

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°62 - MARZO 2015

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°62 - Marzo 2015

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Sabas Chahuán Sarrás

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

Pablo Campos Muñoz

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz

Coordinador

Karen Guzmán Valenzuela

Sandra Luco Castro

Ricardo Mestre Araneda

Antonio Segovia Arancibia

Colaboradores:

Andrea González Leiva

David Opazo Meneses

Soledad Poblete Moya

La Revista Jurídica del Ministerio Público (ISSN N°0718-6479) es una publicación de la Fiscalía Nacional de la Institución, continuadora del Boletín del Ministerio Público, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y, en el 2003, el incremento del material de difusión generado por la Reforma, forzó su edición trimestral, para fortalecer la recopilación y selección del material a publicar. Contiene 1.- Jurisprudencia; 2.- Comentarios de Jurisprudencia (artículos en que autores pertenecientes al Ministerio Público o externos analizan aspectos doctrinarios interesantes de fallos correspondientes al nuevo procedimiento penal) y 3.- Artículos e Informes de autores pertenecientes al Ministerio Público o externos que analizan diversos temas de derecho, principalmente derecho penal y procesal penal, o se informa sobre distintos aspectos relativos a la reforma procesal penal.

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

Dirección: General Mackenna 1369, 2° piso, Santiago, Chile.

E-mail: sluco@minpublico.cl

Teléfono: (56-2) 2965 9693

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

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

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

ÍNDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Artículos

Sobre la legitimidad de las medidas de seguridad postdelictuales en un estado de derecho	9
<i>Juan Pablo Llanca Hernández</i>	

Fallos

Recurso de queja acogido. Artículos 94 y 96 del Código Penal. Querrela y suspensión de la prescripción de la acción penal	31
<i>Corte Suprema</i>	
Recurso de nulidad rechazado. Control de identidad. Indicios. Consumo de alcohol en la vía pública. Facultades de Carabineros. Porte de droga. Hallazgo inevitable	37
<i>Corte Suprema</i>	
Recurso de nulidad rechazado. Actuaciones autónomas de la policía. Ingreso a lugar cerrado	43
<i>Corte Suprema</i>	
Requerimiento de inaplicabilidad rechazado. Artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal. Facultad de no perseverar	55
<i>Tribunal Constitucional</i>	
Requerimiento de inaplicabilidad inadmisibles. Falta de fundamento plausible. Cuestión de interpretación. Conflicto de legalidad. Facultades investigativas del Ministerio Público. Delitos tributarios	93
<i>Tribunal Constitucional</i>	

II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS Y A LOS TESTIGOS

Artículos

Sistematización sobre el trabajo psicosocial realizado en el “Caso Heidi”. Su influencia en las decisiones jurídicas y proteccionales	99
<i>Gabriela Castillo Candia, Solange Garrido Hernández, Raúl Carvacho Cariz, Gabriela Cruces González y Rodrigo Chinchón</i>	

III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

- El delito de soborno transnacional 127
Claudia González Serrano y Yelica Lusic Nadal

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

- El consentimiento de la víctima en los delitos contra la libertad sexual 151
Karen Guzmán Valenzuela

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

Artículos

- Recientes Reformas Legales en Chile en lavado de dinero. La Ley 20.818 171
Mauricio Fernández Montalbán
- Sobre la reforma tributaria y su incidencia en materia penal 191
Consuelo Salinas Sánchez

VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

Artículos

- Sustracción de menores: una mirada desde la dogmática y la jurisprudencia 209
Alejandra Vera Azócar

PRÓLOGO

Desde el nacimiento de nuestra publicación, en el año 2001, ha sido principio rector el interés por aportar al debate, la evolución y el desarrollo del quehacer penal en nuestro país. Y ha sido en dicha línea que hemos puesto nuestro esfuerzo en difundir tanto las tendencias jurisprudenciales en esta materia, como el desarrollo doctrinario en torno a tópicos sustantivos o procesales penales, abarcando tanto resoluciones de tribunales penales, como de Cortes y pronunciamientos del Tribunal Constitucional, así como desarrollos dogmáticos elaborados por quienes ejercen en este ámbito.

Naturalmente este esfuerzo se ha canalizado con especial énfasis en aquellas temáticas que han involucrado un mayor impacto en la comunidad, sea por lo novedoso del tema, como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, o por la gravedad de las consecuencias, como es la afectación de la libertad o la autodeterminación en casos que involucren la trata de personas, por ejemplo.

En esta oportunidad, y haciéndonos eco del protagonismo que en estos tiempos están tomando aquellas materias que involucran afectaciones a la debida probidad, presentamos en esta ocasión sendos artículos que tratan sobre el delito de soborno transnacional, las recientes modificaciones legales en materia de lavado de dinero y las incidencias penales de la reforma tributaria. Asimismo, ponemos a disposición de los lectores el fallo del Tribunal Constitucional que se pronunció respecto de la inadmisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad que apuntaba a las facultades investigativas del Ministerio Público, en relación a los delitos de índole tributaria.

Pero la sensibilidad social también se ve alterada de manera sustancial por todos aquellos ilícitos que afectan la indemnidad sexual, o el bienestar de los menores, de modo que también ofrecemos en este número un muy interesante artículo que analiza el consentimiento de la víctima en los delitos contra la libertad sexual, así como otro referido a la sustracción de menores desde una mirada dogmática y jurisprudencial y una exposición en torno al trabajo, dificultades, esfuerzo y logros en una investigación por prostitución infantil conocida como el caso “Heidi”.

También hemos querido aportar presentando un artículo que profundiza en la legitimidad de las medidas de seguridad postdelictuales, y sentencias de la Corte Suprema que se pronuncian respecto de las facultades autónomas de las policías y sobre la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal.

SABAS CHAHUÁN SARRÁS
Fiscal Nacional

MATERIAS
DE INTERÉS GENERAL

SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD POSTDELICTUALES EN UN ESTADO DE DERECHO

Juan Pablo Llanca Hernández¹

Introducción

El monismo y dualismo aún generan controversia en el Derecho Penal. El primero atiende a la pena como la única manera de conminar un hecho delictivo (a este respecto y dado el contexto de su planteamiento, generalizamos con la noción de pena privativa de libertad), mientras que el segundo –el dualismo o doble vía, también llamado sistema vicarial– plantea que a modo de sanción no sólo debería recurrirse a la pena, sino también a una medida de seguridad².

Para los fines del presente trabajo, y entendiendo el carácter dinámico de los conceptos ante las diversas concepciones de nuestra disciplina, entendemos como pena “un mal que se impone a una persona sindicada como autora de un delito, sanción que ha sido dispuesta y determinada previamente por la ley”³. Por su parte en definición de Landrove, medida de seguridad es “aquella que consiste en la privación de bienes jurídicos, que tiene como fin evitar

- 1 Abogado Unidad de Asesoría Jurídica, Fiscalía Regional de Los Lagos, Ministerio Público de Chile.
- 2 Inclusive algunos autores plantean la existencia de una tercera vía mediante mecanismos restaurativos, los que en palabras de Tony Marshall consisten en “(...) un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”, MARSALL, T.F., “Restorative Justice” en: TONRY, Michael (Ed.), *The Handbook of Crime and Punishment*, Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 323-44. En la misma línea se encuentra la concepción de otros precursores de la justicia restaurativa como John BRAITHWAITE (“*Restorative Justice*”) y Nils CHRISTIE (“*Conflicts as property*”). En Chile puede consultarse a DIAZ GUDE, Alejandra “La experiencia de la mediación penal en Chile”, *Polít. crim.* Vol. 5, N°9 (Julio 2010), Art. 1, pp. 1-67. [En línea] http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1.pdf [fecha de consulta: 20 de Febrero de 2015], también GONZALEZ RAMIREZ, Isabel, “Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar y de género” en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXVI, N°2, Diciembre 2013, pp. 219-243.
- 3 GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, parte general*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 2005, págs. 69-70. Para Cury, en un amplio concepto “la pena es el mal consistente en la disminución o privación de ciertos bienes jurídicos que se impone a quien comete culpablemente un injusto de aquellos que la ley amenaza expresamente con ella, para evitar, hasta donde sea posible, su proliferación, fortalecer el respeto por los bienes jurídicos y asegurar así las condiciones elementales de convivencia, todo ello dentro de límites que determina la dignidad humana del afectado”, CURY

la comisión de delitos y que se aplica en función del sujeto peligroso y se orienta a la prevención especial”⁴. Otra concepción es la de Sanz Morán al identificar la medida de seguridad como “un mecanismo jurídico penal de respuesta al delito, complemento de la pena, aplicado conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, en atención a la peligrosidad del sujeto, con finalidad correctora o asegurativa”⁵. Nuestros códigos en materia criminal –tanto el Código Penal, como el Código Procesal Penal– no definen los conceptos ante aludidos.

Si bien ambas tienen el carácter de sanción penal, y a la vez comparten un cierto fin⁶, se imponen y aplican en base a fundamentos diferentes.

El “sistema de las medidas” no ha sido tratado con profundidad por parte de la doctrina, en contraposición, la fundamentación y justificación de la pena ha ocupado a filósofos, teólogos, pedagogos y estudiosos del Derecho en general desde la antigüedad. Según Stratenwerth⁷ las razones de este “retraso” son de orden histórico, señalando al respecto que la dogmática fue desarrollándose en el tiempo con la vista puesta sólo en la aplicación de penas vinculadas a la reprochabilidad del autor; las medidas en cambio, sólo aparecen como un problema específico del Derecho Penal en tiempos relativamente recientes.

La autora argentina Patricia Ziffer en su obra referida al tema, reconoce que una de las razones de esta falta de tratamiento doctrinal es que la imposición de penas constituye la “regla general” dentro del Derecho Penal, y su fundamento se relaciona, principalmente, con la gravedad del ilícito culpablemente cometido. Las medidas, en cambio, sólo entran en consideración en forma excepcional, y los presupuestos para su ordenamiento son totalmente diferentes: ellas dependen casi por completo de condiciones personales del afectado, mucho más difíciles de ser captadas y apreciadas en normas generales. A ello se suma la orientación exclusivamente preventiva de las medidas, que reemplazan la tradicional visión del Derecho Penal, como reacción ex post frente al

URZÚA, Enrique, *Derecho Penal, parte general*, 2ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, tomo I, p. 51.

- 4 LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª edición, Barcelona, España, Editorial Bosch, 1984, p. 169.
- 5 SANZ MORÁN, Ángel, *Las medidas de seguridad y corrección en el Derecho Penal*, Valladolid, España, Editorial Lex Nova, 2003, p. 71.
- 6 Reconociendo que la pena en un sistema penal “moderno” no es dable que cuente con características netamente retributivas, sino que dentro de sus fines es recomendable se contemplen elementos preventivo especiales, aunque extendernos sobre esto último excede de sobremanera el fin de nuestro trabajo.
- 7 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho Penal*, tercera edición, Madrid, España, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 182.

delito cometido por un mecanismo dirigido a la evitación concreta de hechos delictivos futuros⁸.

El presente trabajo analiza la problemática creciente entre la imposición de una medida de seguridad y la posible violación del principio de legalidad y de culpabilidad en un Estado de Derecho. ¿Se trata de una sanción que tiene sólo por objeto la prevención especial?, ¿justifica que su cumplimiento ocurra en recintos penales cuando los sancionados son inimputables?, ¿es posible establecer una diferencia –teórica y práctica– entre la pena privativa de libertad y la medida de seguridad postdelictual?, ¿son las medidas una forma eficaz de cumplir las necesidades político criminales del Estado en la lucha contra el delito y la reinserción del condenado a la sociedad?, ¿cuáles deberían ser las soluciones de orden penal y procesal al problema?; y ¿son útiles las medidas postdelictuales en materias especialmente reguladas como la Ley N°20.000 y la Ley N°20.066?

I. Origen histórico del problema

El origen de las medidas de seguridad está ampliamente relacionado con las nociones de la prevención especial.

Su primera aparición en un sistema “moderno” va de la mano de la visión de Stoos, a quien se atribuye haber encontrado en las medidas de seguridad del anteproyecto del Código Penal Suizo del año 1893 la solución al debate planteado en la llamada lucha de las escuelas penales⁹.

Referirnos a la manifestación histórica del problema entre la aplicación de penas y medidas de seguridad nos lleva a reconocer que el mismo se encuentra muy vinculado con el área del Derecho Administrativo y Policial, ya que como señala el concepto de medida de seguridad otorgado en el presente trabajo, éstas tienen un fin de “asegurar” a la población ante posibles conductas sucesivamente peligrosas del infractor, labor que es inherente a los órganos de seguridad del Estado.

Ziffer¹⁰ enseña que por lo menos ya desde los siglos XIII y XIV era manifiesto que la medida de seguridad no se diferenciaba de la pena; la decisión acerca de su imposición no estaba en manos de un órgano determinado, y el procedimiento de aseguramiento se desarrollaba en forma sumaria y sin ninguna garantía para la protección de la personalidad del autor.

8 ZIFFER, Patricia, *Medidas de Seguridad, pronósticos de peligrosidad en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, 2008, págs. 18-19.

9 ZIFFER, ob. cit., p. 34.

10 ZIFFER, ob. cit., págs. 33-34.

Sólo del paso del siglo XVIII al XIX se comenzó a dar importancia a la distinción entre pena y medida de seguridad, se judicializa su imposición y se libra de la excesiva arbitrariedad que la caracterizaba. Es evidente que este avance fue gracias a ideas de la ilustración, ya que, por ejemplo, las nociones de la separación de poderes jugaron un papel decisivo en este proceso.

Pero es sólo en la segunda mitad del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX donde adquiere relevancia la aplicación de la metodología de las ciencias empíricas en el Derecho Penal. Fundamentados en pensadores como Comte, Spencer y Stuart Mill, los estudiosos penales se marginaron de la metafísica y adhirieron al procedimiento de observación y experimentación, o sea la experiencia, como medio para adquirir el conocimiento, que los lleva a dejar el análisis de las normas y estudiar el hecho delictivo y a quien lo ejecuta. La pena deja de ser un castigo y se convierte en un “tratamiento”¹¹ del sujeto antisocial y se legitima por su “eficiencia social”¹².

Como bien señala el profesor Garrido Montt:

“(...) el positivismo hizo un aporte interesante para el desarrollo de la ciencia penal; dejó institutos tales como el sistema de la *dobles vías*; según el cual en forma paralela a la pena se establece otro recurso para combatir la criminalidad, la Medida de Seguridad, cuya aplicación está determinada por la peligrosidad del sujeto y no por su culpabilidad”¹³.

II. Características y finalidad de las medidas

La pena, entendida como un mal que se impone al autor por el hecho culpable es comprendida en el postulado de la retribución justa, como “cada uno sufra lo que sus hechos valen” (Kant)¹⁴.

11 Es por medio del positivismo italiano, de la mano de Lombroso, Garófalo y Ferri que el delincuente comienza a tomar la forma de un desvalido e imposibilitado de conducirse por sí mismo. El médico Lombroso (1856) habla del hombre delincuente y el delincuente nato, entendiendo su comportamiento como una “epilepsia delictual”, se trataría de un individuo de características genéticas especiales, distinto de las personas normales. Garófalo (1851) pretendió analizar el delito como un fenómeno natural, al margen del ámbito jurídico, creando una noción de alcance universal para definirlo. Ferri (1856) por su parte, pretende reemplazar el Derecho Penal por la “defensa social”, una política criminal: el delincuente debe ser “tratado” según su categoría, no procede aplicarle pena, sino someterlo a tratamiento, porque es un ente peligroso (temible). GARRIDO, ob. cit., p. 171.

12 GARRIDO, ob. cit., p. 173.

13 GARRIDO, ob. cit., p. 174.

14 WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Trad. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ PÉREZ, Sergio, cuarta edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 281.

Aquella está basada en la culpabilidad¹⁵ y siempre debe ser impuesta por un tribunal establecido con anterioridad a la perpetración del delito (Art. 19 N°3 CPR), fundada en una sentencia previa y legalmente tramitada.

El reconocimiento del principio de culpabilidad en el Derecho Penal impone al Estado la limitación de aplicar una “pena” sólo respecto de aquellos autores que, según la fórmula tradicional, “(...) hayan podido motivarse conforme a la norma” y actuar de acuerdo a esa motivación misma. De este modo señala Ziffer:

“(...) desaparece la posibilidad de “reprochar” a aquellos sujetos que hayan cometido un hecho ilícito, pero sin estar en condiciones físicas o psíquicas de motivarse jurídicamente. Respecto de estos casos, el hecho cometido, aun cuando su autor no puede ser responsabilizado por él, de todos modos, puede generar una reacción por el parte del Derecho –en otros casos, de órganos administrativos, policiales o de salud–, en tanto ponga de manifiesto la posibilidad de que hechos similares se repitan: el hecho refleja la personalidad peligrosa de su autor”¹⁶.

A su vez, la medida de seguridad se ampara en la posible *peligrosidad* del sujeto. Estas medidas pueden tener el carácter de *predelictuales* (anteriores a la comisión del delito) y *postdelictuales* (impuestas con posterioridad a éste)¹⁷. Otra distinción doctrinal distingue según su finalidad perseguida entre medidas curativas o de corrección y mejoramiento, y las netamente de seguridad. Las primeras se orientan a eliminar las causas de peligrosidad, mientras que las segundas se limitan a proteger a la sociedad frente al autor. Regularmente las medidas de seguridad consisten en internación en centros de tratamiento psiquiátrico, sujeción a trabajos de reinserción social, educación a algún oficio o comercio, vigilancia policial tras el cumplimiento de la pena, sometimiento a un plan de rehabilitación, entre otras.

A modo de ejemplo, un deficiente mental que sólo es imputable en una pequeña medida, comete hechos violentos graves y es previsible que los vuelva a cometer, su reducida culpabilidad justifica sólo una pena pequeña, pero la protección de la generalidad hace necesario además de eso que se

15 Para Roxin, la culpabilidad más que el fundamento de la pena constituye el límite de ésta, “consiste en que limita la pena, o sea, que pone una barrera a la facultad de intervención estatal, en cuanto la medida de la culpabilidad señala el límite superior de la pena”; CERESO MIR, José, “Culpabilidad y pena”. En: *Anuario Derecho Penal y del Código Penal*, España, t. XXXIV, Fascículo II, 1980, págs. 348-365, p. 354.

16 ZIFFER, ob. cit., p. 43.

17 Respecto a las medidas predelictuales, siguiendo la doctrina imperante, creemos que éstas son un real atentado a la libertad individual de las personas, castigando a alguien por ser de tal manera, y no por sus actos.

le ingrese a un hospital psiquiátrico en atención a los fines de corrección y aseguramiento¹⁸.

La finalidad de la medida de seguridad es resocializar al delincuente, recuperarlo, mejorarlo, aliviarlo (en tiempos anteriores, cuando se aludía a aquel como un verdadero enfermo, se utilizaron las expresiones, rescatarlo, salvarlo), es decir, enfocarse en una efectiva prevención especial¹⁹, están dirigidas a reinserter al autor en la sociedad en la forma más eficaz posible y a proteger a la generalidad frente a probables futuras lesiones de bienes jurídicos por parte del afectado, un efecto o fin doble. Este objetivo se limita a ejercer dicha influencia “preventivo-especial”²⁰ sobre la peligrosidad social del autor, sea por medio del mejoramiento, por la curación o por el aseguramiento, y ocasionalmente, por medio de la intimidación individual.

III. Constitucionalidad de las medidas de seguridad

No se debe olvidar que las medidas de seguridad postdelictuales pertenecen al Derecho Penal, y como tal deben entregar un completo respeto al principio de legalidad, así entonces se hace necesario que éstas sean determinadas y conocidas previamente por todos los ciudadanos.

Un problema supone de cierta manera, como ocurre en general con las materias reguladas por leyes penales en blanco, el señalar la sanción específica a cumplir en caso de la medida de seguridad, ya que este “tratamiento” dependerá de los requerimientos particulares de los sujetos, sus antecedentes previos, su entorno, historial delictual, entre otros, por lo que no resulta recomendable la elaboración de un catálogo taxativo de herramientas disponibles sino que de *lege ferenda* entregar directrices bajo las cuales sea posible, siempre teniendo presente los límites de la pena esperable, condiciones de cumplimiento, disposición del sujeto, entre otras, y así fijar una medida que cumpla tanto fines preventivo generales como especiales.

Suponer un margen demasiado amplio de discrecionalidad para el sentenciador supondría una violación del artículo 19 N°3. De suerte que, como dijimos, las medidas postdelictuales deben respetar las exigencias de ley *certa, stricta y praevia*.

18 ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general, Fundamento. La estructura de la teoría del delito*, Trad. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y DE VICENTE REMESAL, Javier, España, Civitas Ediciones, t. I, 1997, p. 104.

19 Cury señala a este respecto que lo principal, no es resocializar al delincuente, sino evitar aún más una profunda desocialización en la entrada al sistema penal. CURY, *Derecho Penal*, ob. cit., págs. 37-38.

20 ZIFFER, ob. cit., p. 30.

A contrario sensu, las medidas de seguridad predelictuales son un claro atentado al principio de legalidad, las mismas hoy cuentan con el amplio rechazo de la doctrina y de los regímenes democráticos, se trata de una técnica legislativa que más bien pertenece al derecho administrativo sancionador, lo cual no supone su validación como herramienta, ya que su fin no es en caso alguno rehabilitar o reinserir al individuo sino que reconducir a ciertos estilos de vida considerados nocivos.

El problema surge debido a que muchas de éstas medidas no apuntan a los fines antes expresados, sino que son penas –verdaderos males que no satisfacen el fin preventivo especial, ya sea porque la aplicación de la medida de seguridad es deficiente o simplemente dicha aplicación no se cumple– “disfrazadas” de medidas de seguridad, en que muchos casos se les pone en duda sus supuestos fines reinsertivos sociales.

Si bien la medida de seguridad impuesta para el caso de los inimputables no merece dudas (en cuanto su imposición sea respetándola como medida y no darle un tratamiento de pena), aquella se cuestiona para los casos que es impuesta la pena más la medida o cuando dicha medida es ejecutada como un pena, con los serios riesgos de violar principios como el de proporcionalidad, culpabilidad, necesidad y *non bis in ídem*.

Por consiguiente, como señala Roxin, “puede privarse de libertad cuando su disfrute conduzca con una elevada probabilidad a menoscabos ajenos que globalmente pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar por la medida de seguridad”²¹.

Ahora bien, sin despreciar el aporte otorgado por el monismo, la pena ya no puede superar las exigencias de reinserción social del sancionado, ni tanto en el plano de la pena de corta duración, como las de extensa amplitud, que no producen más que un castigo sin un fin claro, con la evidente consecuencia de un daño en su entorno, laboral, social y más gravemente familiar²².

La aplicación conjunta de las medidas y las penas no es baladí, ya que, como explica Tapia, otra problemática se produce respecto a la admisibilidad de aplicar acumulativamente penas y medidas:

“Por lo general, la discusión gira en torno a los sujetos imputables, en concreto, a aquellos que se consideran delincuentes habituales de deli-

21 ROXIN, ob. cit., p. 105. Él mismo también citando a Nowakowski, quien se refiere al “principio del interés preponderante”; así, de igual forma, Stratenwerth señala que “interés de una vida de alguna forma útil en sociedad”. También Kaiser encuentra justificación en las medidas “el interés público preponderante... el interés público prevalece cuando los posibles delitos son graves y la probabilidad de comisión alta”.

22 La evidencia sobre este último punto lo demuestran claramente las penas restrictivas de libertad, las que frecuentemente no sólo sufre el imputado, sino por un efecto natural y lógico su entorno familiar.

tos graves. La doctrina se divide entre aquellos que defienden la idoneidad de la imposición de una medida de seguridad acumulativa a la pena, cuando el cumplimiento de esta última se ha revelado inútil o ineficaz, y los que consideran que la aplicación copulativa es contraria a los principios que deben regir en un Estado de Derecho²³.

No es posible reconocer una clara y marcada diferencia entre penas y medidas de seguridad, si bien uno de los argumentos dirigidos a dicha distinción entre la una y la otra consiste en el carácter represivo –mal– de la pena, que no estaría presente en las medidas de seguridad. Creemos que dicho argumento es en extremo demasiado teórico –una de las razones que se le reprocha a la ciencia penal en ocasiones es plantear soluciones muy de laboratorio–, ya que toda reacción frente a la lesión de una norma –bien jurídico protegido– que implique privación de derechos puede asumir carácter represivo.

La expresión a este problema ha sido llamada “*Fraude de Etiquetas*”²⁴. Dicha denominación, de origen alemán, nació de la discusión relativa a la aplicación de medidas de seguridad aplicadas a multireincidentes imputables, aunque con el tiempo se fue extendiendo en su imposición, y, en general, su sentido ya no se restituye a su concepción originaria²⁵. Hoy su mayor aplicación se produce en torno a inimputables y el contexto de la Responsabilidad Penal Adolescente (RPA)²⁶.

Retomando la denominación de “fraude de etiquetas”, el profesor Sanz Morán, siguiendo a Kunz expresa que:

“(…) normalmente esas medidas asegurativas se acumulan a una pena privativa de libertad muy prolongada –no es infrecuente que en un sistema legal coexistan la prisión perpetua y la custodia de seguridad, al final una y otra terminan comportándose como partes ampliamente

23 TAPIA BALLESTEROS, Patricia, “Las medidas de seguridad. Pasado presente y futuro? De su regulación en la legislación chilena y española”. En: *Revista Política Criminal*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Penales de la Universidad de Talca N°16, año 2013, A7, págs. 574-599, p. 578 [en línea]. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A7.pdf [fecha de consulta: 5 octubre 2014].

24 La denominación es elocuente, se trataría de una pena privativa de libertad, “disfrazada o etiquetada” como una medida de seguridad.

25 ZIFFER, *Medidas*, ob. cit., p. 45.

26 En el sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (RPA) incluso no se habla de “penas” para los castigos a los infractores de ley, sino que de “sanciones”, así la misma Ley N°20.084 señala en su Artículo 6°. *Sanciones. En sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias, a las personas condenadas según esta ley sólo se les aplicará la siguiente Escala General de Sanciones Penales para Adolescentes (...)*. Se hace presente que dicha ley contempla sanciones como amonestaciones, internaciones cerradas y semicerradas, trabajos comunitarios, multas, libertades asistidas.

intercambiables y funcionalmente complementaria de una estrategia unitaria de control de los llamados delincuentes habituales”²⁷.

El sentir social popular frente a las medidas de seguridad es –y será– de un gran rechazo absoluto, no es difícil concebir, más aún para quien ha sido víctima de delincuentes peligrosos, que estos no deban soportar el gran sufrimiento de ingresar al sistema penitenciario nacional, optando los tribunales, por otorgarles “oportunidades de integración social”.

IV. ¿El fin de las medidas como su fundamento legitimador? Especial mención del tratamiento al delincuente habitual

La pena no está en condiciones (como ya advertimos) de asumir, con carácter exclusivo, las distintas exigencias derivadas de la prevención especial, que en muchos casos se satisfacen mejor con una adecuada combinación de pena más medida.

Jescheck al referirse a aquello expresa que “(...) la pena también sirve para la prevención de futuros delitos y la medida tiene igualmente el carácter de un mal que sirve de reforzamiento de la vigencia de la norma, motivo por el cual es básicamente posible un intercambio entre pena y medida de seguridad en la ejecución de la sanción”²⁸.

Sin duda que el acento y fin de imponer una medida debe ser doble, así tanto reinsertar al individuo como también asegurar a los demás ciudadanos de que con la aplicación de esta herramienta el “sancionado” no volverá a cometer atentados contra bienes jurídicos.

Pero qué hay de aquellos individuos a quienes el sistema no logra resocializar, como el caso de los reincidentes reiterados (hombres que han hecho su vida al margen del ordenamiento jurídico-penal), lo cual implica una agravante en la mayoría de las legislaciones penales del mundo.

El profesor Ángel Sanz Morán realiza una exposición²⁹ sobre algunas propuestas, como la de Cerezo Mir, el cual aboga por una terapia social (antes de la ejecución de la pena) para los delincuentes reincidentes, menores de veinticinco años y con trastornos graves de conducta (siempre con su anuencia), mientras que a los que no acepten el tratamiento recomienda la custodia

27 SANZ MORÁN, Ángel, “El tratamiento del delincuente habitual”. En: Revista *Política Criminal*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Penales de la Universidad de Talca, N°4, año 2007, A3, págs. 1-16, p. 6 [en línea]. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_04/a_4_4.pdf [fecha de consulta: 13 septiembre 2014].

28 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Trad. ORMEDO CARDENETE, Miguel, 5ta edición, Granada, Editorial Comares, 1996, p. 89.

29 SANZ, ob. cit., p. 13.

de seguridad con posterioridad a la pena. Así también Marín de Espinosa³⁰ propone para algunos delincuentes habituales una terapia social y pena relativamente indeterminada. Otros como Sánchez Lázaro plantean medidas no privativas de libertad, como la castración química (con consentimiento), tratamientos ambulatorios o controles de tipo electrónico.

En los Estados Unidos de América, algunos estados han optado por las leyes “*three strikes*” o la “*selective incapacitation*”, aplicable a delitos catalogados como violentos y peligrosos, donde al autor de aquellos se le dobla la pena por el segundo de ellos, y a este caso, incurriendo en una tercera reincidencia se opta por la prisión perpetua. Por su parte el Reino Unido selecciona a los delincuentes que cometen el mayor número de delitos para intensificar las sanciones en ellos.

Creemos que estos planteamientos del derecho comparado son válidos siempre y cuando no nos lleven hacia rasgos de un Derecho Penal de autor, centrando un despliegue en supuestos enemigos del sistema social y jurídico. Lo deseable, como se explicará en la conclusión de este trabajo, es un sistema que cumpla fines tanto preventivos generales como especiales con un irrestricto apego a los principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad.

V. Manifestaciones y aplicación de las medidas en el derecho chileno y comparado

Como bien explica Etcheberry “(...) dada la época en que se dictó, no contempla el Código Penal un sistema de medidas de seguridad, y no emplea esa terminología”³¹.

Como punto de partida, hay que señalar que en virtud de lo señalado en el art. 10 N°1 del Código Penal el loco o demente y el que por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón se encuentra exento de responsabilidad penal.

Si bien no es posible someterlo a un reproche de su conducta, el Código de Procedimiento Penal (CPP) en su art. 682 dispone que si su libertad constituye un peligro para la sociedad, el tribunal podrá imponer como *medida de seguridad*, la internación en un establecimiento destinado a enfermos men-

30 Cuyo planteamiento creemos desproporcionado, ya que una pena, como tal, siempre que goce de indeterminación en su ejecución, es contraria a todo ordenamiento jurídico, no respetando el principio de humanidad, ni mucho menos el de proporcionalidad, desconociendo a su vez garantías procesales vitales.

31 ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, parte general*, 3ra edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, págs. 230-231, para quien hay disposiciones que no tienen un sentido sancionatorio y están en consonancia con el concepto de medida de seguridad.

tales, disposición a la autoridad sanitaria a fin que se realice el tratamiento médico a que deba ser sometido, pudiendo exigir informaciones periódicas, o bien puede ser entregado bajo tratamiento a determinadas personas según lo expresa el art. 692.

Nuestro nuevo Código Procesal Penal³² (NCP) contempla en su art. 455 presupuestos de aplicación de una medida de seguridad al enajenado mental³³, exigiendo: a) que el enajenado mental haya realizado un hecho típico y anti-jurídico, y b) que existan antecedentes calificados que permitan presumir que atentará contra sí mismo o contra otras personas. Es decir se debe realizar un juicio de peligrosidad.

Los profesores Horvitz Lennon y López Masle, en su completa obra de Derecho Procesal Penal Chileno señalan respecto a lo anterior que:

“Para la determinación de la peligrosidad futura no es suficiente considerar solamente la gravedad del injusto realizado o su disvalor para el bien jurídico afectado pues, de lo contrario, bastaría con el primer requisito señalado por el art. 455. Los antecedentes calificados podrán consistir a nuestro juicio, en conductas peligrosas previas, diagnósticos médicos sobre las características de la enfermedad, en la ausencia previa de vigilancia o cuidado sobre el sujeto, etc.”³⁴.

Las clases de medidas de seguridad establecidas en el art. 457 del NCP, dependiendo de la gravedad del delito, que pueden imponerse al enajenado mental son a) la internación en un establecimiento psiquiátrico, o b) la custodia de seguridad³⁵.

Un punto importante relacionado con el párrafo anterior, es que la misma sentencia que condene al enajenado mental a una medida de seguridad deberá establecer la forma y condiciones del cumplimiento de éstas.

32 Hacemos presente que el actual código de enjuiciamiento criminal contiene una denominación errada. En efecto, al titularse “procesal” se alude al proceso en términos demasiado amplios. Hubiese sido mejor haber adoptado el término “procedimiento”, el cual apunta a una seguidilla de actos con un fin. Este error legislativo es probable que haya estado motivado por la aún permanencia del casi ya en desuso Código de Procedimiento Penal.

33 Para el trato de los párrafos siguientes relativos al área procedimental de aplicación de una medida de seguridad se seguirá en su mayor parte lo expuesto en la obra de los profesores María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle en su obra de dos tomos titulada “Derecho Procesal Penal Chileno”.

34 HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 2005, p. 562.

35 Estos tipos de medidas ya se encontraban presentes en el Código de Procedimiento Penal.

Respecto al tiempo de duración de las medidas, ya hemos advertido que para estimar su extensión debe atenderse a la pena que hubiese sufrido el enajenado mental sin esa condición personal, de este modo la idea de privación de libertad vía medida de seguridad sólo puede ser admitida si la pena señalada por la ley para alguien en condiciones normales es susceptible de conminarse con privación de libertad. Lo anterior está en absoluta y completa concordancia con el respeto al principio de proporcionalidad.

En suma, el procedimiento contemplado en el título VII del libro IV del Código Procesal Penal puede dividirse en etapas³⁶. Así hay actuaciones del procedimiento destinadas a determinar la enajenación mental del imputado, puede ocurrir que el Ministerio Público dé inicio a la investigación de un delito en el transcurso de la cual surgen antecedentes que permiten presumir la enajenación del imputado o –segundo supuesto– que se tiene conocimiento previo desde el inicio acerca de la enfermedad del imputado. En ambos casos será necesario un informe psiquiátrico, y el juez ordenará la suspensión del procedimiento hasta que no se envíe el informe en comento. Durante todo el procedimiento, y cuando existan fundamentos que hacen manifiesto que el enajenado mental atentaría contra sí mismo o contra terceras personas, puede ser decretada la internación provisoria del imputado en un establecimiento asistencial. Una vez terminada la fase investigativa, se decreta el cierre de la investigación y el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento temporal o definitivo, procediendo de acuerdo a la reglas generales; comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento por no haberse reunido suficientes antecedentes para fundamentar la acusación; o formular una acusación conforme a las reglas generales o un requerimiento de aplicación de una medida de seguridad, si considera que el imputado es enajenado mental y puede atacar contra sí mismo o contra otras personas. A este último supuesto nos abocaremos a continuación.

En cuanto a los trámites posteriores a la declaración de inimputabilidad y procedencia de la aplicación de una medida de seguridad, señala Horvitz que si el juez de garantía declara que el imputado se encuentra en la situación prevista en el Art. 10 N°1 del Código Penal y corresponde aplicar una medida de seguridad, “(...) deberá continuar el procedimiento penal respetando ciertas reglas especiales”³⁷. De este modo el juzgamiento del enajenado mental no podrá realizarse conjuntamente con sujetos que estuvieren con sus facultades mentales en completo orden. El juicio oral deberá llevarse a cabo a puerta cerrada, sin la presencia del enajenado mental, cuando su

36 Extendernos en esta parte del asunto no forma parte de nuestra investigación pero es necesaria una sumaria explicación ya que ignorarla sería no atender la otra parte del problema, el área procesal.

37 HORVITZ / LÓPEZ, ob. cit., p. 574.

estado imposibilite la normal realización de la audiencia³⁸. El tribunal en su sentencia deberá adquirir la convicción, más allá de toda duda razonable, de que se cometió un delito, de que el imputado tuvo participación en él, y de que existen antecedentes calificados que permitan presumir que éste atentará contra sí mismo o contra otras personas, sin estos requisitos copulativos deberá absolver al imputado (art. 455 NCPP).

Una vez condenado a una medida de seguridad, cabe referirse a la ejecución de ésta. Nuestro Código Procesal Penal señala que ninguna medida de seguridad podrá ejecutarse en un recinto carcelario (art. 457 NCPP), el código hace referencia a una “institución especializada”, la cual de no existir en el lugar en que se condenó deberá ser cumplida en el hospital público más cercano, recinto que deberá ser habilitado para tales efectos. No debemos olvidar “(...) que esta norma obedece a la circunstancia que, en la especie, se trata de *personas inculpables* y, por tanto, no cabe sujetarlos al mismo régimen de las personas declaradas responsables penalmente y condenadas a una pena. En efecto, el fundamento de las medidas de seguridad es de carácter preventivo-especial. Ellas se justifican cuando tienden a un tratamiento orientado a evitar que el *inimputable declarado peligroso* atente contra sí mismo o contra otras personas, objetivo que, evidentemente, no se alcanzará en un establecimiento penitenciario”³⁹ (art. 466 NCPP).

Esta aplicación, entonces, de principios de orden penal enunciados en este trabajo no es baladí, así, ellos tienen un reconocimiento legal y práctico. En este sentido el artículo 481 del NCPP en una clara referencia al principio de proporcionalidad señala que “Las medidas de seguridad impuestas al enajenado mental sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias, y en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable, el que será señalado por el tribunal en su fallo”.

