataque a la integridad de un sistema informático, contenido en el artículo 5 del Convenio¹⁵ se incluye en el artículo 1° de la ley chilena¹⁶.
- El acceso ilícito del artículo 2 de Budapest¹⁷ se regula en el artículo 2° de la Ley N°21.459.
- La interceptación ilícita del artículo 3 del Convenio¹⁸ se consagra en el también artículo 3° de la ley mencionada¹⁹.

13 Para apreciar la tramitación completa de la Ley N°21.459 ver en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmlD=12715&prmlBOLETIN=12192-25>.

14 El Mensaje se refiere a la relación con Budapest en los siguientes términos: “El Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, conocido como el “Convenio de Budapest”, constituye el primer tratado internacional sobre delitos cometidos a través de Internet y de otros sistemas informáticos. Fue elaborado por expertos del Consejo de Europa, con ayuda de especialistas de otros países ajenos a la organización, como Estados Unidos, Canadá y Japón.

El Convenio de Budapest entró en vigor el 1° de julio de 2004 y, a la fecha, ha sido ratificado por cincuenta y tres Estados. Además, cabe señalar que han sido invitados a hacerse Parte del referido Convenio otros Estados no miembros del Consejo de Europa, entre ellos Argentina, Chile, Colombia, México y Perú.

En estos términos, el principal objetivo del Convenio es el desarrollo de una política criminal común frente a la ciberdelincuencia, mediante la homologación de los conceptos fundamentales y del tratamiento de la legislación penal, sustantiva y procesal, así como del establecimiento de un sistema rápido y eficaz de cooperación internacional.

Nuestro país promulgó el Convenio a través del Decreto N° 83 del Ministerio de Relaciones Exteriores, con fecha 27 de abril del 2017, entrando posteriormente en vigencia el 28 de agosto del mismo año. En ese orden de ideas, el contenido del mismo y los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país –sin perjuicio de las reservas hechas en su oportunidad– se han vuelto mandatorios”. Ver Mensaje en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmlD=12715&prmlBOLETIN=12192-25>.

15 “obstaculización grave, deliberada e ilegítima del funcionamiento de un sistema informático mediante la introducción, transmisión, daño, borrado, deterioro, alteración o supresión de datos informáticos”.

16 “el que obstaculice o impida el normal funcionamiento, total o parcial, de un sistema informático, a través de la introducción, transmisión, daño, deterioro, alteración o supresión de los datos informáticos...”.

17 “el acceso deliberado e ilegítimo a todo o parte de un sistema informático” ... pudiéndose agregar como requisito típico a voluntad del Estado parte “infringiendo medidas de seguridad, con la intención de obtener datos informáticos u otra intención delictiva, o en relación con un sistema informático conectado a otro sistema informático”.

18 “la interceptación deliberada e ilegítima por medios técnicos de datos informáticos en transmisiones no públicas dirigidas a un sistema informático, originadas en un sistema informático o efectuadas dentro del mismo, incluidas las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que transporte dichos datos informáticos...”.

19 “el que indebidamente intercepte, interrumpa o interfiera, por medios técnicos, la transmisión no pública de información en un sistema informático o entre dos o más de aquellos...” o “el que, sin contar con la debida autorización, capte, por medios técnicos, datos contenidos en sistemas informáticos a través de las emisiones electromagnéticas provenientes de éstos”.

- El ataque a la integridad de los datos informáticos, del artículo 4 de Budapest²⁰ lo incorpora la Ley N°21.459 también en el artículo 4^o²¹.
- La falsificación informática del artículo 7 del Convenio²² lo encontramos regulado en el artículo 5° de la ley chilena señalada²³.
- El fraude informático del artículo 8 de Budapest²⁴ se consagra en el artículo 7° de la Ley N°21.459²⁵.
- Finalmente el abuso de dispositivos del artículo 6 del Convenio se regula en el artículo 8 de la ley tantas veces mencionada²⁶.

Adicionalmente en lo sustantivo, la Ley N°21.459, apartándose de Budapest, regula la denominada “receptación de datos informáticos”, en su artículo 6^o²⁷. Este tipo penal se hace cargo de la experiencia en las investigaciones penales nacionales, consistente en la frecuente detección de eslabones en la cadena criminal que se relacionan con el aprovechamiento de los datos o información sensible obtenida en los accesos o capturas ilícitas que constituyen el delito inicial; se trata de una figura residual pero de gran utilidad práctica para cerrar o aminorar lagunas de impunidad en el ámbito del tráfico comercial ilícito de datos informáticos.

De una somera comparación de tipificaciones en la nueva Ley N°21.459 de delitos informáticos con la anterior ley en la materia número 19.223, podemos reconocer que se mantienen el sabotaje y espionaje informático pero se agregan los fraudes y falsificaciones informáticas, el abuso de dispositivos y la receptación informática.

20 “todo acto deliberado e ilegítimo que dañe, borre, deteriore, altere o suprima datos informáticos”, pudiéndose agregar como requisito típico a voluntad del Estado parte que los actos provoquen “daños graves”.

21 “el que indebidamente altere, dañe o suprima datos informáticos ... siempre que con ello se cause un daño grave al titular de estos mismos”.

22 “la introducción, alteración, borrado o supresión deliberados e ilegítimos de datos informáticos que genere datos no auténticos con la intención de que sean tomados o utilizados a efectos legales como auténticos, con independencia de que los datos sean legibles e inteligibles directamente”.

23 “el que indebidamente introduzca, altere, dañe o suprima datos informáticos con la intención de que sean tomados como auténticos o utilizados para generar documentos auténticos”.

24 “los actos deliberados e ilegítimos que causen perjuicio patrimonial a otra persona mediante:

a) La introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos;

b) Cualquier interferencia en el funcionamiento de un sistema informático, con la intención dolosa o delictiva, de obtener de forma ilegítima un beneficio económico para uno mismo o para otra persona”.

25 “el que, causando perjuicio a otro, con la finalidad de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, manipule un sistema informático, mediante la introducción, alteración, daño o supresión de datos informáticos o a través de cualquier interferencia en el funcionamiento de un sistema informático”.

26 Sanciona al que para la perpetración de los delitos de ataque a integridad de sistema o datos, de acceso o interceptación ilícitas de la Ley de Delitos Informáticos o de delitos de fraudes con tarjetas de crédito, débito o pago o en transacciones electrónicas del artículo 7 de la Ley N°20.009, “entregare u obtuviere para su utilización, importare, difundiera o realizare otra forma de puesta a disposición uno o más dispositivos, programas computacionales, contraseñas, códigos de seguridad o de acceso u otros datos similares creados o adaptados principalmente para la perpetración de dichos delitos”.

27 “el que conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo comercialice, transfiera o almacene con el mismo objeto u otro fin ilícito, a cualquier título, datos informáticos”, provenientes de la realización de las conductas propias de los delitos de acceso ilícito, interceptación ilícita o falsificación informática de la Ley 21.459”.

El fraude informático, más allá de algunas deficiencias finales, se hace cargo de un fenómeno delictual muy frecuente y hasta ahora enfrentado con dificultades con figuras generales de estafas y otras defraudaciones. Las dificultades en su aplicación estarán dadas por la exigencia de requisitos copulativos de causación de perjuicio, finalidad económica y manipulación de sistema informático.

Esta figura en todo caso habrá que analizarla y aplicarla teniendo también en cuenta el caso de fraudes en transacciones electrónicas del inciso final del artículo 7 de la Ley N°20.009, en su redacción actual en virtud de la Ley N°21.234. Eso si explícitamente el artículo 9 de esta ley consagra posibilidad de concurso real entre delitos de la Ley N°20.009 y la Ley N°21.459 de delitos informáticos.

Por otra parte la cuestionada, a nivel nacional, figura de falsificación informática²⁸ a mi juicio adquiere particular relevancia para superar lagunas de impunidad en materia de documentos o instrumentos digitales en que se cuestione su carácter de públicos, especialmente si la falsificación de instrumentos privados está bastante restringida en nuestra legislación penal.

En cuanto al abuso de dispositivos, su consagración penal permitirá adelantar la persecución penal a actos preparatorios relevantes en materia de delincuencia informática o facilitaciones de medios para ellos sin concierto previo, extendiéndolo expresamente a los ilícitos de la Ley N°20.009.

La Ley N°21.459 en su artículo 16 regula en forma explícita una exención de responsabilidad penal, en las hipótesis de acceso ilícito en una investigación académica para detección de vulnerabilidades o mejoras de seguridad informática, cuando ha existido “autorización expresa del titular” del sistema informático al que se ha accedido.

En relación a otros delitos regulados en el Convenio de Budapest como lo son los relacionados con pornografía infantil o propiedad intelectual, el legislador en la Ley N°21.459 opta por no regularlos, entendiendo que ya están cubiertos en lo sustancial en el Código Penal y en las Leyes N°17.336 y 19.039.

En materia de penas principales corporales, prácticamente todas tienen penas de simple delito salvo la falsificación informática cometida por funcionario público, que puede alcanzar pena de crimen. En todo caso, prácticamente todos los delitos de la nueva Ley de Delitos Informáticos consideran pena de un año de privación de libertad, entidad de relevancia para la procedencia de extradiciones en conformidad al artículo 24 del Convenio de Budapest.

En cuanto a penas accesorias, la Ley N°21.459 mandata en su artículo 13 al comiso de los instrumentos del delito, los efectos de él y las utilidades que genera, cualquiera sea su naturaleza jurídica, y permite al juzgador aplicar el denominado “comiso de bienes por

28 En tal sentido se pueden destacar entre otras las contenidas en informe de la Corte Suprema en oficio N° 23 del año 2019 o en la exposición en el debate parlamentario de la profesora de derecho penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile Verónica Rosenblut, ambas integradas a la historia de la ley 21.459 disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelay/nc/historia-de-la-ley/8018/>.

valor equivalente” a los activos de origen ilícitos determinados pero que han desaparecido o no pueden ser recuperados por cualquier razón.

Finalmente, en materia de derecho penal sustantivo la Ley N°21.459 regula en su artículo 9° una atenuante especial en materia de cooperación eficaz en la investigación de delitos informáticos y agravantes especiales en su artículo 10°, asociadas a abuso de posición, vulnerabilidad o desconocimiento de víctimas o a afectación de servicios de utilidad pública o de procesos electorales.

El análisis en profundidad de la normativa penal sustantiva originada en Budapest y que se consagra en normativa interna nacional en virtud de la Ley N°21.459 en todo caso se realizará en artículo de una próxima edición de esta revista institucional.

IV. NORMAS PROCESALES DE LA LEY N°21.459

Como ya hemos dicho, uno de los aspectos valiosos de la Ley N°21.459 en comparación a la Ley de Delitos Informáticos que reemplaza, es la de abordar adicionalmente la necesaria normativa procesal penal para facilitar o profundizar en su investigación y en la asistencia penal internacional, en cumplimiento de los mandatos asumidos por Chile al hacer suyo el Convenio de Budapest.

En lo central y más relevante la Ley N°21.459 hace aplicable a la investigación de delitos informáticos de mayor gravedad las siguientes técnicas especiales de investigación (TEI):

- interceptación de comunicaciones;
- captación de imágenes y sonidos en lugares cerrados;
- agentes encubiertos online.