El control de cumplimiento de una medida de seguridad procede de dos maneras, uno basado en informes de evaluación otorgados por la institución de sanamiento o persona natural que tenga a su cuidado al asegurado, remitidos al Ministerio Público y a su curador o familiares. La segunda forma de control de medidas consiste en la obligación del Ministerio Público de inspeccionar cada seis meses los establecimientos psiquiátricos o instituciones

38 Horvitz repara en que esta disposición debe ser muy razonada por los jueces ya que sólo en caso que existan motivos fundados de que su comportamiento no permitirá el normal desarrollo de la audiencia ésta debería ser celebrada sin su presencia, caso contrario, una abusiva y poco reflexiva utilización de esta norma legal puede llevar a privar al imputado de su derecho a presenciar un juicio dirigido contra su persona. HORVITZ / LÓPEZ, ob. cit., p.573.

39 HORVITZ / LÓPEZ, ob. cit., p. 596.

donde se encuentren internados o se hallen cumpliendo un tratamiento enajenados mentales. Como puede apreciarse de manera clara, el primer método otorga al ente acusatorio una labor más bien pasiva de recepción y análisis de los informes recepcionados, mientras que la segunda hipótesis obliga al ministerio a realizar una fiscalización o inspección a los recintos en donde se lleva a cabo el cumplimiento de las medidas de seguridad. Estas dos maneras de control no son excluyentes y tiene el carácter de obligatorias para los aludidos (art. 481 inc. 3° NCPP).

Esta forma de control a priori eficaz pareciera ser incompleta, no debe bastar con que la medida efectivamente se esté cumpliendo sino que si de dichos informes –o inspección tratándose del segundo supuesto– aparecen antecedentes claros de que el sancionado ha obtenido un tratamiento preventivo especial idóneo y completo, y que a todas luces su peligrosidad ha desaparecido o disminuido de manera notable, de *lege ferenda*, debería estarle permitido al fiscal solicitar el cese del cumplimiento de la medida en atención a que ésta ya no resulta necesaria para el fin por el que fue impuesta al imputado (principio de necesidad). Esta idea es en parte atendida por la ley ya que ella señala que si realizada la inspección, el Ministerio Público debe informar los resultados al juez de garantía (tribunal al que corresponde encargarse de aquellas eventualidades surgidas a raíz del cumplimiento de la condena) y solicitarle la adopción de medidas que fueren necesarias para poner reparo a todo error, abuso o deficiencia que observe en la ejecución de la medida (art. 481 inc. 5° NCPP).

Respecto a la medidas en leyes especiales, importante es mencionar que la Ley N°17.025 sobre Alcoholes y Bebidas Alcohólicas establecía en su ya derogados –por la Ley N°19.806– arts. 118 y 119 la internación en un centro de reeducación para alcohólicos por un máximo de seis meses, a la que le da el carácter de curativa y no de pena⁴⁰. Por su parte la Ley N°19.925 sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas contempla las llamadas “medidas de prevención y rehabilitación” para el consumo de alcohol y la embriaguez en lugares públicos. Las sanciones establecidas en esta ley son de competencia del juez de policía local, estando facultado éste para imponer multa de hasta una unidad tributaria mensual o amonestación al que fuere sorprendido consumiendo bebidas alcohólicas en lugares de uso público. Ahora bien, las sanciones que se relacionan con el objeto del presente trabajo dicen relación con la establecida en el art. 26 de la Ley N°19.925, en virtud de la cual quien es sorprendido más de tres veces en un mismo año en manifiesto estado de ebriedad en la vía pública o en lugares de libre acceso al público, puede ser sancionado con la obligación de someterse a un tratamiento médico o psicológico destinado a la rehabilitación, o –segunda posibilidad– en la internación

40 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 233.

en un centro hospitalario o comunidad terapéutica que cuente con programas para el tratamiento del alcoholismo. A diferencia del Código Procesal Penal, que sólo establece límites de duración de la medida de seguridad en razón de la pena con la cual se encuentra conminado el delito cometido, esta ley sí señala un máximo de duración de la medida. La resolución del juez de policía local deberá precisar la duración de la misma, que no podrá ser superior a noventa días, renovable una vez por período similar. Como aspecto de control, el art. 26 también establece que el juez de policía local podrá requerir los informes y diligencias que estime convenientes, a efectos de determinar la continuidad o no de la sanción.

La problemática de este tipo de medidas acontece con que –al ser de orden coactivas– se impondrían en razón de una vida peligrosa o un modo de vida (derecho penal de autor), evidenciando por tanto una clara muestra de ser medidas de seguridad predelictuales, que como hemos comentado en varios apartados del presente trabajo atentan manifiestamente contra el principio de legalidad consagrado en el art. 19 N°3 de la Constitución Política, ya que no existiría un delito previo para su imposición.

Entre las medidas postdelictuales que sí satisfacen –aunque con ciertas peculiaridades– el principio de legalidad es el ampliamente aplicado art. 50 de la Ley N°20.000 sobre Tráfico Ilícito de Drogas Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas⁴¹ al castigar los que consumieren alguna de las drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas de que hace mención el artículo 1°, en lugares públicos o abiertos al público con “(...) *la Asistencia obligatoria a programas de prevención hasta por sesenta días, o tratamiento o rehabilitación en su caso por un período de hasta ciento ochenta días en instituciones autorizadas por el Servicio de Salud competente. Para estos efectos, el Ministerio de Salud o el Ministerio del Interior deberán asignar preferentemente los recursos que se requieran*”. Nuevamente la norma castiga un sujeto con medidas que imponen la asistencia obligatoria a centros de salud por lo que pueda llegar a realizar (peligroso).

Curioso resulta que si el fin de esta sanción consiste en la rehabilitación de la adicción, esta sólo se aplique en aquellos casos que el individuo consume sustancias en lugares públicos y no así en un lugar privado como su propia casa, pareciere entonces más enfocada en buscar un modelo o estilo de vida que de prevenir ciertos comportamientos dañinos para su propia salud y entorno. Este es un claro ejemplo de lo expresado respecto a la denominación del fraude de etiquetas⁴².

41 Dicha ley sustituyó a la antigua ley sobre la materia, la Ley N°19.366.

42 Las sanciones aplicables pueden ser en conjunto, así: multa (de 1 a 10 Unidades Tributarias Mensuales); asistencia obligatoria a programas de prevención (hasta por 60 días) o tratamiento y rehabilitación en instituciones autorizadas por el Servicio de Salud competente (hasta por 180 días); y/o trabajos en beneficio de la comunidad. Respecto a éste

La profesora Horvitz se pregunta si es admisible que un Estado imponga legítimamente medidas de seguridad en razón de un estado que todavía no se ha demostrado peligroso a través de la comisión de delitos:

“Se objetará, tal vez, que tales medidas tienen finalidad de protección y tutela ante una ‘patología’, un mal que aqueja al sujeto y que le hace daño. La respuesta es la misma aducida para el rechazo de cualquier medida predelictual, aunque ella se ampare en condiciones tutelares. Un Estado de Derecho que reconoce como límite a su soberanía los derechos fundamentales de las personas (art. 5 Constitución Política), entre ellos la autonomía personal y ética que se deriva del derecho a la libertad y el valor de la dignidad humana, carece de legitimidad para intervenir punitivamente –pues las medidas de seguridad formas parte del *ius puniendi*– cuando no se ha cometido una infracción que previamente ha sido designada como delito por la ley”.⁴³

El gran hito legislativo nacional en lo que se refiere a las medidas de seguridad, está dado por la dictación en el año 1954 de la Ley N°11.625 de Estados Antisociales⁴⁴, la cual a pesar de postergar por un tiempo su entrada en vigor, abarcaba todo tipo de conductas "marginales" como *vagancia* y *mendicidad*, *toxicomanías*, *ebriedad*, *homosexualidad*; estableciéndose en contra de tales conductas una serie de medidas de seguridad predelictuales, como la internación forzada por tiempo indeterminado, declaración de domicilio, prohibición u obligación de residir en un lugar determinado.

En este aspecto, de gran importancia es la Ley N°19.567 de 1998, que derogó el delito de vagancia⁴⁵, contemplado antiguamente en los artículos 305 a 312 del C.P., en los cuales se encontraba evidentemente una sanción predelictual.

Estas normas definían a los vagos como aquellos que no tenían un hogar fijo ni medios de subsistencia, que no ejercían habitualmente alguna profesión, oficio u ocupación lícita, teniendo aptitudes para el trabajo. A ellos debía imponérseles un castigo entre los 61 y los 540 días de privación de su libertad.

Sobre aquella legislación Etcheberry expresa que “En efecto, la ley adoptaba el criterio positivista extremo de la ‘*peligrosidad sin delito*’, esto es, las medidas

último, existiría una cierta contradicción ya que la Ley N°20.603 prohíbe aplicación del trabajo en beneficio de la comunidad tratándose de delitos de drogas.

43 HORVITZ / LÓPEZ, ob. cit., p. 580.

44 Dicha normativa tuvo su símil en el Derecho Español con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que contemplaba como estados peligrosos la vagancia, la mendicidad, la prostitución, las toxicomanías y la ebriedad habituales, entre otros.

45 Ya en el año 1994 la Ley N°19.313 había derogado completamente el Título I de la Ley de Estados Antisociales.

de seguridad que se imponían eran motivadas, no por lo que una persona hacía o había hecho, sino por lo que podría hacer⁴⁶.

Así también, en la actualidad se han señalado variadas medidas de seguridad para los menores de edad que cometen delitos, aquellos se encuentran bajo la dirección del Servicio Nacional de Menores (SENAME), institución que es encargada de la rehabilitación, educación, y reinserción de los adolescentes. (Ley N°20.084).

VI. Conclusiones

No se pretende tratar de imponer un solo sistema a la hora de efectuar la creación del delito (incriminación primaria) o juzgar los hechos e imponer la sanción (incriminación secundaria), sino que se debe optar por un modelo que tenga tanto en cuenta los intereses del delincuente, sociedad y fundamentos de la política criminal vigente, de manera casuística.

Una gran dificultad consiste en que la medida de seguridad que no se ejecuta en centros hospitalarios o similares, sino en establecimientos penitenciarios, acusa de las condiciones igualitarias en las que se desarrolla la convivencia de la persona privada de libertad, no puede ser distinguida inequívocamente (fraude de etiquetas)⁴⁷.

De este modo, un Estado que dé cabal cumplimiento al principio de necesidad no necesita de una acción penal represiva excesiva, así, si se prohíbe que la medida de seguridad se extienda más allá del límite estrictamente necesario para prevenir la peligrosidad del autor, es dable preguntarnos ¿por qué si dicha necesidad desaparece antes del tiempo máximo dado por la pena asignada al delito cometido debe continuar la aplicación de la medida de seguridad?, si su fundamento –la peligrosidad ha desaparecido– y su fin –se prevé que no cometerá más conductas de carácter delictivo– son satisfechos no parece seguir necesario con dicho tratamiento, a la inversa, si aparece de manifiesto –en donde los informes periciales médicos deben ser categóricos– que la peligrosidad no disminuyó –o inclusive aumentó– debería mantenerse la medida con revisiones sucesivas y periódicas.

Una buena alternativa respecto a delincuentes enajenados mentales y reincidentes es la imposición de medidas de seguridad con carácter definido y netamente preventivo especial (tratándose de delincuentes plenamente imputables no procedería acompañar la pena privativa de libertad junto a una

46 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 234.

47 JESCHECK, ob. cit., p. 93.

medida puesto que se viola el principio *non bis idem*⁴⁸, al valorar dos veces el mismo hecho para la aplicación de sanción), con máxima duración de un año, pero renovables en razón de que efectivamente la peligrosidad y previsión de que este vuelva a cometer nuevos delitos no estén en duda.

No es admisible dentro de un Estado Democrático y de Derecho⁴⁹ que se actúe a base a lo denominado por la doctrina como un “Fraude de Etiquetas” desatendiendo el elemento de la culpabilidad en desmedro sólo del elemento peligrosidad. Los enajenados mentales no son susceptibles de pena por tanto la medida debe de carecer de todo elemento retributivo que no vaya en pro de la reinserción del mismo. Con todo, debemos reconocer que no sólo nos enfrentamos a un problema de orden teórico sino que también se cuentan insalvables obstáculos en el área práctica, como de aplicación de las medidas en recintos idóneos para reinsertar en la comunidad, o asegurar a la sociedad frente al inimputable, así también como deficiencias en la fiscalización de las mismas.

La prevención especial debe ser efectuada para justificar la imposición de la sanción penal, descartando por el sistema el abuso de las medidas puramente asegurativas (como la prohibición de estancia y residencia en determinados lugares)⁵⁰ que atienden más a una función de *inocuidad* y, sólo si es posible en su supuesto, la de resocialización, desatendiendo la verdadera efectividad e importancia de las medidas terapéuticas y educativas.

Tampoco creemos en recurrir a una fuerte tendencia hacia la descriminalización, sino que entregar en la mayoría de los casos la solución del problema a otros organismos o instituciones de solución colaborativa de conflictos y negociación como lo son hoy en día la mediación y los acuerdos reparatorios.

48 El presente punto de vista puede ser objeto de discusión en el sentido de que, ¿es una medida de seguridad una pena principal o es posible darle la clasificación de accesoria?, estimamos que por la envergadura de la sanción y al no ser mencionada por el Código Penal dentro del párrafo de las penas accesorias no es dable calificarlas como tales y que “acompañen a la imposición de la pena”, sumado a que su fundamento como se ha repetido constantemente en el presente trabajo es diferente a la pena, siendo el de la medida la peligrosidad del hechor, mientras que la pena se apoya en la culpabilidad, elemento que falta a la hora de imponer sanciones a un enajenado mental.

49 Como bien señala el profesor Garrido en su obra, “(...) *todo Estado, para ser tal, requiere de una organización jurídica, pero no siempre por esa sola circunstancia adquiere la calidad de un Estado de derecho. En nuestra cultura jurídica la expresión derecho alude a un ordenamiento normativo producto de una manifestación de voluntad soberana de la sociedad, libremente expresada, no en un sistema normativo impuesto, sea por la autoridad o un grupo*”. GARRIDO, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 29.

50 MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal parte general*, 7ma edición, Argentina, editorial Repertor, 2005, p. 103. Quien estima que “si la función genérica de toda medida de seguridad es la prevención especial, a las distintas clases de medidas corresponden específicas funciones”.

Pero una de estas instituciones es la llamada a tomar protagonismo ante este fenómeno delictual, nos referimos al control social informal, el cual en definición del profesor Bustos es entendido “(...) como los recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurar de que los comportamientos de sus miembros se someterán a un conjunto de reglas y principios establecidos”⁵¹, como lo son la escuela, el trabajo, la familia, la iglesia, etc.

Es de cuidar, que el legislador no encuentre en las medidas reinsertivas la panacea para un Derecho Penal acentuado en su función simbólica. En buscar el efecto como dice Silva Sánchez, de un legislador atento y decidido. Es esclarecedor a este respecto lo expuesto por el profesor García-Pablos de Molina, quien siguiendo a Durkheim señala que:

“(...) el contenido de la *función simbólica* del Derecho Penal: si el delito simboliza la lesión de los sentimientos colectivos de la comunidad, lo tenido por bueno y correcto, la pena simboliza la necesaria reacción social: aclara y actualiza ejemplarmente la vigencia efectiva de los valores violados por el criminal, impidiendo que se entumezcan; refuerza la convicción colectiva en torno a la trascendencia de los mismo; fomenta y encauza los mecanismos de integración y solidaridad social frente al infractor y devuelve al ciudadano honesto su confianza en el sistema”⁵².

Opinión que se encuentra en consonancia con lo planteado respecto a la inversión que realice el Estado para satisfacer necesidades preventivo especiales y no de carácter preventivo negativas, la primera es repudiada por la opinión popular, y en especial, por la víctima. Ni tampoco se esmere en dictaciones de leyes arbitrarias ante la desesperación de buscar una solución a la delincuencia, ya que como bien señala un autor: “En el hecho sin embargo, debe reconocerse que muchas veces, en cuanto a su naturaleza y ejecución, en poco se diferencian una pena de una medida de seguridad. Un encierro como pena y un encierro como medida de seguridad son encierros los dos; una *multa-pena* y una *multa-medida*⁵³ salen igualmente del patrimonio del afectado”⁵⁴.

51 BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Nuevo sistema de Derecho Penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, págs. 19-20.

52 De todas formas, se debe reconocer que toda ley penal, lleva consigo inherentemente algo de función simbólica. El problema surge cuando la dictación de esa ley es sólo con ese objetivo. El profesor Luzón Peña estima que esta función se legitima cuando va unido a los fines preventivos y retributivos de la sanción, así también la estima como un refuerzo social. GARCÍA-PABLOS, ob. cit., págs. 188-195.

53 Respecto a la multa medida, algunos autores no consideran la multa como una medida de seguridad ya que ésta tiene un carácter manifestamente punitivo y no puede ser entendida como una medida. Faltaría el elemento preventivo especial, criterio discutible.

54 ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 230.

Así por último, y nuevamente siguiendo a Sanz Morán, refiriéndose a dichos de Ellscheid, el cual señala que:

“(...) el problema del sujeto peligroso es de *iustitia distributiva*. Se trata de ponderar el riesgo que el sujeto representa, e imputarlo a él mismo o a las víctimas potenciales” expresiones éstas que, de manera significativa, apuntan al dato que, en opinión de la doctrina mayoritaria, sirve de justificación a las medidas de corrección o de seguridad: la necesaria ponderación de los intereses en juego⁵⁵.

La sanción penal es necesaria para el desarrollo y convivencia social, pero con fines reinsertivos y no estigmatizantes que sólo produzcan incertidumbre ante el futuro próximo de la relación entre delincuente y ofendido, orientando sólo a castigar, lo que la transformaría en la principal arma de un Derecho Penal perverso.

VII. Bibliografía

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Nuevo sistema de Derecho Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- CERESO MIR, José, *Culpabilidad y pena*, ADPCP, t. XXXIV, Fascículo II, 1980, págs. 348-365.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal, parte general*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 1992, p. 51.
- DÍAZ, ALEJANDRA. “La experiencia de la mediación penal en Chile”, *Polít. crim.* Vol. 5, N°9 (Julio 2010), Art. 1, pp. 1-67. [http://www.politica-criminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1.pdf]
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, parte general*, 3ra edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, tercera edición, Madrid, España, 2005.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, parte general*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.
- HASSEMER, Winfried, “Perspectivas del Derecho Penal del futuro”, Trad. ANARTE BORRALLA, Enrique, Universidad de Huelva, *Revista Penal*, N°1 (1998).

55 Citando a ELLSCHEID, G. En: “*Zur Straftheorie von Anthony Duff*” (2004, págs. 25-34. SANZ, ob. cit., p. 16.

- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Trad. ORMEDO CARDENETE, Miguel, 5ta edición, editorial Comares, Granada, 1996.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, 1983.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal parte general*, 7ma edición, editorial Repertor, Argentina, Julio del año 2005.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general*, t. I, *Fundamento. La estructura de la teoría del delito*, Trad. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y DE VICENTE REMESAL, Javier, Civitas ediciones, España, 1997.
- SANZ MORÁN, Ángel, “El tratamiento del delincuente habitual”, *Polít. crim.* N°4 (2007), A3, págs. 1-16, en: http://www.politicacriminal.cl/n_04/a_4_4.pdf [visitado el 13.09.2014]
- SANZ MORÁN, Ángel, *Las medidas de seguridad y corrección en el Derecho Penal*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2003.
- TAPIA BALLESTEROS, Patricia, “Las medidas de seguridad. Pasado presente y ¿futuro? De su regulación en la legislación chilena y española”, *Polít. crim.* N°16 (2013), A7, págs. 574-599, en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A7.pdf [visitado el 05.10.2014].
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Trad. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ PÉREZ, Sergio, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición, Santiago de Chile, 1993.
- ZIFFER, Patricia, *Medidas de Seguridad, pronósticos de peligrosidad en el Derecho Penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2008.

RECURSO DE QUEJA ACOGIDO. ARTÍCULOS 94 Y 96 DEL CÓDIGO PENAL. QUERRELLA Y SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

La querrella se inserta en la etapa de la investigación correspondiente al procedimiento ordinario establecido para la pesquisa de los delitos de acción pública y que, además de constituir una de las formas de dar inicio a dicho procedimiento, evidencian en quien la formula –asumiendo el rol de querellante– la clara intención de cooperar en la actividad desarrollada por el Ministerio Público para la investigación del hecho delictivo y sus partícipes, todo lo cual permite concluir que la querrella, como trámite inicial del procedimiento, produce el efecto de suspender el curso de la acción penal en los términos indicados por el precitado artículo 96 del Código Penal.

Texto completo:

Santiago, ocho de enero de dos mil quince.

VISTOS:

A fojas 3 de estos antecedentes, don Raúl Meza Rodríguez, abogado en representación de la querellante doña A. A. D., ha interpuesto recurso de queja contra las ministras señoras Gloria Solís Romero y Viviana Toro Ojeda y del abogado integrante señor Ángel Cruchaga Gandarillas, en su calidad de integrantes de la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, con ocasión de las faltas o abusos cometidas en la dictación de la resolución de uno de octubre del año en curso, por la que resolvieron revocar la decisión de ocho de septiembre de dos mil catorce del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, declarando el sobreseimiento definitivo del proceso.

Explicando los hechos que fundamentaron su querrella crimi-

nal por cuasidelito de lesiones graves por negligencia, cometido en la persona de doña A. A. D., conforme disponen los artículos 490 y 491, ambos del Código Penal, que en enero de 2008, cuando la querellante se encontraba embarazada de 8 meses y medio, comenzó a presentar visión doble por lo que consultó al doctor C. L. F., oftalmólogo, quien la envió a realizarse una Resonancia Magnética Cerebral, que fue hecha por el doctor M. Q. E. en febrero de ese año y la que según su informe no mostraba ninguna anormalidad, como consignó en su ficha el doctor L.

Sin embargo y a pesar del diagnóstico, siguió presentando los síntomas descritos y posteriormente, el 12 de septiembre de 2011, la querellante llevó a su hija a un chequeo oftalmológico con el doctor H. I. y durante la consulta le preguntó sobre sus síntomas, éste, luego de un breve chequeo le indicó que se tomara una nueva Resonancia Magnética Cerebral, la

que se realizó el 13 de septiembre de ese mismo año; enviadas las placas a la doctora J. S., neuróloga, con fecha 15 de septiembre de 2011, le comunicó que tenía un tumor cerebral llamado Meningioma, por lo que concurre a la consulta del doctor L., el que le recordó que en su ficha médica se consigna que el resultado de ese examen fue normal.

Como consecuencia de ello, y teniendo dudas del resultado de la resonancia que se realizó en el año 2008, consiguió las placas de ese examen, que le fueron entregadas, las que proporcionó al doctor R. V., neuro-oncólogo, quien concluyó categóricamente que en las placas del año 2008 el tumor ya se encontraba presente pero en un menor tamaño.

Hace presente que después de tomar conocimiento del hecho médico culposo el 23 de octubre de 2012 interpuso la querrela criminal referida, por lo que para efectos de computar el plazo de prescripción de la acción penal conforme dispone el artículo 94 del Código Penal, los 5 años de la prescripción de la acción penal por el delito culposo éste debe contarse desde el día en que la querrelante tomó conocimiento del hecho médico culposo, es decir, desde el 15 de septiembre de 2011.

En su opinión resultaba improcedente contar dicho término desde el mes de febrero de 2008, porque la querrelante estaba imposibilitada de ejercer su acción puesto que no conoció del hecho sino hasta septiembre de 2011, por lo que la prescripción

de la acción penal se produce el 15 de septiembre de 2016, conforme lo dispuesto en el artículo 94 del Código Penal. Por ello el Ministerio Público tendría hasta esa fecha para formalizar la investigación en contra del imputado Dr. C. L. F., para efectos de interrumpir dicho plazo de prescripción de acuerdo a lo que prevé el artículo 233 letra a) del Código Procesal Penal.

Sostiene que la falta o abuso se verifica porque el sobreseimiento definitivo que se ha dictado se funda en lo dispuesto en los artículo 250 letra d) y 233 letra a) del Código Procesal Penal, porque los recurridos entienden que la formalización de cargos de la investigación contenida en el artículo 233 letra a) del Código de Enjuiciamiento Criminal, suspende de manera exclusiva el plazo de prescripción, desconociendo el efecto suspensivo que tiene la querrela interpuesta.

Por ello, se aplica a su parte una sanción procesal prevista para una situación que en la especie no concurre: porque si bien en el caso de autos no hubo formalización respecto del imputado, el plazo de prescripción se encontraba suspendido desde el momento en que se interpuso la querrela criminal en su contra, restringiendo el alcance del artículo 96 del Código Penal a la formalización de la investigación, dejando a su parte en la más completa indefensión.

De este modo, como el resultado que se ha producido en autos es consecuencia de la infracción de normas que imponen una conducta que los

jueces debieron respetar, pide acoger el recurso, dejando sin efecto la resolución que lo motiva y se dicte en su reemplazo una que niegue lugar al recurso de apelación deducido por la defensa del imputado contra la resolución que desestimó el sobreseimiento definitivo de los autos RUC N°1210031237-7, declarando que se sigan investigando los hechos que son materia de la querella interpuesta ante el Cuarto Juzgado de Garantía de esta ciudad.

A fojas 21 informan los recurridos, señalando que la decisión atacada fue adoptada teniendo en consideración los antecedentes que constan en autos, las alegaciones vertidas en estrados por los comparecientes y los fundamentos de la resolución recurrida, los que adjuntaron para mejor comprensión.

A fojas 25 se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que para una adecuada decisión de lo planteado, es necesario considerar que el tribunal de primera instancia, al negar el sobreseimiento solicitado por la defensa del imputado, estimó que al existir una disparidad entre el querellante y el Ministerio Público, toda vez que es al ente persecutor a quien se le entrega la facultad de iniciar la acción penal judicializando la investigación, entiende el a quo que la presentación de la querella tiene como efecto suspender el plazo de prescripción, rechazando en definitiva la petición de sobreseimiento

intentada por la defensa de Christian Luco.

En contra de dicha resolución la representante del imputado dedujo recurso de apelación, el que fue conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha uno de octubre de dos mil catorce, que revocó la decisión del Cuarto Juzgado de Garantía de esta ciudad, declarando el sobreseimiento definitivo de los antecedentes.

SEGUNDO: Que conviene precisar que son hechos no controvertidos, los siguientes:

a) La querellante se realizó la primera Resonancia Magnética Cerebral en febrero de 2008, por indicación del doctor C. L., examen que fue realizado por el doctor M. Q., quien informó que no presentaba ninguna anormalidad, tal y como se consignó en su ficha médica.

b) Con fecha 13 de septiembre de 2011, la recurrente se sometió nuevamente a una Resonancia Magnética Cerebral, cuyos resultados le fueron entregados el 15 de septiembre de ese año por la doctora J. S., quien le informó que tenía un Tumor Cerebral llamado Meningioma.

c) La querella criminal por el cuasidelito de lesiones graves por negligencia se interpuso el día 23 de octubre de 2012.

TERCERO: Que la defensa del querellado solicitó el sobreseimiento definitivo de los antecedentes sustentado en que en la especie

transcurrió de sobra el término de prescripción, tomando para ello en consideración que, conforme dispone el artículo 233 letra a) del Código Procesal Penal, la única actuación que suspende el curso de la prescripción es la formalización de la investigación de acuerdo a lo que preceptúa el artículo 96 del Código Penal; de manera que en atención a dichas normas procedía dictar el sobreseimiento definitivo según lo que se consigna en el artículo 250 d) del Código de Enjuiciamiento Criminal, postura que adoptaron los recurridos al revocar lo decidido por el juez a quo.

CUARTO: Que conforme a los hechos que han sido expuestos en el razonamiento segundo resulta claro que la interposición de la querrela se produjo antes de que se cumpliera el término de prescripción consagrado en el artículo 96 del Código Penal.

QUINTO: Que en razón de lo consignado precedentemente, corresponde ahora dilucidar si la suspensión de la prescripción se produce únicamente por la formalización de la investigación o si, por el contrario, la interposición de la querrela criminal tuvo la aptitud de suspender dicho término legal.

Dicho de otro modo, resulta necesario determinar la eficacia de la querrela criminal para suspender el curso de la prescripción de la acción penal, que en la especie fue aceptado en la forma por el juez de garantía, evidenciando tal razonamiento que, a su entender, de acuerdo al artículo 233 letra a) del Código Procesal

Penal, la formalización de la investigación no es la única vía para suspender la prescripción.

SEXTO: Que, en torno al tema planteado, conviene tener presente que el precepto recién citado, reconoce que uno de los efectos de la formalización de la investigación es el de suspender la prescripción de la acción penal, puesto que indica que ello tendrá lugar, “en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal”; norma sustantiva según la cual la prescripción se suspende cuando el procedimiento se dirige en contra del delincuente.

Por otra parte y conforme a lo que establece el artículo 172 del Código Procesal Penal, que encabeza el párrafo 2° del Título I de su Libro Segundo, sobre “Procedimiento Ordinario”, la querrela es uno de los medios idóneos para iniciar la investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito.

A su turno, el artículo 113 del mismo cuerpo normativo, refiriéndose a los requisitos de la querrela, señala entre éstos, además de la identificación de quien la deduce, una relación circunstanciada del hecho con apariencia delictiva a pesquisar, la individualización del querrellado, con indicación de su profesión u oficio, o una designación clara de su persona, si se ignoraren tales circunstancias y la expresión de las diligencias cuya práctica se solicitare al ministerio público. El respectivo libelo se presenta ante el juez de garantía y, admitido a tramitación por éste, el querrellante queda facul-

tado, según lo dispone el artículo 112, para hacer uso de los derechos que le confiere el artículo 261, entre los que figuran, el de adherir a la acusación del Ministerio Público o acusar particularmente, el de ofrecer prueba para sustentar su acusación y el de deducir demanda civil, cuando procediere.

SÉPTIMO: Que de las disposiciones legales enunciadas se desprende que la querrela se inserta en la etapa de la investigación correspondiente al procedimiento ordinario establecido para la pesquisa de los delitos de acción pública y que, además de constituir una de las formas de dar inicio a dicho procedimiento, evidencia en quien la formula -asumiendo el rol de querellante- la clara intención de cooperar en la actividad desarrollada por el Ministerio Público para la investigación del hecho delictivo y sus partícipes; todo lo cual permite concluir que la querrela, como trámite inicial del procedimiento, produce el efecto de suspender el curso de la acción penal en los términos indicados por el precitado artículo 96 del código punitivo.

OCTAVO: Que de acuerdo a lo expresado, sólo resta concluir que en casos como el que se revisa, la interposición de la querrela suspendió el plazo de prescripción de la acción penal destinada a perseguir el cuasidelito de lesiones graves por negligencia médica, por lo que en la especie no resultaba procedente decretar el sobreseimiento definitivo del proceso por la causal del artículo 250 letra d) del Código Procesal

Penal, ya que no ha operado ninguna de las modalidades de extinción de la responsabilidad penal del imputado que contempla la ley, por lo que al revocar la resolución que desestimó el sobreseimiento definitivo de estos antecedentes, los jueces del tribunal de segundo grado han cometido una falta grave que justifica el acogimiento del recurso de queja, toda vez que dicha conducta ha afectado sustancialmente las normas procesales que regulan la persecución penal, defecto que, por último, sólo puede ser corregido en este caso por medio de este arbitrio disciplinario.

NOVENO: Que sin perjuicio de lo decidido en los basamentos que preceden, esta Corte no puede dejar de advertir que en el presente caso se ha cometido una falta grave adicional, que fluye claramente de los antecedentes tenidos a la vista, esto es, la ausencia absoluta de fundamentación para disponer el sobreseimiento definitivo, desde que esta última resolución carece de los argumentos necesarios que le sirvan de sustento, puesto que en ella se aduce únicamente a "*los fundamentos señalados en esta audiencia*", infringiendo abiertamente lo previsto en el artículo 36 del Código Procesal Penal.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, **SE ACOGE** el recurso de queja deducido en lo principal de fojas 3, por don Raúl Meza Rodríguez, en representación de la querellante doña A. A. D. y, en consecuencia, **se deja sin efecto** la resolución de la Corte de

Apelaciones de Santiago, de uno de octubre de dos mil catorce, decidiéndose en cambio que se confirma la resolución de ocho de septiembre del año en curso, pronunciada por el 4° Juzgado de Garantía de Santiago, en la causa RIT 14361-2012, RUC N°1210031237-7, que rechazó el sobreseimiento solicitado por la defensa del imputado.

No se remiten estos antecedentes al Pleno de este tribunal, por estimar que no existe mérito suficiente para ello.

Acordada la negativa de enviar los antecedentes al Tribunal Pleno con el voto en contra del Ministro señor Juica, quien estuvo por disponer tal comunicación porque así lo ordena imperativamente el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

Comuníquese por la vía más expedita esta resolución a la Corte de Apelaciones de Santiago y al 4° Juzgado de Garantía de Santiago.

Regístrese, devuélvase el legajo de documentos a la Corte de Apelaciones de Santiago y, hecho, archívese.

Rol N°24.990-14

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R. y el abogado integrante Sr. Ricardo Peralta V. No firma el abogado integrante Sr. Peralta, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. CONTROL DE IDENTIDAD. INDICIOS. CONSUMO DE ALCOHOL EN LA VÍA PÚBLICA. FACULTADES DE CARABINEROS. PORTE DE DROGA. HALLAZGO INEVITABLE.**Tribunal: Corte Suprema****Resumen:**

A la luz de los artículos 25, 27 y 53 de la Ley N°19.925, sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas puede establecerse que los funcionarios policiales, al haberse percatado de la presencia de un individuo en un paradero de locomoción colectiva bebiendo una lata de cerveza, se enfrentaron a una contravención a la Ley de Alcoholes, de manera que debían efectuar las diligencias que prescribe dicha normativa.

Así, debía dejarse consignada la información de las actuaciones efectuadas como una novedad del turno de servicio en la población, de manera que conocer la identidad de la persona infractora se erige una actuación obligatoria del procedimiento.

El registro de las vestimentas aparece como una actuación rutinaria y procedente, desde que éste permite determinar circunstancias adicionales que sean relevantes a la hora de adoptar la decisión de amonestar o cursar multa; y también se aprecia como una conducta de sentido común y esperable para la protección de la seguridad no sólo de los funcionarios que acompañarán al infractor durante su traslado en el furgón, sino también de las personas que puedan encontrarse en el cuartel a su llegada y que es armónica con el rol preventivo de la institución.

La detección de la droga aparece como un hallazgo inevitable, impensado o no previsible que, por sí sólo evidencia la comisión de un delito y se verifica así la hipótesis de flagrancia de la letra a) del artículo 130 del Código Procesal Penal.

Las actuaciones realizadas no se enmarcan en el contexto de un control de identidad, sino que de la detección de una infracción a la Ley de Alcoholes, de manera que no es pertinente analizar la concurrencia de los presupuestos del artículo 85 del Código Procesal Penal para establecer su legalidad.

Texto completo:

Santiago, veintinueve de enero de dos mil quince.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles condenó en procedimiento ordinario, por sentencia de dos de diciembre de dos mil catorce, al imputado Johny Alberto Anabalón Fuentes como autor del delito consumado de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, cometido el día 12 de enero de 2014 en la comuna de Yumbel, a sufrir la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, más accesoria de sus-

pensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y a la pena de multa de 10 Unidades Tributarias Mensuales. Dispone el cumplimiento mediante la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena y exime al acusado del pago de las costas.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad, el que fue admitido a tramitación por resolución de fs. 42, fijándose a fs. 47 la audiencia en que se llevó a cabo su conocimiento.

A fs. 49 se incorporó el acta que da cuenta de su realización.

Considerando:

Primero: Que por el recurso se invoca únicamente la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, aquella que previene la infracción sustancial de garantías constitucionales durante la tramitación del proceso, en este caso, el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, por cuanto la sentencia basó la decisión de condena en algunas actuaciones que considera contrarias a derecho. Señala que el control de identidad al imputado se efectuó porque fue sorprendido consumiendo alcohol en la vía pública, actuación que derivó en un registro de sus vestimentas, produciéndose la detención por flagrancia en el porte de la sustancia ilícita; de manera que la actuación no se justificó en la existencia de indicios de que hubiese cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta. Afirma que el hecho

de beber en la vía pública constituye una contravención a la Ley de Alcoholes y no una falta penal, por tanto, la policía no estaba facultada para realizar el control de identidad ni el registro de las vestimentas del acusado en los términos del artículo 85 del Código Procesal Penal, cuestión que argumentó en juicio.

Agrega que el tribunal desechó esta alegación de la defensa indicando que la Ley de Alcoholes permite que se realicen estas diligencias respecto de quienes sean sorprendidos cometiendo una de las contravenciones señaladas en su articulado, pudiendo requerir su identificación conforme prescribe el artículo 25 de la Ley N°19.925, y proceder a la revisión de sus vestimentas a objeto de proceder al traslado, según ordena el artículo 27 del mismo cuerpo normativo. Explica que no comparte la justificación de la sentencia, porque en la Ley de Alcoholes no existe autorización para que los funcionarios lleven a cabo esa medida intrusiva y porque se ha hecho una interpretación extensiva de una norma que restringe los derechos y garantías del imputado —el artículo 27 de la Ley N°19.925—, cuestión que está prohibida conforme prescribe el artículo 5 inciso segundo del Código Procesal Penal.

Afirma que las diligencias, valoradas positivamente para condenar al acusado, se desarrollaron fuera del marco legal y constitucional que regula las actuaciones de la policía, transgrediendo así el derecho a un proceso previo legalmente tramitado y a una investigación racional y justa,

y adicionalmente el principio de legalidad contenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, concluyendo que toda actuación ilegal realizada por los órganos del Estado en la persecución criminal redundaría en la ilegalidad de la prueba de cargo, lo que conlleva una prohibición de valoración de la misma.

Precisa que solicitó la exclusión de las pruebas en la audiencia de preparación de juicio oral y que tales evidencias ilegítimamente obtenidas fueron determinantes para arribar a la decisión de condena. Finaliza solicitando se invalide el juicio y la sentencia, se retrotraiga el proceso hasta la audiencia de preparación de juicio oral, a fin que el tribunal de garantía no inhabilitado que corresponda proceda a la exclusión de los testigos Juan Neira Cisternas y Luis Sánchez Baamondes, así como de todas aquellas pruebas que emanan de las incautaciones realizadas, particularmente la droga, fotografías y peritajes recaídos en ellas, para que luego se disponga la realización de un nuevo juicio oral por el tribunal oral no inhabilitado que corresponda.

Segundo: Que en la audiencia llevada a cabo para el conocimiento del recurso la parte recurrente se desistió de la prueba de audio ofrecida para demostrar los fundamentos de la causal.

Tercero: Que a fin de resolver sobre la pretendida vulneración de garantías constitucionales, es preciso establecer los márgenes impuestos por la ley a las actuaciones de la policía

en un caso como el de la especie, y luego determinar las circunstancias de hecho que rodearon el hallazgo de la droga, para establecer si éstas permitían realizar el procedimiento que se efectuó respecto de Anabalón Fuentes.

En el primer aspecto, el inciso primero del artículo 25 de la Ley N°19.925, sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas, prohíbe el consumo de bebidas alcohólicas en calles, caminos, plazas, paseos y demás lugares de uso público, y sanciona la contravención a esta norma con multa o bien con amonestación, cuando aparecieren antecedentes favorables para el infractor. Los incisos siguientes del mismo precepto establecen el procedimiento a seguir, del que cabe destacar que son los funcionarios de la policía quienes determinan la sanción a aplicar en el caso y que el infractor cuenta con la posibilidad de allanarse y efectuar la consignación inmediata de un porcentaje de la multa ante el oficial de guardia de la unidad policial, como también de no consignar, caso en que se dispone su citación para que comparezca ante el Juez de Policía Local competente. Importa dejar constancia, además, que el oficial de guardia, o el suboficial en su caso, dará cuenta en el más breve plazo al Juzgado de Policía Local de las multas pagadas, del dinero recaudado y las citaciones efectuadas dejando constancia del hecho de ser la primera, segunda o tercera oportunidad en que las personas fueron sorprendidas incurriendo en esta contravención.

Adicionalmente, el artículo 27 de la citada ley dispone que *“En los casos a que se refieren los dos artículos precedentes, el infractor será conducido por Carabineros a un cuartel policial para dar cumplimiento a los trámites que se indican en dichos artículos, y para proteger su salud e integridad en conformidad a los incisos que siguen.”*

Finalmente, el artículo 53 de la ley establece que las infracciones a dicha ley se reputan contravenciones para todos los efectos legales y, en ese carácter, quedan sujetas a la competencia y al procedimiento aplicables a los Juzgados de Policía Local.

Cuarto: Que, en relación al contexto fáctico previo al hallazgo de la droga, es un hecho pacífico que los funcionarios de Carabineros habían sorprendido al acusado bebiendo una lata de cerveza en un paradero de locomoción colectiva. Los funcionarios policiales Sánchez y Neira agregan durante el juicio que al acercarse a Anabalón Fuentes éste se puso nervioso, por lo que realizaron un control de identidad y registro de sus vestimentas, oportunidad en que encontraron en el bolsillo del pantalón un envoltorio de papel café. Ambos añaden que en el evento de encontrar una persona bebiendo en la vía pública, ésta debe ser conducida a la unidad policial y que obligatoriamente deben registrar sus vestimentas antes de subirlo al furgón.

Quinto: Que, a la luz de los preceptos y del contexto fáctico reseñados, puede establecerse que los funcionarios policiales, al haberse percatado

de la presencia de un individuo en un paradero de locomoción colectiva bebiendo una lata de cerveza se enfrentaron a una contravención a la Ley de Alcoholes, prevista en el artículo 25 de esa ley, de manera que debían efectuar las diligencias que prescribe dicha norma. Ahora bien, tanto en caso de cursarle la multa respectiva o de amonestarlo, al menos debía dejarse consignada la información de las actuaciones efectuadas como una novedad del turno de servicio en la población, de manera que conocer la identidad de la persona infractora se erige una actuación obligatoria del procedimiento. El registro de las vestimentas, a su turno, aparece como una actuación rutinaria y procedente, desde que éste permite determinar circunstancias adicionales -como puede ser el porte de más bebida alcohólica- que sean relevantes a la hora de adoptar la decisión de amonestar o cursar multa; y también se aprecia como una conducta de sentido común y esperable para la protección de la seguridad no sólo de los funcionarios que acompañarán al infractor durante su traslado en el furgón, sino también de las personas que puedan encontrarse en el cuartel a su llegada y que es armónica con el rol preventivo de la institución.

En este estado de cosas, la detección de la droga aparece como un hallazgo inevitable, impensado o no previsible que, por sí sólo, a consecuencia de la naturaleza prohibida de la mantención del estupefaciente, evidencia la comisión de un delito en un grado de certeza que descarta la simple sospecha del ilícito. En ese

sentido, entonces, se verifica la hipótesis de flagrancia de la letra a) del artículo 130 del Código Procesal Penal, desde que el porte de pequeñas cantidades de droga sin la competente autorización constituye el delito contemplado en el artículo 4 de la Ley N°20.000.

Sexto: Que, de esta manera, aparece que la actuación policial ha sido efectuada al amparo de lo previsto en los artículos 25 y 27 de la Ley sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas, tanto en lo relativo a la identificación del imputado como al registro de sus vestimentas, diligencias que luego facultaron a los funcionarios de Carabineros a practicar la detención en flagrancia, ante el hallazgo casual de la droga.

De lo anterior se puede concluir que las actuaciones realizadas no se enmarcan en el contexto de un control de identidad, sino que de la detección de una infracción a la Ley de Alcoholes, de manera que no es pertinente analizar la concurrencia de los presupuestos del artículo 85 del Código Procesal Penal para establecer su legalidad. En este sentido, si bien los aprehensores afirmaron en juicio que realizaron un control de identidad a causa del nerviosismo que presentó Anabalón Fuentes al momento de advertir la presencia policial, con lo que entendieron, en forma errónea, que estaban facultados a efectuar su registro a la luz de las prescripciones del citado artículo 85, tal aserto no pasa de ser la estimación subjetiva de los deponentes que, si bien emana de testigos con un mayor grado de experiencia sobre

dicho punto, no es vinculante para los juzgadores a la hora de resolver la legalidad o ilegalidad de la actuación policial. Por lo antes dicho, no es reprochable que la sentencia recurrida sostenga la legalidad de las actuaciones policiales en las disposiciones de la Ley N°19.925, y no en las argumentaciones dadas en estrados por los funcionarios aprehensores.

En conclusión, las actuaciones en análisis han sido efectuadas dentro del marco de la legalidad, y por ello no ha sido infringida la garantía constitucional del debido proceso en perjuicio del acusado, ya que las pruebas obtenidas en tales actuaciones han podido ser válidamente incorporadas en juicio y valoradas positivamente por los sentenciadores para fundar la decisión de condena, de manera que el recurso de nulidad será desestimado.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido en lo principal de fs. 22 por la defensa del acusado Johny Alberto Anabalón Fuentes contra la sentencia de dos de diciembre de dos mil catorce, cuya copia corre agregada a fs. 1 y siguientes y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1400040885-K, RIT 161-2014, los que en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dolmestch.

Rol N°32.100-14

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R. y el abogado integrante Sr. Jorge Lagos G. No firman

el Ministro Sr. Cisternas y el abogado integrante Sr. Lagos, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso y ausente, respectivamente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. ACTUACIONES AUTÓNOMAS DE LA POLICÍA. INGRESO A LUGAR CERRADO.

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

El Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a 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 encuentre sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces.

La regla general de la actuación de la policía es que se realiza bajo las órdenes o instrucciones del Ministerio Público y como excepción, su desempeño autónomo en la ejecución de pesquisas y detenciones en precisos y determinados casos delimitados claramente por el legislador, que incluso ha fijado un límite temporal para su vertiente más gravosa (las detenciones) con el objeto de eliminar o reducir al máximo la discrecionalidad en el actuar policial del que se derive restricción de derechos.

Se trata 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 encargado 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.

Sobre la hipótesis que contempla el artículo 206 del Código Procesal Penal, la doctrina nacional ha señalado que ella se encuadra dentro de las actuaciones de la policía que pueden ser realizadas sin orden judicial previa y constituye una de las manifestaciones de la flagrancia que la propia Constitución prevé como excepción a la necesidad de autorización judicial previa para la limitación de derechos fundamentales.

En consecuencia, dicha norma ha de ser interpretada de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 129 y 130 del Código Procesal Penal, demandando su análisis conjunto con el objeto de dotar de contenido a cada uno de sus preceptos ya que el propio legislador procesal se ha encargado de regular los aspectos mencionados, de manera que para el análisis de la concurrencia de la situación prevista en el artículo 206 del Código Procesal Penal, ha de estarse a las prescripciones que la ley imperativamente ordena considerar.

El procedimiento policial fue realizado en cumplimiento de los deberes que el artículo 83 impone a las policías al ser solicitada su intervención por la víctima en circunstancias e instantes inmediatos a la perpetración y persecución del delito pesquisado, requerimiento que aparece razonablemente revestido de los elementos que el artículo 130 del Código Procesal Penal ordena considerar para admitir la hipótesis excep-

cional de actuación en circunstancias de flagrancia, como se desprende de la secuencia fáctica que el motivo 12° describe al analizar la prueba rendida para dar respuesta a las argumentaciones de la defensa, por lo que sólo cabe concluir que la detención efectuada lo ha sido dentro del marco temporal y legal que las disposiciones citadas prescriben.

Hay voto en contra del Ministro Sr. Carlos Cerda Fernández, quien estuvo por acoger el recurso de nulidad.

Texto completo:

Santiago, tres de marzo de dos mil quince.

VISTOS:

En los antecedentes RUC N°1400378807-6, RIT N°150-2014 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Angeles, se dictó sentencia el dos de enero de dos mil quince, por la que se condenó a Jonathan Patricio Lermenda Salazar como autor del delito de robo por sorpresa consumado cometido en Los Ángeles el día 17 de abril de 2014, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

En contra del referido fallo la abogada defensora doña Andrea Romero Jara interpuso recurso de nulidad, el que fue admitido a tramitación por resolución de fs. 41.

La audiencia pública en que se conoció el recurso se verificó el once de febrero pasado, con la concurrencia y alegatos de la defensora señora

Marcela Bustos, por el sentenciado y del abogado don César Bunger, por el Ministerio Público y luego de la vista se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que rola a fojas 45.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad se sustenta, en primer término, en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en relación con lo preceptuado en el artículo 19 nro. 3, inciso 5° y N°7 letra f) de la Constitución Política del Estado, por haber vulnerado la sentencia de autos el debido proceso, señalando que da por establecido los hechos que detalla con las declaraciones concordantes de la víctima y dos funcionarios policiales. Sin embargo, la detención de su representado, recuperación de la especie sustraída y reconocimiento de la víctima fueron producto de una diligencia ilegal de Carabineros, ya que ingresaron a un inmueble cerrado, sin orden previa del fiscal y sin encontrarse en ninguna de las hipótesis legales que lo autorizan. Por ello, en la audiencia de 18 de abril de 2014 se declaró ilegal la detención del condenado, decisión que no fue recurrida por el Ministerio Público, lo que permitió fundamentar en la audiencia de preparación del juicio oral su solicitud de exclusión de la prueba consistente en la declaración de los funcionarios, las fotografías de la especie incautada y del detenido, petición que se reiteró en la audiencia de juicio oral.

Indica que las alegaciones de la defensa fueron desestimadas porque el procedimiento habría sido uno de delito flagrante, autorizado por el artículo 83 del Código Procesal Penal, señalando que la dinámica de hechos corresponde a la situación que consagra el artículo 130 del Código Procesal Penal, por lo que la policía actuó dentro de los márgenes del artículo 129, en persecución del autor en un tiempo inmediato, ya que la víctima solicitó ayuda en ese momento, por lo que no se ha perdido la actualidad que demanda el artículo 129 invocado. Hace presente, sin embargo, que la norma de detención en flagrancia es una excepción a la regla general de detención por orden del funcionario público expresamente autorizado por la ley, de manera que su aplicación supone la constatación rigurosa de sus supuestos y, en la especie, no se advierten dichas circunstancias ni las consagradas en las letras a) y b) del artículo 130, ni las restantes, conocidas como flagrancia ficta, que suponen una sindicación ostensible, esto es, que se haga con el sujeto aún a la vista. En efecto, en este caso, fue necesaria una entrevista con la víctima para que describiera al imputado y otras señales, como el domicilio en que había entrado, lo que demuestra que no se cumple con la norma. Por eso, la invocación a la letra d) del artículo 130 es ajena al caso en comento, ya que el ingreso se realizó en virtud de facultades autónomas fuera de los casos previstos para ello, por cuanto la norma excepcionalísima que autoriza la entrada a un lugar cerrado afecta dos derechos

fundamentales: la libertad personal y la inviolabilidad del hogar, de modo que se requiere de la concurrencia de dos requisitos que no pueden ser interpretados extensivamente, conforme lo dispone el artículo 5° del Código Procesal Penal: que sea la policía la que se encuentre en actual persecución de un sujeto que deba ser detenido en situación de flagrancia; y que para el agente policial sea ostensible la comisión del delito, de manera que no exista proceso de inferencia o deducción sobre el punto. Estas exigencias disminuyen los riesgos de arbitrariedad o error y son proporcionadas a la magnitud intrusiva de la diligencia, elementos que no concurren en este caso, por lo que la detención ha sido ilegal y la obtención de evidencia también, sin que ella pueda ser considerada en el juicio.

Termina este apartado solicitando se anule el juicio oral y la sentencia condenatoria dictada, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio por tribunal no inhabilitado al efecto, debiendo excluirse, en el caso de aceptar esta causal principal, la prueba testimonial y material.

SEGUNDO: Que en forma subsidiaria al motivo de nulidad descrito precedentemente, la misma parte sostiene que en la especie se configura la causal de invalidación consagrada en el artículo 374 letra e), en relación con los artículos 297 y 342 letra c) del Código Procesal Penal, ya que al establecer los hechos materia de la condena, la sentencia analizó la prueba de cargo consistente en la

declaración de la víctima, del cabo primero Leonardo Jara, del suboficial Pavez y del acusado, estimando las primeras concordantes y desechando las alegaciones de la defensa que acusa contradicciones por considerar que ellas no son relevantes, en atención al reconocimiento espontáneo y creíble de la víctima. Sin embargo, esta conclusión tiene respaldo en la impresión causada en el tribunal por la declaración de la afectada, sin que se explique porqué dos testimonios sobre elementos tan contradictorios como el número de detenidos y la ropa del imputado pueden ser obviados alcanzando de todos modos el estándar de convicción que exige la ley. Lo anterior, agrega, da cuenta del incumplimiento por parte del tribunal de los estándares fijados por ley para alcanzar convicción (cita al efecto los artículos 19 N°3 inciso 5°, artículos 1, 4 y 5 de la Constitución Política de la República, 36 y 340 del Código Procesal Penal) ya que la relación expuesta da cuenta de la contradicción de lo concluido con los principios de la lógica al no existir fundamentación bastante en la sentencia, lo que acarrea infracción al principio de razón suficiente, por lo que debe anularse la sentencia dictada y el juicio oral que la precedió, retrotrayendo el procedimiento al estado de celebrar nuevo juicio oral por tribunal no inhabilitado.

TERCERO: Que, para efectos de acreditar las circunstancias que justificarían la causal principal de nulidad alegada, la defensa rindió prueba en la oportunidad procesal correspondiente, consistente en la reproducción de las pistas de audio

signadas con el número 1 del otrosí del recurso, escuchando esta Corte la resolución del Tribunal de Garantía competente por la que se declaró la ilegalidad de la detención del acusado.

CUARTO: Que el hecho que se ha tenido por establecido por los jueces del Tribunal Oral en el motivo Noveno de la sentencia que se impugna, es el siguiente: “*Que el día 17 de abril de 2014, aproximadamente a las 18 horas, el acusado ya individualizado se encontraba al interior de un bus el cual se detiene en calle Villa-grán esquina Lautaro, de la ciudad de Los Ángeles y se acerca a la zona media de éste y le arrebató por sorpresa, desde las manos, a la víctima Alda Cifuentes Ramírez, el teléfono celular marca Samsung, color negro, para con la especie en su poder huir del lugar, y más tarde ser detenido.*”

Asimismo, en el considerando Duodécimo del fallo, los referidos jueces establecieron como presupuesto de lo decidido que el inmueble en el cual se produjo la detención se trataba de una casa abandonada, en que cualquier persona de la calle entra y sale desde allí, sin que se demostrara que las personas mencionadas fueran sus propietarios, arrendatarios o la tuvieran a su cargo por cualquier título, encontrándose con su puerta semi abierta al momento del ingreso del personal policial.

QUINTO: Que, en lo concerniente a la infracción denunciada en el motivo de nulidad principal, cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitu-

ción 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, le 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.

SEXTO: Que, en otro orden de consideraciones, en cuanto a las facultades autónomas de actuación que la ley le entrega al personal policial, así como en lo referido al respeto y protección de la vida privada en relación con la entrada al inmueble donde se practicó la detención del recurrente y la obtención de evidencias, esta Corte Suprema ya ha señalado 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 dicho sistema debe ser excluido del mismo. En este sentido,

se afirma por la dogmática que “el Estado está obligado de modo especial a velar por el irrestricto respeto de las garantías fundamentales y a evitar sin más los efectos ilegítimos de los atentados de que son objeto, (...) de no verificarse la exclusión de la prueba obtenida con inobservancia de tales garantías fundamentales el Estado estaría usando como fundamento de una eventual condena el resultado de una vulneración constitucional”. (*La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, Héctor Hernández Basualto, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, año 2005, N°2, p.p. 65-66) (SCS 23.930-2014 y 25.003-2014).

SÉPTIMO: 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 de los acusados.

OCTAVO: Que la sentencia en su motivo Duodécimo consignó expresamente sobre la actuación policial que “*lo que los efectivos realizaron fue un procedimiento flagrante... dando cumplimiento al artículo 83 del Código Procesal Penal, que autoriza su actuación sin previa orden del Fiscal... circunstancias que, analizadas en su conjunto, ameritaban por parte de Carabineros actuar sin orden previa, por encontrarse en un caso de flagrancia de los establecidos en la disposición del artículo 130 del Código Procesal Penal... por lo cual la policía actuó*

dentro de los márgenes del artículo 129 del Código Procesal Penal, porque se encontraba en persecución del acusado en un tiempo inmediato, esto es, dentro del lapso de 12 horas como lo indica el artículo 130 inciso final, y por tanto, Carabineros estaba en actual persecución del acusado al haberse comunicado la víctima con los carabineros, justo cuando el sujeto recién había ingresado al domicilio... sindicándole el mismo y entregándole las características físicas y de vestimentas del acusado, por lo que se daba la inmediatez que precisa el procedimiento de flagrancia, por lo cual al haber solicitado la ayuda en ese momento de actual persecución, no se pierde la actualidad que exige la norma establecida en el artículo 129 del Código Procesal Penal y la actuación de la policía solo complementa la realizada ya por la víctima, por lo cual se trata a juicio de estos sentenciadores de un solo procedimiento.”

Respecto de la entrada al inmueble de calle Manso de Velasco N°156, los jueces recurridos descartaron la obligación del personal policial de recurrir a alguna de las hipótesis del artículo 206 del Código Procesal Penal para ingresar al referido lugar al no concurrir sus presupuestos, esto es, que se trate de un lugar cerrado, un domicilio susceptible de ser protegido mediante el expediente de exigir a los funcionarios las autorizaciones que detalla la ley citada, motivo por el cual concluyeron que no existió vulneración alguna de las normas procesales penales invocadas por la defensa, desestimando tales alegaciones.

NOVENO: Que así, entonces, para la decisión de lo debatido resulta útil tener en consideración que esta Corte Suprema ha sostenido en los pronunciamientos SCS Rol N°4653-13, de 16 de septiembre de 2013, SCS Rol N°11767-13, de 30 de diciembre de 2013 y SCS 23.683-2014, de 22 de octubre de 2014, que el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a 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 encuentre sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (artículo 80 del Código Procesal Penal).

A su turno, el artículo 83 del mismo texto legal 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).

En relación a la hipótesis contemplada en la letra b) antes citada, el artículo 130 del código adjetivo define lo que se entiende por situación de flagrancia, señalando que se encuentra en ella el que actualmente se encontrare cometiendo el delito (letra a); el que acabare de cometerlo (letra b); el que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice (letra c); el que en tiempo inmediato a la perpetración de un delito fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales en si mismo, o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo (letra d) y 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 (letra e), precisando, a continuación, lo que debe entenderse por “tiempo inmediato”, para los efectos de estas dos últimas hipótesis enunciadas.

Por último, es preciso tener en cuenta que el artículo 129 del estatuto citado regula la detención que puede realizar cualquier persona que sorprende a otra en delito flagrante, para poner al detenido a disposición del juez. Esta situación, se ha señalado, constituye una excepción a la exigencia de la orden de detención previa, siendo una facultad para los particulares, pero para los agentes policiales constituye una obligación.

DÉCIMO: Que las disposiciones recién expuestas establecen que

la regla general de la actuación de la policía es que se realiza bajo las órdenes o instrucciones del Ministerio Público y como excepción, su desempeño autónomo en la ejecución de pesquisas y detenciones en precisos y determinados casos delimitados claramente por el legislador, que incluso ha fijado un límite temporal para su vertiente más gravosa (las detenciones) con el objeto de eliminar o reducir al máximo la discrecionalidad en el actuar policial del que se derive restricción de derechos.

Dicha regulación trata, 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 encargado 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.

UNDÉCIMO: Que tratándose de una entrada y registro a un domicilio particular, hipótesis en la que se restringen o perturban derechos de los ocupantes, resultan aplicables los preceptos contenidos en los artículos 205 y 206 del Código Procesal Penal. El primero de ellos requiere que el propietario o encargado del lugar consienta expresamente en la práctica de la diligencia o que se obtenga autorización del juez, en

caso contrario; resultando procedente en los casos en que se presume que el imputado o medios de comprobación del hecho que se investigare se encontraren en un determinado lugar. El segundo precepto permite la entrada y registro sin el consentimiento ni la autorización antes indicada, en caso que las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito.

DUODÉCIMO: Que sobre la hipótesis que contempla el artículo 206 del Código Procesal Penal – norma citada en apoyo de la tesis del Ministerio Público y denunciada como conculcada por la defensa– la doctrina nacional ha señalado que ella se encuadra dentro de las actuaciones de la policía que pueden ser realizadas sin orden judicial previa y constituye una de las manifestaciones de la flagrancia que la propia Constitución prevé como excepción a la necesidad de autorización judicial previa para la limitación de derechos fundamentales (María Inés Horvitz Lennon, Julián López Masle; Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, año 2002, página 503).

Así, en consecuencia, dicha norma ha de ser interpretada de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 129 y 130 del Código Procesal Penal, demandando su análisis conjunto con el objeto de dotar de contenido a cada uno de sus preceptos ya que el propio legislador procesal se ha encargado de regular los aspectos mencionados, de manera que para

el análisis de la concurrencia de la situación prevista en la norma ha de estarse a las prescripciones que la ley imperativamente ordena considerar.

DÉCIMO TERCERO: Que, de acuerdo a lo expresado precedentemente, entonces, resulta acertada la decisión de los jueces del grado que han entendido la situación de autos comprendida en el marco regulativo que imponen los artículos 83, 129 y 130 del Código Procesal Penal y al margen de lo dispuesto en el artículo 206 del mismo cuerpo de leyes, al señalar que la situación en comento es una de aquellas constitutivas de flagrancia que, como tal, se encuentra regulada en el artículo 130 mencionado, por lo que los funcionarios policiales obraron acertadamente al proceder al ingreso al lugar mencionado sin recabar el consentimiento de la persona que se ha indicado por la defensa como su titular, al aparecer de los antecedentes que no se trataba de un espacio que demandara la protección que la norma mencionada entrega, ya que carece de la calidad de inmueble cerrado, aspecto asentado y no impugnado que este tribunal no puede desatender en la decisión de lo debatido.

Por lo demás, el procedimiento policial fue realizado en cumplimiento de los deberes que el artículo 83 impone a las policías al ser solicitada su intervención por la víctima en circunstancias e instantes inmediatos a la perpetración y persecución del delito pesquisado, requerimiento que aparece razonablemente revestido de los elementos que el artículo 130 ordena considerar para admitir

la hipótesis excepcional de actuación en circunstancias de flagrancia, como se desprende de la secuencia fáctica que el motivo 12° describe al analizar la prueba rendida para dar respuesta a las argumentaciones de la defensa, por lo que sólo cabe concluir que la detención efectuada lo ha sido dentro del marco temporal y legal que las disposiciones citadas prescriben.

DÉCIMO CUARTO: Que, en consecuencia, cabe estimar que al proceder del modo que lo hicieron, los funcionarios policiales no transgredieron en el caso concreto las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no han vulnerado las normas legales que orientan el proceder policial como tampoco a las garantías y derechos que el artículo 19° N°3 de la Constitución Política reconoce y garantiza a los imputados, por lo que los jueces del tribunal oral no incurrieron en vicio alguno al aceptar con carácter de lícita la prueba de cargo obtenida por la policía en la referidas circunstancias y que fuera aportada al juicio por el Ministerio Público, de manera que el capítulo en estudio será desestimado.

DÉCIMO QUINTO: Que, en lo referido a la causal subsidiaria hecha valer, resulta útil tener en consideración 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, ya que la motivación de la sentencia legitima la función jurisdiccional y permite conocerla no sólo al acu-

sado sino a todos los intervinientes en el proceso criminal. Este proceso, entonces, supone exponer razones, formular interpretaciones y exponer tomas de 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.

Así, entonces, revisada la sentencia atacada para los efectos de tutelar la satisfacción de los mandatos descritos precedentemente, resulta forzoso concluir que no son efectivos los defectos que postula el recurso, pues ella cumple con todas las exigencias antes referidas: el tribunal recurre a la prueba rendida y expone todas las reflexiones que condujeron a los jueces inequívocamente al establecimiento del delito y a la participación que se atribuye al acusado, motivaciones que se explayan sobre los medios de prueba ofrecidos, apreciados por los juzgadores en la forma y dentro de los límites señalados en el artículo 297 del Código Procesal Penal, por lo que lo expresado para dar valor a los testimonios y demás pruebas presentadas en la audiencia del juicio no se traduce, en modo alguno, en una contravención a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, pues el fallo aporta sus motivos y expresa con claridad cómo y por qué arribó a una determinada conclusión.

DÉCIMO SEXTO: Que, por el contrario, del tenor del recurso se desprende claramente que lo que se intenta impugnar es la valoración de la prueba que hizo el tribunal sobre

la base de la cual fijó los hechos conforme a los que calificó la participación del acusado como autor del delito, así como las razones que llevaron a desestimar la propuesta de la defensa, rechazando su petición de absolución.

Por lo demás, el recurso sólo destaca ciertas contradicciones que surgirían de un análisis individual y estático de las probanzas y que, además de ser propias de un recurso de apelación - ajenas por lo tanto al mecanismo de impugnación intentado - desconocen la secuencia dinámica y compleja de los hechos pesquisados, careciendo de la eficacia legal requerida para configurar la causal de nulidad intentada.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que de acuerdo a lo expresado, es dable concluir que las pretendidas contradicciones en la valoración de la prueba que sirven de sustento al recurso no son tales, lo que se concluye con la sola lectura del fallo impugnado, que permite perfectamente la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegó el tribunal, todo lo cual impide que el vicio denunciado, como constitutivo de invalidación absoluta que contempla el artículo 374 e) del mentado código, pueda prosperar.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 372, 373, letra a), 374 letra e), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad deducido a fojas 18 por doña Andrea Romero Jara, abogado defensor penal público lici-

tado, a favor de Jonathan Patricio Lermada Salazar, contra la sentencia de dos de enero del año en curso, cuya copia está agregada a fs. 1 y siguientes de este legajo y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1400378807-6 y RIT 150-2014, del Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles, los que en consecuencia, **no son nulos**.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Cerda, quien estuvo por acoger el recurso intentado y dictar una sentencia de reemplazo absolutoria, teniendo para ello principalmente en consideración que:

- 1) La sentencia que se pide anular deja sentado que el arresto se produjo en un lugar cerrado, lo que descarta la aplicación del artículo 129 inciso final del Código Procesal Penal, si se considera que para el ingreso y registro del mismo su artículo 205 exige el expreso consentimiento de su propietario o encargado, el que el fallo no da por establecido.
- 2) Si bien estos discrepantes no se desentienden que la inicial declaración de ilegalidad de la detención del recurrente no inhibe la prosecución del trámite, no está demás traerlo aquí a colación en apoyo de lo señalado.
- 3) A efectos de la flagrancia cuyas posibilidades deja descritas el artículo 130 del mencionado código, no parece razonable prescindir de datos de la causa, certeramente recogidos por la resolución en estudio, que dan cuenta de una discontinuidad en el dominio de la escena que necesariamente ha de existir de parte de la

ofendida, desde el instante en que es victimada hasta aquel en que es ubicado y aprehendido aquel a quién se le sindicó como hechor.

En efecto, viene acreditado que en un primer momento la ofendida tomó contacto con Carabineros de la policía montada; que fueron éstos los que informaron a otros miembros de la policía uniformada, que se apersonaron en patrulleras o vehículos institucionales; y, todavía, que ninguno de los anteriores, sino otros, ingresó al recinto cerrado a registrar y detener al encausado.

En criterio del disidente ello inhibe cualquiera de las tesis eventualmente pertinentes del citado artículo 130.

4) No obsta a lo anterior la circunstancia de haberse encontrado en poder del detenido, según la versión policial, un aparato celular que la afectada dijo pertenecerle, por cuanto la ausencia de la recién referida cadena de continuidad no garantiza que el origen de esa virtualmente transitoria pertenencia hubiere de radicar en el hecho apropiatorio motivo de enjuiciamiento.

No está de más recordar que uno de los elementos que de manera importante gatilló el cambio del sistema

procesal penal chileno, fue el de no dejar entregado a las policías el crucial momento en que ellas se relacionan, *ab initio*, con un imputado, en ausencia, incluso, de un defensor.

5) En fin, tampoco la posibilidad de ser cierto que el celular de la denunciante haya sido encontrado entre las ropas del sentenciado, es suficiente para configurar la flagrancia, desde que por su misma naturaleza ésta hubo de configurarse, en un caso como el de la especie, en un tiempo pretérito al de tal presunto descubrimiento.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Blanco y del voto su autor.

Rol N°999-2015.

Pronunciado por la Segunda Sala de Febrero integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Ricardo Blanco H., Sra. Andrea Muñoz S. y Sr. Carlos Cerda F.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RECHAZADO. ARTÍCULO 248 LETRA C) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. FACULTAD DE NO PERSEVERAR

Tribunal: Tribunal Constitucional

Resumen:

Voto de mayoría sustentado por el Presidente Ministro señor Carlos Carmona Santander, Ministra señora Marisol Peña Torres, y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza:

El Tribunal Constitucional no está facultado para pronunciarse sobre si procede o no que el Ministerio Público haya declarado el cierre de la investigación. Tampoco puede decidir sobre si existen antecedentes suficientes o no para fundar una acusación.

La persecución penal que lleva adelante el Ministerio Público se caracteriza por ser una persecución penal pública, en que los órganos encargados de la persecución penal forman parte del aparato estatal. Sólo en una persecución penal de este tipo tiene sentido hablar de selección de casos y de aplicación del principio de eficiencia en el uso de los recursos.

En cambio, en los modelos de persecución penal privada, en que la persecución penal está entregada a los ofendidos por el delito, “las ideas de legalidad, selectividad o discrecionalidad son completamente desconocidas, ya que se trata de modelos que operan sólo en la medida que el afectado quiera accionar de alguna forma en contra del ofensor.” (Duce, Mauricio, y Riego, Cristián; Proceso Penal; Editorial Jurídica; Santiago, 2007; pág. 78).

En el proceso de dirección de la investigación el Ministerio Público puede actuar ejerciendo potestades configuradas con elementos discrecionales, que convocan a su estimación o juicio subjetivo.

El hecho de que la persecución penal provenga de los órganos del Estado, explica que la víctima no pueda ocupar el mismo lugar ni el mismo rol que ocupa el Ministerio Público en el sistema.

A pesar de que no son equivalentes con las facultades del Ministerio Público, se establecen facultades equiparables para que la víctima pueda hacer valer sus intereses en el proceso. Pero unas son potestades públicas, es decir, poderes jurídicos para imponer conductas, y las otras, derechos.

El fiscal puede elegir entre las tres alternativas mencionadas en el artículo 248 del Código Procesal Penal, pero siempre sujeto a la condición de haber practicado todas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores y ateniéndose a los resultados que arrojen los antecedentes reunidos. La evaluación de estos elementos es una facultad discrecional.

En consecuencia, la facultad que le permite al fiscal acusar es la misma que le permite solicitar sobreseimiento y la misma que le permite no perseverar. Las tres facultades son expresiones de la discrecionalidad propia que se le ha concedido como órgano encargado de dirigir la investigación del proceso penal de modo exclusivo.

Para que el Ministerio Público pueda ejercer la facultad de no perseverar en la investigación, es necesario que se cumpla una serie de requisitos previos. Estos son los elementos reglados de la potestad que se le otorga, sin perjuicio de que en ellos existan elementos discrecionales.

La decisión de no perseverar en el procedimiento no está sometida a la aprobación del juez de garantía, y en eso se diferencia del sobreseimiento. Dicha característica tiene relación con la naturaleza investigativa de la facultad de no perseverar y con la lógica de la Reforma en el sentido de separar funciones administrativas y jurisdiccionales en distintos órganos.

La existencia o no existencia de un mérito probatorio que permitiera fundar una acusación, era una cuestión cuya determinación correspondía esencialmente al órgano encargado de la investigación penal y no constituía, en cambio, materia de pronunciamiento jurisdiccional.

La facultad de no perseverar en la investigación es una expresión de las facultades discrecionales que se le han otorgado al Ministerio Público para llevar adelante la dirección de la investigación de manera exclusiva. Ello no obsta a que dicha discrecionalidad esté sometida a varios requisitos, ya que se trata de una discrecionalidad no arbitraria. Por otra parte, ésta corresponde al Ministerio Público sin intervención del juez de garantía. Ello se justifica en que ésta es una facultad estrictamente investigativa y no jurisdiccional, y por ello se diferencia del sobreseimiento, que sí requiere aprobación del juez de garantía.

El hecho de que no intervenga el juez de garantía, sin embargo, no significa que la víctima quede a merced de las eventuales arbitrariedades del fiscal, pues la víctima tiene distintos tipos de resguardos frente al Ministerio Público y se le reconocen diversos derechos en todo el curso del proceso penal.

La víctima tiene diversos derechos en el proceso penal, pero no se puede afirmar que ésta tenga directamente un derecho a que se investigue.

Si el Ministerio Público evita llevar adelante la investigación por razones que resultan arbitrarias, se producirá una infracción normativa, pero no la violación de un supuesto derecho subjetivo a la investigación y a la condena del supuesto culpable del delito.

Puede afirmarse que el Código Procesal Penal está estructurado de tal modo que cada institución en la que el fiscal puede actuar con cierta discrecionalidad, tiene un mecanismo de seguro en favor de la víctima y de sus intereses.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Juan José Romero Guzmán y de la señora María Luisa Brahm Barril, quienes estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad.

Texto completo:

Santiago, veintinueve de enero de dos mil quince.

VISTOS:

Con fecha 26 de junio de 2014, el abogado Mario Vivanco Pino, por sí, ha solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, por considerar que en su aplicación se vulneran los artículos 7°, 76 y 83 de la Carta Fundamental.

Precepto legal impugnado.

El precepto cuya aplicación se cuestiona dispone:

“Artículo 248.- Cierre de la investigación. Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes:

...

c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.”

Gestión invocada.

La gestión invocada es una investigación penal, no formalizada, seguida ante la Fiscalía local de Curacaví, en virtud de una querrela interpuesta por el requirente de inaplicabilidad, por delitos de daño y robo en contra de quienes resulten responsables, referida a la destrucción de un cerco

y sustracción de especies (postes y alambrada) por un monto de 110 mil pesos, acaecidos en un predio de su propiedad, rolando la querrela a fojas 29 del presente proceso.

Antecedentes.

Señala la parte requirente que ha sido objeto de agresiones y usurpaciones desde su llegada al inmueble el año 2000, que siempre la Fiscalía ha manifestado su intención de cerrar la investigación por esta vía, lo cual siempre ha tratado de impugnar infructuosamente, generándose impunidad y desconcierto para él, en su calidad de víctima, al no saber el fundamento y la intención del ente persecutor.