En cuanto a la TEI de interceptación de comunicaciones, se incorpora en términos incluso más estrictos que en el Código Procesal Penal al menos en materia de nivel de fundamentación previa ante el juez de garantía, aunque más laxos al considerarlo para delitos que no tienen pena de crimen²⁹ y aunque se tenga solo el alias del intervenido en sus comunicaciones y no su identidad real.

En cuanto a la captación oculta de imágenes o sonidos, la Ley N°21.459 la reconoce en los mismos términos del Código Procesal Penal, pero no solo para ilícitos con pena de crimen sino también los simples delitos de los artículos 1 a 5 y 7 de la Ley de Delitos Informáticos.

El agente encubierto online, por último, la Ley N°21.459 lo regula expresa y circunstanciadamente en el inciso tercero del artículo 12. A diferencia del agente encubierto en materia de narcotráfico y lavado de dinero en este ámbito, requiere de autorización judicial previa.

29 En realidad, el ataque a integridad de sistema o datos, el acceso o interceptación ilícitas y el fraude informático todos tienen pena de simple delito. Solo la falsificación informática calificada, cometida por funcionario público, tiene pena de crimen.

Por otra parte, pero para cualquier investigación criminal que lo requiera y no solo para delitos informáticos, la Ley N°21.459 incorpora en el Código Procesal Penal un nuevo artículo 218 bis que regula la preservación provisoria de datos informáticos, en los siguientes términos: “el Ministerio Público con ocasión de una investigación penal podrá requerir, a cualquier proveedor de servicio, la conservación o protección de datos informáticos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático, que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la respectiva autorización judicial para su entrega. Los datos se conservarán durante un período de 90 días, prorrogable una sola vez, hasta que se autorice la entrega o se cumplan 180 días. La empresa requerida estará obligada a prestar su colaboración y guardar secreto del desarrollo de esta diligencia”.

En materia procesal penal y específicamente en materia de legitimación activa especial para querellarse, y por lo tanto ser interviniente pleno en la investigación y enjuiciamiento, se faculta para querellarse al Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Delegados Presidenciales, tanto regionales como provinciales, pero solo cuando alguno de los delitos de la Ley N°21.459 se refieran a conductas que “interrumpieren el normal funcionamiento de un servicio de utilidad pública”³⁰.

Por último, la Ley N°21.459 dispone en su artículo 14 que sea el Fiscal Nacional mediante instrucciones generales, quien fije estándares para la preservación, custodia y tratamiento de antecedentes de investigación “que se encuentren en formato electrónico y estén contenidos en documentos electrónicos o sistemas informáticos o que correspondan a datos informáticos”³¹.

V. NUEVA LEY DE DELITOS INFORMÁTICOS Y SISTEMA ANTILAVADO DE DINERO

Una de las reformas de la Ley N°21.459 solo aparentemente más simple o de menor connotación es la contenida en su artículo 19, que incorpora todos los delitos de la nueva Ley de Delitos Informáticos como delitos base de lavado de activos, incorporándolos en el catálogo de delitos precedentes del artículo 27 de la Ley N°19.913.

Esta ampliación de la órbita de punibilidad del lavado de dinero asociada a los diversos delitos contenidos en la Ley N°21.459 no solo tiene relevancia desde el reforzamiento de las sanciones penales al mismo delincuente de los delitos base como de los que sin participar en ellos, se involucran en el ocultamiento, disimulación de los activos que genera la cibercriminalidad³²; también en el funcionamiento mismo del sistema de prevención y detección del lavado de dinero en Chile, que desde el 20 de diciembre de 2022 tendrá vigente para las 8.266 empresas y organismos públicos la obligación de reportar a la Unidad de Análisis Financiero las operaciones sospechosas que detecte

³⁰ Artículo 11 de la ley.

³¹ A la fecha de publicación de este artículo dichas instrucciones generales aún no han sido dictadas.

³² Involucramiento que se puede dar aun en forma culposa y no solo dolosa, por mandato especial del artículo 27 de la Ley N°19.913, en lo que es una excepción en el régimen penal doloso chileno.

relacionadas con eventuales delitos relacionados con cibercriminalidad ocurridos al menos en parte en Chile o que ocurridos íntegramente en el extranjero tengan trazas de activos u operaciones en nuestro país y la obligación de informar periódicamente toda operación en efectivo sobre un equivalente a diez mil dólares estadounidenses.

Por otra parte, en la investigación de delitos informáticos, en la medida que además se pesquise lavado de dinero vinculado a ellos, permite la plena aplicación de toda la normativa procesal penal especial de las Leyes N°19.913 y 20.000.

VI. NUEVA LEY DE DELITOS INFORMÁTICOS Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

A partir del 20 de diciembre de 2022 entrará también en vigencia la incorporación de los delitos de la nueva Ley de Delitos Informáticos como susceptibles de imputación penal a las personas jurídicas y no solo a las personas naturales, teniendo plena aplicación el sistema de la Ley N°20.393.

Que las personas jurídicas participen en la comisión de alguno de los delitos de la Ley N°21.459 va a significar la posibilidad de sanciones penales aplicables a ellas, adicionales a las que correspondan a las personas naturales que actuaron por ellas, obviamente de acuerdo a las reglas procesales y penales especialmente adaptadas a la persona jurídica, contenidas en la Ley N°20.393.

Adicionalmente, la incorporación de los delitos informáticos en la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas impacta en el ámbito preventivo empresarial, pues se deberá poner especial atención a los riesgos de delitos de la Ley N°21.459 a que la empresa se expone en sus operaciones, de cuyo debido tratamiento deberán dar cuenta sus modelos preventivos.

VII. CONCLUSIONES

De la cronología detallada en este artículo podemos destacar la persistencia en el compromiso y la voluntad del Ministerio Público de Chile de colaborar en la incorporación y en la plena implementación del Convenio de Budapest, lo que se mantiene vigente para la efectiva implementación de la nueva Ley de Delitos Informáticos y para la aprobación del Segundo Protocolo de Budapest firmado por Chile y aún pendiente de remisión al Congreso para su aprobación.

La entrada en vigencia para nuestro país de Budapest desde agosto del año 2017 ha significado un fortalecimiento de la asistencia penal internacional en materia de cibercriminalidad y de facilitación en la obtención y entrega de evidencia digital, desde el activo rol de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones (UCIEX) de la Fiscalía Nacional, como Autoridad Central en asistencia judicial y punto de contacto 24/7 del Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa.

Por otra parte, que Chile se haya hecho parte plena del Convenio de Budapest ha significado un fuerte impulso a la necesidad de implementar con prontitud las reformas legales que en parte se han cumplido con la Ley N°21.459 y que aún seguirán pendientes en otros aspectos penales, procesales penales y de asistencia penal internacional en cibercriminalidad y evidencia digital que constituyen compromisos internacionales asumidos por Budapest.

Así, habrá que revisar vacíos de penalización en nuestra legislación de ciertas figuras de Budapest vinculadas a pornografía infantil y propiedad intelectual además de la efectividad y carácter disuasorio de las sanciones impuestas por la Ley N°21.459 en cumplimiento del mandato del artículo 13 del Convenio de Budapest; incorporar en normativa procesal penal interna reglas que permitan superar insuficiencias en materia de obtención de datos de abonados, de tráfico y de contenido, en materia de órdenes de presentación de cierta información que debe ser procesada, en materia de obtención en tiempo real de tráficos y contenidos; además de una serie de herramientas procesales mandatadas por Budapest que no contiene la legislación chilena y que son fundamentales para una adecuada y oportuna asistencia penal a ser prestada a los otros 66 Estados hoy parte de Budapest³³.

Además de los desafíos de nuevos ajustes normativos penales, procesales penales y de asistencia internacional que demanda la plena implementación de Budapest, Chile debe avanzar decididamente en que se materialice la vigencia para asistencia penal internacional del Segundo Protocolo de la Convención, para lo cual es imperioso que el Poder Ejecutivo remita a la brevedad dicho protocolo al Congreso para su aprobación y que una vez aprobado y entrando en vigencia, se puedan abordar por un nuevo proyecto de ley, ojalá del mismo Poder Ejecutivo, los cambios legales que dicho Segundo Protocolo demande.

Asimismo, en otro vacío relevante en asistencia penal internacional y en normativa interna, el Poder Ejecutivo debiera considerar firmar el Primer Protocolo de Budapest o Protocolo adicional “relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos”. Las lagunas de punibilidad en ese ámbito son evidentes en nuestra legislación.

Por último, en una visión más sistémica, sería relevante que junto a los avances en los pendientes en materia de cibercriminalidad se impulse un proyecto de ley que instale un marco sobre ciberseguridad e infraestructura crítica de la información, que cree una agencia nacional sobre ciberseguridad, un registro nacional de incidentes de ciberseguridad y equipos nacional y sectoriales sobre respuesta a incidente de ciberseguridad, ya sea en el diseño contenido en boletín 14847-06³⁴ presentado por Mensaje del Poder Ejecutivo firmado en los últimos días del gobierno anterior o en proyecto alternativo que impulse en su reemplazo el actual gobierno. Toda esta institucionalidad y mecanismos de tratamiento de incidentes que se cree debe abordar explícitamente su interacción con la investigación criminal y la colaboración entre ambos sistemas.

33 Estados partes del Convenio de Budapest según reporte online del Consejo de Europa: <https://www.coe.int/en/web/cybercrime/parties-observers> [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2022].

34 Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=14847-06.

**UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD
PENAL ADOLESCENTE
Y DELITOS VIOLENTOS**

PRESUNTAS DESGRACIAS PANORAMA ACTUAL, AVANCES Y DESAFÍOS

Luz María Fernández Saldías¹

Carlos Gutiérrez Muñoz²

“Uno cuando tiene un ser querido no deja nunca, pero nunca de buscarlo, y nunca de sufrir”³.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro sistema penal o procesal penal no existe hasta ahora alguna regulación o definición legal del concepto de presunta desgracia, sin embargo, a efectos prácticos de su denuncia e investigación, se encuentra incluido en el sistema de codificación de delitos que utiliza el Poder Judicial, bajo el Título de “hechos de relevancia criminal” como “Presunta Desgracia” y “Presunta Desgracia Infantil”. Así, el documento que contiene la codificación aludida define la presunta desgracia como la “Denuncia que se extiende cuando existen posibilidades de que una persona que se encuentra desaparecida pueda estar muerta o herida”, y la presunta desgracia infantil, como la “Denuncia de desaparición de una persona menor de edad del ámbito de protección de sus padres o de quienes tengan su tuición o cuidado personal, sin que éstos sepan donde se encuentra, con el objetivo de que la policía indague si ha sido víctima de algún delito y cuál es su paradero”⁴.

1 Abogada de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Sociólogo de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

3 Sergio Mardoff Silva, padre de joven desaparecido a biobiochile.cl. Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-del-bio-bio/2019/09/29/las-escenas-perdidas-de-sergio-mardoff-las-negligencias-y-dudas-en-su-desaparicion.shtml>.

4 Codificación Penal. Nomenclaturas Asociadas a la Codificación de Delitos. Sistema Judicial Penal Chileno. Enero 2022.

En los hechos, para los actores del sistema, el concepto de presunta desgracia se refiere a la situación en que una persona se encuentra desaparecida, es decir, se ignora su paradero, en circunstancias tales que hacen temer por su vida o integridad física.

Se trata entonces de situaciones en que no existen antecedentes sobre las causas y circunstancias de la desaparición de una persona, por lo cual tampoco es posible descartar que ella sea consecuencia de la comisión de un delito como secuestro o sustracción de menor, lesiones, homicidio, trata de personas u otros, tal como lamentablemente ha sucedido en algunos casos de connotación pública que inicialmente fueron denunciados como presuntas desgracias y que posteriormente mediante la investigación se logró establecer que realmente se trataba de un delito de homicidio en que se ocultó el cuerpo de la víctima⁵.

La desaparición de una persona puede tener origen en diversas causas, las que han sido descritas por las policías especializadas en la búsqueda y ubicación de personas extraviadas o desaparecidas y organizaciones dedicadas a la temática, quienes coinciden en identificar las grandes causas de desaparición de personas en las siguientes:

- Desaparición por causas naturales o médicas, en que la persona extraviada sufre de una enfermedad o de una condición médica que le ocasionen una pérdida de orientación, espacio y tiempo, como esquizofrenia, Alzheimer, discapacidad cognitiva, o bien puedan ocasionar una crisis;
- Desapariciones causadas por accidentes, en que la persona desaparece durante la práctica de actividades o deportes que suponen algún nivel de riesgo, tales como montañismo, parapente, pilotaje de aviones, etc.;
- Desaparición causada por suicidio, en que la persona desaparecida está afectada por una depresión con riesgo suicida, o bien ha manifestado deseos de no seguir viviendo, ha tenido previamente intentos suicidas, o esté pasando por duelos que no haya podido superar;
- Desapariciones por causa de evasión, en que persona desaparece voluntariamente como aquel que deja su domicilio, pudiendo tratarse de situaciones de fracaso y frustración escolar en adolescentes, conductas de rebeldía o transgresión de límites parentales, rupturas afectivas, problemas económicos o deudas, etc.
- Desaparición causada por participación de terceros, en que la persona ha sido víctima de un delito de secuestro, lesiones, homicidio, etc.

Más allá que la desaparición sea o no causada por la comisión de un delito, importa la posibilidad de que una persona se encuentre en riesgo vital u otra situación de peligro o vulneración de su integridad física, psíquica, sexual o libertad ambulatoria, ante lo cual surge para el Estado, la responsabilidad de intervenir en resguardo de esos bienes jurídicos amenazados. Resulta razonable que sean los órganos del Estado los encargados

⁵ Es el caso de A.C.LL., adolescente desaparecida el 23 de diciembre de 2019, en la ciudad de Villa Alemana, hecho que fue denunciado como una presunta desgracia por su madre, Denisse Llanos, acreditándose posteriormente su participación en calidad de autora, junto a su conviviente, Hugo Bustamante, en el homicidio calificado de la adolescente, cuyo cuerpo habían escondido en su propia casa.

de investigar hechos constitutivos de delitos, atendido además que tienen las facultades y competencias adecuadas para ubicar a las personas, investigar las circunstancias de la desaparición y, en caso de tratarse de la comisión de un delito, investigarlo y perseguirlo penalmente.

La función del Ministerio Público es dirigir la investigación de hechos que puedan revestir caracteres de delito, sostener la acción penal pública cuando así corresponda, y proteger a víctimas y testigos. De modo que cada vez que una persona desaparezca sin que existan antecedentes sobre la causa de dicha desaparición, no es posible descartar que haya sido víctima de un delito y por tanto, no cabe duda que el Ministerio Público es el órgano competente para dirigir dicha investigación que tiene por fin ubicar su paradero, dilucidar las circunstancias de la desaparición y la existencia o no de un delito. Sin embargo, existen casos en que no resulta tan clara la competencia e idoneidad del Ministerio Público para intervenir, planteándose legítimamente la duda sobre si son los órganos responsables de la investigación y persecución penal los llamados a intervenir en ellos. Ese sería el caso, por ejemplo, del derrumbe de una mina en que quedan atrapadas varias personas, en que la intervención requerida con suma urgencia es la coordinación de labores especializadas de rescate, más que la ubicación de las personas o la investigación de las circunstancias de la desaparición, sin perjuicio que con posterioridad se denuncie un posible delito culposo, en que el foco de la investigación estará en determinar la existencia de responsabilidad en los hechos, y no en el rescate de las personas afectadas; lo propio se puede plantear por ejemplo, respecto de casos de personas que se extravían en la montaña bajo condiciones climáticas adversas. El tema planteado merece al menos un análisis que permita determinar la necesidad o conveniencia de deslindar competencias, o bien de establecer procedimientos diferenciados para aquellos casos que requieren que se dirija una investigación criminal para ubicar a una persona que puede estar en peligro, determinar las circunstancias y causas de su desaparición, y eventualmente si se ha cometido o no un delito, de aquellos casos en que no existe interés investigativo criminal a priori, y lo que se requiere es organizar y movilizar recursos y equipos especializados de rescate para salvar la vida de personas o recuperar sus cuerpos, optimizando para cada caso la respuesta y los recursos idóneos.

Dicho lo anterior, es necesario señalar que la Fiscalía dirige la investigación y búsqueda de los casos de presuntas desgracias que son denunciadas, las que ascienden en promedio a 35.000 denuncias al año.

Las denuncias de presuntas desgracias dan cuenta de un amplio rango de situaciones bastante heterogéneas entre sí, dentro de las que se encuentran adultos que se alejan de su familia por algún problema; adolescentes que se escapan de la casa por un conflicto parental; niños, niñas o adolescentes que abandonan los centros o residencias en los que se encuentran por orden de Tribunales de Familia; personas que se extravían en la montaña haciendo senderismo; personas que se suicidan y su cuerpo no ha sido encontrado; hasta casos de personas que han sido víctimas de delitos, entre otros.

Por otra parte, en la gran mayoría de los casos denunciados como presuntas desgracias, aproximadamente el 95%, de acuerdo con reportes de Carabineros y la Policía de

Investigaciones, las personas aparecen o son ubicadas al cabo de pocos días, obedeciendo en su gran mayoría a evasiones voluntarias.

El escenario descrito respecto de la desaparición de personas presenta múltiples desafíos para el Estado y, particularmente para el Ministerio Público, policías, órganos auxiliares y Tribunales, en orden a articular respuestas eficientes y oportunas para los diversos casos, cuya naturaleza no se conoce de antemano, debiendo discriminar aquellos en que es necesario movilizar recursos y actuar con urgencia en resguardo de la vida e integridad de la persona desaparecida.

El fenómeno de la desaparición de personas en Chile por largo tiempo no fue objeto de especial atención por parte del Estado, situación que empieza a cambiar recién a partir del 2018, en que surgen casos de connotación pública como el de Sergio Mardoff Peirano, joven de 25 años que desapareció el año 2005 desde donde residía en San Pedro de la Paz, en la Región del Biobío, iniciándose una búsqueda que solo terminó 13 años después, cuando en 2018 una llamada anónima recibida por la familia les informaba que el cadáver del joven estaba en el Servicio Médico Legal de Concepción desde el año 2015, revelando de esta manera una falla del sistema que no logró relacionar el hallazgo del cuerpo con la denuncia por presunta desgracia, generando severas críticas de la opinión pública⁶.

Coincidentemente en esa fecha, organizaciones de familiares de personas desaparecidas iniciaron diversas acciones ante órganos del Estado vinculados al tema, con el fin de visibilizar los problemas que debían enfrentar en la dolorosa búsqueda de sus seres queridos, la que muchas veces se prolonga durante años sin que las investigaciones logren ubicar a la persona o sus restos, o dilucidar las circunstancias de la desaparición. De esta manera, la fundación Kurt Martinson, dedicada a apoyar la búsqueda de personas desaparecidas, publicó el año 2018 el documento denominado “Diagnóstico de las denuncias por Presunta Desgracia Chile”⁷ presentando además un “Anteproyecto de Ley Personas Desaparecidas”, en los que recaba información estadística sobre las denuncias de personas desaparecidas de diversas fuentes estatales, como también información cualitativa a través de encuestas a los familiares de personas desaparecidas respecto de su experiencia con los órganos encargados de la investigación y búsqueda de sus seres queridos, señalando las falencias del sistema y proponiendo un anteproyecto de ley para superarlas⁸.

En la misma línea, a petición de 62 diputados y diputadas, la Cámara de Diputados aprobó el 6 de junio de 2019 la creación de una Comisión Especial Investigadora de los actos del Gobierno en lo relativo a la generación y aplicación de protocolos, políticas o

6 Otro caso mediático de presunta desgracia es el caso de Kurt Martinson, guía turístico de 35 años desaparecido en San Pedro de Atacama en noviembre del año 2014, cuya búsqueda e investigación se mantuvo hasta 2019, año en que esta se cerró mediante decisión de no perseverar en el procedimiento sin haber logrado la ubicación de la persona desaparecida.

7 Fundación Kurt Martinson, “Diagnóstico de las denuncias por Presunta Desgracia Chile” [en línea], Agosto de 2018. Disponible en: <https://fundacionkurtmartinson.files.wordpress.com/2018/09/diagnostico-desapariciones-chile.pdf>.

8 Fundación Kurt Martinson, “Diagnóstico de las denuncias por Presunta Desgracia Chile” [en línea], Agosto de 2018. Disponible en: <https://fundacionkurtmartinson.files.wordpress.com/2019/08/antep.-ley-personas-desaparecidas.pdf>.

acciones de búsqueda de menores de edad extraviados o desaparecidos a partir del 2010, la que tuvo su origen en la preocupante información recabada de diversos organismos, que daba cuenta del aumento de casos de niños, niñas y adolescentes desaparecidos en Chile desde la fecha señalada, según se lee en el informe final de la Comisión, que sesionó desde junio de 2019 hasta la aprobación de dicho informe, el 29 de abril de 2021.

Por otra parte, el 17 de enero de 2019 se presenta el Proyecto de Ley sobre Extravío de Personas y la Realización de las Primeras Diligencias Orientadas a su Búsqueda, Boletín 12.392-25, originado en una moción de honorables diputados, que con posterioridad, el 5 de marzo de 2020, fue objeto de la formulación de una indicación sustitutiva por parte del Poder Ejecutivo, pasando al Senado bajo la denominación de Proyecto de Ley que Regula el Proceso Unificado de Búsqueda de Personas Desaparecidas y Crea el Sistema Interconectado para esos efectos, convirtiéndose bajo esa denominación en la Ley N° 21.500, publicada en el Diario Oficial el 27 de octubre de 2022⁹. Las iniciativas señaladas revelan una creciente preocupación sobre el fenómeno de las personas desaparecidas en Chile y la conciencia de una respuesta insuficiente por parte del Estado que se torna necesario subsanar.