Agrega que el Fiscal regional se ha negado a intervenir, por ser la decisión de no perseverar una facultad privativa y excluyente del Fiscal local, criterio que ha sido ratificado por el tribunal respectivo, todo lo cual lo ha dejado en un estado de indefensión y sometido a burlas y dudas sobre su calidad profesional por parte de la población del lugar, según señala a fojas 5.

Expone el requirente que la Fiscalía ha decidido no perseverar en la investigación, estando pendiente la audiencia de comunicación.

Argumenta que la decisión de no perseverar es unilateral del fiscal y ha sido calificada como no controlable en cuanto a su mérito, sino solamente en cuanto a sus aspectos formales, por ser una atribución privativa del fiscal, lo que supone una diferencia con el acto de formaliza-

ción de la investigación, que sí está sujeto a controles.

Disposiciones constitucionales infringidas.

Denuncia así que la decisión de no perseverar es inconstitucional, pues vulnera el artículo 7° de la Constitución Política, en tanto un funcionario estatal no puede estar ajeno a fiscalización administrativa ni judicial, erigiéndose como una autoridad que no rinde cuentas ni expone razones que hasta la autoridad judicial debe expresar para justificar sus actos.

Invoca además como vulnerado el artículo 76 de la Carta Fundamental, en tanto sin fundamentar se cierra la investigación y no se persigue un delito sin fiscalización, en un verdadero sobreseimiento sin revisión, tal como si fuera resuelto por el Tribunal de Garantía en ejercicio de sus potestades privativas.

Argumenta que además se vulnera el artículo 83 de la Carta Fundamental, en tanto al Ministerio Público le está vedado ejercer jurisdicción, ya que si bien su resolución no tiene formalmente nombre ni carácter jurisdiccional, en definitiva es ejercicio de jurisdicción al cerrar un caso a su arbitrio y sin revisión, superando las atribuciones de cualquier tribunal, incluida la Corte Suprema.

Señala que no es viable pensar en la autodefensa y que tiene derecho a instar por protección.

Admisión a trámite y admisibilidad.

Acogido a tramitación el requerimiento, se ordenó la suspensión del

procedimiento en la gestión invocada y se confirió traslado para resolver acerca de la admisibilidad.

Evacuando el traslado, el Ministerio Público solicitó la declaración de inadmisibilidad del requerimiento, dando cuenta de haber despachado instrucción de investigar a la Policía de Investigaciones, que visitó el lugar, constató que el cerco estaba en el suelo y que no había evidencia de responsabilidad de persona alguna, no obstante lo cual se ordenaron otras actuaciones que permitieron identificar al ocupante del predio colindante, quien señaló estar construyendo una pandereta diez centímetros al interior de su predio y que el cerco de su vecino se encuentra donde siempre ha estado y en habituales malas condiciones. Descartando usurpación o incendio y realizadas las diligencias investigativas, expone que se solicitó audiencia para comunicar la decisión de no perseverar, solicitando el querellante la reapertura de la investigación, audiencia que no se ha verificado por la suspensión del procedimiento decretada por esta Magistratura, no siendo efectivo que exista negativa a investigar.

Alega que concurre en este caso la causal de inadmisibilidad del numeral 2° del artículo 84 de la Ley N°17.997, en tanto el mismo precepto legal ha sido declarado conforme a la Constitución, habiéndose alegado los mismos vicios, en las sentencias definitivas de inaplicabilidad roles N°s 1341, 1404 y 1394, todas dictadas en el año 2010.

De igual forma, alega que el libelo carece de fundamento plausible, en tanto se pretende controlar la actividad del Ministerio Público, cuestión que de manera expresa ha sido declarada improcedente por este Tribunal al no ser la inaplicabilidad una vía idónea para ello, en circunstancias que para tal efecto existe la solicitud de reapertura de la investigación, que en el caso concreto está pendiente de resolver.

Traslado sobre el fondo del conflicto de constitucionalidad.

Declarada la admisibilidad del requerimiento, se confirió traslado para resolver acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

Reiterando los antecedentes de hecho de la gestión, el Ministerio Público detalla las actuaciones investigativas desplegadas, descartando inactividad e indefensión, y reitera el estado actual de la indagatoria, antecedentes sobre cuya base solicitó el rechazo del requerimiento, refutando el efecto inconstitucional que se denuncia, en tanto debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que exige tener en cuenta no solamente el hecho punible, sino también las circunstancias que determinen la inocencia del imputado, a lo que añade la invocación de lo dispuesto por la letra b) del artículo 248 del Código Procesal Penal, norma no impugnada, que exige un examen de mérito suficiente para

proceder a acusar, en orden a comprobar si hay fundamento serio, sin el cual no se puede acusar.

Así, concluye que las decisiones de acusar y no perseverar obedecen al mismo fundamento: el examen de apreciación acerca del mérito acusatorio, atribución del ente persecutor que está recogida en la Carta Fundamental al señalar que el Ministerio Público ejercerá la acción penal “en su caso” y no “en todo caso”.

Se refiere posteriormente al origen legislativo de la figura de no perseverar, su función de separar lo jurisdiccional de lo investigativo y al examen de suficiencia que involucra su ejercicio, en el marco del principio de exclusividad de la dirección de la actividad de investigación, el principio de objetividad y el principio acusatorio, todos de fuente constitucional, para concluir recalando que el mecanismo consagrado en el precepto impugnado no es de carácter definitivo.

A continuación se refiere latamente a las sentencias roles N°s 1341, 1394 y 1404 de esta Magistratura, ya aludidas, haciendo suyas las argumentaciones de fondo que en ellas se contienen acerca de la constitucionalidad de la norma.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo del requerimiento.

Conclusión de la tramitación del proceso.

Concluida la tramitación del proceso, se ordenó traer los autos en relación.

Vista de la causa.

Con fecha 28 de agosto de 2014 se verificó la vista de la causa, alegando, por el Ministerio Público, el abogado señor Hernán Ferrera Leiva.

CONSIDERANDO:**I. LA IMPUGNACIÓN.**

PRIMERO.- Que lo que la parte querellante objeta en el presente recurso de inaplicabilidad es el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal. Es decir, la facultad del Ministerio Público para que, cerrada la investigación, dicho órgano persecutor comunique su decisión de no perseverar por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar la acusación;

SEGUNDO.- Que en el marco de una querrela por robo de cercos, concluida la investigación, el Ministerio Público pidió al juez de garantía se convocara a una audiencia para comunicar su decisión de no perseverar, por no haberse reunido los antecedentes suficientes para fundar la acusación. El querellante pidió la reapertura de la investigación, en base al artículo 257 del Código Procesal Penal;

TERCERO.- Que el requirente funda su alegato de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en tres infracciones. En primer lugar, que la decisión de no perseverar no tiene fiscalización. Por lo mismo, sostiene, se afecta el artículo 7° de la Constitución. En segundo lugar, esta decisión depende de la sola voluntad del

Ministerio Público; el Tribunal no interviene. Se afecta, en consecuencia, el artículo 76 de la Constitución. Finalmente, el requirente sostiene que se vulnera el artículo 83 de la Constitución, toda vez que la decisión del Ministerio Público no tiene revisión por un órgano jurisdiccional;

II. ASUNTOS SOBRE LOS CUALES EL TRIBUNAL NO SE PRONUNCIARÁ.

CUARTO.- Que este Tribunal no está facultado para pronunciarse sobre ciertos asuntos. En primer lugar, sobre si procede o no que el Ministerio Público haya declarado el cierre de la investigación. El querellante en el proceso pidió la reapertura de la misma. En segundo lugar, esta Magistratura tampoco puede decidir sobre si existen antecedentes suficientes o no para fundar una acusación. El Ministerio Público sostuvo en estrados que en la carpeta de investigación había informes, tanto de la Policía de Investigaciones como de Carabineros, en el sentido de que no había evidencias que indicaran responsabilidad de terceros;

III. LOS PRECEDENTES.

QUINTO.- Que ésta no es la primera vez que se impugna ante esta Magistratura el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal. En tres oportunidades anteriores esta Magistratura ha rechazado los cuestionamientos formulados sobre este precepto (STC 1341/2009, 1404/2009 y 1394/2009). Dichos pronunciamientos implicaron dejar atrás lo que este mismo Tribunal había sostenido en la STC 815/2008.

Asimismo, en fecha reciente esta Magistratura, ante empate de votos, tuvo por rechazado un requerimiento sobre la misma materia (STC 2561/2014);

SEXTO.- Que a la luz de los antecedentes de este caso concreto, estos Magistrados no encuentran razones suficientes para cambiar su decisión, tal como lo exige la STC 171/1993. Por lo mismo, mantendremos la jurisprudencia previa, en base a las consideraciones que en su momento este Tribunal sostuvo, y que exponemos en lo que sigue;

IV. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

SÉPTIMO.- Que, para comenzar nuestro razonamiento, explicitaremos los criterios interpretativos que nos llevan a rechazar el presente requerimiento;

1. Separación de funciones.

OCTAVO.- Que uno de los pilares de la Reforma Procesal Penal consistió en separar en órganos distintos las funciones administrativas o investigativas y las jurisdiccionales (Pfeffer Urquiaga, Emilio; Ministerio Público; Editorial Jurídica Conosur; Santiago, 1997).

Para evitar cualquier objeción de constitucionalidad en la materia, se llevó a cabo una reforma constitucional que incorporaba y regulaba en la misma Carta Fundamental al nuevo órgano que se encargaría de dirigir la investigación en el proceso penal, que era el nuevo Ministerio

Público (Ley de Reforma Constitucional N°19.519);

NOVENO.- Que en dicha Reforma se incorporó a este nuevo órgano -el Ministerio Público- como el encargado de la investigación procesal penal; pero se tuvo presente que el hecho de separar las facultades investigativas de las jurisdiccionales no significaba que sólo las cuestiones propiamente jurisdiccionales debían respetar los parámetros establecidos por la Constitución, mientras que las cuestiones investigativas quedaban a salvo de toda regulación. Al contrario, el constituyente se preocupó de ampliar la exigencia de un proceso racional y justo, estableciendo tal mandato en el artículo 19, N°3°, de la Carta Fundamental, plenamente aplicable a la investigación procesal penal;

2. Nueva concepción de legalidad.

DÉCIMO.- Que, como ya se indicó, el proceso penal inquisitivo se estructuraba en base a cierta concepción del principio de legalidad: se debían perseguir y sancionar todas las situaciones delictivas. Dicho principio así entendido, sin embargo, fue atenuado por la Reforma Procesal Penal;

UNDÉCIMO.- Que, en efecto, se le han otorgado al Ministerio Público amplias facultades para dirigir la investigación y decidir sobre el curso de la misma, facultades en cuyo ejercicio puede actuar con cierta discrecionalidad.

En los modelos con esta dosis de discrecionalidad, “*la facultad de selec-*

ción de casos aparece como una excepción del principio de legalidad. Es decir, este principio se mantiene como la regla general de funcionamiento del sistema, pero, a la vez, se permite que los agentes u órganos de persecución penal puedan, por excepción, suspender, no continuar o poner término anticipado a la misma". (Duce, Mauricio, y Riego, Cristián; Proceso Penal; Editorial Jurídica; Santiago, 2007; pág. 195).

Es lo que consagra, respecto de la investigación, el artículo 166 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP). Este dispone, en su inciso segundo, que *"cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley"*.

La ley, entonces, puede establecer excepciones;

DUODÉCIMO.- Que dicha discrecionalidad se justifica en el principio de racionalidad en el uso de los recursos públicos, en virtud del cual éstos deben ser usados de manera eficiente.

Para maximizar la eficiencia de la utilización de los recursos públicos por parte del Ministerio Público, se han ideado distintas fórmulas. Primero, se establecen herramientas procesales idóneas para ese objetivo. Luego, se aspira a un diseño organizacional adecuado para el logro del mismo. Y, por último, se le permite al Ministerio Público organizar la persecución penal de un modo efi-

ciente, priorizando algunos casos y delitos por sobre otros. (Tavolari Oliveros, Raúl; Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos; Editorial Jurídica; Santiago, 2005; pág. 48);

DECIMOTERCERO.- Que permitirle al Ministerio Público organizar la persecución penal bajo criterios de eficiencia y racionalidad, tiene un sustento lógico: *"una de las características centrales de los sistemas de enjuiciamiento criminal, según lo ha descrito la criminología moderna, es, más allá de las normas legales que los regulan, su carácter selectivo. (...) La facultad descrita se explica porque en la práctica todos los sistemas de justicia criminal reciben una altísima cantidad de denuncias de parte del público; de ellas un porcentaje importante está constituido por la relación de hechos respecto de los cuales se aportan muy pocos datos y respecto de los cuales la experiencia muestra que no tiene mucho sentido conducir una investigación porque la policía no cuenta con elementos mínimos que le permitan seguir una pista para la obtención de resultados. Un ejemplo evidente de esta circunstancia está constituido por la multiplicidad de los delitos contra la propiedad que son denunciados en nuestro país, que son cometidos por una persona desconocida de la víctima o respecto de los cuales no hay mayores antecedentes, no hay testigos, no hay detención flagrante ni sospechosos reconocidos, e incluso es posible que la víctima no pueda establecer con precisión el lugar donde ocurrió el hecho u otras circunstancias igualmente determinantes. (...) Se trata entonces de que los fiscales cuenten con la posibilidad de orientar sus propios recursos y*

los de los órganos que les prestan auxilio, para una investigación eficaz de aquellos casos en que ello resulta posible, introduciéndose así criterios de racionalidad en esta actividad.“ (Riego, Cristián, y Duce, Mauricio; La etapa de la investigación en el nuevo proceso penal; en Nuevo Proceso Penal; Carocca, Alex, y otros; Santiago, 2000; págs. 113 y 114);

DECIMOCUARTO.- Que, por otra parte, es fundamental tener presente que la persecución penal que lleva adelante el Ministerio Público se caracteriza por ser una persecución penal pública, en que los órganos encargados de la persecución penal forman parte del aparato estatal. Sólo en una persecución penal de este tipo tiene sentido hablar de selección de casos y de aplicación del principio de eficiencia en el uso de los recursos. En cambio, en los modelos de persecución penal privada, en que la persecución penal está entregada a los ofendidos por el delito, *“las ideas de legalidad, selectividad o discrecionalidad son completamente desconocidas, ya que se trata de modelos que operan sólo en la medida que el afectado quiera accionar de alguna forma en contra del ofensor.”* (Duce, Mauricio, y Riego, Cristián; Proceso Penal; Editorial Jurídica; Santiago, 2007; pág. 78);

3. Exclusividad del Ministerio Público en dirigir la investigación.

DECIMOQUINTO.- Que el rol que ocupa el Ministerio Público en el nuevo proceso penal, rompe con el antiguo sistema inquisitivo no sólo en la manera en que entiende el principio de legalidad procesal tal

como imperaba en el antiguo sistema procesal, al introducir elementos de discrecionalidad, sino también en que encarna la intención de la Reforma de separar las funciones investigativas de las jurisdiccionales, asumiendo las primeras de modo exclusivo.

Desde ambos puntos de vista, se puede apreciar que el legislador y el constituyente han depositado en este nuevo actor del sistema la confianza necesaria como para que éste pueda actuar con libertad y eficiencia dentro de las labores que le han sido encomendadas;

DECIMOSEXTO.- Que dirigir la investigación de los hechos de modo exclusivo significa que *“ninguna otra persona ni órgano puede asumirla ni interferir en su dirección”*. Además, en relación a ese punto se afirma que *“cabalmente el carácter de exclusividad con que se otorga al Ministerio Público la tarea de dirigir la investigación, constituye la alteración más importante que en este punto se introduce en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto se deja fuera de ella en materia penal al Poder Judicial que había tenido a su cargo desarrollarla. Hemos hecho ya presente (...) cómo la actual Constitución, a diferencia de la anterior, que sintetizaba la función del Poder Judicial en la tarea de juzgar, la descompone en tres fases o etapas, como son las de conocer, de resolver y de ejecutar lo juzgado, y cómo, dentro del conocimiento, se comprende todo lo encaminado a llegar a investigar los hechos sobre los cuales ha de recaer el juzgamiento, el cual, por su parte, ha de ajustarse a las reglas de un justo y*

racional procedimiento (artículo 19, N°3°, inciso quinto). Cabalmente, como consecuencia de la reforma en estudio, la misma Ley N°19.519 modifica el precepto constitucional recién citado exigiendo “un procedimiento y una investigación racionales y justos” (...) Pues bien, en virtud de la creación del Ministerio Público y de las funciones que a este organismo autónomo se otorgan, se ha suprimido, dentro de la fase del conocimiento, propio de los tribunales, la tarea de la investigación en materia criminal, dejando a éstos en tal aspecto exclusivamente el establecimiento de los hechos.

*La alteración fundamental en este aspecto, al comparar el nuevo régimen con el del ordenamiento anterior, se **halla en que no corresponde ahora dar a conocer a los órganos del Poder Judicial los hechos que pudieran tener carácter delictuoso, sino que deben denunciarse al Ministerio Público**”.* (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional; Tomo VII; Editorial Jurídica; Santiago, 2002; pág. 217). (Las negritas son nuestras);

DECIMOSÉPTIMO.- Que en el texto original contenido en el Mensaje respectivo, el artículo 83, inciso primero (que correspondía al artículo 80 bis, inciso primero, del proyecto original), la facultad de investigar del Ministerio Público no revestía el carácter de exclusividad que hoy tiene. (Al respecto, véase Otero Lathrop, Miguel; El Ministerio Público; Lexis Nexis Conosur; Santiago, 2002; págs. 18 y sgtes., y Mensaje de la Ley N°19.519).

La norma original del proyecto disponía, en su inciso primero:

“Artículo 80 bis.- Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, denominado Ministerio Público, que tendrá a su cargo la persecución penal pública en la forma prevista por la ley. Con este propósito, le corresponderá la investigación de los delitos y la formulación y sustentación de la acusación penal ante los tribunales.”;

DECIMOCTAVO.- Que, según se aprecia en los antecedentes expuestos, el constituyente decidió de manera clara e inequívoca entregar el monopolio investigativo del proceso penal al Ministerio Público. Ésta *“...representó una decisión irreversible del constituyente (...) Por esto, en la reforma procesal penal pendiente ya no se podrá controvertir esta vía de solución de la justicia penal, aun cuando en cierta manera subsisten algunos problemas por cuanto el nuevo órgano “en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales” (Piedrabuena Richard, Guillermo; ob. cit.; pág. 55);*

DECIMONOVENO.- Que, tal como se ha señalado, corresponde al fiscal, en la medida que progresa la investigación, y si en ese sentido se encaminan los antecedentes, ir debilitando la presunción de inocencia establecida en beneficio del imputado.

Las atribuciones que la ley le confiere en la dirección de la investigación, *“...significa(n) que el Ministerio Público se hace responsable de **que la investigación sea realizada y de sus resultados**”.*

*Lo primero es señalar que en cuanto director de la investigación preliminar, el Ministerio Público es el organismo responsable de **que ésta sea llevada adelante o se realice**. En segundo término, la dirección de la investigación importa que el Ministerio Público es quien **define la estrategia de persecución del caso**. Luego, que el Ministerio Público cuenta con facultades para realizar, en forma autónoma o delegada, **diligencias concretas de investigación**. Finalmente, esta facultad le concede el Ministerio Público la **dirección funcional de la policía** para los efectos de realizar la investigación...” (Duce J., Mauricio, y Riego R., Cristián; ob. cit. pág. 135). (Las negritas son nuestras);*

VIGÉSIMO.- Que, como ya se ha referido, en el proceso de dirección de la investigación el Ministerio Público puede actuar ejerciendo potestades configuradas con elementos discrecionales, que convocan a su estimación o juicio subjetivo.

En ese sentido, le corresponde ejercer la acción penal (artículo 166, CPP); además puede decidir sobre el archivo provisional en los términos del inciso primero del artículo 167 del CPP; por otra parte, está facultado para no iniciar investigación, de acuerdo al artículo 168 del CPP; asimismo, en los casos en que el hecho de que se tratare no comprometiére gravemente el interés público, se autoriza a los fiscales a no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada (artículo 170, CPP); del mismo modo, le corresponde al fiscal formalizar y decidir la oportunidad para la formalización (artículo 230,

CPP); en el mismo sentido, puede solicitar la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237, CPP); puede declarar el cierre de la investigación (artículo 248, CPP); y puede formular acusación cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma (artículo 248, letra b), CPP).

Como se observa, estas facultadas materializan el principio de eficacia, la nueva concepción de la legalidad que introduce la reforma procesal penal y la facultad de conducir la investigación de manera exclusiva;

VIGÉSIMO PRIMERO.- Que, dentro del marco de sus facultades investigativas, del monopolio que tiene sobre la dirección de la investigación y de la discrecionalidad con la que puede actuar en el proceso de investigación, es que el Ministerio Público está facultado para no perseverar en la investigación. Dicha facultad es, como se expondrá a continuación, una expresión más del rol que le corresponde ocupar en el proceso penal;

4. Derechos de la víctima.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Que el hecho de que la Reforma Procesal Penal entregue al Ministerio Público el monopolio de la investigación en el proceso penal, no significa que la víctima del respectivo delito no tenga derechos en el mismo, ya sea en la investigación, ya sea en las etapas posteriores;

VIGÉSIMO TERCERO.- Que, sin perjuicio de lo señalado por esta Magistratura, la doctrina ha clasificado los derechos de la víctima en el proceso penal del siguiente modo (Tavolari Oliveros, Raúl; ob. cit.). En primer lugar, ha señalado que existe el **derecho de protección**, tanto de parte del Ministerio Público como de los jueces y de la policía (artículos 6°, 78, 83 y 109, letra a), del CPP; artículos 1°, 20, letra f), 34, letra e), 32, letra g), y 19 de la Ley 19.640; artículo 14 del Código Orgánico de Tribunales y 80 A de la Constitución). En segundo lugar, está el **derecho de intervención** (artículo 111 del CPP –posibilidad de presentar querrela-; artículo 258 del CPP –posibilidad de forzar la acusación-; artículo 261 del CPP –posibilidad de adherir a la acusación o formular acusación particular-; artículo 157 del CPP –posibilidad de solicitar medidas cautelares reales durante la investigación-; artículo 83 de la Constitución –derecho a la acción penal-. En tercer lugar, se encuentra el **derecho de audiencia** (artículo 78, letra d), del CPP; artículo 109, letra d), del CPP; artículo 237 del CPP –derecho a ser oída antes de que el fiscal pidiere o se resolviera sobre la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada-; artículo 169 del CPP –derecho a producir la intervención del juez de control cuando el fiscal estima que no corresponde instruir-; artículo 109 del CPP –derecho a ser oída antes del pronunciamiento sobre el sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa-; artículo 170, inciso ter-

cer, del CPP –puede manifestar de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal para que el juez de garantía deje sin efecto la decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad. En cuarto lugar, está el **derecho de impugnación, tanto de resoluciones jurisdiccionales como administrativas** (artículo 109, letra f), del CPP; artículo 33 de la Ley 19.640; artículo 167 del CPP; artículo 7° de la Ley 19.640; Libro III del CPP). Finalmente, existe lo que se engloba en la categoría “**otros derechos**” (artículo 314 del CPP, entre otros);

5. No existe un derecho subjetivo a que el Ministerio Público investigue.

VIGÉSIMO CUARTO.- Que el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución establece: “*El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.*”

¿A qué se refiere la Carta Fundamental con el derecho a la acción penal?

Al respecto se ha señalado que “*una alternativa es entender que cuando la Constitución le asegura al ofendido por el delito ejercer igualmente la acción penal, está presuponiendo una actividad que supone la activación de la investigación penal mediante la respectiva querrela y luego la posibilidad de acusar. Si se le permite a un sujeto acusar, previamente se le debe haber permitido querrellarse. A todo ello parece tener derecho la víctima. Pero tener derecho a querrellarse y luego a*

acusar no quiere decir que se tenga un derecho fundamental de acción en los mismos términos que se da cuando se pide la tutela para un derecho o interés legítimo a un juez civil o laboral. Esa negativa no responde a una cuestión sistemática que diría que el derecho de acción está regulado en el artículo 19 N°3 inciso 1° CPR y no en otras disposiciones del texto constitucional, sino a que es inconcebible un derecho de acción en un procedimiento penal público y regido por el principio de oficialidad. El derecho de acción sólo es concebible tratándose de intereses privados o, más en general, donde figure la confrontación de los intereses pretendidos por dos sujetos antagónicamente, lo cual no existe en materia penal. El artículo 83 CPR debe ser analizado fuera del ámbito del derecho fundamental de acción. Debe significar para el legislador procesal penal la obligación de considerar desde luego a la víctima como parte activadora del deber estatal de perseguir las conductas delictivas. Es decir, el legislador procesal penal se ve en la obligación de considerar a la querrela particular como una de las vías de inicio de la persecución penal y la posibilidad del querellante de acusar particularmente, si es que se llega a ese estado. No se trata de un derecho fundamental de acción entendido como el poder para deducir una pretensión ante un tribunal de justicia y obtener una sentencia de ese tribunal, porque ello, en materia procesal penal, sería propio de un sistema radicalmente acusatorio, completamente privatizado, sistema que es incompatible con la existencia de un órgano público que tiene como deber dirigir en forma exclusiva la investigación penal, y en su caso, acusar, como lo consagra el

sistema constitucional chileno (art. 83, inc. 1°, CPR).” (Bordalí Salamanca, Andrés; ob. cit.; pág. 248);

VIGÉSIMO QUINTO.- Que el hecho de que la persecución penal provenga de los órganos del Estado, explica que la víctima no pueda ocupar el mismo lugar ni el mismo rol que ocupa el Ministerio Público en el sistema.

A pesar de ello, el Código Procesal Penal diseña una especie de equivalencia entre el Ministerio Público y la víctima. En ese sentido, podemos apreciar que mientras el Ministerio puede archivar provisionalmente (artículo 167, CPP), no iniciar investigación (artículo 168, CPP), cerrar la investigación (artículo 248, CPP) o formalizar (artículo 230, CPP), la víctima puede querellarse en cualquier momento (artículos 111 y 112, CPP), desistirse (artículo 118, CPP) y abandonar la querrela (artículo 120, CPP).

De este modo, a pesar de que no son equivalentes con las facultades del Ministerio Público, se establecen facultades equiparables para que la víctima pueda hacer valer sus intereses en el proceso. Pero unas son potestades públicas, es decir, poderes jurídicos para imponer conductas, y las otras, derechos;

V. FACULTAD DE NO PERSEVERAR.

VIGÉSIMO SEXTO.- Que luego de sentados los criterios interpretativos recién señalados, estamos en condiciones de dar un paso más y examinar la facultad de no perseverar.

La facultad de no perseverar en el procedimiento es una salida autónoma en el proceso penal, establecida en el artículo 248, letra c), del CPP, distinta del sobreseimiento temporal y del definitivo. Esta forma de cerrar el procedimiento es facultativa, es decir, el fiscal decide si la aplica o no, y es una de las facultades discrecionales que el sistema le entrega al Ministerio Público en el proceso de dirección de la investigación;

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en efecto, el artículo 248 del Código Procesal Penal le otorga al fiscal tres alternativas luego de cerrada la investigación. Tales alternativas son: a) solicitar sobreseimiento, b) formular acusación y c) comunicar la decisión de no perseverar;

VIGÉSIMO OCTAVO.- Que, como se aprecia, el fiscal puede elegir entre las tres alternativas mencionadas en el artículo 248 del CPP, pero siempre sujeto a la condición de haber practicado todas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores y ateniéndose a los resultados que arrojen los antecedentes reunidos. La evaluación de estos elementos es una facultad discrecional;

VIGÉSIMO NOVENO.- Que, en consecuencia, la facultad que le permite al fiscal acusar es la misma que le permite solicitar sobreseimiento y la misma que le permite no perseverar. Las tres facultades son expresiones de la discrecionalidad propia que se le ha concedido como órgano

encargado de dirigir la investigación del proceso penal de modo exclusivo;

TRIGÉSIMO.- Que, no obstante, para que el Ministerio Público pueda ejercer la facultad de no perseverar en la investigación, es necesario que se cumpla una serie de requisitos previos. Estos son los elementos reglados de la potestad que se le otorga, sin perjuicio de que en ellos existan elementos discrecionales.

En primer lugar, es imprescindible que el fiscal haya practicado todas *“las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores”* (encabezado del artículo 248 del CPP). Esta es una expresión de la obligación del Ministerio Público de investigar, establecida en el artículo 183 del CPP en relación con el artículo 257 del mismo Código. En virtud de los artículos citados, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento pueden solicitar al fiscal las diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal, por su parte, tiene la obligación de ordenar que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes. Luego, si rechaza dicha solicitud, se puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público para obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia. Por otra parte, dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación

y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado (artículo 257, CPP).

Como se observa, si el Ministerio Público rechaza diligencias o no se pronuncia respecto de las mismas, una vez cerrada la investigación, se puede pedir al juez de garantía que ordene reabrir la investigación. Pero dicha facultad del juez no es absoluta, porque no puede decretar ni renovar aquellas diligencias que se hubieren ordenado y no se hubieran cumplido por negligencia o hecho imputable a los peticionarios, ni las que fueren manifiestamente impertinentes.

Hay, por tanto, un control jurisdiccional respecto de las diligencias precisas de investigación, que oportunamente se solicitaron y respecto de las cuales el Ministerio Público rechazó o no se pronunció;

TRIGÉSIMO PRIMERO.- Que, como segunda condición, es necesario que el fiscal haya cerrado la investigación y que se pronuncie dentro de los días siguientes a dicho cierre. Así lo establece el artículo 248 del CPP: *“Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes...”*;

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- Que, como tercera condición, es preciso que habiendo realizado las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal llegue a la conclusión de que los antece-

denes reunidos no son suficientes para fundar una acusación. Para acusar, es necesario que el Ministerio Público *“estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado”* (artículo 248, letra b), del CPP);

TRIGÉSIMO TERCERO.- Que, en efecto, de acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina, la decisión de no perseverar debe fundarse *“... en la no existencia de un mínimo de pruebas idóneas, las cuales por su vaguedad o ineficacia hagan presumible la inutilidad de llevar el caso al juicio oral, al llevar al investigador a una duda razonable de que aquéllas no podrán completarse o consolidarse, ni servir como germen o fuente de otras probanzas idóneas que puedan dar al tribunal oral en lo penal la certeza que la ley exige para poder condenar.”* (Núñez Vásquez, Cristóbal; Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral; Jurídica; 2002; pág. 150);

TRIGÉSIMO CUARTO.- Que, en cuarto lugar, es necesario que la facultad de no perseverar se comunique en una audiencia convocada especialmente con ese objeto por requerimiento del fiscal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 249 del CPP.

Tal como señala la norma, a esta audiencia debe citarse a todos los intervinientes, es decir, al imputado, el defensor, la víctima y el querellante, para oír sus planteamientos al respecto. (Núñez Vásquez, Cristóbal; ob. cit.; pág. 152);

TRIGÉSIMO QUINTO.- Que es cierto que la decisión de no per-

severar en el procedimiento no está sometida a la aprobación del juez de garantía, y en eso se diferencia del sobreseimiento. Dicha característica tiene relación con la naturaleza investigativa de la facultad de no perseverar y con la lógica de la Reforma en el sentido de separar funciones administrativas y jurisdiccionales en distintos órganos;

TRIGÉSIMO SEXTO.- Que las características del sobreseimiento justifican que éste se someta a las decisiones del juez de garantía. El sobreseimiento procede por causales específicas establecidas en el Código, y ni las causales que motivan la declaración de sobreseimiento definitivo, ni las que justifican la declaración de sobreseimiento temporal, son equiparables a la insuficiencia de antecedentes que motiva la aplicación de la facultad de no perseverar en la investigación.

Por esa razón, se ha señalado que *“a la luz de las causales que el actual artículo 252 del CPP contiene, la posibilidad de que un procedimiento penal se paralice “hasta que se presenten mejores datos” no tiene recepción en el nuevo sistema, como veremos (en tal caso el Fiscal debería comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento).”* (Chahuán Sarrás, Sabas; ob. cit.; pág. 245);

TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- Que, en cuanto a sus efectos, el sobreseimiento definitivo pone término al procedimiento y tiene autoridad de cosa juzgada. En cambio, la facultad de no perseverar en la investigación produce los efectos establecidos en el

artículo 248, inciso final: *“La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido.”;*

TRIGÉSIMO OCTAVO.- Que la naturaleza administrativa e investigativa de la facultad de no perseverar justificó que se la tratara como una causal autónoma de cierre de la investigación, durante la etapa de discusión del CPP en el Congreso Nacional.

En efecto, desde el Anteproyecto contenido en el Mensaje del Nuevo Código de Procedimiento Penal hasta el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, la falta de antecedentes para fundar una acusación por parte del Ministerio Público fue considerada como una causal que facultaba al fiscal para solicitar el sobreseimiento temporal y al juez de garantía para decretarlo.

Así, entonces, el primitivo artículo 318 contenido en el proyecto disponía: *“...practicadas las diligencias que hubiere considerado necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal del ministerio público **declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes: solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, o formular acusación cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra***

quien se hubiere formalizado la instrucción.” (Las negritas son nuestras).

No obstante, en la última fase de tramitación parlamentaria en el Senado se modificó el criterio de acuerdo al cual la falta de antecedentes justificaba una declaración de sobreseimiento, pasando a constituir una causal autónoma de cierre de la investigación;

TRIGÉSIMO NOVENO.- Que el criterio para introducir la referida modificación obedeció a la idea de que la existencia o no existencia de un mérito probatorio que permitiera fundar una acusación, era una cuestión cuya determinación correspondía esencialmente al órgano encargado de la investigación penal y no constituía, en cambio, materia de pronunciamiento jurisdiccional;

CUADRAGÉSIMO.- Que, en conclusión, la facultad de no perseverar en la investigación es una expresión de las facultades discrecionales que se le han otorgado al Ministerio Público para llevar adelante la dirección de la investigación de manera exclusiva. Ello no obsta a que dicha discrecionalidad esté sometida a varios requisitos, ya que se trata de una discrecionalidad no arbitraria. Por otra parte, ésta corresponde al Ministerio Público sin intervención del juez de garantía. Ello se justifica en que ésta es una facultad estrictamente investigativa y no jurisdiccional, y por ello se diferencia del sobreseimiento, que sí requiere aprobación del juez de garantía. El hecho de que no intervenga el juez de garantía, sin embargo, no significa

que la víctima quede a merced de las eventuales arbitrariedades del fiscal, pues la víctima tiene distintos tipos de resguardos frente al Ministerio Público y se le reconocen diversos derechos en todo el curso del proceso penal;

VI. NO EXISTE DERECHO SUBJETIVO A QUE EL MINISTERIO PÚBLICO INVESTIGUE.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- Que a pesar de que, tal como se ha relatado, la víctima tiene diversos derechos en el proceso penal, no se puede afirmar que ésta tenga directamente un derecho a que se investigue. Antes de definir dicho eventual derecho, es necesario determinar la posición que ocupa cada actor dentro del sistema procesal penal;

C U A D R A G É S I M O SEGUNDO.- Que la función de investigar es una potestad del Ministerio Público; pero el Ministerio tiene discrecionalidad para decidir si investiga o no. Por su parte, dicha discrecionalidad es la expresión de la confianza necesaria que el constituyente y el legislador han depositado en el órgano persecutor para el cumplimiento de su función de dirección de la investigación, según se ha profundizado en otros considerandos de esta sentencia;

CUADRAGÉSIMO TERCERO.- Que la víctima no sustituye al Ministerio Público en su labor de investigar, sin perjuicio de que excepcionalmente ella pueda forzar la acusación y solicitar diligencias de investigación. En otras palabras, los

intereses de la víctima no son vinculantes ni para el fiscal en sus labores investigativas, ni para el juez en sus labores jurisdiccionales, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico le reconozca una serie de derechos.

En ese sentido ya se ha pronunciado esta Magistratura al señalar:

“TRIGESIMOSEXTO: Que, por la misma razón anotada, este Tribunal no comparte la alegación del actor en cuanto a que la víctima y querellante ha debido limitarse, en la audiencia respectiva, a ser oída, sin poder efectivamente oponerse y tener derecho a un debido proceso. En efecto, ya se ha recordado que el propio artículo 237 del Código Procesal Penal permite que el querellante o la víctima asistan a la audiencia en que se ventile la suspensión condicional del procedimiento, debiendo ser oídos por el tribunal (inciso cuarto). Ello efectivamente ocurrió en el presente caso.