2. ESTADÍSTICAS DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE DENUNCIAS DE PRESUNTAS DESGRACIAS

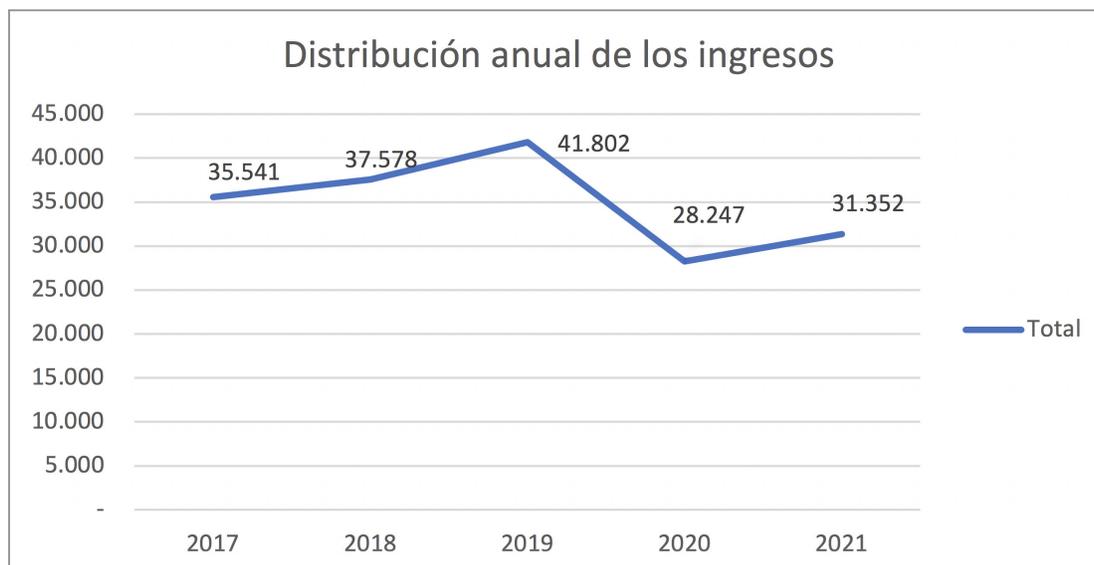
Resulta relevante para el Ministerio Público y los distintos actores responsables de la ubicación de personas desaparecidas y de la prevención del fenómeno, conocer su magnitud y características con el fin de proponer medidas que resulten adecuadas, aumentando con ello las posibilidades de incrementar la eficiencia del sistema en el logro de sus cometidos.

A continuación, presentamos datos que ilustran algunos de los aspectos de interés antes referidos, sobre el número de denuncias que recibe el Ministerio Público por presuntas desgracias, así como su evolución y distribución territorial, la caracterización de las personas desaparecidas, la cantidad de denuncias reiteradas, y los tipos de término que se observan en estas investigaciones, extraídos del Sistema de Apoyo a Fiscales SAF en el periodo 2017 al primer semestre del 2022.

2.1. Número denuncias por presuntas desgracias ingresadas

Un primer punto de interés sin duda es conocer la magnitud del fenómeno, al que es posible aproximarse desde los datos que registra el Ministerio Público, indagando la cantidad de denuncias recibidas correspondientes a presunta desgracia y presunta desgracia infantil. A ese efecto se tomaron las denuncias registradas en el periodo de cinco años, comprendido desde el año 2017 al año 2021, que se muestran agregados anualmente en el gráfico siguiente:

⁹ De acuerdo a su artículo primero transitorio, la Ley N° 21.500 entrará a regir desde la publicación en el Diario Oficial del reglamento a que hace referencia su artículo 14, el cual deberá dictarse dentro del plazo de seis meses desde la publicación de la referida ley en el Diario Oficial.

Gráfico N°1. Distribución anual de ingresos por presuntas desgracias 2017-2021

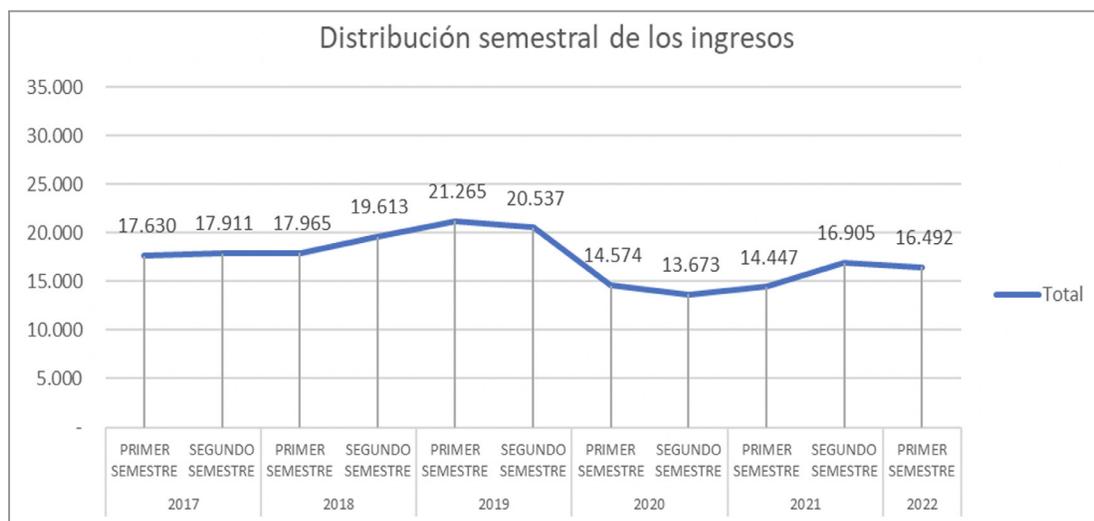
En primer término, cabe señalar que estas cifras informan el número de denuncias ingresadas, y no el de personas desaparecidas, lo que resulta relevante porque no es infrecuente que se realicen varias denuncias por la desaparición de una misma persona, o bien que se ingrese como una nueva denuncia por presunta desgracia el parte de hallazgo que remite Carabineros de Chile al Ministerio Público cuando se ubica una persona cuya desaparición ha sido previamente denunciada.

El gráfico muestra un total de 174.520 denuncias recibidas desde el año 2017 hasta el año 2021.

Se observa que el año 2017 se recibieron un total de 35.541 denuncias, que aumentaron a 37.578 en el 2018, y a 41.802 el 2019, registrando luego un marcado descenso a 28.247 ingresos el año 2020, que aumenta a 31.352 denuncias el año 2021, lo que se explicaría por las circunstancias de restricción impuestas por la pandemia originada por COVID 19.

De las cifras descritas se puede decir que, en el periodo de cinco años, se registra un promedio anual de 34.904 denuncias ingresadas al Ministerio Público por presuntas desgracias.

Gráfico N°2. Distribución semestral de ingresos por presuntas desgracias 2017-2022

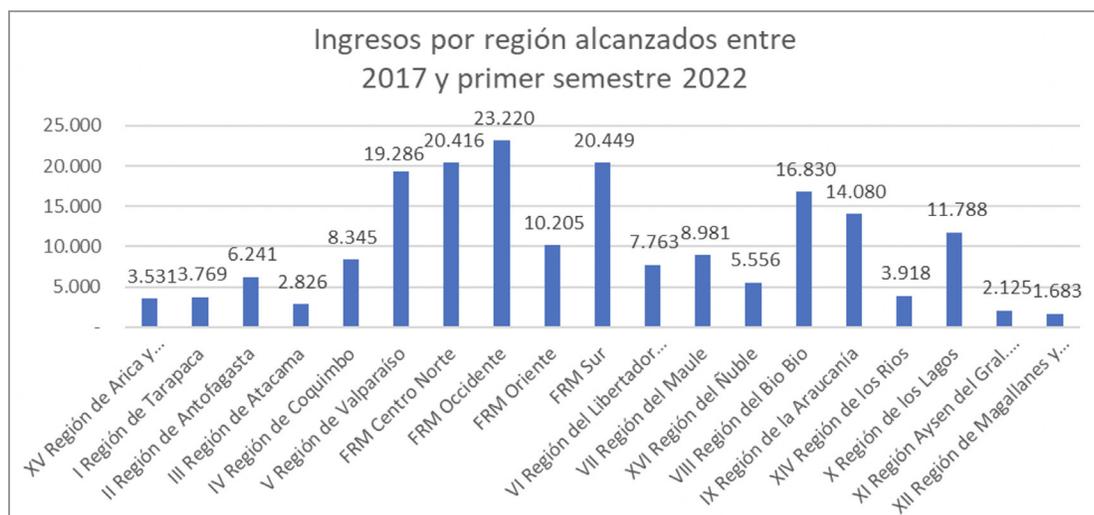


Este gráfico muestra el número de denuncias por presuntas desgracias ingresadas durante el periodo 2017 al primer semestre del año 2022, desagregadas de forma semestral, permitiendo apreciar su evolución, considerando el primer semestre del año 2022, en que las denuncias se mantienen en un nivel significativamente más bajo que el de prepandemia, de 16.492, versus 20.537 el segundo semestre de 2019.

2.2. Distribución de ingresos por Fiscalía Regional

Otro punto de interés es conocer la distribución territorial de las denuncias con el fin de indagar aquellas fiscalías en que existe mayor cantidad de denuncias. A continuación, se presenta la distribución territorial de los ingresos acumulados para el periodo que va desde el año 2017 al primer semestre del 2022:

Gráfico N°3. Distribución de ingresos por Fiscalía Regional

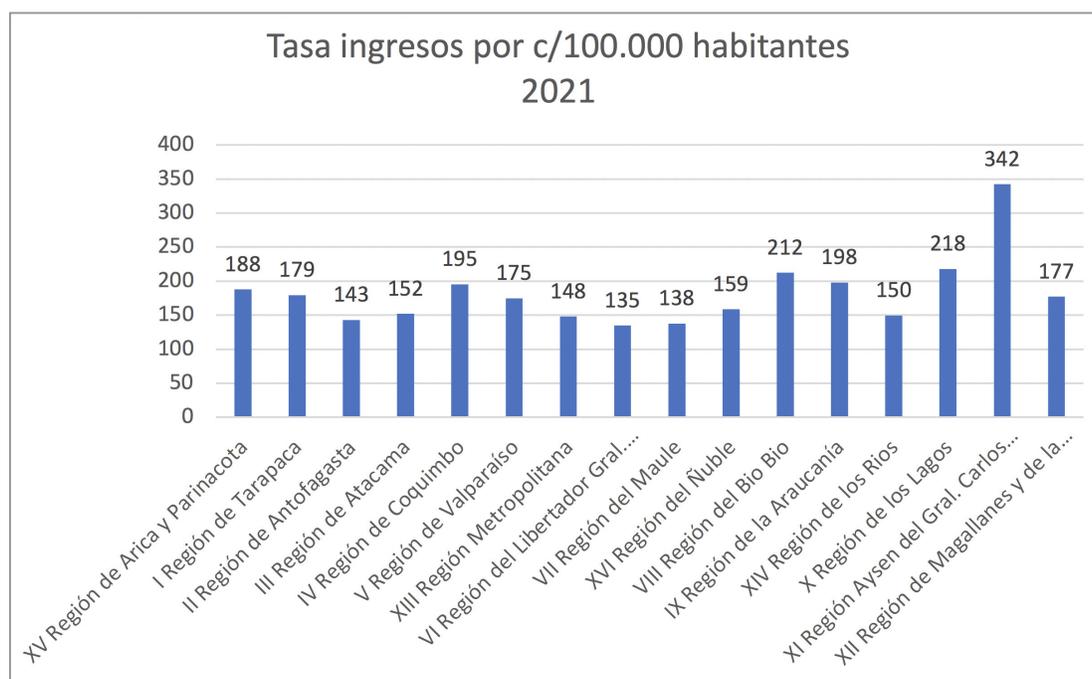


El gráfico muestra que las Fiscalías Regionales que concentran los mayores números de ingresos en el periodo acumulado desde el 2017 al primer semestre de 2022, son las Fiscalías Regionales Metropolitanas Occidente con 23.220 denuncias, Sur con 20.449 y Centro Norte con 20.416 denuncias. Las siguen la Fiscalía Regional de Valparaíso, que registra 19.286 denuncias, la del Biobío con 16.830 y la de Los Lagos con 11.788.