Sin embargo, no resistiría un test de constitucionalidad, desde el punto de vista del debido proceso legal y, particularmente, de la igualdad procesal, que el juez quedara vinculado por la posición expresada por el querellante o por la víctima, en desmedro de las posiciones de los demás intervinientes en el proceso. Más bien, en ejercicio de la facultad jurisdiccional que le compete, el juez deberá ponderar los distintos argumentos vertidos en la audiencia, concediendo o denegando la solicitud de suspensión del procedimiento sobre la base de la concurrencia de los requisitos legales que la hacen procedente;” (STC Rol N°1244, de 2 de junio de 2009);

CUADRAGÉSIMO CUARTO.-

Que, en consecuencia, la estrategia de investigación que lleva adelante el Ministerio Público no es, diríamos, “pautada” por la voluntad de la víctima. Ésta no puede ejercer sus derechos en cualquier tiempo y lugar, sino que se debe someter a la forma que la ley establece para el ejercicio de los mismos;

CUADRAGÉSIMO QUINTO.-

Que si el Ministerio Público evita llevar adelante la investigación por razones que resultan arbitrarias, se producirá una infracción normativa, pero no la violación de un supuesto derecho subjetivo a la investigación y a la condena del supuesto culpable del delito;

CUADRAGÉSIMO SEXTO.-

Que, sobre la inexistencia de dicho derecho subjetivo, se ha referido que: *“Hay que entender que en el proceso penal la decisión de iniciar la investigación penal –salvo en los delitos de “acción privada”– comporta la asunción de una actividad pública, aun en el caso de que se inicie por denuncia o querrela particular. Es que en este último caso no hay tutela de intereses privados en juego. El que se querrela no está pidiendo tutela para un interés propio sino que está colaborando o bien supliendo una negligente o arbitraria actuación fiscal en el estatal ejercicio del ius perseguendi. No puede haber de este modo un derecho subjetivo público, de naturaleza constitucional, al ejercicio de la “acción penal”, ni siquiera para la víctima. Los individuos no tienen el derecho de someter a juicio penal a otro ciudadano.” (Bordalí Salamanca, Andrés; No Hay Ejercicio del Dere-*

cho Fundamental de Acción en el Proceso Penal. Sentencia del Tribunal Constitucional que Declaró Inaplicable el Artículo 230 del Código Procesal Penal; Revista de Derecho; Universidad Austral; pág. 247);

VII. RESPONSABILIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.-

Que el hecho de que la víctima no tenga un derecho subjetivo a la investigación y que no sea totalmente equiparable al Ministerio Público en el proceso penal, no significa que ésta esté sujeta a las eventuales arbitrariedades que pudiere cometer el fiscal;

CUADRAGÉSIMO OCTAVO.-

Que dicho asunto se subrayó en la discusión legislativa de la Ley N°19.519, por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados:

“El Ministerio Público puede ser renuente a investigar, pues tiene la posibilidad de no iniciar la investigación o de abandonar la ya iniciada, o de resolver el archivo provisional de los antecedentes.”

El proyecto de nuevo Código regula la no iniciación de la investigación, indicando que, si el Ministerio Público resuelve no iniciar la investigación, la víctima, mediante la interposición de la querrela, puede provocar la intervención del juez, el que, si la admite a tramitación, obliga al Ministerio Público a investigar.

Si el Ministerio Público resuelve el archivo provisional de los antecedentes, la víctima tiene el derecho de solicitar del fiscal la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación; puede reclamar también ante las autoridades superiores del Ministerio Público y, por último, interponer una querrela, la que, admitida por el juez, genera la obligación de investigar para el Ministerio Público.

El efecto principal de estas normas es que el Ministerio Público no tiene el monopolio de la acción penal. En esta etapa previa, la resistencia del Ministerio Público a investigar está sujeta al control del juez.” (Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, 11 de junio de 1997, Historia de la Ley N°19.519, Boletín 1943-07);

CUADRAGÉSIMO NOVENO.-

Que, por lo mismo, puede afirmarse que el Código Procesal Penal está estructurado de tal modo que cada institución en la que el fiscal puede actuar con cierta discrecionalidad, tiene un mecanismo de seguro en favor de la víctima y de sus intereses;

QUINCUAGÉSIMO.- Que, por ello, el artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, Ley N°19.640, dispone como principio general que *“el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público.”* Y con el mismo sentido, el artículo 7° de la misma establece que *“las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia administrativa y en los niveles que corresponda, ejercerán*

un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación de los funcionarios de su dependencia.” Y que dicho control se extiende “tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”;

QUINCUGÉSIMO PRIMERO.- *Que, a su vez, el artículo 32 b) de la Ley 19.640 establece que “corresponderá al Fiscal Regional:*

b) Conocer y resolver, en los casos previstos por la ley procesal penal, las reclamaciones que cualquier interviniente en un procedimiento formulare respecto de la actuación de un fiscal adjunto que se desempeñe en la Fiscalía Regional a su cargo;”.

Dicha disposición debe ser relacionada, por ejemplo, con lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la misma ley, que establecen respectivamente que las infracciones de los deberes y prohibiciones en que incurran los fiscales serán sancionadas disciplinariamente, de oficio o a requerimiento del afectado, con alguna de las medidas que indica el precepto, y que la remoción, en el caso de un fiscal adjunto, procederá cuando incurra en alguna de las circunstancias siguientes: “1) *Incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.*

2) Falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave, debidamente comprobadas.

3) Ausencia injustificada a sus labores, o sin aviso previo, si ello significare un

retardo o perjuicio grave para las tareas encomendadas.

4) Incumplimiento grave de sus obligaciones, deberes o prohibiciones.”;

QUINCUGÉSIMO SEGUNDO.- Que el sistema de seguro en favor de los intereses de la víctima también opera en el caso del sobreseimiento y de la facultad de no perseverar.

En efecto, en el caso del sobreseimiento, la intervención del juez de garantía es necesaria (artículos 248 y 256 del CPP), pero además procede en contra de la declaración de sobreseimiento el recurso de apelación (artículo 253, CPP), los intervinientes deben ser escuchados en la respectiva audiencia, y se puede forzar la acusación en los términos establecidos en el artículo 256 del CPP.

Por su parte, en el caso de la facultad de no perseverar en la investigación, procede la reapertura de la investigación (artículo 257, CPP).

En efecto, el Ministerio Público ha planteado que dicha reapertura procede incluso si es que la facultad de no perseverar se ha ejercido existiendo formalización (MP, Oficio Fn. 556, 18 de noviembre de 2003). Para apoyar esta postura se ha argumentado que:

1. “...*el ejercicio de la facultad de no perseverar en el procedimiento no parece una demostración de inactividad por parte del órgano persecutor desde que éste reconoce la falta de antecedentes que le permitan fundamentar seriamente una acusación. En este sen-*

tido, cierra una investigación que no presenta buenas expectativas de éxito desde la perspectiva de la persecución penal sin que ello constituya una ineficiencia del sistema. Por lo demás, se trata de la correcta utilización de los mecanismos que la propia legislación ha contemplado, por lo que la situación no debiera merecer reparos.”

2. *En segundo lugar, se ha señalado que tanto la decisión de no perseverar como la formalización no producen cosa juzgada, por lo que la decisión de no perseverar no sería impedimento para que posteriormente se volviera a realizar una nueva formalización: “El hecho de que la cosa juzgada, como sabemos, sea un efecto propio de las sentencias definitivas e interlocutorias firmes, que se traduce en la eficacia que hace inmutable e indiscutible la sentencia, no sujeta ya a impugnación, sea por vía ordinaria o extraordinaria, tiene relación con el origen mismo del acto revestido de la autoridad de cosa juzgada. Vale decir, sólo podemos hablar de este efecto tratándose de resoluciones jurisdiccionales porque sólo el órgano jurisdiccional tiene la autoridad para decidir acerca de la responsabilidad (penal en este caso) de una persona y los consiguientes efectos importantísimos que de esta conclusión pueden derivarse (privación o restricción de derechos). El Ministerio Público no tiene la autoridad suficiente para decidir acerca de la responsabilidad penal de las personas, sólo puede sostener una postura en un sentido determinado. Por ello, una nueva formalización por parte del ente persecutor no implica, por obvio que parezca, una condena y, por lo tanto, no necesita estar revestida de la autoridad de cosa juzgada ni de algún efecto*

análogo al mismo.” (Las negritas son nuestras);

QUINCUAGÉSIMO TERCERO.- Que, además de la reapertura, podría proceder en este caso, si existiese formalización, la posibilidad de forzar la acusación en los términos del artículo 258 del CPP;

QUINCUAGÉSIMO CUARTO.- Que, a su vez, el artículo 186 del Código Procesal Penal prescribe lo siguiente:

Artículo 186.- Control judicial anterior a la formalización de la investigación. Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación;

QUINCUAGÉSIMO QUINTO.- Que todas las disposiciones reproducidas permiten a la víctima reclamar, tanto en sede administrativa como judicial, de la conducta arbitraria del fiscal.

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 186, esta Magistratura ya se ha pronunciado señalando que de acuerdo a “*la regla hermenéutica según la cual donde la ley no distingue no le es lícito al intérprete distinguir, nada se opondría a que el juez de la causa entienda que el querellante es una persona afectada y aplique el artículo 186 del Código Procesal Penal accediendo a la petición de aquel interviniente de controlar la investigación no formalizada.*” (STC Rol N°1380, cons.

12°; en el mismo sentido, STC Rol N°1337 y STC Rol N°1467);

VIII. CONSIDERACIONES FINALES.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO.- Que, finalmente, queremos agregar dos argumentos postreros a los ya señalados.

En primer lugar, mediante la reforma constitucional de la Ley N°20.516/2011, nada del diseño original del sistema fue corregido. A la víctima, la Constitución le asegura que sea protegida por el legislador a fin de que tenga asesoría y defensa jurídica gratuita para ejercer la acción penal. Como se indicó en la moción que le dio origen a dicha ley, mientras el imputado debe tener siempre derecho a una defensa jurídica, la víctima no la tenía. El Ministerio Público, se indicó, no representa los derechos de la víctima, pues sólo está obligado a brindarle protección.

De ahí que el legislador le deba dar asesoramiento y defensa para participar adecuadamente en el procedimiento penal. Dicha reforma despertó, entonces, un supuesto derecho subjetivo a que el Ministerio Público investigue;

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO.- Que, en segundo lugar, tampoco se rompe este esquema inicial con lo que se denomina “la reforma de la reforma”. Esta corresponde a un proyecto de ley que perfecciona el sistema de justicia penal, boletín N°8810. En él sólo se obliga a que el Ministerio Público, en la audiencia en que comunique la deci-

sión de no perseverar, explicita las razones precisas que la justifican.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 7°, 76, 83, 93, inciso primero, N°6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política y en las disposiciones pertinentes de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA:

1) QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1.

2) DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO ORDENADA EN ESTOS AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO AL TRIBUNAL RESPECTIVO.

3) SE DECLARA QUE EL RECHAZO ES SIN COSTAS, POR HABER TENIDO EL REQUERENTE MÉRITO SUFICIENTE PARA PRESENTAR EL PRESENTE REQUERIMIENTO.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Juan José Romero Guzmán y de la señora María Luisa Brahm Barril, quienes estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad de autos, teniendo presentes las siguientes consideraciones:

1° Que la fundamentación del voto por acoger el requerimiento se estructurará de la siguiente manera:

I. SOBRE LO IMPUGNADO: NORMA OBJETADA Y CONTEXTO.

- A) El precepto legal impugnado.
- B) Los argumentos centrales de las partes.
- C) Los hechos fundamentales de la gestión pendiente.

II.- SOBRE EL DERECHO A LA ACCIÓN PENAL: NATURALEZA Y EXPRESIÓN CONSTITUCIONAL.

- A) Naturaleza del derecho a la acción penal.
- B) La acción penal como derecho: expresión constitucional, historia y jurisprudencia.

III.- ¿CUÁL ES EL ALCANCE DEL DERECHO DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO A LA ACCIÓN PENAL, DE ACUERDO AL ARTÍCULO 83 DE LA CONSTITUCIÓN?

- A) Desacertada caracterización de la posición interpretativa del ofendido o querellante respecto del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución.
- B) El ofendido no interviene en la misma forma que el Ministerio Público en el proceso penal, pero su derecho a ejercer igualmente la acción penal no puede significar que la posibilidad de acusar dependa enteramente de la actividad de dicho órgano público.
- C) El ofendido sí puede representar el interés público que implica llevar adelante la pretensión punitiva a tra-

vés de la acusación particular. La ley procesal penal, por derivación constitucional, así lo reconoce.

IV.- SOBRE EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE NO PERSEVERAR.

V.- NO EXISTEN RESGUARDOS PROCESALES SUFICIENTES Y COMPATIBLES CON EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA ACCIÓN PENAL POR PARTE DEL QUERELLANTE.

A) Posición jurisprudencial previa de este Tribunal.

B) Análisis sobre la insuficiencia o impertinencia de los resguardos procesales que se indican.

- (1) El artículo 5° de la Ley N°19.640.
- (2) El artículo 7° de la Ley N°19.640.
- (3) El artículo 32 b) de la Ley N°19.640.
- (4) La procedencia de la reapertura de la investigación (artículo 257 del Código Procesal Penal).
- (5) El forzamiento de la acusación (artículo 258 del Código Procesal Penal).
- (6) Control judicial anterior a la formalización de la investigación (artículo 186 del Código Procesal Penal).

VI.- CONCLUSIONES.

I.- SOBRE LO IMPUGNADO: NORMA OBJETADA Y CONTEXTO.

A) El precepto legal impugnado.

2°. Que la norma legal cuya inaplicabilidad se solicita es la siguiente:

“Artículo 248. Cierre de la investigación. Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes: (...)”

c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.”;

B) Los argumentos centrales de las partes.

3°. Que el requirente alega que de quedar a firme la aplicación del precepto legal impugnado que faculta discrecionalmente al Ministerio Público a no perseverar en el procedimiento, se concretaría un efecto inconstitucional por la vulneración de los artículos 7°, 76 y 83 de la Constitución Política de la República. De acuerdo a lo manifestado por el requirente, con la aplicación de la decisión de no perseverar se está impidiendo, en la práctica, que la víctima acceda a un pronunciamiento judicial (que no sea meramente formal) sobre el término de la acción penal. Asimismo, impide la revisión judicial de la decisión del Ministerio Público, *“(...) dictándose en la práctica un verdadero sobreseimiento que no será susceptible de ser revisado”* (fs. 3 del requerimiento).

El Ministerio Público, por su parte, alega que no es efectivo que no exista control jurisdiccional de la decisión

de no perseverar. En primer lugar, porque cuando el Ministerio Público considera que una investigación se encuentra terminada o agotada sí existe control del juez de garantía, a través de la facultad de solicitar diligencias puntuales del artículo 183 del Código Procesal Penal, y asimismo de ejercer la facultad del artículo 257 del mismo Código, consistente en pedir la reapertura de la investigación;

C) Los hechos fundamentales de la gestión pendiente.

4°. Que, en primer lugar, de la revisión de la gestión judicial pendiente es posible constatar que el Ministerio Público no ha formalizado investigación contra imputado alguno. Paradójicamente, lo que el Ministerio Público hace es cerrar una investigación “desformalizada”.

En segundo lugar, la parte querellante solicitó al Ministerio Público, con fecha 29 de octubre de 2013 y en la misma querrela, una serie de diligencias que la Fiscalía Local de Curacaví instruyó para su cumplimiento a la Policía de Investigaciones y a Carabineros de Chile, según indica el Ministerio Público.

En tercer lugar, el ente persecutor optó por comunicar la decisión de no perseverar en la investigación, informando de ello al Juez de Garantía de Curacaví con fecha 21 de abril de 2014, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal. Con fecha 5 de junio de 2014 el Juez de Garantía tuvo por comunicado el cierre de la investigación, por parte del Minis-

terio Público, y fijó audiencia de comunicación de la facultad de no perseverar en el procedimiento para el día 2 de julio de 2014.

En cuarto lugar, el querellante solicitó al Juez de Garantía la reapertura de la investigación, con el objeto que el Fiscal se pronuncie sobre las medidas investigativas solicitadas en la querrela, ante lo cual el Tribunal resolvió que dicha solicitud se discutirá en la audiencia de comunicación de la facultad de no perseverar, audiencia que aún no se ha concretado por la suspensión decretada por este Tribunal al declarar admisible el presente requerimiento;

II.- SOBRE EL DERECHO A LA ACCIÓN PENAL: NATURALEZA Y EXPRESIÓN CONSTITUCIONAL.

A) Naturaleza del derecho a la acción penal.

5°. Que, en general, la legitimidad de la acción penal por parte del Estado, a través del Ministerio Público, deriva originariamente de la vulneración ilícita a los derechos de una persona (víctima de un delito), la cual, también, puede ser, en mayor o menor medida, relevante para la sociedad. Es decir, el interés público involucrado en la persecución penal no es incompatible con el reconocimiento de la participación de privados (por ejemplo, la víctima) en la misma, lo cual no significa la consagración de la autotutela privada, ni menos una renuncia al monopolio de la fuerza por parte del Estado, expresado a través del *ius puniendi*.

En este sentido, la posibilidad de que la víctima pueda participar en el proceso penal a través de la titularidad (compartida o autónoma) de la pretensión punitiva no es una “concesión graciosa” del Estado. Consecuentemente, no puede asumirse que el interés de la víctima por que se haga justicia tiene una connotación de resarcimiento meramente privado, ajeno a cualquier consideración de interés público;

B) La acción penal como derecho: expresión constitucional, historia y jurisprudencia.

6°. Que el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución establece que tanto “*el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal*” (énfasis agregado).

Con el fin de asegurar materialmente este derecho, el artículo 19, N°3°, inciso tercero, de la Constitución – modificado por la reforma constitucional de fecha 11 de julio de 2011 – establece que “*las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.*” (énfasis agregado).

No en vano se subrayó, con ocasión de la discusión en el Congreso de la reforma aludida en el párrafo precedente, que “*la ubicación de esta propuesta en el capítulo III disiparía toda duda y quedaría claro que sería un derecho del ofendido accionar penalmente*” (Cámara de Diputados, Segundo trámite constitucional,

Informe de la Comisión de Constitución, p. 13).

A su vez, en un reciente fallo de la Excm. Corte Suprema se destaca que a la víctima se le reconoce “*la posibilidad de ejercer la acción penal, derecho consagrado a nivel constitucional a raíz de la modificación introducida al artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental por la Ley N°20.516*” (Sentencia de la Corte Suprema, rol N°12.908-14, de 12 de agosto de 2014).

En vista de lo antes ilustrado, el ejercicio de la acción penal, por parte de un sujeto distinto al Ministerio Público, está garantizado por la Constitución tanto en su artículo 19, N°3°, como en el artículo 83, inciso segundo;

III.- ¿CUÁL ES EL ALCANCE DEL DERECHO DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO A LA ACCIÓN PENAL, DE ACUERDO AL ARTÍCULO 83 DE LA CONSTITUCIÓN?

A) Desacertada caracterización de la posición interpretativa del ofendido o querellante respecto del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución.

7°. Que en sentencias anteriores de este Tribunal, se ha efectuado una caracterización de las argumentaciones de quienes actuaron como querellantes requirentes que no se aviene con la posición argumentativa que se expresa en este voto. En efecto, se ha sostenido, en primer lugar, que la víctima, ofendido o querellante tendría un derecho subjetivo a que el Ministerio Público investi-

gue (sentencia rol N°1341, considerando 68° y sentencia rol N°2561, considerandos 27° y 44° del voto por rechazar). Tal afirmación no representa adecuadamente la posición de los Ministros que están por acoger el requerimiento de inaplicabilidad, como ocurre en este caso.

No puede desconocerse que el Ministerio Público tiene la potestad constitucional para dirigir en forma exclusiva la investigación (artículo 83, inciso primero, de la Constitución). Sin embargo, tampoco puede desconocerse, como se explicará más adelante, que la labor investigativa propiamente tal no puede confundirse con actividades que, en la práctica, impiden el ejercicio de la acción penal por la víctima y, por consiguiente, tienen una implicancia directa sobre un asunto más propiamente jurisdiccional: la resolución del conflicto. Por tanto, es distinto plantear que el querellante tiene derecho, a través del Ministerio Público, a que se investigue (lo que no compartimos), que afirmar que una decisión de no perseverar en la investigación, la cual trae aparejada la imposibilidad de ejercer el derecho del querellante a acusar, no está sometida a control judicial.

En efecto, el sentido y alcance de la facultad del Ministerio Público de dirigir en forma exclusiva la investigación dice relación con la determinación de la orientación de la investigación, mas no con una supuesta (y en último término, inexistente) facultad de ponderar, sin control judicial, el grado de suficiencia de las pruebas para desvanecer la

presunción de inocencia del investigado o del imputado.

Incluso más, no resulta apropiado plantear, como se hace en el voto por rechazar, que nuestra posición implica reconocer la existencia de un derecho subjetivo de la víctima que implique, como contrapartida, una obligación del Ministerio Público respecto del ofendido. El derecho que emana del inciso segundo del artículo 83 de la Constitución es exigible en relación al legislador con el fin de que éste contemple un derecho a que, con el debido control judicial, el querellante pueda llevar adelante la persecución penal.

En segundo lugar, se ha sostenido, también, que la víctima no tiene derecho a la condena del supuesto culpable del delito (sentencia rol N°1341, considerando 72° y sentencia rol N°2561, considerando 49° del voto por rechazar). Nuevamente, tal afirmación no representa adecuadamente la posición de los Ministros que están por acoger el requerimiento de inaplicabilidad en este caso. Nuestra posición no significa que el querellante tenga un derecho a obtener un resultado exitoso en términos de la condena del supuesto culpable. El derecho del querellante ofendido es a ejercer dicha acción penal, independiente del resultado. En efecto, nuestro planteamiento considera que el ejercicio de la acción penal por parte del ofendido implica la posibilidad de perseverar en la pretensión punitiva (por la vía de la acusación adhesiva o autónoma) con independencia de la decisión unilateral del Ministerio

Público, sin perjuicio, en último término, de las determinaciones jurisdiccionales de los jueces y tribunales de justicia;

B) El ofendido no interviene en la misma forma que el Ministerio Público en el proceso penal, pero su derecho a ejercer igualmente la acción penal no puede significar que la posibilidad de acusar dependa enteramente de la actividad de dicho órgano público.

8°. Que aunque la potestad investigativa del Ministerio Público marca una diferencia respecto del ofendido, víctima o querellante en cuanto a la forma de intervención en el proceso penal, si el adverbio “igualmente” utilizado por la Constitución en el inciso segundo del artículo 83 ha de tener algún sentido, debe concluirse que la posibilidad del ofendido de ejercer la acción penal por medio de una acusación autónoma (y, desde luego, también en forma adhesiva) no puede dejarse sin efecto, en términos teóricos ni prácticos, por una decisión del Ministerio Público que carezca de control judicial suficiente.

La Constitución le exige al legislador, quien así lo ha dispuesto, contemplar modalidades para que la víctima acuse o pueda participar de la acusación penal (acusación autónoma o adhesiva), lo cual legitima implícitamente el interés de la víctima (tanto individual como social, en tanto miembro de una comunidad) en que se haga justicia;

9°. Que, a diferencia de lo que se sostiene en algunos fallos anteriores de este Tribunal, el derecho de

la víctima a ejercer, igualmente, la acción penal no se reduce únicamente a que la ley contemple vías para que los ofendidos puedan (en algunas oportunidades y bajo ciertas condiciones) acusar, sino que comprende el derecho a que el legislador le posibilite recibir tutela de parte de la judicatura cada vez que el Ministerio Público realice conductas que hagan cesar la pretensión punitiva. Si tal garantía de control judicial no existe, como ocurre en este caso concreto, la posibilidad de acusar sería enteramente dependiente de la actividad del Ministerio Público, quien podría disponer a su solo arbitrio de la acción penal. La exclusividad constitucional de que goza el Ministerio Público para investigar no puede significar la ausencia —aunque sea parcial— de tutela judicial de los intereses de aquel ofendido que aspira a que se persevere en la pretensión punitiva. No se discute la constitucionalidad de que el Ministerio Público pueda disponer de la pretensión punitiva en virtud del principio de oportunidad, pero sí de que éste se ejerza al margen de la intervención tutelar contralora del Poder Judicial;

10°. Que la Constitución no le otorga al órgano persecutor la potestad para, sin un control tutelar efectivo por parte de la judicatura, hacer prevalecer, sin más, decisiones de mérito que impliquen perjudicar la pretensión punitiva de la sociedad y de la víctima. En presencia de un querellante privado, la facultad exclusiva para investigar que tiene el Ministerio Público no le confiere una posición prevalente respecto

del querellante privado en el ejercicio de la acción penal. En efecto, no debe olvidarse que el actuar del órgano persecutor e investigador siempre tendrá como límite el reconocimiento de que la víctima es titular del derecho a la acción penal. Lo anterior exige que el legislador contemple las medidas de control judicial que, limitando un eventual actuar arbitrario del Ministerio Público, hagan factible la interposición de una acusación por parte del querellante privado;

C) El ofendido sí puede representar el interés público que implica llevar adelante la pretensión punitiva a través de la acusación particular. La ley procesal penal, por derivación constitucional, así lo reconoce.

11°. Que una de las líneas argumentales de la sentencia (voto de mayoría) es la supuesta coherencia en el diseño del sistema procesal penal, el cual al concebir un modelo adversarial, permitiría sustentar una visión restrictiva del derecho al igual ejercicio de la acción penal por parte del ofendido. Sin embargo, el diseño legal del nuevo sistema procesal penal chileno no constituye un modelo puro de carácter adversarial. Por el contrario, éste puede caracterizarse como uno híbrido. En efecto, la existencia de la figura del querellante y, más evidentemente, la institución del forzamiento de la acusación, la cual es escasamente aludida en voto de mayoría, es una demostración fehaciente de lo anterior.

Por lo manifestado en los considerandos previos, la posibilidad con-

templada por el Código Procesal Penal de que el querellante pueda forzar la acusación es una exigencia constitucional que se desprende de la facultad conferida al ofendido para ejercer igualmente la acción penal.

De la misma facultad conferida por la Constitución se desprende, también, que el control judicial de la eventual aspiración del Ministerio Público de disponer o hacer cesar por completo la persecución punitiva constituye un requerimiento constitucional, lo cual, sin embargo, no es reconocido siempre por la ley procesal. En efecto, mientras que para solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa el Ministerio Público requiere de aprobación judicial (artículo 248, inciso primero, letra a)), para comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento (artículo 248, inciso primero, letra c)) no se necesita el consentimiento de un juez;

12°. Que, como ya se adelantara previamente, no puede discutirse que el querellante (ofendido) puede detentar el control de la acción penal pública en el juicio, el cual puede ser de carácter absoluto y exclusivo. La víctima sí puede representar el interés público. Esta conclusión es una derivación lógica de la titularidad de la acción penal que por mandato de la Constitución tiene el ofendido. La legislación procesal penal así lo entiende y la doctrina también lo reconoce:

“El querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer el mismo derecho anterior en el caso de que el

ministerio público comunique su decisión de no perseverar en el procedimiento conforme lo dispuesto en el artículo 248 c) CPP. En estos casos, el querellante detenta el control absoluto y exclusivo de la acción penal pública en el juicio. La privatización de la persecución penal pública es total y, como resulta evidente, excede el marco de la satisfacción del interés privado para constituirse en vehículo de aplicación de una pena que cumple funciones públicas.” (énfasis agregado). (Horvitz, M. I., y López, J., 2002, “Derecho Procesal Penal Chileno”, T.1, p.296).

A propósito del derecho del querellante de poder forzar la acusación (artículo 258 del Código Procesal Penal), manifestación principal del derecho constitucional a ejercer la acción penal (artículo 83, inciso segundo, de la Constitución), Horvitz y López (2002, T.1, pp. 296-297) se preguntan si:

“¿es legítimo el forzamiento de la acusación en contra de una decisión de mérito del órgano de persecución penal? ¿A quién corresponde hacer la ponderación de si los antecedentes de la investigación proporcionan fundamento serio para el enjuiciamiento y condena del imputado? ¿Puede la víctima, a través de este procedimiento, representar el interés público que implica la imposición coactiva de la pena a una persona imputada de un delito?”

Pareciera que la discusión se encuentra zanjada a nivel constitucional con la norma contemplada en el artículo 80 A (sic) inciso 2° CPE, que consagra al ofendido por el delito ‘y las demás personas que determine la ley’ como

titulares del derecho al ejercicio de la acción penal. BASCUÑAN advierte que esta norma constitucional configura “un horizonte normativo enteramente nuevo”. Según este autor, la consagración del citado derecho constitucional obliga a preguntarse sobre su alcance práctico en el proceso. La pregunta ya no puede consistir en determinar hasta dónde el legislador está dispuesto a reconocer al querellante particular una posición relevante en el proceso, sino más bien hasta dónde el legislador puede desconocer de modo relativo esa posición, al establecer reglas cuya finalidad sea la de asegurar la posición prevalente del ministerio público.” (énfasis agregado);

IV.- SOBRE EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE NO PERSEVERAR.

13°. Que la facultad de no perseverar contemplada en la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal e impugnada en el presente requerimiento, es una decisión administrativa del órgano persecutor que pone término a la acción penal, sea que existan o no diligencias pendientes, sea que haya o no querellantes en el proceso penal.

Dadas las características del actual sistema procesal penal, y por las razones que se indicarán, el ejercicio de esta facultad no es inocuo para la víctima o querellante en cuanto a su derecho a la acción penal reconocido por la Constitución.

En primer lugar, la decisión del órgano administrativo persecutor de no perseverar hace cesar la posibilidad de accionar penalmente.

Esto impide a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional, vulnerando, fundamentalmente, el derecho a la acción penal consagrado en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución.

En segundo lugar, el Código Procesal Penal no contempla la posibilidad de control judicial que permita al resto de los intervinientes objetar la pertinencia de la decisión administrativa de no perseverar en la investigación. El Código Procesal Penal se refiere siempre a la facultad de no perseverar como una “decisión” del Ministerio Público que se “comunica” al juez de garantía.

En consecuencia, la acción penal —no sólo la persecutoria del Ministerio Público— concluye con la sola decisión del órgano administrativo, sin posibilidad de una revisión judicial, propiamente tal.

En tercer lugar, el Ministerio Público puede declarar su voluntad de no perseverar aun existiendo diligencias pendientes que puedan significar nuevos antecedentes suficientes para fundar una acusación. Estas diligencias pendientes no sólo pueden ser de utilidad para el Ministerio Público, sino también para la parte querellante en el proceso. La igualdad de armas entre las partes o intervinientes —con pretensiones contrapuestas— para poder desplegar la prueba es de la esencia de un procedimiento racional y justo (Sentencias roles N°s 2323 y 2354, considerando 7°);

14°. Que, en definitiva, no se satisface el mandato constitucional del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, referido al derecho a la acción penal por parte del ofendido, cuando el Ministerio Público puede (sin control judicial de fondo) decidir el término de la acción penal, consistiendo el efecto de esta voluntad en impedir que la víctima y el querellante continúen con la acción penal ante la judicatura;

V.- NO EXISTEN RESGUARDOS PROCESALES SUFICIENTES Y COMPATIBLES CON EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA ACCIÓN PENAL POR PARTE DEL QUERELLANTE.

A) Posición jurisprudencial previa de este Tribunal.

15°. Que la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional, en particular las sentencias roles N°s 1341 y 2561, sostienen que la facultad de no perseverar: (i) es una de carácter discrecional; (ii) es una de carácter investigativo y no jurisdiccional; (iii) es una en que no interviene el juez de garantía para su aprobación; y (iv) es una frente a la cual la víctima posee ciertos resguardos tendientes a evitar un actuar arbitrario del Ministerio Público que resulte perjudicial para la víctima querellante (ver la sentencia rol N°1341, considerando 63°, y la sentencia rol N°2561, considerando 53° y siguientes del voto por rechazar).

Los resguardos a los que aluden las referidas sentencias (insuficientes en nuestra opinión, en especial dadas

las particularidades del caso concreto) son los siguientes:

(1) El artículo 5° de la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, dispone que “el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público” (Sentencia rol N°1341, considerando 79°; sentencia rol N°2561, considerando 53° del voto por rechazar);

(2) El artículo 7° de la misma ley establece que “*las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia administrativa y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación de los funcionarios de su dependencia.*” Dicho control se extiende “*tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones*” (Sentencia rol N°1341, considerando 79°; sentencia rol N°2561, considerando 53° del voto por rechazar);

(3) El artículo 32 b) de la Ley N°19.640 señala que “*corresponderá al Fiscal Regional: (...) b) Conocer y resolver, en los casos previstos por la ley procesal penal, las reclamaciones que cualquier interviniente en un procedimiento formulare respecto de la actuación de un fiscal adjunto que se desempeñe en la Fiscalía Regional a su cargo*” (Sentencia rol N°1341, considerando 80°; sentencia rol N°2561, considerando 54° del voto por rechazar);

(4) La procedencia de la reapertura de la investigación (artículo 257 del

Código Procesal Penal) (Sentencia rol N°1341, considerando 81°; sentencia rol N°2561, N°55 del voto por rechazar);

(5) La posibilidad de forzar la acusación en los términos del artículo 258 del Código Procesal Penal (Sentencia rol N°1341, considerando 82°; sentencia rol N°2561, N°56 del voto por rechazar); y

(6) El control judicial anterior a la formalización de la investigación del artículo 186 del Código Procesal Penal (Sentencia rol N°1341, considerando 84°; sentencia rol N°2561, N°58 del voto por rechazar);

B) Análisis sobre la insuficiencia o impertinencia de los resguardos procesales que se indican.

16°. Que, como se manifestara con anterioridad, nos parece que los mecanismos que narra dicha sentencia para asegurar el derecho de la víctima a una acción penal no son suficientes en este caso concreto, sea por su improcedencia o por su resguardo a intereses distintos de la acción penal. A continuación se hará un análisis de los supuestos resguardos:

(1) El artículo 5° de la Ley N°19.640.

17°. Que el artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público es una norma que mira a perseguir la responsabilidad administrativa del Estado ante errores o arbitrariedades injustificables. Sin embargo, no resarce ni apunta al resguardo del interés de la víctima en hacer efectiva la res-

ponsabilidad penal del imputado. Si la acción penal no se ejerce por parte del Ministerio Público, pese al interés del querellante o la víctima en accionar, el derecho a la acción penal de la persona víctima de un delito, deja de existir. Nacería, entonces, una acción contra el Fisco por dicha conducta. Sin embargo, el resarcimiento patrimonial que puede requerir del Estado por la conducta negligente de sus funcionarios mira a un fin distinto al que pretende la víctima: la sanción penal por el acto reprochable que padeció y que, en último término, repercute en toda la sociedad;

(2) El artículo 7° de la Ley N°19.640.

18°. Que el artículo 7° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público es una norma que otorga al superior jerárquico del órgano persecutor la responsabilidad disciplinaria en las actuaciones de los funcionarios a su cargo. Sin embargo, nuevamente no es posible asimilar la pérdida de la acción penal por parte de la víctima contra el imputado de un delito, con la responsabilidad disciplinaria que emana de la conducta funcionaria del fiscal a cargo. Mientras que la acción penal busca la aplicación de la sanción establecida en la ley a una persona por su participación en un hecho ilícito, las acciones disciplinarias jerárquicas buscan la sanción al servidor público que ha incumplido con un deber funcionario, con el fin de restituir el orden interno del órgano público. Este objetivo, de naturaleza disímil a la que busca resguardar el derecho a la acción penal, hace imposible con-

siderar esto como un resguardo efectivo suficiente a los derechos de la víctima en un proceso judicial;

(3) El artículo 32 b) de la Ley N°19.640.

19°. Que dicha norma establece que será el Fiscal Regional quien conozca de las reclamaciones sobre actuaciones de los fiscales a su cargo. Sin embargo, el Oficio del Fiscal Nacional N°60, de enero de 2014, sobre “Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el Proceso Penal”, obliga a que cada ejercicio de la facultad de no perseverar sea consultado y aprobado previamente por el Fiscal Regional. Es decir, quien debiese conocer la reclamación por la actuación del fiscal a cargo en orden a no perseverar en la investigación, ya conoció de ella, e incluso aprobó dicha actuación.

En consecuencia, no parece que el artículo 32 b) de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público sea un resguardo a los efectos del ejercicio de la facultad de no perseverar, porque en la práctica quien debiese resolver una reclamación administrativa contra el fiscal por el ejercicio de la facultad de no perseverar es el mismo quien debe autorizar previamente, por escrito, dicha actuación en el proceso.

De la misma manera, y sin perjuicio de lo previamente señalado, aun cuando la existencia de una doble conformidad entre el Fiscal Regional y el Fiscal Adjunto en el ejercicio de la facultad de no perseverar efectivamente reduce la arbitrariedad en su

aplicación, no permite que la víctima pueda continuar ejerciendo su acción penal independientemente, en la condición de igualdad que establece el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución;

(4) La procedencia de la reapertura de la investigación (artículo 257 del Código Procesal Penal).

20°. Que el artículo 257 del Código Procesal Penal permite al querellante reiterar su solicitud de diligencias de investigación al Ministerio Público, en caso que la haya realizado oportunamente y cuando el ente persecutor la hubiere rechazado o respecto de la cual no se hubiere pronunciado. Sin embargo, a fojas 48 del expediente, el Ministerio Público señala que despachó una instrucción particular a la Policía de Investigaciones con el objeto de realizar las diligencias solicitadas por el querellante. En consecuencia, al haberse pronunciado el Ministerio Público sobre las diligencias investigativas solicitadas en la querrela, no se cumple el supuesto del artículo 257 para que, con alguna posibilidad de éxito, el juez decreta la reapertura de la investigación al juez de garantía. No estamos, por ende, frente a un resguardo efectivo del derecho de la víctima a ejercer, igualmente, la acción penal;

(5) El forzamiento de la acusación (artículo 258 del Código Procesal Penal).

21°. Que, en el caso concreto, el efecto inconstitucional de la decisión de no perseverar se acentúa al impedirse al querellante el ejercicio de la facultad del artículo 258,

inciso cuarto, del Código Procesal Penal –esto es, el forzamiento de la acusación–, al no haberse formalizado previamente la investigación por el Ministerio Público. Es decir, aun cuando se alegue que el Código Procesal Penal permite forzar la acusación si el órgano persecutor ha comunicado la facultad de no perseverar, en el caso concreto el querellante está vedado de realizar esta solicitud al juez de garantía por una causa que depende, nuevamente, de la sola voluntad del Ministerio Público, quien legalmente está autorizado para formalizar “cuando [lo] considerar oportuno” (artículo 230 del Código Procesal Penal).