2.3. Tasa de ingresos según cantidad de habitantes por Región

Con el fin de conocer si la cantidad de denuncias ingresadas por región está determinada por la cantidad de habitantes de cada una, o existen otros factores que pueden incidir en la cantidad de denuncias recibidas, se elaboró la tasa de ingresos por región por cada 100.000 habitantes utilizando la población actualizada del año 2020 según datos del INE en contraste con los ingresos del año 2021. Los resultados se muestran a continuación:

Gráfico N°4. Tasa de ingresos en relación a la población por región



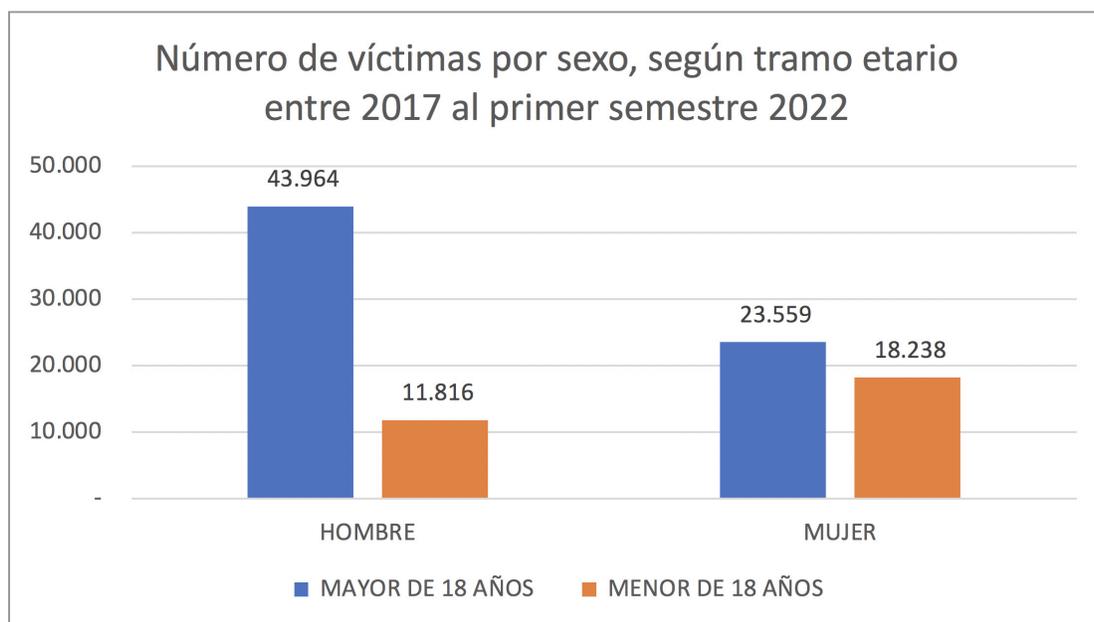
Se observa que la región de Aysén es la que tiene la más alta tasa de ingresos por 100.000 habitantes, llegando a 342, seguida por la región de Los Lagos con 218, la región del Biobío con 212, la Araucanía y Coquimbo con 198 y con 195 respectivamente, lo que permite concluir que el Sur del país concentra las más altas tasas de ingresos el año 2021.

2.4. Número de víctimas por rango etario y sexo de la persona desaparecida

Saber cuántas y quiénes son las personas desaparecidas, su sexo y edad, puede ayudar a comprender las causas del fenómeno, y a desarrollar estrategias y medidas focalizadas. Es necesario destacar que el gráfico que sigue muestra el número de personas cuya desaparición se ha denunciado, independientemente del número de denuncias por presunta desgracia que se hayan realizado a su respecto, para lo cual se levantaron los RUT únicos de las personas que tenían la calidad de víctimas en la totalidad de denuncias registradas en el periodo, desagregándola por sexo y rango etario.

Dado que se toma la cantidad de personas únicas por número de cédula de identidad y no la cantidad de denuncias, los números bajan considerablemente. De esta manera, si consideramos el total de denuncias registradas desde el año 2017 hasta el primer semestre del 2022, tenemos un total de 191.012 denuncias, mientras que al considerar la cantidad de personas únicas que han sido denunciadas como desaparecidas en el mismo periodo, la cifra baja a un total de 97.577 personas¹⁰. Es decir, la cantidad de víctimas de las presuntas desgracias equivale al 51% del total de denuncias registradas para el mismo periodo. Lo anterior da cuenta de dos circunstancias que explican esta significativa diferencia: por una parte, existe una importante cantidad de denuncias duplicadas por el mismo hecho; y, por otra parte, también se presenta una cantidad significativa de personas que mantienen más de una denuncia en distintos momentos, es decir, han sido denunciadas como desaparecidas en más de una oportunidad.

Gráfico N°5. Número de víctimas por sexo y rango etario 2017-2022



¹⁰ No se han considerado la cantidad de 878 denuncias ingresadas en el periodo que no registran el dato de Rut, sexo o edad.

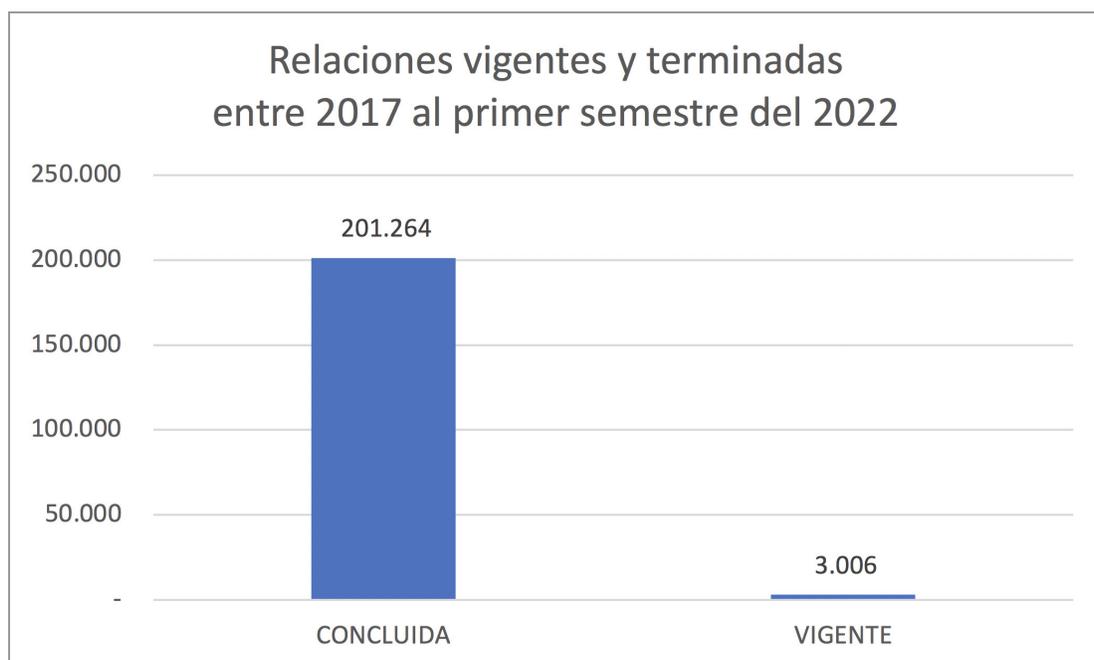
El gráfico muestra que la mayoría de los desaparecidos corresponden a hombres mayores de 18 años (43.964), equivalente al 45%, seguidos de víctimas mujeres del mismo rango etario (23.559), que representa el 24.1%. Ello da cuenta que claramente las víctimas adultas son la mayoría. Por su parte, las mujeres menores de 18 años (18.238), representan el 18.6% y los hombres menores de 18 años (11.816), el 12.1% del total de desaparecidos.

Destaca el hecho que dentro del rango etario de los menores de 18 años, las víctimas son mayoritariamente mujeres (18.238 vs 11.816); mientras que dentro de los adultos, las víctimas son mayoritariamente hombres (43.964 vs. 23.559).

2.5. Causas vigentes y terminadas¹¹

A continuación se muestran las relaciones que fueron concluidas y aquellas que permanecen vigentes durante el periodo del 2017 al primer semestre del 2022.

Gráfico N°6. Relaciones vigentes y terminadas en el periodo 2017-2022



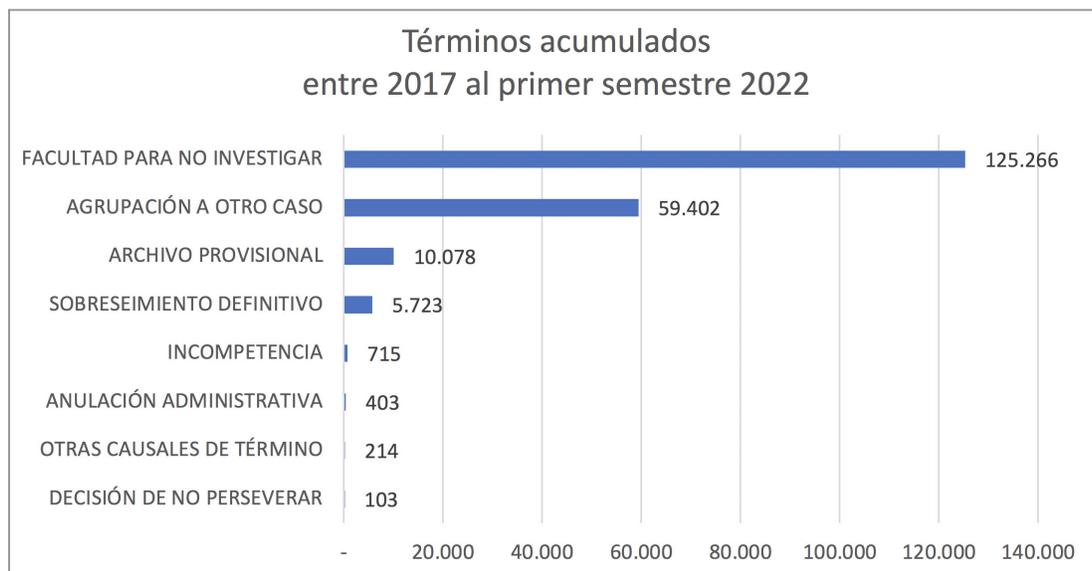
Del total de relaciones existentes por presuntas desgracias ingresadas en el periodo que va desde el año 2017 al primer semestre del año 2022 que ascienden a 204.270, se encuentran terminadas 201.264, correspondientes al 98,5% y se mantienen vigentes 3.006 que representan el 1,5%.