El problema de la inexistencia de formalización por parte del ente persecutor es acertadamente ilustrado por el diputado Araya durante la discusión de la reforma constitucional que creó un nuevo párrafo en el artículo 19, N°3°, de la Constitución:

“Hoy, no sacamos nada con que las víctimas tengan un abogado pagado por el Estado, una vez que entre en vigencia la reforma constitucional en estudio o con la modificación legal que el ministro de Justicia anunció que se hará a las corporaciones de asistencia judicial, si el Ministerio Público sigue teniendo el control de la investigación en forma absoluta. Si durante una investigación dicho ministerio decide no formalizar a un sujeto que presumiblemente cometió un delito, ahí termina tal investigación. Por mucho que la víctima de un delito violento cuente con un abogado por alguna de esas vías o con un querellante en forma particular, no podrá hacer absolutamente nada, porque

actualmente la formalización es una verdadera cortapisa del Ministerio Público para que los abogados particulares o querellantes particulares puedan participar eficazmente en el juicio penal. (...) Hoy, si se produce la formalización, éste puede plantear una teoría del caso; pero, llegado el momento, el Ministerio Público puede decidir no perseverar en la investigación o buscar una salida alternativa. (Cámara de Diputados, Segundo trámite constitucional, Discusión en general, Legislatura N°358, Sesión N°111, p. 23).

Confirmando la ausencia de este tipo de resguardos, en el Oficio del Fiscal Nacional N°60, de enero de 2014, sobre “Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el Proceso Penal”, se instruye a los fiscales que “[a] juicio de este Fiscal Nacional, la decisión de no perseverar puede comunicarse aún en caso de investigaciones no formalizadas (...)” (p. 74). Demostrándose como la no formalización no implica obstáculo alguno para el Ministerio Público, pero sí para los querellantes en su derecho a ejercer la acción penal por medio del forzamiento de la acusación, se sostiene, también, que “[a] juicio de este Fiscal Nacional, la formalización de la investigación constituye un requisito indispensable para el forzamiento de la acusación (...)” (p. 78). Esta situación, descrita por la Instrucción General del Fiscal Nacional, reconoce la imposibilidad del querellante de ejercer la facultad del artículo 258, inciso cuarto, del Código Procesal Penal, si se ejerce la facultad de no perseverar sin existir

previa formalización por parte del ente persecutor;

(6) Control judicial anterior a la formalización de la investigación (artículo 186 del Código Procesal Penal).

22°. Que tampoco resulta aplicable a este caso lo dispuesto en el artículo 186 del Código Procesal Penal, en relación al control judicial anterior a la formalización de la investigación. La norma exige que exista una persona “afectada por una investigación que no se hubiera formalizado judicialmente”, que ciertamente no es el caso de la gestión pendiente. El querellante no se vio afectado, propiamente tal, por la investigación “desformalizada” del Ministerio Público, toda vez que el ente persecutor no rechazó la posibilidad de decretar diligencias. La oportunidad en que puede tener una incidencia negativa la falta de formalización es al momento de haberse ejercido por el Ministerio Público la facultad de no perseverar. Sin embargo, en dicho caso –tal como ocurrió en la especie– también resultaba extemporáneo solicitar el control judicial anterior a la formalización, ya que no existía una investigación en curso.

Esto explica, pues, que tanto la jurisprudencia de nuestros juzgados penales de primera instancia como de los tribunales superiores de justicia haya restringido la aplicación del artículo 186 del Código Procesal Penal de forma tal de excluir de su beneficio a los querellantes. Así, por ejemplo, la sentencia de 15 de julio de 2014 de la Corte de Apelacio-

nes de La Serena, confirmando esta interpretación realizada por el Juzgado de Garantía de Ovalle, señaló que:

*“El precitado artículo [186], al referirse a una persona “que se considere afectada por una investigación”, está considerando a quienes han sido objeto de una medida intrusiva o cualquier acto de investigación que –objetivamente– pueda producirles el temor de ser imputados en una pesquisa criminal, pero que sin que los mismos puedan calificarse como actos de atribuirle participación en un hecho criminal, conforme al inciso 1° del artículo 7° del Código Procesal Penal, o bien a quienes por dichos o actos públicos de agentes de la Policía o de persecución penal se les atribuya alguna responsabilidad, sin que se realicen en su contra actos que le otorgan la calidad de imputado y con ello los derechos y garantía indicados en el artículo 93 del Código Procesal Penal. Entonces, claro está que la norma aludida privilegia los derechos de los imputados frente a la persecución penal, la transparencia y publicidad, y por ello ni en razón ni efectos es aplicable a los intervinientes y al querellante, por lo que, **en tal virtud, lo dispuesto en el citado artículo 186 no es aplicable a favor del querellante apelante;**(énfasis agregado). (Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, rol N°243-2014, considerando segundo).*

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 28 de septiembre de 2012, también confirma la misma interpretación de la norma, esta vez del

2° Juzgado de Garantía de Santiago, señalando que:

“(...) el legislador empleó el artículo 186 del Código Procesal Penal a favor del imputado y otorgó al querellante, para el ejercicio de sus derechos como víctima, los que consagra el artículo 78 del mismo código, entre éstos, la posibilidad de pedir al Ministerio Público que, facilitándole su intervención en el procedimiento, realice las diligencias que considerare pertinentes, de acuerdo a la facultad de proposición de diligencias que le entrega el artículo 183, atinente en la especie, entre éstas, solicitar la formalización de la investigación en contra de la persona imputada; por lo que, si en la oportunidad procesal la querellante pudiendo ejercer tal derecho no lo hizo, cerrándose luego la investigación sin que en ella hubiera imputado formalizado, no resulta posible que la parte querellante pueda ejercer las facultades del artículo 258 del mismo cuerpo legal, al haber manifestado el Ministerio Público su decisión de no perseverar, pues, el supuesto de esa disposición es que haya habido previamente formalización de la investigación en contra de persona determinada a la cual se pueda acusar.” (énfasis agregado). (Considerando quinto, sentencia rol N°2230-2012, Corte de Apelaciones de Santiago);

De la misma forma, el ex Fiscal Nacional del Ministerio Público, Guillermo Piedrabuena sostiene que *“se ha entendido por la doctrina y las sentencias de los tribunales ordinarios que “la persona afectada por una investigación” se refiere exclusivamente al posible imputado”*. Citando a la profesora Marta Herrera, el ex Fiscal

Nacional señala: *“Insistimos, cualquier otro interviniente, léase víctima o querellante, podrán estar interesados en los resultados que arroje una determinada investigación pero no se encuentran afectados por la misma. (...) “En conclusión, y sin lugar a dudas, estamos hablando única y exclusivamente del sujeto procesal ‘imputado’ y su respectivo representante en esta materia, vale decir, su defensor. Cualquier manifestación que provenga de otro sujeto procesal debería ser rechazada de plano por el órgano jurisdiccional”*.” (Piedrabuena, G., “Control judicial anterior a la formalización de la investigación”, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N°23, junio de 2010, p. 19);

VI.- CONCLUSIONES.

23°. Que de lo expuesto en este voto por acoger es posible concluir que: (i) existe un derecho constitucional del ofendido a ejercer la acción penal establecido especialmente por el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución; (ii) el ejercicio de la acción pública por parte del ofendido (el requirente) significa que éste puede perseverar o llevar adelante la pretensión punitiva a través de una acusación particular autónoma (o adhesiva de aquella que efectúe el Ministerio Público); (iii) el Código Procesal Penal reconoce (y no podría ser de otra forma dado el derecho constitucional aludido) que el querellante (ofendido) sí detenta el control de la acción penal pública en el juicio, incluso de manera absoluta y exclusiva, como ocurre con el forzamiento de la acusación; (iv) sin perjuicio de que el Ministerio Público no goza,

en general, de la misma posición que el querellante ofendido, este último tiene una posición relevante, en particular tratándose del igual ejercicio de la acción penal reconocido fundamentalmente en el artículo 83 ya aludido; (v) dado lo anterior y parafraseando a un autor, la pregunta central no puede consistir en determinar hasta dónde el legislador está dispuesto a reconocer al querellante particular una posición relevante en el proceso, sino más bien hasta dónde el legislador puede desconocer de modo relativo esa posición al establecer reglas cuya finalidad sea la de asegurar una posición prevalente para el Ministerio Público; (vi) la facultad del Ministerio Público (no controlada judicialmente) de no perseverar establecida en el artículo 248, inciso primero, letra c), del Código Procesal Penal, norma impugnada en autos, desconoce la posición relevante del querellante ofendido en cuanto al ejercicio de la acción penal, en especial si se tiene en consideración que, por las circunstancias de la gestión pendiente (existencia de una investigación “desformalizada”), no le es jurídicamente posible perseverar en la pretensión punitiva por la vía del forzamiento de la acusación; (vii) la jurisprudencia anterior de este Tribunal, la cual precede a la reforma constitucional por la cual se incorpora el actual inciso tercero del numeral 3° del artículo 19 (y que confirma más allá de toda duda razonable el carácter de derecho fundamental de la facultad de “*ejercer igualmente la acción penal*”), sostiene equivocadamente que existirían resguardos procesales suficientes a favor

del querellante que evitarían un agravio inconstitucional a su derecho a ejercer la acción penal; (viii) sea por su improcedencia en este caso concreto o por tratarse de disposiciones tendientes a resguardar intereses distintos a los de la acción penal, las seis posibles vías de protección para el querellante ofendido respecto de un actuar inconstitucional del Ministerio Público resultan insuficientes; y (ix) la ausencia de resguardos normativos suficientes o pertinentes a favor del requirente (querellante ofendido) permite afirmar que la aplicación del precepto legal impugnado tiene el efecto de hacer cesar la pretensión punitiva y, con ello, la facultad conferida por la Constitución al ofendido para ejercer la acción penal;

24°. Que, por tanto, estos Ministros disidentes consideran que debe acogerse el presente requerimiento por violar la aplicación del precepto impugnado el derecho establecido en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución y también, de manera consecencial, el derecho a un procedimiento racional y justo (contenido en el artículo 19 constitucional, N°3°, inciso sexto) que brinde protección al derecho a “*ejercer igualmente la acción penal*”.

Redactó la sentencia el ministro señor Carlos Carmona Santander, y la disidencia el Ministro señor Juan José Romero Guzmán.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N°2680-14-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, ministro señor Carlos Carmona Santander, la Ministra señora Marisol Peña Torres, y sus Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza,

Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril.

Se certifica que el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por haber cesado en su cargo.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD INADMISIBLE. FALTA DE FUNDAMENTO PLAUSIBLE. CUESTIÓN DE INTERPRETACIÓN. CONFLICTO DE LEGALIDAD. FACULTADES INVESTIGATIVAS DEL MINISTERIO PÚBLICO. DELITOS TRIBUTARIOS

Tribunal: Tribunal Constitucional

Resumen:

El requerimiento carece de fundamento plausible ya que lo planteado es una cuestión de interpretación y de armonización de distintas normas de rango legal, que es propia de la órbita de los jueces del fondo, y no una cuestión de constitucionalidad de aquellas que deba resolver el Tribunal Constitucional.

El conflicto se formula sobre la base de la relación existente entre la querrela criminal del Servicio de Impuestos Internos y las facultades investigativas del Ministerio Público para requerir la entrega de información e incautar documentos, todo ello en relación a la preceptiva impugnada y a la normativa pertinente del Código Tributario, para determinar su sentido y alcance a efectos de establecer la legalidad o ilegalidad de actuaciones específicas de la investigación.

Esto se manifiesta en la parte petitoria del requerimiento, en cuanto, además de la inaplicabilidad de los preceptos legales aludidos, se solicita la aplicación directa de las facultades otorgadas por el artículo 162 del Código Tributario al Director del Servicio de Impuestos Internos.

No es competencia del Tribunal Constitucional resolver acerca de la eventual aplicación incorrecta o abusiva de un determinado precepto que pudiese efectuar un tribunal, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos y medios de impugnación y control que contemplan las leyes de procedimiento.

La exclusión de prueba por pertinencia o por conflictos de derechos fundamentales en torno a ella es una materia propia de la órbita de los Tribunales de Garantía, en el marco del control de la actividad persecutoria en la audiencia de preparación de juicio oral.

La posible inconcurrencia de la autorización para proceder criminalmente es también un tema de legalidad, expresamente contemplado por el artículo 264, letra d), del Código Procesal Penal.

Texto Completo:

Santiago, veinticinco de marzo de dos mil quince.

Proveyendo a las solicitudes de fojas 255, 263 y de lo principal de fojas 77, estése al mérito de lo que se resolverá.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 16 de marzo de 2015, Patricio Contesse González ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 180, 205, 212 y el inciso segundo del artículo 217, todos del Código Procesal Penal, en el marco de los autos criminales RIT 6873-2014, RUC 1400637392-6, sustanciados ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago;

2°. Que, una vez acogido a tramitación el requerimiento en virtud de los artículos 79 y 80 de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, previamente a pronunciarse acerca de la admisibilidad del requerimiento, la Sala ordenó la suspensión parcial y temporal de la gestión invocada y decretó oír alegatos de admisibilidad.

3°. Que, la Ley N°17.997 aludida distingue el examen para acoger a tramitación y el examen de admisibilidad. Así como el examen para acoger a tramitación se refiere a requisitos de forma, establecidos en los artículos 79 y 80 de dicha ley, para el examen de admisibilidad se establecen requisitos distintos, que van más allá de los meramente formales, comprendiendo desde la legitimación de parte hasta el contenido y plausibilidad de la fundamentación, que se traducen en las causales de inadmisibilidad del artículo 84, que en sus N°s 5 y 6 dispone que: “Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

(...) 5. Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se

promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución y

6. Cuando carezca de fundamento plausible.”;

4°. Que, entrando al examen de admisibilidad, esta Sala estima que, de la lectura del libelo de foja 1 se desprende que lo planteado en el requerimiento es una cuestión de interpretación y armonización de distintas normas de rango legal, propia de la órbita de los jueces del fondo, y no una cuestión de constitucionalidad de aquellas que deba resolver este Tribunal. En efecto, el conflicto pretendido se formula sobre la base de la relación existente entre la querrela criminal del Servicio de Impuestos Internos y las facultades investigativas del Ministerio Público para requerir la entrega de información e incautar documentos, todo ello en relación a la preceptiva impugnada y a la normativa pertinente del Código Tributario, para determinar su sentido y alcance a efectos de establecer la legalidad o ilegalidad de actuaciones específicas de la investigación. Corolario de ellos es lo señalado en la parte petitoria del requerimiento, en cuanto, además de la inaplicabilidad de los preceptos legales aludidos, se solicita “la aplicación directa de las facultades otorgadas por el artículo 162 del Código Tributario al Director del Servicio de Impuestos Internos, a fin de que cese cualquier tipo de acto de investigación que pudiera perpetrar el Ministerio Público en mi contra o de terceros, en tanto no le sea entre-

gada una habilitación expresa para ello por parte del dicho Servicio.”;

5°. Que lo expresado redundo además en que el libelo de fojas 1 carece de fundamento plausible, por implicar la formulación de un conflicto de interpretación de las normas que regulan la actividad del Servicio de Impuestos Internos y del Ministerio Público, a propósito del ejercicio de la acción penal y la función investigativa, cuestión que excede los términos de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad;

6°. Que, por otra parte, como se ha razonado por esta Magistratura, entre otras, en las sentencias de inadmisibilidad Roles N°s 1344, 1942, 2083, 2084 y 2349, no es competencia de esta Magistratura resolver acerca de la eventual aplicación incorrecta o abusiva de un determinado precepto que pudiere efectuar un tribunal, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos y medios de impugnación y control que contemplan las leyes de procedimiento. Como se ha señalado, “la inaplicabilidad no es vía idónea para declarar que un Tribunal ha actuado ilegalmente, aunque se alegue que, con ese actuar ilegal, se haya excedido la competencia y con ello afectado la Carta Fundamental; pues la acción constitucional referida sólo está llamada a pronunciarse en caso que la afectación de la Constitución Política se produzca en razón de la aplicación de lo dispuesto en un precepto legal. (Roles N°s. 1008, 1018 y 1049)”, criterio que debe extenderse “también, en este caso, a la actua-

ción de los órganos del Ministerio Público” (Roles N°s. 1264, 1286 y 1780);

7°. Que, además, se evidencia la carencia de fundamento plausible al no razonar el requerimiento en torno a las disposiciones del artículo 83 de la Carta Fundamental, norma que enuncia las funciones, caracteres y potestades esenciales del Ministerio Público, entre las que se encuentra la dirección de la investigación y el ejercicio de la acción, cuya referencia e invocación resulta indispensable en la materia;

8°. Que, a mayor abundamiento, la exclusión de prueba por pertinencia o por conflictos de derechos fundamentales en torno a ella es una materia propia de la órbita de los Tribunales de Garantía, en el marco del control de la actividad persecutoria en la audiencia de preparación de juicio oral, al tenor de lo expresamente estatuido por el artículo 276 del Código Procesal Penal. A mayor abundamiento, la inconcurrencia de la autorización para proceder criminalmente es también un tema de legalidad, expresamente contemplado por el artículo 264, letra d), del mismo Código;

9°. Que, consecuentemente, esta Sala concluye que concurre además la causal de inadmisibilidad contemplada por el numeral 5 del artículo 84 de la Ley N°17.997, por lo que, en los términos exigidos por el inciso undécimo del artículo 93 de la Carta Fundamental, no puede resultar decisiva la aplicación de la preceptiva impugnada, toda vez que ni ella

ni la eventual declaración de inaplicabilidad pueden tener los efectos pretendidos por el requirente;

10°. Que, atendido el mérito de los antecedentes que obran en autos, lo razonado en los motivos precedentes de esta resolución y resolviendo acerca de la admisibilidad del requerimiento de fojas 1, esta Sala ha logrado convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida no puede prosperar, toda vez que no cumple con las exigencias constitucionales y legales antes transcrita, al no concurrir el presupuesto de fundamento plausible ni resultar decisiva la aplicación de la preceptiva impugnada, configurándola así, en la especie, las causales de inadmisibilidad de los números 5 y 6 del ya transcrito artículo 84 de la Ley N°17.997.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N°6, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República y en el artículo 84, N°s 5 y 6, y además pertinentes e la Ley

N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

Que se declara inadmisibile el requerimiento deducido a fojas 1. Téngase por no presentado para todos los efectos legales.

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento, oficiese.

Notifíquese y comuníquese.

Rol N°2808-15-INA

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada su Presiente, el Ministro señor Carlos Carmona Santander, los Ministros señores Iván Arostica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Empananza y la Ministra señora María Luisa Brahm Barril.

Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguin.

DIVISIÓN DE ATENCIÓN
A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

SISTEMATIZACIÓN SOBRE EL TRABAJO PSICOSOCIAL REALIZADO EN EL “CASO HEIDI”. SU INFLUENCIA EN LAS DECISIONES JURÍDICAS Y PROTECCIONALES

Gabriela Castillo Candia¹
Solange Garrido Hernández²
Raúl Carvacho Cariz³
Gabriela Cruces González⁴
Rodrigo Chinchón⁵

I. Introducción

Nuestra intención al escribir este breve artículo, es compartir con quienes laboran en el Ministerio Público (abogados, psicólogos, trabajadores sociales, etc.) lo que ha significado enfrentar los diferentes desafíos impuestos por el denominado caso “Heidi”, a fin de transmitir nuestra experiencia a aquellos equipos que han trabajado o trabajarán en la temática de la explotación sexual infantil, e instarlos para que escriban sus propias experiencias y de esta forma podamos avanzar en conjunto, a través de la reflexión, hacia un modelo de intervención especializado, psico-social y jurídico, para este tipo de delitos tan complejos de investigar y de proteger a sus víctimas, dadas las características de éstas y del fenómeno, que más adelante analizaremos.

Asimismo, es importante señalar que este documento está básicamente dirigido a la temática psico-social, y cómo ello ha influido en las decisiones investigativas y proteccionales. Lo anterior, ya que conforme nuestra experiencia, es el conocimiento teórico-práctico de este fenómeno, lo que nos ha permitido obtener resultados positivos en este caso, en particular, además, del compromiso y trabajo en equipo.

Sin perjuicio de lo indicado, también reflexionaremos sobre algunas pruebas obtenidas y lo importante que fueron, al momento del juicio.

II. Modelos de atención utilizados

Como ya sabemos, desde el año 2000, la Administración de Justicia en nuestro país ha sufrido un importante cambio con la puesta en marcha de la Reforma

-
- 1 Psicóloga, URAVIT, Fiscalía Regional Metropolitana Sur, Ministerio Público.
 - 2 Asistente Social, URAVIT, Fiscalía Regional Metropolitana Sur, Ministerio Público.
 - 3 Psicólogo, URAVIT, Fiscalía Regional Metropolitana Sur, Ministerio Público.
 - 4 Jefa URAVIT, Fiscalía Regional Metropolitana Sur, Ministerio Público.
 - 5 Fiscal Jefe, Fiscalía de VIF y Delitos Sexuales, Fiscalía Regional Metropolitana Sur, Ministerio Público.

Procesal Penal, la que como tal, no sólo buscó cambiar la forma de investigar, transitando desde un sistema inquisitivo (una sola autoridad investiga, acusa y juzga) a uno acusatorio (la facultad de investigar y eventualmente acusar radica en un órgano distinto al que juzga, esto es, el Fiscal), sino que también, dar transparencia a las acciones en el ámbito jurídico, publicidad a los juicios, con el fin de que la sociedad tuviese un mayor conocimiento de los mismos, y relevar el ejercicio de los derechos y la real protección de las víctimas y testigos que son intervinientes en este proceso, en especial, si se trata de víctimas vulnerables, como es el caso de los niños, niñas y adolescentes.

En este contexto, la complejidad del trabajo que corresponde realizar a la Fiscalía de Chile, ha ido en aumento, tanto en su dimensión cuantitativa como cualitativa, ya que la diversidad de variables que influyen en los fenómenos delictuales y de victimización, han tornado altamente compleja la intervención. Esto ha llevado a la necesidad de repensar la forma en que se organiza la intervención con los principales usuarios, esto es, nuestras víctimas y testigos, relevando las necesidades propias que ellos han manifestado, a través de diversos estudios y que dicen relación con la entrega de información y la oportuna protección; necesidades centrales para la ciudadanía en el contexto de su paso por el proceso penal, el cual puede generar altos niveles de estrés y reticencia a participar⁶.

Sin duda, la satisfacción de estas necesidades resulta estratégica, dado que aborda los requerimientos del usuario, facilitando su participación en el proceso penal y beneficiando al sistema en su conjunto.

Al hacer este diagnóstico, la Fiscalía pone de manifiesto que la temática de la atención a víctimas y testigos está en el centro de las preocupaciones institucionales, siendo incorporada como uno de los temas centrales de su Plan Estratégico, el cual se desarrolla de manera directa con la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, en la que la Fiscalía se reconoce como una parte de la solución global del problema de la delincuencia, comprendiendo que su rol es desarrollar una política de persecución penal exitosa, al servicio de la sociedad y en estrecha colaboración con la ciudadanía y el resto de las instituciones⁷.

El diseño de un modelo de atención, que sea capaz de precisar cuáles son los servicios que a la Fiscalía corresponde entregar, la definición de los procesos de trabajo para la implementación de los mismos y el establecimiento de

6 DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE LA FISCALÍA NACIONAL (DAVT). Modelo de Atención de Víctimas y Testigos [en línea]. Santiago, Chile: Ministerio Público, 2011. Disponible en: http://mpintra/vyt/index.php?option=com_docman&Itemid=144 [fecha de consulta: 26 Mayo 2015].

7 DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS [en línea]. Modelo de Atención de Víctimas y Testigo. OPA 2011. Fiscalía de Chile. Santiago, Chile, 2011. Disponible en: <http://fiscaliadechile.cl> [fecha de consulta: 26 Mayo 2015].

protocolos de atención que garanticen su eficiencia y calidad, se transforma en los objetivos centrales del modelo de atención diseñado por la División de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía Nacional para víctimas y testigos que concurren a la Fiscalía, denominado OPA, por los tres servicios básicos en que se funda: Orientación, Protección y Apoyo.

Es así, como en la segunda administración nacional de nuestra Institución, la División de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía de Chile, genera el nuevo modelo OPA que busca homogeneizar los servicios que la Fiscalía siempre ha prestado a la ciudadanía, poniendo énfasis en las víctimas y testigos, con el objetivo de orientarlos, protegerlos y apoyarlos, conforme la ruta que atraviesan durante el proceso penal, haciéndose cargo de ciertas diferencias que presentan las víctimas o los testigos en ciertos delitos. De esta forma, surge un modelo general de atención para todas las víctimas que concurren a denunciar o a declarar a la Fiscalía, el cual incorpora tres modelos especiales: Modelo de Intervención Inmediata para Víctimas de Violencia Intrafamiliar (VIF), Modelo de Intervención Especializada en Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales o en contexto de Violencia Intrafamiliar y el Modelo de Protección para Víctimas y Testigos en Casos Complejos. Así, la Fiscalía de Chile logra brindar protección, orientación y satisfacción a los requerimientos específicos que presentan determinadas categorías de víctimas y testigos en situaciones especiales de vulnerabilidad, permitiendo con ello cumplir con la función legal de protección asignada al Ministerio Público, a través de la generación de una estrategia tendiente a adoptar decisiones fundadas en un análisis de diversos factores, con la finalidad de asegurar su integridad y brindarles la confianza necesaria para obtener su participación en el proceso penal.

Respecto del Modelo OPA de Intervención Especializada en Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales o en contexto de Violencia Intrafamiliar, el objetivo es que el primer contacto con el adulto responsable o denunciante, sea efectuado por un profesional del área psico-social, que forma parte del equipo URAVIT (unidades regionales, encargadas de la protección de las víctimas, conforme el artículo 34 de la Ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público). Son dichos profesionales quienes están a cargo de evaluar la situación de riesgo del niño, niña o adolescente, víctima de dichos delitos, su posible retractación, así como de asesorar al Fiscal, respecto de la etapa cognitiva del niño, niña o adolescente, su capacidad de prestar declaración y las medidas de protección idóneas para el caso, entre otras.

Es, en este contexto, en el cual las Unidades Regionales de Atención a las Víctimas y Testigos, URAVIT, nos hemos encontrado con diversas denuncias de explotación sexual infantil, que escapan en algunos aspectos al modelo para niños, niñas y adolescentes indicados, ya que en el hecho delictivo, el agresor, no es un simple imputado, sino que una red que se aprovecha de la

vulnerabilidad social, económica y emocional del niño, niña o adolescente y de la falta de capacidad protectora del núcleo familiar en el que están insertos, para seducirlos y atraerlos al mundo adulto de la explotación sexual.

Ahora bien, respecto del Modelo de Protección para Víctimas y Testigos de Casos Complejos, éste surge en los últimos años en nuestro país, frente a la constatación de la existencia de situaciones de riesgo excepcional que viven víctimas, testigos, peritos y sus familias cuando deben participar en un proceso investigativo, y que son objeto de amenazas por parte de imputados, que forman parte de redes, pandillas o grupos organizados, cuyo objetivo es evitar que dichos usuarios participen del juicio oral y declaren en su contra. Dada la alta probabilidad de que la amenaza se concrete, ya que las medidas ordinarias⁸ de protección, por sí mismas, no son efectivas, se requiere de la generación e implementación de estrategias especializadas de protección, las cuales, en muchas oportunidades, pueden ser entendidas como “Casos Complejos”, pero que deben tener un tratamiento flexible.

En nuestros modelos de intervención, los casos complejos de protección se encuentran normalmente asociados a la existencia de grupos delictivos, que dada la envergadura de la estructura que poseen, representan un peligro no habitual para aquellos sujetos procesales que deben prestar declaración en un juicio en su contra, o en contra de alguno de sus integrantes, como también a condiciones excepcionales de riesgo, que impiden que las medidas ordinarias de protección aplicadas, sin el diseño de una estrategia, resulten eficaces. Dicha intervención se encuentra normada, en el citado “Modelo de Protección para Víctimas y Testigos de Casos Complejos”, el que se fundamenta, especialmente, en los siguientes principios⁹:

RESERVA O CONFIDENCIALIDAD, los funcionarios del Ministerio Público, de las instituciones policiales y todo otro organismo o individuo que deba participar en el modelo de protección y las acciones que éste contempla, deberán actuar con la debida reserva y confidencialidad. Ello incluye la restricción de la transmisión de información a otros órganos públicos o privados y a otros terceros no involucrados en el procedimiento.

TEMPORALIDAD, la aplicación del modelo de protección en un caso particular se extenderá por el tiempo que subsista la situación de riesgo grave y excepcional que la hizo necesaria, sin perjuicio de las situaciones previstas y

8 Son aquellas medidas autónomas (rondas periódicas, botones de emergencia, reubicación, etc.) o judiciales (prisión preventiva, declaración con biombo, etc.) que tienen por objeto resguardar la integridad de los sujetos protegidos.

9 DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE LA FISCALÍA NACIONAL (DAVT). Modelo de Atención de Víctimas y Testigos [en línea]. Santiago, Chile: Ministerio Público, 2011. Disponible en: http://mpintra/vyt/index.php?option=com_docman&Itemid=144 [fecha de consulta: 26 Mayo 2015].

señaladas más adelante, que podrían llevar al término anticipado de la estrategia de protección.

VOLUNTARIEDAD, el consentimiento del sujeto protegido para la aplicación del modelo de protección es un requisito esencial. De esta manera, para que se puedan desarrollar adecuadamente las acciones de protección, será necesario que sea debidamente informado, con el objeto que acepte voluntaria y expresamente someterse a las condiciones y obligaciones que ellas implican.

OBJETIVIDAD, la estrategia de protección que se adopte, debe obedecer a una pauta y protocolos preestablecidos, que permitan de manera objetiva establecer las medidas de protección que procedan.

PROPORCIONALIDAD, la estrategia de protección que se adopte, debe establecer medidas de protección proporcionales a la situación de riesgo a la que esté expuesta la persona destinataria de las mismas y a los recursos disponibles, dentro del marco del respeto de las garantías constitucionales.

SUBSIDIARIEDAD, la estrategia de protección sólo se aplicará en aquellos casos donde exista un riesgo que no pueda ser minimizado por las medidas ordinarias de protección.

En este sentido, y a la luz de la experiencia desarrollada en los últimos años por la Unidad de Víctimas y Testigos de la Fiscalía Metropolitana Sur, creemos, que existen ciertos delitos, como los vinculados a la explotación comercial sexual infantil, que debido al fenómeno mismo y a la extrema vulnerabilidad de las víctimas, deben ser trabajados con flexibilidad y sobre la base de los dos modelos especializados del OPA, ya mencionados, es decir, el de Intervención Especializada en Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales o en contexto VIF y el Modelo de Protección para Víctimas y Testigos de Casos Complejos.

De esta forma, pueden considerarse como casos complejos de protección los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos relacionados con la grave vulneración de sus derechos en el ámbito de la sexualidad y específicamente lo que dice relación con la Explotación Sexual Comercial Infantil y Adolescente (ESCNNA), debido a que la complejidad de la intervención especializada, podría estar dada por la conformación de una red organizada para la concreción del delito, la vulnerabilidad extrema de los niños, niñas y adolescentes víctimas o de las familias o personas que se hacen cargo de ellas, además, de situaciones de presión que vienen dadas por actores ajenos al proceso penal (por ejemplo, los medios de comunicación).

En el presente documento, se entenderá por Explotación Sexual Comercial Infantil: *“...a una forma extrema de violencia y abuso de poder por parte de adultos que emplean a niños y niñas como un objeto de compra y venta, mercantilizando sus cuerpos por medio de la coerción, rapto, engaño, seducción u otros, y violando todos*

los derechos de la infancia”¹⁰. Por su parte, al visualizar este fenómeno como una **RED de Explotación Sexual Comercial Infantil**, puede ser definida como: “todo tipo de actividad en que una persona usa el cuerpo de un niño, niña o adolescente para sacar ventaja o provecho de carácter sexual y/o económico, basándose en una relación de poder, **considerándose explotador tanto aquel que intermedia u ofrece la posibilidad de la relación a un tercero, como al que mantiene la misma con el niño, niña y adolescente, no importando si la relación es frecuente, ocasional o permanente**”¹¹. Esta actividad implica un intercambio económico, de especies, afectivo, de protección, de estatus, etc., entre el victimario y la víctima y eventualmente su grupo familiar directo.

Al adentrarnos en la temática de la ESCNNA, nos enfrentamos a un tema complejo, difícil de abordar y más aún difícil de intervenir bajo los parámetros de los modelos tradicionales.

Las víctimas de este delito, han sufrido experiencias traumáticas desde muy pequeñas, predisponiendo y menoscabando su desarrollo integral, entendiéndose que éste involucra el crecimiento personal, el cual está interrelacionado directamente con el desarrollo social. Las víctimas de ESCNNA han crecido en ambientes de inestabilidad, abandono y violencia. Los adultos a cargo de ellos, no sólo han sido negligentes, sino que no han logrado una relación vincular y protectora. Por lo tanto, las víctimas se encuentran prácticamente al margen de la sociedad, ya que no se han integrado a la dinámica social y desertan prácticamente de todo sistema formal.

Respecto al ámbito social, nos encontramos frente a una realidad difícil de abordar y definir. Por lo cual, muchas veces, frente a nuevos desafíos de acercamiento e intervención, se hace necesario construir nuevas categorías conceptuales que permitan mostrar y explicar una realidad distinta y poco conocida. Se puede señalar que toda intervención es realizada a partir de una posición teórica, a partir de un modo de ver. No hay intervención sin interpretación social¹².

10 CAFOD, UNICEF y ONG RAICES. *Ya no tengo nada que esconder: Experiencia de Reparación con Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Explotación Sexual Comercial*. Santiago, Chile, 2006.

11 ASOCIACIÓN CHILENA PRO NACIONES UNIDAS, FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, FUNDACIÓN MARGEN, INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, MINISTERIO DE JUSTICIA. “Marco para la acción contra la Explotación Sexual Comercial de Niñas, Niños y Adolescentes de Junio 2000”. En: *Ya no tengo nada que esconder. Experiencia de Reparación con Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Explotación Sexual Comercial*. 1ª. ed., UNICEF Chile, Santiago, Chile, Octubre 2006, p. 78.

12 MATUS SEPÚLVEDA, Teresa. *Propuestas Contemporáneas en Trabajo Social: hacia una Intervención Polifónica*. Buenos Aires, Editorial Espacio, 2002.

Es así como la intervención social, en esta temática, busca orientarse en principios humanistas, los que señalan al individuo como fundamental en este proceso y que busca acciones para la transformación de la realidad.

Humberto Maturana¹³, es el primer científico que explica el amor y lo define como “un fenómeno biológico relacional”, consistente en “una conducta o clases de conductas, a través de las cuales el otro, aparece como un legítimo otro en coexistencia con uno en circunstancias que el otro puede ser uno mismo”. La legitimidad del otro, se constituye en conductas u operaciones que respetan y aceptan su existencia como es. La legitimidad del otro y el respeto por él, son dos modos de relación congruente y complementaria, que se complementan recíprocamente. De acuerdo con Maturana, el amor es un fenómeno biológico básico y es la emoción que constituye la existencia social.

Fue así y siguiendo las ideas del marco teórico brevemente reseñado en las líneas anteriores, que la intervención realizada en este caso, respecto de los objetivos planteados por el equipo, referidos al acompañamiento y adhesión al proceso penal, se basó principalmente, en aceptar a las víctimas y permitirles ser ellas mismas. Dicha aceptación, parte reconociéndolas como sujetos de derecho y construyendo con ellas una relación basada en la aceptación y transparencia. Se hace necesario para el logro de dicha relación, creer en sus potencialidades como seres humanos y en su capacidad de resiliencia y reconstrucción. Reconocer las vulneraciones a las que han sido expuestas desde la infancia. Fue necesario empatizar con sus historias de vidas, con sus dolores, con su mirada de la sociedad, empatizar con la discriminación que han sufrido y de esta forma, lograr vincularnos de manera natural. En síntesis, reconocerlas como víctimas, aceptarlas y respetarlas como legítimos otros.

Lo anterior, resulta fundamental, ya que el abandono, la falta de cariño y de figuras protectoras, genera en ellas el desarrollo de estrategias de sobrevivencia, así como también, que vean a los demás con desconfianza: estrategias de defensa o de sobrevivencia que la sociedad, en general, no logra entender.

Por otra parte, también es importante señalar, que para el correcto trabajo en la investigación de estos delitos, es importante destacar el valor del trabajo cooperativo e interdisciplinario como generador de visiones integrales y como aporte desde distintos quehaceres.

Considerando que este tipo de vulneración de derechos es uno de los hechos y delitos más graves a los cuales puede verse expuesto un niño, niña o adolescente, los equipos de intervención especializada en reparación, protección y,

13 RUIZ, Alfredo. “Las Contribuciones de Humberto Maturana a las Ciencias de la Complejidad y la Psicología”. En: *La Psicoterapia en un mundo de complejidad e incertidumbre. Hacia una terapia cognitiva post-racionalista*. Santiago, Chile, Editorial Instituto de Terapia Cognitiva, 2003, p. 106.

todos los agentes policiales, judiciales y sociales que abordan esta problemática, deben realizar esfuerzos tendientes a adecuar las líneas de intervención específicas, de forma que éstas puedan enmarcarse en un Modelo de Atención Psicosocial – Sociocomunitario, que busque establecer redes de apoyo y protección a las víctimas de estos delitos en estrecha relación con el Modelo Ecológico¹⁴. Esta modalidad de intervención conlleva el desarrollo de ciertas fases que si bien es cierto, no son absolutamente secuenciales, mantienen una lógica de articulación de momentos y énfasis en la intervención, las cuales pueden ser definidas operacionalmente como: INGRESO – INTERVENCIÓN INICIAL (Diagnóstico) – DISEÑO PLAN DE INTERVENCIÓN – DESARROLLO PLAN DE INTERVENCIÓN – EVALUACIÓN DEL PROCESO DE INTERVENCIÓN – EGRESO – SEGUIMIENTO.

Debido a que las funciones principales del Ministerio Público no se encuentran relacionadas directamente con aspectos reparatorios, es aún más importante que los principios que rigen la investigación penal y la intervención especializada de las URAVIT, tengan presente las características propias del fenómeno de ESCNNA; para lo cual se deberían considerar aspectos tales como los siguientes¹⁵:

- Los objetivos a desarrollar en la intervención deben estar centrados en el cese de las prácticas de explotación sexual, a nivel familiar, social y su cabal comprensión, por toda la sociedad.
- Generar constantes marcos de protección para las víctimas, a través del establecimiento de vínculos cuidadosos y virtuosos con sus adultos responsables (si es que existen), que nos permitan romper la dinámica relacional, que se establece bajo la red de explotación sexual.
- Integrar a las víctimas, paulatinamente, a los diversos sistemas sociales de los cuales han sido excluidos, dándoles la relevancia en torno a ejercer sus derechos de forma íntegra.
- Socializar de forma clara y concreta, la importancia de la persecución penal en el ámbito reparatorio, de forma que la víctima no se sienta cuestionada o que “traiciona” a quienes en un determinado momento habrían sido agentes importantes de desarrollo.
- Resignificar las historias personales y de la violencia vivida, de forma que ellas puedan liberarse de cada uno de los sentimientos negativos hacia el mundo y de su propia vida.

14 CORPORACIÓN ONG PAICABI. Espejos de Infancia: Análisis e Intervención en Violencia Infantil [en línea]. Valparaíso, Chile: ONG Paicabi, 2010. Disponible en <http://paicabi.cl/> [fecha de consulta: 26 Mayo 2015].

15 ARREDONDO OSSANDÓN, Valeria. “La víctima de Explotación Sexual Comercial: Análisis desde el Espacio de Intervención Especializada V Región – Chile”. En: *Revista Rayuela*, N°4, Valparaíso, Chile, ONG Paicabi, 2012, págs. 30-42.

III. Descripción de la intervención psico-social, especializada regional

De acuerdo a lo anterior, y considerando las complejidades del caso, una vez que el denominado Caso “HEIDI” es evaluado y se determina que cuenta con las características para ser intervenido como una especie de caso complejo de protección referido a víctimas niños, niñas y adolescentes, desde la Fiscalía Regional se establece la necesidad de contar con la existencia de un equipo especial y multidisciplinario, jurídico y psico-social, que se encargue de la persecución penal y de la protección de las víctimas, con un rol eminentemente técnico especializado, para enfrentar correctamente, cada una de las decisiones referidas al ámbito jurídico y proteccional, incluyendo aspectos comunicacionales y psicosociales, a la base del fenómeno.

Este equipo multidisciplinario fue compuesto por Fiscales especializados y de exclusividad, acompañados por profesionales de URAVIT, dedicados con preferencia al caso, el cual fue dirigido por el Fiscal Regional con el apoyo de la Unidad de Asesoría Jurídica, de la Unidad de Comunicaciones y de la Jefatura de la URAVIT. Además de contar con integrantes con una vasta experiencia técnica, en el ámbito de la protección y lo jurídico, este equipo se nutre directamente de las necesidades, requerimientos y sugerencias que surgen de las reuniones de trabajo de la mesa interinstitucional generada para estos efectos (ONG Raíces, Cedejun, Cepij, etc.).

Realizar un trabajo con víctimas de ESCNNA, desde los objetivos directos del Ministerio Público, para el Equipo Especializado de la URAVIT, implicó poder mirar las diversas metodologías de trabajo en torno a esta problemática y optar por aquella que mantuviera una relación directa con las funciones establecidas por ley para la Institución. Desde esa perspectiva, se estimó que el Modelo que más se adecuaba a estos requerimientos era el MODELO ECOLÓGICO¹⁶, pues la comprensión del fenómeno es más global e integral, toda vez que en cada uno de los ejes del mismo (SOCIEDAD, COMUNIDAD, FAMILIA y SUJETO) entrega aspectos relevantes en el conocimiento y explicación de la dinámica social que se investiga.

En términos operacionales, los profesionales del Sub Equipo URAVIT que intervinieron en la presente causa, establecieron que era de suma importancia analizar y abordar los siguientes aspectos en cada uno de los Ejes del Modelo Ecológico¹⁷:

16 BRONFENBRENNER, Urie. *La ecología del desarrollo humano: Experimentos en entornos naturales y diseñados*. Barcelona, España, Editorial Paidós, 2002.

17 GUERRA, Liliana; BEDREGAL, Paula y VALENZUELA, Emilia. Modelo de Alerta Temprana para la detección de Niños, Niñas y Adolescentes en Riesgo de Explotación Sexual Comercial [en línea]. Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013. Disponible en: <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/propuestas-para-chile-2013-capitulo-iv.pdf> [fecha de consulta: 26 Mayo 2015].

- **EJE SOCIEDAD**, se establece la necesidad que esta causa se aborde en todo momento desde una perspectiva de derecho, sensibilización, problematización, de manera de evitar episodios de revictimización por parte de los medios de comunicación y de los organismos judiciales, entre otros.
- **EJE COMUNIDAD**, se requiere la detección de redes de apoyo e integración a ellas, para lo cual se debe sensibilizar, capacitar, mejorar los sistemas de detección y derivación a las diversas redes de apoyo para los niños, niñas y adolescentes víctimas.
- **EJE FAMILIA**, en ella se busca adultos responsables y significativos para los niños, niñas y adolescentes víctimas, en los cuales se pretende fortalecer las habilidades parentales, factores protectores, entre otros.
- **EJE NNA**, se busca la vinculación, intervención individual, grupal, encuadre permanente, potenciamiento de factores protectores, autoestima, autocuidado, autonomía progresiva, construcción de proyecto de vida sustentable, vinculación a redes de apoyo, búsqueda de hogares, medidas de protección, intervención en crisis.

Como se ha planteado a lo largo del presente documento, trabajar con víctimas de ESCNNA, que se encuentran bajo el control de una Red de Explotación Sexual, no es una tarea fácil, principalmente por las características de las mismas, toda vez que ellas presentan un perfil que no se ajusta a lo que, comúnmente, se observa en otros delitos sexuales. En este contexto, las víctimas, en términos generales, presentan un perfil psicosocial, que se encuadra mejor, desde el MODELO ECOLÓGICO, con las siguientes características:

Respecto al ámbito socioeconómico: Provenir de grupos familiares que presentan bajos ingresos económicos, bordeando la línea de la pobreza, lo que se manifiesta en que residen en viviendas que no son propias, arriendan, viven de allegados o que comparten con otros grupos familiares. Debido al elevado número de personas que vive en las viviendas, en algunos de los casos, se aprecian condiciones de hacinamiento, que se traduce en la falta de espacios individuales y comunes destinados a desarrollar una dinámica familiar adecuada. También se observa que las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y esparcimiento, no siempre están totalmente cubiertas.

Respecto al ámbito familiar – proteccional: Se observa la ausencia de adultos protectores, y por ende, la falta de figuras significativas de socialización primaria y protección, y en caso de existir adultos cercanos a las víctimas, éstos presentan escasas habilidades parentales, todo lo cual se traduce en un déficit en el establecimiento de normas y límites para las adolescentes, lo que dificulta el manejo y control de sus hijas, de sus amistades y de las actividades que éstas desarrollan. Así también, se aprecia un vínculo afectivo de TIPO INSEGURO, caracterizado por conductas ambivalentes de protección hacia

las víctimas lo que las lleva a aislarse y desarraigarse de sus familias de origen, volviéndose altamente vulnerables a las manipulaciones que los adultos pudiesen ejercer (ej.: las regentas), llevándolas a generar conductas que en este contexto –manipulador y doble vincular– ellas no son capaces de percibir como de riesgo y al daño al cual se exponen, manifestando comportamientos tales como; consumo de alcohol y drogas, conductas delictivas, ideación suicida, entre otras, todas las cuales se pueden gatillar y potenciar en la medida que estas víctimas no cuenten con un soporte afectivo familiar y social que les permita disminuir su angustia frente al medio que las rodea. Debido a los propios comportamientos desarrollados por las víctimas, y a la ausencia de apoyo familiar significativo, ellas en más de una oportunidad han ingresado a la Programas de Intervención de SENAME, lo que les entrega la carga de socialización propia de estas instituciones, reforzando comportamientos y actitudes que no se condicen con el patrón social aceptado por el resto de la sociedad. Es así, como ellas interactúan ante el medio con una fuerte desconfianza, falta de propositividad vital, baja tolerancia a la frustración, inmediatez en el resultado directo de sus conductas, resistencia a las figuras de autoridad, establecimiento de relaciones interpersonales sobre la base de ganancias secundarias y manipulaciones para la obtención de los resultados esperados por ellas, entre otras.

Respecto al ámbito educacional y cultural: Las víctimas presentan un nivel de escolaridad que no sobrepasa la enseñanza básica completa, desertando del sistema escolar tempranamente, lo que conlleva un rezago escolar de varios años, asociado a una deprivación sociocultural, y al consumo problemático de drogas y alcohol, que genera un cierto daño orgánico y que aumenta el nivel de vulnerabilidad frente a personas que hayan tenido acceso a un status y educación mayor. Es por ello, que las víctimas, idealizan, protegen a los imputados, creen estimarlos, por cuanto consideran que constituyen una vía de ingreso económico, protección y ascenso social.

Respecto al ámbito psicoemocional: Las víctimas presentan sintomatología asociada al delito y otras vulneraciones de la más variada índole, si bien no es posible identificar síntomas específicos asociados a este tipo de delito, ellas en términos generales pueden presentar: trastornos del ánimo, labilidad emocional (depresión, euforia), baja autoestima, inseguridad personal, sentimientos de culpa, minimización del daño y negación del rol de víctima. Todo lo anterior se ha visto agudizado por el constante acoso y exposición mediática a los cuales se han visto expuestas ellas y sus grupos familiares, dificultando aún más la adhesión de las niñas al proceso penal y la motivación por incorporarse a un proceso de terapia reparatoria.

A nivel cognitivo: La sintomatología se asocia más bien a una distorsión de las ideas asociadas a la sexualidad y a las relaciones de pareja; distorsión de

ideas asociadas al ejercicio del poder, dificultades en relación a la toma de decisiones, sensación e ideas asociadas a ineficacia personal.

Lo anterior, ha llevado a que cada una de ellas desarrolle conductas que le permitan una adaptación al medio al que se ven expuestas, a modo de disminuir la disonancia cognitiva y la angustia que la actividad de comercio sexual infantil les genera (no reconocer la actividad que desarrollan). También se observa la presencia de conductas de acting out (de carácter impulsivo), en contraste con su comportamiento habitual (disruptivas a nivel personal, familiar y social) y conductas de alto riesgo (peleas, consumo de alcohol y/o drogas, abandono del hogar, embarazo adolescente, participación en delitos, entre otras). Todo lo cual, las lleva a percibir el medio social como hostil, agudizando su exclusión y marginación social, lo que, sin duda, profundiza el daño psicoemocional que ellas presentan.

Respecto al ámbito de la develación: A nivel familiar, el hecho ha gatillado recriminación por parte de los padres en torno a la falta de responsabilidad de la conducta de sus hijas (padre/víctimas), rompimiento de lazos y confianzas a nivel familiar (víctima/padres, padres/padres, padres/hermanos, víctimas/hermanos), abandono por parte de figuras significativas para las víctimas (amistades, familiares, parejas, entre otros) y el establecimiento de relaciones interpersonales complejas y conflictivas, que dan cuenta del daño y la compleja situación emocional que se encuentran viviendo.

A nivel social: Se observa estigmatización, discriminación social, vecinal y del grupo de pares. Manifiestan la sensación de exclusión social, falta de oportunidades laborales y dificultades para conseguir empleo. Procesos lentos de reinserción social y educacional.

En relación con la sobreexposición de las víctimas en los medios de comunicación y sociedad: Existen prejuicios sociales en torno a la prostitución y al ambiente en que ésta se ha desarrollado, sin lograr comprender la sociedad los factores que inciden en este hecho, por lo que la estigmatización y discriminación manifestada hacia las adolescentes interfirió en los procesos de reparación y reinserción social de éstas, ya que luego, fueron señaladas ellas y el sistema judicial, como los responsables, de permitir la exposición mediática. Lo anterior, llevó a que su entorno más cercano (vecinos, familiares, amigos) reconocieran a las adolescentes, en la causa que se investigaba, imputándoles responsabilidad y culpa sobre los hechos. Ello, les generó una reacción de molestia y desconfianza hacia las instituciones y figuras de autoridad, no sólo por el hecho delictivo investigado, sino que, por todo lo que significó participar en la causa investigada y la sobreexposición en los medios de comunicación.

En resumen, conforme lo visualizado en este caso, existen ciertos factores de riesgo, previo al hecho delictual, como son: la pobreza, la desprotección y el

abandono familiar, la discriminación, la deserción escolar, la parentalización, y las diversas vulneraciones sufridas desde la infancia, que son claves y permiten favorecer la incorporación a redes de explotación sexual comercial, ya que son víctimas absolutamente vulnerables.

En relación con las estrategias específicas utilizadas con las víctimas y testigos del denominado caso “HEIDI”, considerando las características psicoemocionales de las mismas, el tiempo de intervención (18 meses aproximadamente), la presión mediática, la escasa información precedente de intervención psicosocial, en este tipo de víctimas, entre otras, fue necesario revisar, analizar y ajustar las orientaciones técnicas establecidas en los modelos anteriormente mencionados (Modelos de trabajos especializados del Ministerio Público, de niños, niñas y adolescentes, así como el de casos complejos, OPA), de manera de adecuarlos a los requerimientos y necesidades individuales de cada una de las víctimas y testigos, cuyo objetivo principal estaba orientado a lograr la protección, adhesión, y apoyo de cada víctima y testigo en las distintas instancias del proceso penal¹⁸.

De acuerdo a lo anterior, se implementaron las acciones que se detallan a continuación, de acuerdo a una distribución de temporalidad:

Intervención Especializada en el Sitio del Suceso: En contexto de turno, previa petición de los Fiscales especializados del caso y evaluación de la Jefa de URAVIT, se concurreó, por profesionales de URAVIT y Jefatura, en conjunto con los Fiscales y Fiscal Regional, a un sitio del suceso (prostíbulo), lugar en el cual se realizó una intervención en crisis primaria, con algunas de las personas a las que se encontró. Luego, se acompañó en la toma de declaración de víctimas y testigos en dependencias de la Policía Especializada (BIPE) y se coordinó la comparecencia de familiares de las víctimas a dicho lugar. Posteriormente, se coordinó la comparecencia de las víctimas adolescentes al SML, para la realización de exámenes físicos, que a juicio de los Fiscales, eran necesario efectuar. En cada una de estas instancias de intervención, se entregó ORIENTACIÓN, INFORMACIÓN y CONTENCIÓN oportuna y específica, a cada una de las víctimas y testigos o a sus respectivos adultos responsables.

Paralelamente a las acciones directas con las víctimas y testigos, también se llevó a cabo un rol asesor con el equipo de Fiscales que participaron en el procedimiento, de forma de orientarlos en una intervención oportuna y adecuada con las niñas víctimas de esta red y la comprensión del fenómeno, así como la retroalimentación por parte de los Fiscales y equipo jurídico, en cuanto a la dirección que tomaba la investigación.

18 Ver Anexo N°1, pág. 20: Flujo de Intervención Especializada URAVIT FRMS.

Intervención Especializada en Gestiones de la Investigación y Seguimiento: Luego de la intervención en el sitio del suceso, en días posteriores, se participó activamente en la toma de declaraciones, algunas video grabadas; reconocimiento y acompañamiento a sitios del suceso dentro y fuera de la Región Metropolitana, coordinación y acompañamiento en los peritajes físicos, psicológicos y sociales de víctimas y testigos; seguimiento de tratamientos de ETS, embarazo y prevención de embarazos; acompañamientos a audiencias en Tribunales de Garantía (víctimas y testigos con causas RPA); comparecencias como intervinientes en audiencias proteccionales en Tribunales de Familia; derivación para intervención reparatoria en programas especializados en ESCNNA; visitas domiciliarias (en sus inicios semanales y, posteriormente, quincenales) dentro y fuera de la región, búsqueda y ubicación de nuevas víctimas y testigos que surgieron en el transcurso de la investigación, lo que se tradujo en viajes dentro y fuera de la Región Metropolitana; gestiones interinstitucionales con la red de salud pública o privada con el objetivo de acceder a atención preferencial de salud mental y física; elaboración de informes periódicos de las acciones realizadas por los profesionales en torno al nivel de riesgo de cada una de las víctimas y testigos; implementación de diversas medidas de protección y entrega de aporte social de acuerdo a lo establecido en el Manual de Procedimientos del Reglamento de Aportes Económicos a Víctimas y Testigos del Ministerio Público (reubicación temporal, entrega de teléfonos móviles, ayuda social, solicitud de medidas cautelares en Tribunal de familia y Garantía, por la presión de los medios de comunicación a las niñas, entre otros).

Con el fin de tener un lenguaje común, con los diversos actores que participaban en la presente causa, cada una de las acciones desarrolladas por el Equipo URAVIT, como las inquietudes que las víctimas y testigos presentaban dentro del proceso, fueron trabajados de forma sistemática en la Mesa Interinstitucional que se creó para estos efectos, logrando establecer líneas de acción coordinadas con el objetivo de favorecer la protección y reparación integral de las víctimas y testigos, así como también configurar un insumo para el equipo jurídico de Fiscales, quienes en dicha instancia, velaban por el cumplimiento de las cautelares proteccionales, solicitadas a favor de las víctimas. Con esta mesa, al principio se trabajó una vez a la semana, para luego ir realizando reuniones cada quince días y finalmente una vez al mes, hasta finalizar toda la labor de protección con las niñas. Uno de los temas más interesantes de rescatar, en dicha mesa, fue el hecho de tener distintas perspectivas sobre la intervención, promoviendo desde la Fiscalía el trabajo con las familias de las víctimas para que desarrollaran capacidades parentales y permanecieran con ellas, atendida la historia de vida que presentaban.

Intervención Especializada URAVIT en Fase de Juicio Oral: Luego de la fase de seguimiento, y una vez, presentada la acusación por los Fiscales del caso, por distintos tipos penales (362, 363, 367, 367 ter, etc.), la URAVIT

debió reactivar un trabajo de forma sistemática y semanal con las víctimas, testigos y sus familiares que fueron derivados en las primeras etapas de la investigación, así como con los nuevos testigos, que a la luz de los antecedentes con que contaban los Fiscales en la carpeta investigativa, se estimó que era pertinente realizar gestiones para su búsqueda, ubicación y participación en Juicio Oral.

En esta fase de intervención se trabaja sobre un universo total de 140 personas aproximadamente, dentro de las cuales se consideran las 13 víctimas iniciales de la causa. Una vez que se realizan las acciones tendientes a tomar contacto con cada una de las víctimas y testigos que fueron consideradas necesarias, se procedió a realizar una evaluación conjunta en torno a la pertinencia de la participación de cada uno de los sujetos derivados, de forma que el equipo investigativo pudiese contar con la mayor cantidad de antecedentes para tomar la mejor decisión jurídica, siendo posible llegar a un total de 101 individuos en condiciones de participar en la audiencia de juicio oral. De ellos, 13 fueron víctimas y 88 testigos civiles.

Una vez, que se determina la cantidad de personas que posiblemente declararían en juicio, se realiza con cada uno de ellos las siguientes acciones: coordinación de traslados de víctimas y testigos para preparación de juicio oral; preparación metodológica para juicio; acompañamiento en preparación con Fiscal; sugerencias, solicitud e implementación de medidas de protección; coordinación y traslado de víctimas y testigos a juicio; acompañamiento a audiencia de juicio, implementación de medidas de protección post juicio oral, información de resultados del juicio, entre otras.

En esta etapa del proceso penal, es importante destacar el trabajo de todo el equipo multidisciplinario, ya que las opiniones técnicas de los profesionales de URAVIT, fueron respetadas, aceptadas y valoradas por parte del equipo jurídico investigativo, al momento de cada declaración y a su vez, las decisiones jurídicas comprendidas y respetadas por el equipo de URAVIT, transformándose en una visión integral, respecto de cada necesidad, que presentaban las diferentes víctimas y testigos.

Todo el trabajo colaborativo realizado a lo largo de esta investigación, es valorado por parte del equipo investigativo de forma íntegra, lo que lleva a que el testimonio y el trabajo profesional de la URAVIT sea considerado, para presentar declaración en audiencia de juicio oral, declarando dos de los profesionales del caso, ante el Tribunal Oral, sobre las diversas acciones realizadas a lo largo de la intervención de la causa, las medidas de protección implementadas y entregar una visión profesional en torno al fenómeno de explotación sexual comercial infantil, características y cómo en este caso se daba cada una de ellas.

IV. Aspectos jurídicos interesantes de relevar

Si bien este documento tiene como objetivo principal describir, resumidamente, la intervención especializada psico-social y su impacto en lo investigativo y proteccional, no menos relevante, resulta realizar algunas consideraciones respecto al tipo penal investigado y los medios probatorios usados para probar los delitos.

En nuestra legislación, los delitos vinculados a la explotación sexual infantil y adolescente, se establecen, en el **“Título VII CRÍMENES Y DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS, CONTRA LA MORALIDAD PÚBLICA Y CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL”**¹⁹, párrafo 6°, artículos 367, 367 ter y 366 quinquies, todos del Código Penal.

El artículo 367 señala: “El que promoviera o facilitare la prostitución de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo” (tres años y un día a cinco años). Este es el tipo penal por el cual se castiga al “proxeneta y a los regentes”, sancionando al que promueve o facilita la prostitución de cualquier menor de 18 años de edad, sin importar el consentimiento del mismo, para el acto sexual.

El inciso segundo²⁰ indica: “Si concurre habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño, se impondrán las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales”. Es así que en caso que exista habitualidad, abuso de autoridad, de confianza o engaño, hacia el niño, niña o adolescente, el legislador, no permite aplicar los grados mínimos, debiendo aplicarse sólo el grado máximo.

Por su parte el artículo Art. 367 ter²¹ señala: “El que, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será castigado con presidio menor en su grado máximo” (tres años y un día a cinco años). Por este tipo penal, se castiga al que algunos llaman “cliente”, al sujeto que a cambio de cualquier prestación, no sólo de dinero, obtiene un servicio sexual, de un niño, niña o adolescente que sea mayor de 14 años y menor de 18 años (pero sin que medien los requisitos de la violación del artículo 361 o del estupro del 363, ambos del Código Penal). Para el caso de la persona que tiene más de 18 años, esta conducta no se sanciona, si es consentida y no se configuran los requisitos de la trata de personas del artículo 411 ter o 411 quáter del Código Penal.

19 Chile, Ley N°19.927. Diario Oficial del 14 de Enero de 2004.

20 Chile, Ley N°19.927. Diario Oficial del 14 de Enero de 2004.

21 Chile, Ley N°19.927. Diario Oficial del 14 de Enero de 2004.

A su vez, el artículo 366 quinquies indica: “El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración, hubieran sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo” (tres años y un día a cinco años). El inciso segundo define qué es lo que debe entenderse por material pornográfico infantil: “...Toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales, o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines...”²².

Desde el punto de vista jurídico-investigativo, conjuntamente con la complejidad que el caso trae desde las víctimas, su vinculación con el proceso y, muy particularmente, su falta de autopercepción como tales (víctimas), representó un desafío para el equipo de Fiscales, la necesidad de tener que utilizar técnicas de refresco de memoria y de interrogatorio para superar contradicciones. En este sentido, se debió generar en el Tribunal la sensibilidad suficiente para entender no sólo el fenómeno de la ESCNNA, en toda su complejidad- para lo cual se presentó prueba pericial que daba cuenta del mismo y explicara las dificultades de éste-, sino que además, previo a la declaración de varias de las ofendidas, fue necesario presentar peritajes que dieran cuenta de su situación socio-económica, intelectual y emocional y las variables que probablemente acarrearía su relato. Lo anterior, a fin de generar una suerte de independencia probatoria de lo que fuera el relato de las víctimas que, si bien, en varios de casos se mostraron colaboradoras y básicamente reiteraron lo ya señalado en Fiscalía, otras no querían declarar y por ende, fue necesario utilizar técnicas de refresco de memoria.

Para el debido ejercicio de lo señalado, resultó del todo necesario contar con un equipo de Fiscales y profesionales especializados, estables en el tiempo, que fueran conocidos por las víctimas, ya que de algún modo se demostró que la interacción con los mismos fiscales y funcionarios generaba, en ellas, un cierto vínculo, que hizo posible que declararan en juicio, permitiendo probar los elementos objetivos y principales de los tipos penales por los que se acusaba a los imputados, los que transitaban desde: la facilitación y promoción de la llamada prostitución infantil, consagrada en el artículo 367 del Código Penal, de la mano con el delito del artículo 367 ter. A la postre, se demostró que uno de los imputados, accedió carnalmente a una de las víctimas cuando aún era menor de 14 años, como asimismo se logró acreditar el delito de estupro (en este caso contextualizado en el numeral tercero del artículo 363, al abusarse, según se demostraría, de la grave situación de desamparo en que se encontraba una de las víctimas al momento de ocurrir el acceso carnal), la producción y almacenamiento de material pornográfico infantil, descri-

22 Chile, Ley N°20.526. Diario Oficial del 13 de Agosto de 2011.

tos y sancionados por los artículos 366 quinquies del Código Penal e inciso segundo del 374 bis del Código Penal, respectivamente.

En este contexto, con víctimas que no reconocían en buena medida su calidad de tales y, por ende, presentaban importantes indicadores de no querer participar del proceso y declarar; considerando además que buena parte de ellas, según se lograría establecer, tenían entre los 16 y 17 años al momento de ejecutarse los actos materiales de facilitación y/o promoción, uno de los temas más discutidos, fue la falta del dolo específico requerido para los tipos penales, por una parte, así como la culpabilidad de algunos de sus autores (entiéndase por aquellos los obtenedores de servicios sexuales, llamados por algunos “clientes”), ambos aspectos, desde temprano, formaron parte de la teoría del caso de prácticamente todas las defensas, escudadas en la falta de conocimiento específico de las edades de las víctimas y en que “la apariencia” de las mismas daba cuenta de una probable mayoría de edad, todo lo que constituyó en su conjunto, la mayor dificultad en la prueba presentada, ya que alegaban un error de prohibición; cuestiones que entendemos, se lograron desvirtuar conforme al cúmulo de antecedentes investigativos llevados a juicio.

Las técnicas de investigación desarrolladas durante dicha etapa del proceso y posteriormente llevadas a juicio, como la interceptación y grabaciones telefónicas, videograbaciones de los imputados y de las víctimas entrando y saliendo desde los inmuebles en los que se ejecutaban los hechos ilícitos materia de la acusación, de las cuales dio cuenta un equipo policial que desde temprano se dedicó de manera preferencial y hasta su fin a las indagaciones encomendadas por la Fiscalía; las declaraciones de las víctimas; las declaraciones de testigos, entre los que se cuentan mujeres mayores de edad que trabajaban en esos inmuebles y que testificaron acerca del conocimiento de la minoría de edad de las víctimas por parte de los clientes; y, por otra parte, peritos que en la práctica no sólo se limitaron a validar los relatos de las víctimas o dar cuenta del daño psico-social de cada una de ellas, sino que también profundizaron en la fenomenología de la ESCNNA, fueron fundamentales a la hora de demostrar en el juicio, que los imputados, estaban en conocimiento de la edad de las niñas y de la ilicitud de los actos cometidos por cada uno de ellos.

Otra de las temáticas jurídicas, que resulta interesante compartir, fue el hecho de solicitar medidas de protección a favor de las víctimas con el fin de impedir que los medios de comunicación social se acercaran a ellas o a sus familiares, buscando con ello evitar o disminuir al mínimo posible su estigmatización, como también reducir la victimización secundaria derivada de la connotación del caso; cuestiones que se plantearon desde el prisma de los derechos humanos de los niños considerados como personas y sujetos de derechos, tema que fue apoyado y significó la participación activa, en algunas audiencias, del INDH (Instituto Nacional de los Derechos Humanos), entendiéndose en definitiva que el resguardo de sus antecedentes en audiencia, como asimismo

el resguardo de sus declaraciones prestadas en juicio, era un elemento basal que buscaba, además, facilitar su participación en el proceso penal, para lo que se tuvo en vista la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en cuanto a la necesidad de que el Estado, a través de la Fiscalía y Tribunales, facilitara la participación y protección de las niñas involucradas; todo ello en conjunto, con lo ordenado por la Constitución Política del Estado, en su artículo 19 N°1° relativo al: “El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas”, y los artículos 6, 108, 109 letra a) y 308, todos del Código Procesal Penal.

V. Trabajo con la red

Como se ha señalado previamente, a fin de establecer criterios comunes de trabajo con las víctimas, se decidió que era necesario y fundamental coordinar acciones con las diversas instituciones de la red proteccional, de reparación y apoyo para víctimas de ESCNNA. Para lo anterior, se conformó una mesa de trabajo interinstitucional donde participaron, principalmente, Fiscalía, Sename Regional, ONG Raíces Sur, ONG Raíces Poniente, Cepij San Miguel y Cedejun, con el objeto de compartir información respecto a las víctimas, así como coordinar acciones tendientes a su protección, reparación y adherencia al proceso penal. En esta instancia, se expusieron los lineamientos que guiaban a cada institución, a fin establecer consensos para un trabajo mancomunado. Las reuniones de esta mesa se realizaron de forma semanal en un principio, y luego quincenalmente, reuniéndonos ocasionalmente al final del proceso investigativo, manteniendo, no obstante, el contacto permanente. En dicha mesa, se trabajaron temas proteccionales, médicos, asistenciales y psicológicos, logrando, en la mayoría de los casos, acuerdos unánimes de flexibilización de los protocolos de trabajo y seguimiento.

Junto con lo anterior, fue necesario establecer contacto con otras instituciones de la red, a fin de apoyar a las víctimas en requerimientos y necesidades que surgían en el transcurso de la investigación. Así fue como nos coordinamos con el Servicio Médico Legal, para la realización de pericias sexológicas y de ADN; CAVAS Metropolitano, para la realización de pericias psicológicas; Hospital San José, para el tratamiento de ETS y control de natalidad; Consultorios, por los requerimientos sobre atención primaria a las víctimas y a su grupo familiar; Municipalidades (Departamento Social, Omil, Departamento de Educación, entre otros); Tribunal de Familia, para la solicitud de medidas de protección, cuidado personal y derivación a instituciones de reparación; Policía de Investigaciones (BIPE), para la coordinación en reconocimiento de sitios de suceso con las víctimas, toma de declaraciones, y acompañamiento en diligencias investigativas; Gendarmería de Chile, para la coordinación, contacto y adhesión de una víctima, recluida en un recinto penitenciario del norte; Programas de Libertad Asistida (en caso de víctimas con sentencias RPA); Tribunal Oral en lo Penal, para la participación de las víctimas en jui-

cio oral, acompañamiento y solicitud de medidas de protección a otras Fiscalías Regionales del país.

VI. Propuestas de mejoras

1. Respeto de la red en lo proteccional y reparación

Conforme nuestra experiencia, consideramos de mucha utilidad que los actuales protocolos de intervención en casos de ESCNNA de parte de las redes de reparación sean flexibilizados, a la luz de contar con mayores recursos económicos para efectuar visitas de seguimiento a los hogares de las víctimas y de ampliación de la mirada respecto de la internación de las niñas, que son víctimas de estos delitos. Para ello, sería importante contar con una capacitación, por expositores externos que dieran cuenta del fenómeno, desde un punto de vista teórico-práctico y de mejores prácticas internacionales.

Asimismo, estimamos que debería existir algún tipo de red de atención que se hiciera cargo de las víctimas y sus familias, en términos amplios, es decir, desde un lugar seguro donde reubicar a las víctimas y sus familias, y que en ese mismo lugar, obtuvieran reparación, educación y las necesidades básicas para alimentarse y subsistir (ello fue uno de los grandes obstáculos, a los que nos vimos enfrentados Fiscales y profesionales de URAVIT).

Capacitar a los equipos de Fiscales especializados y URAVIT en el fenómeno de ESCNNA, tanto desde lo jurídico, como desde lo psico-social, por expertos internacionales, con el fin de tener una mirada clara del fenómeno, acerca de las medidas proteccionales más adecuadas, y para obtener herramientas nuevas para el trabajo con víctimas tan vulnerables y estigmatizadas.

2. En lo legislativo

Legislar, con tipos penales especiales para esta temática, y que se incorporen medidas de protección (durante la investigación, juicio y posterior), que no puedan discutirse, sino que su otorgamiento sea un deber ser para el Estado, que comprenda a todos los actores (Policía, Fiscalía, Jueces, centros de reparación y medios de comunicación).

3. En la sensibilización

Generar políticas comunicacionales, que permitan comprender a la sociedad, el motivo por el cual se produce el fenómeno de la ESCNNA y el hecho de que nuestros niños, niñas y adolescentes sean VÍCTIMAS DEL MISMO y no se transformen, en seres discriminados y estigmatizados.

VII. Reflexiones finales

La presente sistematización del trabajo realizado en el llamado caso “HEIDI”, busca compartir de manera breve, las diversas estrategias utilizadas desde la URAVIT, con las víctimas y testigos dentro de las diversas etapas del proceso penal, así como también destacar la construcción del trabajo colaborativo y de asesoría con el equipo investigativo, en el cual Fiscales, policías, profesionales de la Unidad de Asesoría Jurídica y profesionales de URAVIT, siempre mantuvieron presente la necesidad del trabajo en equipo, en aras de la protección de cada una de las víctimas y testigos que formaron parte de esta investigación, tratando de evitar, en lo posible, la sobreexposición de las mismas y por ende disminuyendo la victimización secundaria. Así fue posible que nuestros Fiscales, pudieran acreditar los distintos hechos punibles y la participación de cada uno de los imputados, siendo condenados algunos de ellos en procedimiento abreviado y otros en juicio oral, en el cual declararon la mayoría de las víctimas y testigos.

La complejidad de la ESCNNA y el **perfil multiproblemático** de niños, niñas y adolescentes, supone una **amplia variedad de respuestas**, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso, muchas de ellas asimilables a intervenciones en crisis sucesivas, tendientes básicamente a la estabilización de situaciones de riesgo vital o a la reducción de factores de riesgo. Se elaboran los planes de atención atendiendo a las variables particularizadas, pero se presume y/o se cuenta con cierta estabilidad en los procesos que permite márgenes amplios de anticipación para la reorganización de la planificación, cuando ello sea necesario

Considerando la naturaleza del delito investigado y las características propias de este tipo de víctimas, el establecimiento del VÍNCULO TEMPRANO con éstas es de vital importancia para la adherencia al proceso, por lo que se evalúa como un hito significativo la comparecencia del equipo URAVIT y de Fiscales especializados en el sitio del suceso, en horarios, que no siempre fueron los de oficina.

La intervención psicosocial en el fenómeno de la ESCNNA, permite una mejor comprensión de esta temática y del daño que presentan las víctimas, logrando sensibilizar al resto de los actores que intervienen en el sistema jurídico, permitiendo el acercamiento de éste con quienes han sido vulneradas gravemente en sus derechos (Tribunal de Familia, Garantía, etc.).

La intervención psicosocial en el fenómeno de la ESCNNA, además permite transparentar ciertos prejuicios hacia la actitud y disposición de las víctimas con los imputados (regentas, clientes, etc.), visualizando aspectos del fenómeno que nos ayudan a comprender el perfil de éstas y la percepción que ellas tienen con el medio que les rodea. En este sentido, se hace sumamente necesario disminuir la estigmatización y discriminación social, a fin de lograr la acogida por parte de los operadores del sistema, evitando todo tipo de victimización secundaria.

En los casos de ESCNNA, es fundamental el trabajo interdisciplinario y el trabajo en equipo, entre los Fiscales del caso y profesionales URAVIT, para el logro de resultados óptimos, en las acciones y gestiones propias de la investigación y en la etapa final de comparecencia a juicio oral.

Asimismo, el trabajo interinstitucional, conlleva una flexibilización en torno a la comprensión del fenómeno y a la intervención de cada uno de los actores, de manera de elaborar estrategias conjuntas en pro de las víctimas, su participación en el proceso investigativo y su reparación, buscando en todo momento disminuir la victimización secundaria y entendiendo lo relevante de su participación en el proceso penal.

La elaboración de modelos de intervención específicos, como los Modelo de NNA o Modelo de Casos Complejos, constituyen una base general de intervención para este tipo de casos, que requieren de un análisis profesional que permita una flexibilización de los mismos y una adecuación a las necesidades propias de este tipo de víctimas y del fenómeno ESCNNA, como a las necesidades particulares de la investigación. Si bien, dichos modelos, fueron el soporte, en cuanto a guía de las directrices generales, se debieron ajustar y flexibilizar, respecto a cada caso en particular, ya que este fenómeno, no se ajusta ciento por ciento, a ninguno de los modelos descritos.