¹¹ Es necesario precisar que el análisis sobre las causas vigentes y las terminadas, se hace en realidad respecto de las relaciones existentes en una causa o RUC, ya que es posible que en una investigación se aborden uno o varios delitos, cada uno de los cuales a su vez está asociado a uno o varios imputados y víctimas generando diversas relaciones delito-imputado-víctima, cada una de las cuales puede estar vigente o terminada y estas tener distintos tipos de término.

2.6. Tipos de término de las investigaciones de presuntas desgracias

En relación con este tipo de investigaciones, resulta ilustrativo conocer la forma en que estas terminan. Para el periodo analizado existen 201.904 relaciones de presuntas desgracias terminadas. A continuación, se muestran los tipos de términos:

Gráfico N°7. Tipos de términos de investigaciones de presuntas desgracias



Del total de términos, el 62% (125.266) corresponde a facultad de no inicio de la investigación; seguida del 29,3% (59.402) de términos por agrupación a otra causa.

El término facultad de no inicio de la investigación se aplica a los casos de presuntas desgracias en los que la persona desaparecida fue hallada sin indicios de la comisión de un delito, razón por la cual no se inicia o no se continua la investigación. El tipo de término agrupación a otras causas se puede explicar en un porcentaje importante en la recepción de “partes de hallazgo de persona” remitidos por Carabineros, que por no existir código para su registro en el sistema informático son ingresados como presuntas desgracias, que luego se agrupan a la denuncia original que concluye por facultad de no inicio, proceso administrativo que distorsiona la estadística sobre el número ingresos de denuncias por presuntas desgracias. Lo anterior, también puede explicarse en situaciones en que se encuentra el cuerpo sin vida o se investiga un delito relacionado, ya que en esos casos también se producen agrupaciones de investigaciones.

Por su parte, un 5% de los términos (10.078) corresponde a archivo provisional, mientras que el 2,8% (5.723) obedece a sobreseimiento definitivo por no ser los hechos constitutivos de delito. Así también, el 0,3% (715) terminaron por incompetencia, el 0,1% (214) por otras causales de término, mientras que apenas el 0,05% (103) corresponden a decisión de no perseverar en el procedimiento. Este último término se aplica principalmente en las investigaciones por presunta desgracia en las cuales no existen más antecedentes que permitan seguir investigando, habiéndose judicializado previamente la causa al solicitar

autorización judicial para la realización de diligencias intrusivas, como solicitud de tráfico de llamadas y georreferenciación del teléfono celular o solicitud de movimientos bancarios de la persona desaparecida.

Analizado aleatoriamente un grupo de causas que terminaron por incompetencia, se aprecia que se trata principalmente de casos ocurridos antes de la vigencia del nuevo sistema procesal penal, de denuncias efectuadas por directores o encargados de centros y residencias pertenecientes a la red de Mejor Niñez (ex SENAME), respecto de niños, niñas y adolescentes que hicieron salidas no autorizadas de los centros donde se encontraban por orden de un Tribunal de Familia, y de los partes de hallazgo de personas correspondientes a estos casos¹².

En base a las cifras expuestas, se observa que un 94% de los términos de presuntas desgracias, considerando en conjunto la facultad de no inicio, la agrupación a otra causa y el sobreseimiento definitivo, darían cuenta de denuncias que terminan porque la persona desaparecida fue encontrada. Mientras que el 5,05% de los términos, correspondientes a la suma de archivos provisionales y decisión de no perseverar, se explicaría porque si bien se agotó la investigación, hasta ese momento la persona desaparecida no pudo ser encontrada viva, como tampoco su cuerpo, quedando a la espera de que existan nuevos antecedentes que permitan continuar la investigación. Es importante recordar que estas cifras no se refieren al número de víctimas, sino de relaciones terminadas.

2.7. Distribución del número de denuncias ingresadas por víctima RUT único

Atendido el dato que el número de denuncias es muy superior al número de personas únicas desaparecidas contadas por número de cédula de identidad, resulta relevante conocer cómo se distribuye la cantidad de denuncias ingresadas por cada víctima consideradas por Rut único. A continuación, muestra los resultados:

Gráfico N°8. Número de denuncias ingresadas por víctima



¹² Un número significativo de los casos de incompetencia revisados correspondientes a salidas no autorizadas de niños, niñas o adolescentes de centros y residencias en los que se encontraban por orden de Tribunal de Familia pertenecían a una Fiscalía Regional.

La gran mayoría de los desaparecidos, esto es, 46.848 registran una sola denuncia por presunta desgracia, seguida por 37.003 que registran dos denuncias; 4.333, registran tres denuncias; 2.628 registran cuatro; 938, cinco; y 397, seis denuncias. Llama la atención que un número no menor, 756 víctimas registran de 11 a 20 denuncias, 252 de 21 a 30 denuncias, y 160 registran más de 50 denuncias en el periodo.

3. DIAGNÓSTICO DE DIFICULTADES EN LA INVESTIGACIÓN DE PRESUNTAS DESGRACIAS

En el contexto de preocupación frente al fenómeno de personas desaparecidas, el 2018 el Ministerio Público tomó la iniciativa de analizar los procesos de trabajo en materia de presuntas desgracias. De esta manera, con el objeto de realizar un diagnóstico de las dificultades específicas que enfrentan las Presuntas Desgracias, lograr una pronta respuesta e investigación eficaz en estos casos, así como la formulación de propuestas de mejora, el Fiscal Nacional convocó a las diversas instituciones con responsabilidades en la materia, esto es, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Servicio Médico Legal, Policía de Investigaciones, y Carabineros de Chile, constituyéndose una Mesa de Trabajo Interinstitucional, a la que fueron invitadas y escuchadas las Asociaciones de Familiares de Personas Desaparecidas.

En síntesis, el trabajo de la Mesa concluyó que las principales dificultades que enfrentaban eran las siguientes:

a) Ausencia de un sistema centralizado e interconectado con información actualizada sobre las denuncias de personas extraviadas y acceso rápido a la información de diversos órganos del Estado que pudiera ser relevante para la ubicación del paradero de la persona.

En efecto, existe una desconexión y dispersión de la información de los casos sobre presuntas desgracias entre las diversas instituciones encargadas de la búsqueda e investigación, principalmente Carabineros, Policía de Investigaciones y Ministerio Público, cada una de las cuales mantiene bases de datos separadas que sirven de apoyo a su propia función, registrando información diferente, a la que no tiene acceso el resto, lo cual dificulta el adecuado seguimiento de los casos y el conocimiento del fenómeno.

De la misma manera, no existe una conexión o posibilidad de acceso entre las bases de datos sobre personas desaparecidas con aquellas que registra el Servicio Médico Legal respecto de cuerpos o restos humanos que logran identificarse, o de aquellos que no es posible identificar mediante pericias regulares, retrasando o dificultando que dichos cuerpos sean relacionados con la causa por presunta desgracia. Tampoco existe conexión o acceso de los órganos responsables de la investigación con las bases de datos de otros servicios tales como Hospitales, Gendarmería, Registro Civil, u otros que mantengan información relevante para reconstruir el trayecto de la persona y determinar su paradero, cuyo rápido acceso agilizaría la investigación al permitir confirmar o descartar en breve tiempo y a nivel nacional si la persona que se busca tuvo un contacto con dichos servicios, especialmente con posterioridad a su desaparición.

La dispersión y desconexión de la información redundante en datos estadísticos deficientes sobre el fenómeno que impiden su real conocimiento, y por tanto, su adecuado abordaje. Ilustra la situación descrita el hecho que los datos estadísticos de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y del Ministerio Público sobre denuncias por personas desaparecidas, difieren entre sí, de manera que no resulta posible determinar con certeza cuántas personas fueron ubicadas y cuántas realmente permanecen desaparecidas. Lo anterior dificulta o impide determinar la real magnitud y causas de fenómeno, como también la evaluación y mejora de la eficacia de la acción investigativa.

Por lo dicho, existe un amplio consenso sobre la urgente necesidad de crear una base de datos unificada sobre personas desaparecidas a la que tengan acceso las instituciones que intervienen en la búsqueda e investigación, a la vez que tenga conexión y pueda nutrirse con la información de otros servicios, aportando a la eficacia, oportunidad de la investigación y a la localización de la persona desaparecida.

b) Ausencia de procedimientos estandarizados y coordinados entre las diversas instituciones involucradas, especialmente Ministerio Público y Policías, que permitan discriminar los casos de desaparición que pueden implicar un riesgo grave para la vida de la persona desaparecida e iniciar su pronta investigación y la correspondiente movilización de los recursos adecuados para la búsqueda, según las características del caso. Al respecto, al momento del diagnóstico, no se hacía una proyección de riesgo, dándose a todos los casos un tratamiento homogéneo que no siempre es adecuado a la real urgencia y a sus circunstancias.

Este aspecto resulta particularmente grave ya que, como se ha dicho, si bien un altísimo porcentaje de las denuncias concluye con el hallazgo de la persona dentro de las primeras horas o días de investigación, en el porcentaje restante en que puede estar en riesgo la vida o la integridad de la persona, resulta indispensable ser capaz de recoger información útil para conocer y evaluar de forma temprana las circunstancias de riesgo presentes en el caso, de tal forma que en los casos de alto riesgo se puedan movilizar inmediatamente los recursos idóneos para la búsqueda.

c) Ausencia de procedimientos estandarizados y coordinados entre las diversas instituciones que permitan recoger la información relevante que oriente desde los inicios la investigación. De acuerdo a los Protocolos de Carabineros y de la Policía de Investigaciones, recibida la denuncia se inician las primeras acciones para la ubicación de la persona, consistentes en: entrevistar al denunciante y familiares de la presunta víctima; consultar fuentes de información como GEPOL, CENCO, agenda diaria de detenidos, base de datos de la Jefatura de Extranjería y Policía Internacional; realizar encargo en el Servicio Médico Legal; llamar a centros hospitalarios, albergues y a Centros Penitenciarios de la zona; realizar inspección ocular al domicilio y patrullajes en las cercanías del último lugar en que fue vista la persona, entre otros. No obstante, desde que se hace la denuncia y hasta que se recepciona en la fiscalía, y se decreta una orden de investigar o diligencias particulares, pueden transcurrir varios días, perdiéndose tiempo valioso y, muchas veces, la posibilidad de levantar evidencia y pesquisar pruebas que pudieran orientar tempranamente la investigación, en circunstancias que las primeras horas resultan cruciales en la búsqueda.

Adicionalmente, muchas veces las denuncias de presuntas desgracias no contienen toda la información necesaria para orientar las diligencias, iniciándose esta recolección de información recién con el diligenciamiento de la orden de investigar, perdiendo nuevamente tiempo que es vital. Así, por ejemplo, en un gran número de casos no se recoge información sobre el último lugar en que fue vista la persona, o a donde se dirigía; si portaba celular, notebooks, tablet; si se traslada en vehículo y en su caso, la marca, modelo y patente; o si se transporta en locomoción pública, los datos de tarjetas de transporte; información de tarjetas comerciales y cuentas corrientes, entre otros; todos datos que orientan las diligencias y ayudan a priorizarlas, facilitando y agilizando la investigación.

d) Duplicidad de diligencias para la búsqueda de un mismo niño, niña o adolescente. Otra dificultad diagnosticada en la Mesa de Trabajo es la relativa a la duplicidad de diligencias investigativas que se produce para la ubicación del paradero de niños, niñas y adolescentes que abandonan los centros o residencias donde se encuentran institucionalizados por orden de Juzgados de Familia como medida de protección ante situaciones de vulneración de derechos. En esas situaciones, ante un desaparecimiento los encargados de las residencias dan cuenta a los Juzgados de Familia y al mismo tiempo denuncian el hecho como presunta desgracia, gestionándose una orden de búsqueda decretada por el Tribunal de Familia y una orden de investigar instruida por la fiscalía con similar objeto, por lo que habitualmente la búsqueda se desarrolla simultáneamente por dos equipos o instituciones diferentes, produciéndose una notable ineficiencia en la utilización de los escasos recursos especializados de que disponen las policías a estos efectos. Lo propio se puede decir de la prolongación de la investigación y de las diligencias de búsqueda por alguno o ambos de esos equipos, cuando no se informa que la persona apareció o fue ubicada, situación de frecuente ocurrencia según reportan tanto ambas policías, como fiscales y funcionarios del Ministerio Público. Las dos situaciones descritas ocurren precisamente a causa de la falta de protocolos de trabajo entre los órganos encargados de investigar, con el Servicio de Mejor Niñez y Tribunales de Familia.

e) Falta de procedimientos internos en el Ministerio Público que aseguren un estándar homogéneo de tramitación e investigación para estos casos, respecto de su priorización y forma adecuada de ingreso y codificación, asignación a fiscales y también de las diligencias investigativas que resultan idóneas y/o necesarias según los casos.

Al momento del diagnóstico efectuado en la Mesa de Trabajo, no existían en el Ministerio Público protocolos o instrucciones específicas sobre la tramitación e investigación de las presuntas desgracias, las que quedaban entregadas a procedimientos o a la práctica de cada fiscalía local, produciéndose de esta manera un tratamiento diferenciado y una heterogeneidad en la calidad y oportunidad de la intervención institucional, que muchas veces es percibido como falta de igualdad ante la ley por parte de los familiares y denunciantes.

f) Falta de procedimientos que aseguren un estándar de información y vinculación permanente con familiares de las personas extraviadas o desaparecidas de parte de las instituciones que tienen contacto con ellas en las distintas etapas del proceso, como asimismo de estándares de atención especializada en su calidad de víctimas indirectas que se encuentran en una situación de grave afectación emocional.

Es de destacar que la necesidad de mantener un canal de comunicación con la familia es especialmente relevante como parte de la atención que merecen en su calidad de víctimas indirectas, y a la alta afectación emocional que produce la incertidumbre sobre la suerte de un ser querido, que naturalmente se ve agravada si no tiene acceso a información sobre el curso de la investigación, pero también lo es desde el punto de vista de la eficacia de la investigación, ya que son los familiares quienes están permanentemente aportando antecedentes a la investigación, de manera que resulta relevante asegurar los canales de comunicación y estándares para mantener este flujo de información.

g) Falta de canales de comunicación y mecanismos permanentes de coordinación entre las instituciones encargadas de la búsqueda e investigación de personas desaparecidas para abordar oportunamente las dificultades que se presenten.

No solo faltan procedimientos coherentes y coordinados entre las diversas instituciones, sino también canales de comunicación y mecanismos de coordinación institucionales y permanentes que permitan hacer seguimiento de los procedimientos y supervisar su eficacia, impulsando su mejora continua, y también facilitar la necesaria coordinación institucional respecto de las investigaciones, solucionando dificultades operativas que puedan presentarse.

f) Por último, se constata la carencia de recursos humanos especializados para la búsqueda e investigación de los casos de extravío de mayor complejidad, ya que las unidades especializadas en ambas policías son reducidas en comparación a la cobertura demandada.

Ambas policías tienen unidades especializadas en la ubicación de personas, encargadas de cumplir las órdenes de investigar e instrucciones particulares decretadas por el Ministerio Público y Tribunales competentes del país. En este sentido, Carabineros cuenta con la Sección de Encargo de Personas, SEP, dependiente de la Sección de Encargo y Búsqueda de Vehículos y Personas; mientras que la Policía de Investigaciones con la Brigada de Ubicación de Personas, BRIUP dependiente de la Jefatura Nacional de Delitos Contra las Personas, la que tiene presencia solo en la Región Metropolitana, sin perjuicio que puede trasladarse para actuar en todo el país. En cuanto a los recursos, ambas unidades reportan falta de recursos para cubrir las diligencias de búsqueda e investigación que les son encomendadas por los órganos competentes.

4. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN EN MATERIA DE PRESUNTAS DESGRACIAS

La naturaleza de las dificultades diagnosticadas corroboraron para los integrantes de la Mesa de Trabajo la necesidad de elaborar un Protocolo de Actuación como medio idóneo para subsanar la falta de mecanismos de coordinación, y establecer regulaciones internas y procesos de trabajos coordinados entre las instituciones con responsabilidades en la materia, iniciativa cuya concreción dependía exclusivamente de la voluntad de trabajar en conjunto, revisar los procedimientos y protocolos vigentes y proponiendo nuevos procesos unificados y coordinados.

En razón de lo anterior, bajo la coordinación de la Unidad Especializada en Delitos Violentos de la Fiscalía Nacional, y con la participación de la División de Atención a las Víctimas y Testigos, se elaboró el “Protocolo de Actuación en materia de Presuntas Desgracias”, cuyo texto fue aprobado por Carabineros de Chile, por la Policía de Investigaciones y por el Ministerio Público, iniciando su difusión y vigencia el año 2021.

El Protocolo tiene como objetivos principales los siguientes: a) establecer procedimientos de trabajo coordinado entre el Ministerio Público, las policías, y el Servicio Médico Legal, para la pronta y eficaz búsqueda y localización de la persona desaparecida, así como la investigación de las circunstancias de la desaparición; b) establecer un estándar de investigación orientando sobre las diligencias investigativas idóneas a diferentes situaciones; c) establecer procesos de trabajo para la atención especializada y entrega de información oportuna a los familiares de la persona desaparecida; y d) generar y consolidar canales formales y mecanismos expeditos de coordinación entre las instituciones vinculadas a estas investigaciones.

El Protocolo parte afirmando como marco de referencia los estándares de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, señalando los principios que deben guiar la actuación de fiscales, policías, peritos y de todo funcionario que intervenga en la búsqueda e investigación de estas causas. Estos principios son la debida diligencia; el interés superior de la niñez y adolescencia; el principio de no discriminación por razones de sexo, identidad o expresión de género, orientación sexual, raza, nacionalidad, edad, origen o posición social o económica, entre otras; el enfoque de género; y el enfoque diferencial y especializado, esto es, aquel mediante el cual se considera la situación particular de grupos en condiciones de mayor vulnerabilidad, otorgándoles la atención especializada que responda a esas particularidades.

En cuanto a los principales procesos regulados por el Protocolo, destaca el de recepción de la denuncia, ya sea directamente en la Fiscalía, Carabineros o Policía de Investigaciones, sin esperar el conocido plazo de 24 horas desde el desaparecimiento. Además, en este proceso de denuncia se establece la recolección temprana de la mayor cantidad de información relevante sobre la persona desaparecida y sobre las circunstancias que rodearon la desaparición, de forma que ella pueda orientar muy inicialmente y de manera acertada la búsqueda e investigación.

Con el objeto de asegurar la recolección exhaustiva de información al momento de la denuncia, la Mesa de Trabajo elaboró un formulario único de denuncia en que se indagan todos los datos que resultan relevantes para la identificación de la persona, tales como nombre, edad, sexo, orientación sexual, estado civil, hijos, grupo familiar domicilio, profesión, situación laboral, lugar de estudio o trabajo, rasgos y características físicas, existencia de tatuajes, piercings, cicatrices, si presenta alguna discapacidad o sufre alguna condición o enfermedad, datos sobre uso de redes sociales, correo electrónico, cuentas corrientes y tarjetas bancarias, su red de amigos y personas con las que tenía mayor contacto, sus actividades, horarios y rutinas, entre otros. El formulario también indaga detalladamente sobre las circunstancias de la desaparición, tales como, el último lugar en que fue vista, hacia donde se dirigía, los lugares y las personas con las que estuvo; si portaba celular, su marca y número y compañía; si llevaba consigo

notebooks, tablet u otros aparatos electrónicos; si se trasladaba en vehículo y en su caso, la marca, modelo y patente, o si se transportaba en locomoción pública, datos de tarjetas de transporte, si se llevó ropa, pertenencias, pasaportes; si se ha contactado por algún medio con posterioridad, etc.

Igualmente relevante es la recolección de información sobre la existencia de factores de riesgo alto a través del cuestionario de preguntas que forma parte del formulario de denuncia y que tiene por objeto que el funcionario o funcionaria identifique, en ese momento, la presencia de escenarios de alto riesgo para la vida o integridad de la persona que ha desaparecido, de manera que en esos casos contacte rápidamente al fiscal de turno, para que este movilice los recursos necesarios, imparta las instrucciones a brigadas especializadas y decrete las primeras diligencias.

Especialmente en cuanto al riesgo, el formulario indaga sobre la presencia de condiciones de mayor vulnerabilidad de las personas desaparecidas, tales como ser niño, niña o adolescente, adultos mayores, personas con discapacidades o enfermedades físicas o mentales, personas cuyas circunstancias hagan suponer riesgo de suicidio, personas que tienen antecedentes de ser víctimas de violencia intrafamiliar o de género, personas que han sufrido amenazas contra su vida o integridad física o psíquica por cualquier motivo, personas que pertenecen a minorías sexuales, entre otros factores.

El formulario único de denuncia, que recoge tanto la información sobre la persona desaparecida como la de las circunstancias de la desaparición y de riesgo, fue producto del trabajo conjunto de los integrantes de la Mesa. En el caso del cuestionario sobre escenarios de riesgo, se trabajó partiendo de la base del exhaustivo trabajo de búsqueda y estudio de la literatura y experiencias internacionales sobre escenarios de riesgo, lo cual fue realizado por la División de Víctimas y Testigos. Además, como parte del proceso de diseño, el formulario fue revisado y se recibieron observaciones de un grupo de funcionarios con experiencia en la toma de este tipo de denuncias, tanto de Carabineros, Policía de Investigaciones y del Ministerio, Público, las que fueron recogidas en tres grupos focales realizados con funcionarios de cada institución. Actualmente, este formulario se encuentra en su última etapa correspondiente a un periodo de aplicación piloto en Comisarías y Brigadas de la Región Metropolitana que permitan constatar empíricamente su funcionamiento y hacer los ajustes que aseguren el cumplimiento de sus objetivos.

El Protocolo también establece, al interior del Ministerio Público, procesos y estándares de gestión administrativa de estas denuncias, regulando la priorización de su ingreso y asignación, su correcta codificación, y los casos en que es necesario agruparlas para mantener la unidad del caso, entre otros aspectos. Asimismo, y a falta de una base de datos unificada se disponen medidas para que se ordene a ambas policías el encargo de la búsqueda de la persona, independientemente de a cuál de ellas se haya encargado la orden de investigar, como también medidas para que ambas policías tomen conocimiento del hecho de haber aparecido la persona buscada, con el fin de dar de baja el encargo en ambos sistemas.

Por su parte, y con el fin de procurar una mayor eficiencia en la investigación de estas causas, el Protocolo establece que estas denuncias sean investigadas por un fiscal

especializado o preferente, a quien se derivarán las presuntas desgracias de personas que no han aparecido a la fecha de ingreso de la denuncia a la Fiscalía, y aquellas de mayor riesgo y complejidad que tomaron los fiscales de turno. A ese efecto, el Fiscal Nacional solicitó la designación de fiscales preferentes en presuntas desgracias en todas las fiscalías del país, favoreciendo así la formación de equipos especializados en la materia.

El Protocolo señala, además, las diligencias de investigación que resultan pertinentes según las circunstancias y complejidad de los casos, procurando establecer una orientación y un alto estándar de investigación. De esta manera, se incorporan las diligencias que con mayor frecuencia resultan útiles, como el empadronamiento de testigos, el levantamiento de cámaras públicas o privadas y la obtención de registros del trayecto, o la dinámica de los hechos acaecidos en relación a la persona desaparecida, la solicitud de información del uso de tarjetas de transporte público o tarjetas estudiantiles, georreferenciación de celulares y tráfico de llamadas o interceptaciones telefónicas y movimientos bancarios previa autorización judicial, información de pódicos de autopistas, entre otras. En aquellos casos en que la búsqueda se prolonga infructuosamente, se establece como diligencia esencial, la toma de muestras de ADN de los familiares del desaparecido que voluntariamente quieran donarla, para la determinación de la huella genética, su incorporación al Registro de Personas Desaparecidas y sus Familiares, del Registro Nacional de ADN, y su cotejo con el resto de las huellas del Registro, pericia que pudiera arrojar resultado positivo con alguno de los cuerpos o restos humanos no identificados.

El Protocolo regula además un aspecto muy importante en estas causas, como son hitos y procesos de trabajo para la entrega oportuna de información relevante a los familiares por parte de Carabineros, Policía de Investigaciones y el Ministerio Público. De esta manera, dentro de los primeros días de recibida la denuncia en la Fiscalía, se establece un primer contacto del Ministerio Público con los familiares denunciantes, para conocer mayores antecedentes, informar el RUC de la causa y el fiscal asignado, y los canales de comunicación con la fiscalía, en el entendido que se trata de víctimas indirectas. Con posterioridad, en caso que la persona haya aparecido o haya sido ubicada, contempla la necesidad de corroborar si se ha informado a sus familiares este hecho y, en caso contrario, disponer que se informe por funcionarios de la fiscalía o de la policía, según resulte idóneo. Lo mismo se dispone cuando se ha constatado el hallazgo del cuerpo de la persona desaparecida, de manera que los familiares sean informados por el medio y de la manera que resulte adecuada. Cabe señalar que en el caso que la persona aparece viva, el Protocolo dispone que solo se informe a los familiares su paradero cuando siendo adulta exista su consentimiento expreso, resguardando así su derecho a mantener su ubicación en reserva, si así lo desea, lo que muchas veces dice relación con una necesidad de protección, por ejemplo, en casos de víctimas de violencia intrafamiliar que no desean ser ubicadas por sus agresores. De la misma forma el Protocolo establece como proceso de trabajo que se adopten las medidas para que los familiares que tengan calidad de víctimas indirectas tengan acceso a la información periódica sobre los avances de la investigación a través de distintos canales de comunicación.

En cuanto a la atención especializada de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos (URAVIT), el Protocolo contempla que el fiscal preferente pueda evaluar y

realizar la derivación inmediata de la víctima indirecta o familiares del desaparecido en los casos de mayor gravedad y/o en los casos en que existen antecedentes o se sospecha que la desaparición de la persona fue causada por acción de terceros, en que la persona desaparecida es víctima de violencia intrafamiliar, o de violencia en contexto de crimen organizado, explotación sexual comercial, violencia de género, violencia por prejuicio fundada en su identidad, expresión de género u orientación sexual, entre otros; y en aquellos casos que por su gravedad causan conmoción pública con víctima fallecida y cuyo cadáver fue encontrado. También se establece que las propias Unidades puedan intervenir sin derivación del fiscal en casos de presuntas desgracias infantiles y de víctimas de violencia intrafamiliar que lo requieran, disponiendo a ese efecto un proceso de trabajo para que puedan recibir y revisar periódicamente las causas ingresadas con esas características.

En todos los casos referidos se asigna un profesional URAVIT, que establecerá un contacto con los familiares de la persona desaparecida o con el denunciante, en el plazo más breve posible, con el objeto de brindar atención y acompañamiento profesional en su calidad de víctima indirecta. En los casos graves, con víctima fallecida, el profesional URAVIT hará el contacto inicial y acompañamiento profesional con el objeto de realizar contención, entregar orientación además de la facilitación de trámites, cuando sea pertinente. La atención especializada comprende evaluar el eventual riesgo en que se puede encontrar la víctima indirecta e implementar, de manera coordinada con el fiscal del caso, las medidas de protección autónomas pertinentes o la solicitud de medidas cautelares que permitan brindar una efectiva protección, cuando corresponda. De la misma manera, el profesional URAVIT debe informar al fiscal su apreciación técnica del caso y/o sugerir la realización de actividades o diligencias de investigación, en los casos que se estime necesario. Asimismo, le corresponde informar a la víctima indirecta, acerca del proceso penal en general, de la importancia de su participación en el mismo, especialmente cuando se le cite a la toma de declaración, y de los mecanismos procesales existentes para brindarle protección, de ser necesario. Igualmente informará sobre la posibilidad de obtener información inmediata de la causa, y de realizar requerimientos a través de “Mi Fiscalía en Línea” y del Call Center.

Finalmente, ante la falta de la existencia de una base de datos interconectada, el Protocolo dispone la remisión periódica de información de los cuerpos no identificados mantenidos en el Servicio Médico Legal a las policías y al Ministerio Público, con el fin que pueda verificarse si existe alguna coincidencia con las características de alguna de las personas que se busca.

El Protocolo es una primera y promisorio iniciativa de coordinación y establecimiento de procesos de trabajo unificados en la materia, sin embargo, su perfeccionamiento y consolidación, es un proceso que requiere perseverar en los esfuerzos institucionales, ya que implica cambiar prácticas de trabajo de larga data, por lo que resultará indispensable continuar con su difusión, con la capacitación a funcionarios y funcionarias que deben aplicarlo, y muy especialmente, con el seguimiento y evaluación de los procesos e instrumentos que le sirven de apoyo, realizando los ajustes para su mejora continua.

En ese contexto, las tres instituciones han avanzado en la difusión y capacitación del Protocolo de Actuación desde el año 2021 a la fecha, proyectándose que estas actividades

continúen. Adicionalmente, se establecieron Mesas de Trabajo Interinstitucionales en Presuntas Desgracias, tanto Nacional como Regionales, las que son coordinadas por el Ministerio Público y en las cuales participan Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y Servicio Médico Legal. Estas Mesas de Trabajo tienen por objetivo coordinar, apoyar y hacer seguimiento de la implementación del Protocolo, y a su vez proponer los ajustes que se requieran para la mayor eficacia de los procedimientos. A efectos de integrar las Mesas, las instituciones designaron coordinadores regionales encargados de presuntas desgracias, que también se encargan de mantener una coordinación fluida para la solución de las dificultades operativas que puedan presentarse.

De otra parte, el 26 de agosto de 2022 se suscribió el Convenio de Colaboración entre Carabineros, Policía de Investigaciones y el Ministerio Público, cuyo objeto es la implementación del Protocolo y su establecimiento como mecanismo permanente de coordinación en la materia, en conjunto con las Mesas de Trabajo Nacional y Regionales.

Por último, se estableció una instancia de coordinación con el Servicio Mejor Niñez para la elaboración de protocolos y procedimientos de trabajo especiales respecto de las denuncias de presuntas desgracias de niños, niñas y adolescentes institucionalizados en sus centros o residencias, que obedecen a salidas no autorizadas, la mayoría de las veces reiteradas, las que integran una problemática con características particulares y diferenciadas, que requiere respuestas específicas para el adecuado cumplimiento del deber de protección que los niños, niñas y adolescentes en situación de vulneración de derechos requieren, considerando que muchas de esas desapariciones pueden deberse a que están siendo víctimas de diversos hechos delictivos o bien reclutados para participar de ellos, sin que el sistema logre detectarlo ni abordarlo. Adicionalmente, estas coordinaciones permiten adoptar medidas encaminadas a optimizar y lograr una mayor eficacia de la intervención policial, evitando la duplicidad de órdenes de búsqueda de una misma persona, o su vigencia innecesaria por falta de información oportuna.

Finalmente, no podemos dejar de señalar la publicación, con fecha 27 de octubre de 2022, de la Ley N° 21.500 que Regula el Proceso Unificado de Búsqueda de Personas Desaparecidas y Crea el Sistema Interconectado para esos efectos, que entrará en vigencia desde la publicación de su Reglamento en el Diario Oficial, ya que la creación del Sistema Interconectado constituirá una herramienta esencial y un importante avance en el camino para optimizar la respuesta del Estado en estos dramáticos casos, respecto a los cuales nuestro país se encuentra al debe, mejorando además con sus regulaciones la eficacia y oportunidad de la búsqueda de las personas desaparecidas y de la investigación de las circunstancias y causas de la desaparición. El Sistema Interconectado también debiera aportar al conocimiento y cabal comprensión de estos hechos, como también a la prevención de los fenómenos delictuales que puedan estar asociados a ellos, y que por su gravedad resultan preocupantes, particularmente cuando afectan a personas vulnerables y a niños, niñas y adolescentes.

Cabe destacar que el Ministerio Público, Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones y el Servicio Médico Legal, han avanzado en parte del camino que traza la Ley N° 21.500, ya que ella recogió en sus disposiciones la generación de un Protocolo Unificado de búsqueda e investigación, el establecimiento de una Mesa técnica, procesos de trabajo

como la entrevista estandarizada para recoger información al momento de la denuncia y evaluación del riesgo presente en los casos, en la misma línea del trabajo que se ha ido realizando conjuntamente en el trabajo interinstitucional.

El panorama entonces muestra un importante margen de mejora del Estado en la intervención y respuesta frente a las presuntas desgracias y sus múltiples desafíos; y al mismo tiempo se observa voluntad y diversas iniciativas para abordarlos. Su éxito dependerá de que esos esfuerzos perduren, se concreten y consoliden.

ISSN Nº 2735-6094

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Nº 85

Agosto de 2022