Las necesidades sociales y económicas de este tipo de víctimas y sus familias, muchas veces sobrepasan los lineamientos establecidos en nuestros reglamentos y manuales, por lo que sería importante una revisión de los mismos, a fin de incorporar estas realidades específicas, teniendo siempre presente, la normativa legal vigente.

Los equipos profesionales especializados, ya sea de URAVIT, como de Fiscales y asistentes, pueden verse expuestos a realizar intervenciones que impliquen cierto riesgo personal y emocional, por la necesidad de dar cumplimiento a los requerimientos de la investigación y protección, por ende, del sistema jurídico o de las propias víctimas, por lo que se requiere contar con una figura (Jefatura) que en todo momento asesore las acciones a realizar por éstos, como se hizo, en este caso.

La intervención psico-socio-jurídica con este tipo de víctimas (ESCNNA) y el tiempo prolongado de la misma, conlleva necesariamente tener presente la necesidad de estrategias de autocuidado de equipo, toda vez que las experiencias vivenciadas por las víctimas y traspasadas a los profesionales de esta área, pueden ser un factor relevante de Burnout o desgaste emocional.

Atendido el trabajo realizado arduamente por Fiscales, profesionales de URAVIT, asesores, y la experiencia que del mismo se obtuvo, sería de mucha importancia, capacitar a estos equipos, con el fin de retroalimentar a otros equipos que trabajan en la temática y así crear un modelo especial de intervención especializada para estos casos.

De acuerdo a todo lo antes señalado, es dable señalar que para efectuar el trabajo que se desarrolló con las víctimas y testigos del denominado caso “Heidi”, desde la Unidad de Víctimas y Testigos fue determinante como estrategia de trabajo el tipo de vínculo establecido con las afectadas, ya que dadas las características mencionadas previamente, significó un esfuerzo mayor al que se realiza con víctimas de otros delitos, quienes normalmente se identifican en su rol de “víctimas” y adoptan una actitud colaborativa, lo que en este caso fue distinto, observando una actitud de permanente ambivalencia respecto del rol y su participación en el proceso penal (por distintos motivos, entre los cuales se puede mencionar que algunas víctimas/testigos mayores de edad ya no se dedicaban a esta actividad y no deseaban vincularse con la investigación, otras daban cuenta de sentimientos de vergüenza al estar involucradas en el caso, otras argumentaban desconocimiento de parte de sus familia sobre la actividad realizada, otras se sentían afectadas por la atención mediática que la prensa otorgó al caso, etc.).

Si bien, se pudiera pensar que el vínculo establecido con las víctimas/testigos debiera ser del tipo tradicional de la psicología (entre dos personas, a decir un paciente o “cliente” con un profesional “terapeuta” que intenta intervenir en su problemática), en este contexto particular, se considera al sujeto como un ser individual que conforma un sistema y que se halla pleno de interacciones familiares y sociales, por lo que la vinculación debería ser integrando tanto lo psicológico como lo social.

Así, fue esencial la utilización de una estrategia vincular particular, caracterizada principalmente por la flexibilidad y un alto nivel de compromiso y tolerancia a la frustración de parte de los profesionales Uravit y Fiscales del caso. En este sentido, se puede señalar que el lazo con las víctimas y testigos fue establecido y fortalecido principalmente por la constancia y la permanencia del contacto, que se forjó de forma presencial y telefónica.

Con este objetivo, se realizaron diversas intervenciones en las distintas etapas del proceso penal y en distintas dependencias y escenarios. Los acompañamientos, la contención a las víctimas/testigos y sus familiares fue esencial, así, el equipo URAVIT acudió apoyando en distintas dependencias de la Fiscalía, como de otras instituciones: PDI, Tribunal de Garantía, Tribunal Oral en lo Penal, Tribunal de Familia, entre otros. Fue necesario realizar acompañamientos en distintos contextos, con el objetivo de garantizar la realización de gestiones propias de la investigación así como entregar la contención requerida por las víctimas. Por lo anterior, se asistió a la realización de pericias (SML, CAVAS) como a variados sitios de suceso (prostíbulo, distintos moteles ubicados en distintas comunas de Santiago, así como otros sitios ubicados dentro y fuera de la Región Metropolitana). Finalmente, lo anterior se complementó con numerosas intervenciones en los propios domicilio de las víctimas, involucrando además a sus familias, en el caso de las víctimas menores de edad principalmente, lo que fue altamente significativo para su involucramiento en la reparación y en el proceso penal.

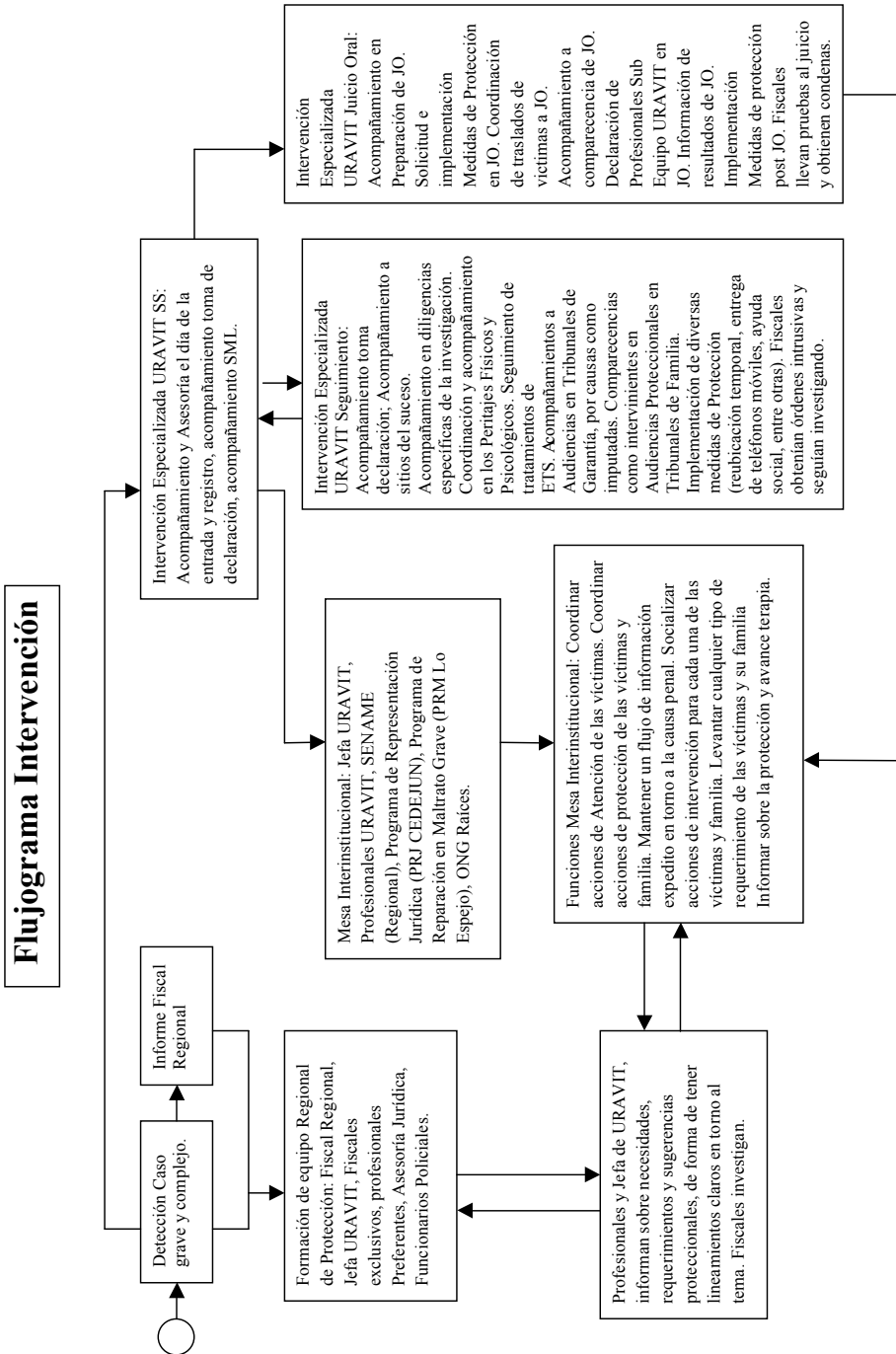
Es necesario señalar que este vínculo muchas veces estuvo caracterizado por conductas y actitudes desconfiadas y cautelosas de parte de las víctimas y testigos, ambivalentes e intermitentes, que fueron disminuyendo paulatinamente en la medida que los profesionales mostraron consistencia y transparencia respecto de las intervenciones (entrega de información clara y oportuna, expectativas realistas respecto a medidas de protección a otorgar y posibles resultados del proceso penal, oportunidades de apoyo respecto de distintos ámbitos). No obstante lo anterior, a lo largo de la intervención también nos vimos expuestos a “desapariciones” o “fugas” de nuestras víctimas/testigos, lo que significó en muchos casos un nuevo proceso de búsqueda y revinculación a fin de lograr la adherencia necesaria para el proceso investigativo. Este hecho conllevó pensar en intervenciones “nuevas”, “distintas”, “creativas” o “novedosas”, como por ejemplo, visitarlas en sus domicilios en días y horas extra laborales; asistir a sus lugares de trabajo (ferias libres, etc., en ocasiones ante la imposibilidad de ir al domicilio ya que sus familias desconocían su participación en la causa), visitarlas en los distintos hoteles donde algunas fueron reubicadas por motivos de protección, realizar visitas en dependencias de Gendarmería (donde una de ellas se encontraba detenida por otro delito), etc. Lo anterior, fue entendido por las víctimas/testigos como un alto grado de compromiso con su problemática de parte de la Fiscalía, y por otro lado, nos permitió una mayor comprensión de ellas, sus grupos familiares y su entorno (Modelo Ecológico).

La proactividad de los profesionales y la creatividad respecto a las intervenciones llevó a buscar estrategias distintas para el trabajo con cada una de las víctimas/testigos, logrando establecer un vínculo de acuerdo a sus características particulares y/o familiares, debiendo dentro de la flexibilidad adecuarse muchas veces a sus tiempos, a sus recursos, a su disponibilidad, no siendo posible realizar este ejercicio sin una comprensión previa del fenómeno de la ESCNNA y sus características, tendiendo todo el tiempo a promover en las víctimas su reparación, protección y participación en el proceso penal.

Finalmente, destacar que el trabajo en esta compleja temática y los resultados obtenidos tanto de adherencia, participación, concurrencia a juicio oral de víctimas y testigos y resultados jurídicos, no hubiesen sido posibles sin el compromiso ético profesional de cada uno de los que formaron parte de este equipo, quienes mostraron una capacidad de flexibilización y adaptación a nuevos escenarios, acogida a pensamientos e ideas nuevas, internalización de conceptos y realidades distintas que permitieron disminuir nuestros prejuicios frente a esta problemática, todo lo cual asociado a un trabajo en equipo favoreció la disminución de la discriminación y estigmatización social de cada una de nuestras víctimas y la condena de esta red, que explotaba a nuestras niñas víctimas.

Desde lo jurídico, probar los distintos tipos penales y la participación de los imputados, con distintas técnicas investigativas (videograbaciones, interceptaciones telefónicas, etc.), incorporando el fenómeno desde lo psico-social (pericias, declaraciones, etc.), fue un acierto, lo que se tradujo en la comprensión del caso, por parte de los jueces y en distintas condenas a los diferentes imputados.

VIII. Anexo N°1



UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

EL DELITO DE SOBORNO TRANSNACIONAL

Claudia González Serrano¹
Yelica Lusic Nada²

I. Introducción

Algunos países, tal como lo ha hecho Chile, han suscrito el acuerdo internacional denominado “Convención para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, Convención OCDE), instrumento internacional que recomienda medidas para disuadir, prevenir y penalizar a las personas naturales y a las empresas que prometan, den o encubran el cohecho a funcionarios públicos extranjeros que participan en transacciones internacionales³.

Al respecto, debemos indicar que con fecha 17 de diciembre de 1997 el Estado de Chile suscribió la Convención OCDE, la que fue aprobada por nuestro Congreso Nacional con fecha 8 de marzo de 2001; depositando nuestro país, con fecha 8 de abril de ese año, el Instrumento de su Ratificación ante el Secretario General de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo; y publicándose la misma en el Diario Oficial del 30 de enero del año 2002.

Interesante resulta apuntar que la Convención OCDE es el único instrumento internacional que centra sus preocupaciones exclusivamente en el soborno transnacional, ello porque se estima que sobornar a funcionarios públicos para obtener ventajas en el comercio internacional socava la gobernabilidad, el crecimiento económico y la competitividad en los mercados⁴.

-
- 1 Analista Financiero de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
 - 2 Abogada de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
 - 3 La Convención para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE se puede revisar en el siguiente link http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf
 - 4 Así concluyen los autores que tratan este delito, entre ellos, FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO. *La corrupción del agente público extranjero e internacional*. Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2003, DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS/BLANCO CORDERO, ISIDORO. “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. En: *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, págs. 12-13. CUGAT MAURI, MIRIAM, *Comentarios al Código Penal*, Parte Especial, (Córdoba Roda-García Arán) España, Marcial Pons, 2004, Tomo II, Editorial FERNÁNDEZ ARACENA, HERNÁN, Abogado, Subdirector Unidad Anticorrupción Fiscalía Nacional en artículo “Análisis del Delito de Cohecho Trasnacional” publicado en Boletín UNAC N°14, páginas 6-19

El propósito de este artículo es revisar algunas de las disposiciones de la Convención OCDE, conocer aspectos formales del delito de Soborno Transnacional, contemplado por nuestra legislación en el artículo 251 bis del Código Penal, y dar a conocer otros tratados suscritos por nuestro país que también recogen esta figura.

II. La Convención Para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la OCDE

La mencionada Convención OCDE es la expresión del esfuerzo de la comunidad internacional para combatir el daño causado por la corrupción, fenómeno que según los estudiosos es un flagelo inherente a la civilización de nuestro tiempo, cuya erradicación total resulta prácticamente imposible, de modo tal que sólo puede aspirarse a acotarla a márgenes mínimos tolerables; convirtiéndose en un problema de interés internacional, que afecta a los más diversos países, con independencia del área geográfica en que se encuentran ubicados, del régimen de gobierno o de su organización institucional o económica⁵.

Es así que, reconociendo su responsabilidad en la mantención de la integridad en el sistema de comercio mundial, una serie de países de Europa, Asia, Norteamérica e Iberoamérica se comprometieron, en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), con sede en París, a establecer caminos para atacar el soborno en las transacciones comerciales internacionales.

El principal propósito de estos esfuerzos fue promover la lealtad en los tratos en el comercio e inversiones internacionales. En este sentido, los objetivos de la Convención son eliminar la competencia desleal generada por gratificaciones extraoficiales y castigar o penalizar a las empresas y a las personas que prometan u otorguen pagos a oficiales extranjeros con el fin de favorecer y beneficiar sus negocios.

De esta manera, la principal obligación que impone la suscripción de esta Convención a los Estado parte es la tipificación de la conducta que se conoce como cohecho a funcionario público extranjero, según lo señala el artículo 1° de la misma:

Artículo 1° Delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros.

“Cada Parte tomará las medidas necesarias para establecer que es un delito punible bajo su ley el que cualquier persona intencionalmente ofrezca, prometa

5 RODRÍGUEZ COLLAO, L./OSSANDÓN WIDOW, M., *Delitos Contra la Función Pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, págs. 15-16.

o efectúe un pago indebido u otra ventaja, sea directamente o a través de intermediario, a un servidor público extranjero en su beneficio o en el de un tercero, a fin de que ese funcionario actúe o deje de hacer, en cumplimiento de sus deberes oficiales, con el propósito de obtener o mantener un negocio o cualquiera otra ventaja indebida, en la realización de negocios internacionales.”

En consideración a dicha obligación nuestro país se comprometió a sancionar, como conducta criminalmente relevante, los actos de soborno cometidos por nacionales en el extranjero o en Chile respecto de empleados públicos extranjeros.

La conducta sancionada por la Convención está referida no sólo a la “*entrega*” de dádivas, sino que también a la “*promesa*” o siquiera a la “*oferta*” de ventajas de cualquier tipo.

Por su parte, el objeto material del delito, el “*soborno*”, según la Convención, puede recaer en dinero o en otro tipo de beneficio de cualquier naturaleza, que se entrega u ofrece a un funcionario público de un Estado extranjero o de un organismo internacional.

Junto con la obligación de sancionar el soborno al funcionario público extranjero, los Estados que suscriben la Convención OCDE se obligan a la adopción de las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de cohecho cometidos respecto de funcionarios públicos; en este sentido, expresa el artículo 2 de la Convención:

Artículo 2. Responsabilidad de las Personas Jurídicas.

Cada Parte adoptará las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en los actos de cohecho a un funcionario público extranjero.

De igual forma refiere la Convención OCDE, respecto a la sanción aplicable a la conducta por ella descrita que ésta debe ser sancionada con penas de carácter criminal “*eficaces, proporcionadas y disuasivas*”; disponiendo en este sentido el artículo 3° de la Convención:

Artículo 3. Sanciones.

1.- El cohecho a un funcionario público será sancionado con penas de carácter criminal eficaces, proporcionales y disuasivas. El rango de las sanciones será comparable a las aplicadas al cohecho a funcionarios públicos de esa parte e incluirán, cuando se trate de personas naturales, las penas privativas de libertad suficientes para permitir una eficaz asistencia legal mutua y extradición.

En lo que dice relación con la jurisdicción, la regla general es la del párrafo 1° del artículo 4° que señala que cada parte adoptará las medidas necesari-

rias para “establecer jurisdicción” sobre la conducta digna de sanción cuando se cometan en todo o parte de su territorio.

Artículo 4. Jurisdicción

1.- Cada Parte adoptará las medidas necesarias para establecer jurisdicción sobre el cohecho a un funcionario público extranjero cuando el delito sea cometido, parcial o totalmente, dentro de su territorio.

2.- Cada Parte que tenga jurisdicción para enjuiciar a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero adoptará las medidas necesarias para establecer jurisdicción sobre el cohecho a funcionarios públicos extranjeros, de acuerdo con los mismos principios.

3.- Cuando más de una Parte tenga jurisdicción sobre un presunto acto delictual descrito en esta Convención, las Partes involucradas deberán, a petición de una de ellas, consultarse entre sí para determinar la jurisdicción más apropiada para enjuiciar el delito.

4.- Cada Parte revisará si el fundamento actual de su jurisdicción es eficaz para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros y, si no lo fuere, adoptará las medidas que correspondan.

En el tipo de casos en examen, en concepto de la Convención, la investigación y castigo del agente “*corruptor*” queda sometida a la jurisdicción del Estado al cual éste pertenece o del cual es nacional; enfrentando un caso de aplicación extraterritorial de la ley penal nacional, dado que la “*negociación o actividad*” que se busca combatir y castigar normalmente ocurrirá en un país extranjero⁶.

De esta manera se busca impedir la impunidad del agente corruptor que no vive en el país en el cual consume la conducta reprochable y que, normalmente, retorna a su país de origen tras la comisión del ilícito; así, la obligación de tipificar el delito por parte del Estado natal del sujeto activo del cohecho tiene un fundamento de eficiencia de la persecución penal.

Como contraparte, la sanción al funcionario público que accede a las peticiones del particular o que solicita derechamente un “*soborno*” queda entregada al Estado de su nacionalidad, por cuanto generalmente podrá configurarse a su respecto un tradicional delito de cohecho pasivo, que en el caso de Chile se encuentra tipificado en alguna de las hipótesis contempladas en los artículos 248, 248 bis y 249 del Código Penal.

En materia de investigación y persecución de las conductas tipificadas, la Convención OCDE busca que ella se sujete a los principios y reglas de cada

6 Para cumplir con esta obligación nuestro legislador dispuso incorporar el delito de soborno transnacional entre los casos de jurisdicción extraterritorial contemplados por el artículo 6° N°2 del Código Orgánico de Tribunales, lo que se concretó mediante la publicación de Ley N°20.371, de fecha 26 de agosto de 2009.

Estado parte, sin que se vea influenciada por consideraciones de otro orden, como pueden ser los intereses económicos nacionales, los potenciales efectos sobre las relaciones con otros Estados o la naturaleza de las personas o entidades involucradas⁷. En este sentido prescribe el artículo 5°:

Artículo 5. Aplicación

La investigación y persecución del cohecho a un servidor público extranjero estarán sujetas a las reglas y principios de cada Parte. No estarán influidas por consideraciones de interés económico nacional, por el efecto potencial sobre sus relaciones con otro Estado ni por la identidad de las personas físicas o morales involucradas.

En otro orden de ideas, refiere la Convención OCDE la necesidad de contar con plazos de prescripción suficientes para investigar el delito que sanciona, teniendo especialmente en cuenta las dificultades probatorias que puede ocasionar una investigación de carácter extraterritorial que compromete asistencia penal mutua internacional y, eventualmente, la extradición.

Finalmente, establece la Convención OCDE en su artículo 12 que las Partes cooperarán para aplicar un Programa de Seguimiento Sistemático que vele y promueva la plena aplicación de la misma. Dicha labor es realizada por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE (Working Group).

III. Análisis y revisión del delito de Cohecho de Funcionario Público Extranjero, consagrado en el artículo 251 bis del Código Penal

1. Generalidades

Como antes se indicó, al adoptar nuestro país la Convención OCDE, asume el compromiso internacional de tipificar –como delito– el soborno de funcio-

⁷ Esta misma idea se desarrolla en los Comentarios sobre la Convención que en relación al artículo 5 indican que si bien se reconoce la discrecionalidad de cada uno de los Estados, que suscriben la Convención, para desarrollar la investigación correspondiente; también precisa que para proteger la independencia del proceso judicial, esa discrecionalidad debe ejercerse con base en motivos profesionales y no estar sujeta a la influencia inadecuada de preocupaciones de naturaleza política. Por su parte en el mismo sentido el párrafo 6 del Anexo a la Recomendación Corregida de la OCDE de 1997 para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales, C(97)123/FINAL recomienda, inter alia, que las quejas de cohecho de servidores públicos extranjeros deben ser investigadas seriamente por las autoridades competentes; y que los gobiernos nacionales deben proporcionar los recursos adecuados para permitir el proceso judicial eficaz de ese cohecho. Las Partes aceptarán esta recomendación, incluidas sus medidas de seguimiento y monitoreo.

nario público extranjero; conducta que a la fecha de aprobación de la Convención, no estaba contemplada por nuestro ordenamiento penal.

Por tal razón, y mediante la publicación de la Ley N°19.829 se intenta cumplir con dicho compromiso, al introducirse en nuestro ordenamiento penal la nueva figura de Cohecho de Funcionario Público Extranjero⁸, sancionada por los artículos 250 bis A y 250 bis B, normas que prescribían:

“Artículo 250 bis A.- El que ofreciere dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, será sancionado con las mismas penas de reclusión, multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. De igual forma será castigado el que ofreciere dar el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas.

El que, en iguales hipótesis a las descritas en el inciso anterior, consintiere en dar el referido beneficio, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas”.

“Artículo 250 bis B.- Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.

Esta tipificación del delito de soborno transnacional resultó insuficiente para el Grupo de Trabajo sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE (en adelante, Grupo de Trabajo OCDE), quienes en el marco de las evaluaciones de implementación de la Convención OCDE formularon diversas observaciones a nuestro nuevo tipo penal:

- i. La tipificación del delito resultaba restrictiva, al incluir como conducta sancionada sólo el "ofrecer un beneficio" en circunstancias que la Convención contempla y sanciona además las conductas de "ofrecer, prometer y dar", conforme se desprende del artículo 1°, Párrafo 1° de la Convención.
- ii. El tipo penal restringía la sanción del tipo penal sólo al ofrecimiento de beneficios de carácter económico, en circunstancias que la Convención contempla los beneficios económicos y los de otra clase.

⁸ Ley N°19.829, publicada en el Diario Oficial del 8 de octubre de 2002.

- iii. El tipo penal no era claro en sancionar la obtención de una ventaja indebida por parte de quien ofrecía el beneficio económico, ya que no recoge esta situación en la norma penal.
- iv. La expresión del tipo penal relativa a obtener un negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales era limitativa, toda vez que el delito de cohecho podía verificarse en transacciones internacionales que podían no ser comerciales. Por ello, se sugirió excluir el concepto "comerciales".
- v. Finalmente, respecto al concepto de funcionario público extranjero, contemplado por el artículo 250 bis B del Código Penal, se indicaba que éste no contemplaba todos los elementos señalados por la Convención, así en lo relativo a la empresa pública, se limitó su concepción al instituirlo como "empresa de servicio público"⁹.

En otro orden de consideraciones, el Grupo de Trabajo OCDE estimó que la penalidad asociada a la comisión del delito de cohecho de funcionario público extranjero era de escasa gravedad –al oscilar entre los 61 días a 3 años– y por ello estimaron no se cumplía con el estándar de la Convención, en cuanto a tratarse de penas efectivas, proporcionadas y disuasivas.

Se sumó a estas críticas, el hecho de no ser procedente la solicitud de una extradición, por no sancionarse el delito de soborno a funcionario público extranjero con una pena privativa de libertad superior a 1 año¹⁰.

Las observaciones recibidas de parte del Grupo de Trabajo de la OCDE motivaron una reacción por parte de nuestro país y así, con la finalidad de perfeccionar el tipo penal y recoger esas observaciones, se promulga y publica la Ley N°20.341 que introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos en contra de la Administración Pública¹¹.

Dicha ley modifica la tipificación del delito de cohecho de funcionario público extranjero, y suprime los artículos 250 bis A y 250 bis B, y en su lugar añade un nuevo párrafo al Título V del Libro II del Código Penal, –el 9 bis–, el cual

9 Para conocer más detalladamente las observaciones formuladas revisar recomendaciones Reporte OCDE (2004) Chile :Fase 1, disponible en el siguiente link: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/33742154.pdf> Reporte OCDE (2007) Chile: Fase 2, disponible en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/39540391.pdf> Reporte OCDE (2009) Informe Fase 1 bis, <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/43902840.pdf> Y finalmente Reporte OCDE (2009) Chile: Fase 1 ter disponible en <http://www.oecd.org/chile/44254056.pdf>

10 Asi se indica en Reporte OCDE (2004) Chile: Fase 1, disponible en el siguiente link: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/antibriberyconvention/33742154.pdf>

11 Ley N°20.341, publicada en el Diario Oficial de fecha 22 de abril de 2009.

dedica exclusivamente a tratar la figura de Cohecho a Funcionario Público Extranjero, figura que queda consagrada conforme al siguiente tenor literal:

Artículo 251 bis.– *El que ofreciere, prometiére o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y, además, con las de multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales. De igual forma será castigado el que ofreciere, prometiére o diere el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas.*

El que, en iguales situaciones a las descritas en el inciso anterior, consintiere en dar el referido beneficio, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas.

Artículo 251 ter.– *Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa pública. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.*

2. Bien jurídico afectado

La ubicación sistemática de la figura penal en estudio, en el Título V del Libro II del Código Penal, que trata los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, provoca confusión acerca del bien jurídico que pretende tutelar este nuevo tipo penal.

En efecto, si se observa con detención la conducta sancionada por el artículo 251 bis se puede concluir que el bien jurídico afectado parece que debe cifrarse en el correcto desarrollo del tráfico comercial internacional, toda vez que el núcleo esencial de la conducta se sitúa precisamente en la obtención, o intento de obtención, de contratos o beneficios irregulares, en los que debe intervenir un funcionario público extranjero, en el ámbito de una actividad económica internacional¹².

12 RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 6ª edición, Quinteros Morales, 2007, p. 1735. De igual manera el OFICIO DEL FISCAL NACIONAL N°699/2014 que contiene la Instrucción General que Imparte Criterios de

En esta línea de pensamiento indica el autor español EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS que el tipo penal en examen ostenta una naturaleza esencialmente socioeconómica que tiende a proteger la posición de los competidores frente a quienes se valen de la corrupción para abusar de una posición dominante en el ámbito internacional¹³.

Así las cosas, y sin olvidar que el objetivo de la Convención OCDE es salvaguardar el principio de la libre y limpia competencia, esencial para el buen funcionamiento del mercado, señala la autora española MIRIAM CUGAT que “cuando alguien soborna a un funcionario que interviene en un acto de contratación pública, no sólo adquiere una ventaja ilícita sobre su competidor sino que además vulnera los principios de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función pública”; por esta razón entiende esta autora la innegable doble naturaleza del bien jurídico protegido por este nuevo tipo penal: el libre mercado y la función pública¹⁴.

En una línea de pensamiento parecida, los autores JOSÉ LUIS DE LA CUESTA e ISIDORO BLANCO CORDERO, afirman el carácter pluriofensivo del delito de soborno a funcionario público extranjero, consecuencia ello de que la imparcialidad de los funcionarios públicos incide de manera decisiva en la competencia, tutelándose a través de este precepto tanto la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de la función pública como la competencia, si bien el peso de ésta alcanza mayor relevancia en la medida en que la corrupción sólo es punible cuando afecta a transacciones, contratos u operaciones económicas¹⁵.

Entre nosotros, el articulista HERNÁN FERNÁNDEZ ARACENA¹⁶ nos advierte que para intentar esclarecer el bien jurídico tutelado por la figura del cohecho transnacional es importante destacar que entre los fundamentos de la Con-

Actuación en Delitos de Corrupción, de fecha 22 de septiembre de 2014, disponible en página web <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do>

- 13 FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO. *La corrupción del agente público extranjero e internacional*. Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2003, págs. 80-81. En este mismo sentido se dice que el bien jurídico protegido está relacionado con la necesidad de que exista una cierta igualdad de los competidores en el ámbito internacional, frente a determinadas prácticas que intentarían desequilibrarla a través de actuaciones irregulares. Así PIÑOL RODRÍGUEZ, JOSÉ RAMÓN. *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, (Suárez-Mira, coord.), 3ª ed., España, Editorial Aranzadi, 2005, Tomo II, p. 563.
- 14 CUGAT MAURI, MIRIAM, *Comentarios al Código Penal*, Parte Especial, (Córdoba Roda-García Arán) España, Marcial Pons, 2004, Tomo II: p. 2126.
- 15 DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS/BLANCO CORDERO, ISIDORO. “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. En: *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, págs. 12-13.
- 16 FERNÁNDEZ ARACENA, HERNÁN, Abogado, Subdirector Unidad Anticorrupción Fiscalía Nacional en artículo “Análisis del Delito de Cohecho Transnacional” publicado en Boletín UNAC N°14, páginas 6-19.

vención OCDE se señala que “*el cohecho es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluido el comercio y las inversiones, que da origen a serias complicaciones de carácter moral y político, mina el buen Gobierno y desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales*”¹⁷.

En ese contexto, nos precisa CAPARRÓS que lo relevante para la referida Convención, es el alto costo económico o impacto social que provoca el soborno de funcionarios públicos para obtener importantes contratos comerciales de carácter internacional, de modo que tiene un marcado enfoque económico, que se justifica en el contexto de “*un sistema de mercado progresivamente globalizado*” que tiende a “*proteger la posición de los competidores frente a quienes se valen de la corrupción para abusar de una posición dominante en el ámbito internacional*”¹⁸. De ello se sigue que el bien jurídico protegido por el tipo penal sería la libre e igualitaria competencia económica en el ámbito de las transacciones internacionales, o en otras palabras, “*el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales*”¹⁹, postura que recoge el actual Oficio del Fiscal Nacional, N°699/2014, de fecha 22 de septiembre de 2014, que contiene la Instrucción General que Imparte Criterios de Actuación en Delitos de Corrupción²⁰.

3. Sujeto activo

Aun cuando el tipo penal está concebido como una figura común, al sancionar el artículo 251 bis a “*El que...*”, de manera que cualquier particular o funcionario público que corrompa o intente corromper a un funcionario público extranjero pueda ser sancionado conforme al mismo, difícil resulta imaginar casos de adjudicación de contratos mediante el soborno a funcionarios públicos extranjeros, en los que la persona física que lo ofrezca no actúe en nombre de una empresa que aspire a lograr una posición dominante respecto de la competencia²¹. No en vano, nos recuerda el autor FABIÁN CAPARRÓS, los artículos 2° y 3° de la Convención OCDE prevén la necesidad de adoptar “*sancio-*

17 Ver Preámbulo de la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE.

18 FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO, “*La corrupción de agente público extranjero e internacional*”, ob. cit., p. 80.

19 RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, “*Delitos contra la función pública*”, ob. cit., p. 340.

20 Oficio que en su apartado número cinco menciona que el bien jurídico protegido por el delito de naturaleza transnacional es el “normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales”. Al respecto revisar página web <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do>.

21 FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO, “*La corrupción...*”, ob. cit., págs. 82-83.

nes eficaces, proporcionadas y disuasorias” sobre las entidades implicadas, aunque no exija necesariamente que esta responsabilidad sea de carácter penal.

Esa realidad, junto las exigencias de las sucesivas evaluaciones de la OCDE que reclamaban la insuficiencia de la legislación nacional en lo que respecta a la imposición de sanciones a las personas jurídicas, motivaron la introducción de la Responsabilidad Penal de la Personas Jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho activo, incluido el soborno transnacional, lo que se concreta mediante la publicación de la Ley N°20.393, de 25 de noviembre de 2009, que incorpora como sujeto activo del delito en examen, a las personas jurídicas.

En relación al sujeto activo contemplado por nuestro artículo 251 bis, un aspecto que ha sido objeto de observación por parte de los evaluadores de OCDE es la falta de regulación expresa de la autoría del delito de soborno de funcionario público extranjero mediante “*persona interpuesta*”, sea esta natural o jurídica, ello porque el artículo 1° de la Convención OCDE prevé que la conducta se castigue tanto cuando el particular actúe personalmente como cuando lo haga “*mediante intermediarios*”. Situación que, si bien se explicó – por nuestra representación– se resuelve por la legislación nacional conforme a las reglas generales de autoría y participación, no resultó suficientemente resuelta para los evaluadores, quienes advirtieron la falta de regulación de la autoría mediata, cuya aplicación quedaría a expensas de criterios jurisprudenciales; junto a ciertas dificultades respecto de la inducción, toda vez que pueden producirse lagunas de punición cuando quien instiga lo hace para valerse de los servicios de extranjeros que actúan fuera de las fronteras nacionales²².

4. Conducta punible

a) Modalidades

El artículo 251 bis contempla un haz de conductas punibles –de verbos rectores– con la finalidad de adecuarse a las exigencias de OCDE.

Si bien el tipo penal contemplaba originalmente sólo dos verbos rectores, “*ofrecer dar*” y “*consentir en dar*”, no incluyendo en su redacción los verbos “*prometer*” y “*conceder*”; producto de las observaciones de los informes de la OCDE, la nueva tipificación del delito de cohecho a funcionario público

22 Así se razonó, que careciendo las autoridades chilenas de jurisdicción sobre ellos, difícilmente podrían hacerlo respecto de quienes tienen el carácter de simples partícipes, aun teniendo presente la modificación al artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales. Se afirmó entonces que la única forma de evitar estas situaciones consiste en elevar a estos sujetos a la categoría de autores, según nos informa Fabián Caparrós, Eduardo, “La corrupción..”, ob. cit., págs. 93-94. De igual forma revisar los reportes OCDE (2004). Chile: Phase 1; OCDE (2007). Chile: Phase 2,

extranjero –Ley N°20.341– incorporó al tipo penal los verbos rectores “*prometer*” y “*dar*”²³.

Con la finalidad de esclarecer el sentido y alcance de los verbos rectores que recoge el tipo penal, recurrimos al Diccionario de la Real Academia Española (en adelante, RAE) que define “*ofrecer*” como “*comprometerse alguien a dar, hacer o decir algo*”²⁴.

En el caso de la figura examinada lo que se “*ofrece dar*” es un beneficio económico o de otra naturaleza con un objetivo preciso, cual es, obtener o mantener un negocio o ventaja en una transacción internacional. Y tal como ocurre en los delitos de cohecho a funcionarios públicos nacionales, encontramos también aquí un adelantamiento de la punibilidad, al sancionar como consumados conductas que podrían estimarse actos preparatorios o bien una conspiración.

Refiriéndonos ahora a la conducta “*prometer*”, ella se define por la RAE como “*obligarse a hacer, decir o dar algo*”²⁵. Importa anotar que dada la estructura de los delitos de cohecho en nuestro código punitivo, no resulta necesaria la bilateralidad, esto es, que exista una aceptación de la contraparte, basta con la mera “promesa” de dar un “soborno” para consumir el ilícito en comento.

Por su parte el verbo “*dar*” es definido por el diccionario RAE como “*conceder, otorgar*”²⁶. Recordando que su inclusión obedece a observaciones efectuadas en las evaluaciones de Chile, con el fin de abarcar situaciones –a juicio de los evaluadores– de dudosa inclusión en el antiguo tipo del 250 bis A, como sería el caso de un empresario chileno que concurriera a las oficinas del empleado público extranjero y sin mayor conversación dejaré sobre su escritorio un maletín lleno de dinero en efectivo y luego se retirara, teniendo pendiente ese funcionario extranjero una decisión sobre una transacción internacional que involucrara al particular.

Si bien se sostuvo, –con fundamento por nuestro país– que ese ejemplo podía perfectamente ser considerado una “oferta tácita” y por tanto, estar capturada

23 No obstante defender las autoridades chilenas, en la Fase 1 y la Fase 2, la ausencia de los verbos citados, toda vez que podía resolverse por vía interpretativa, entendiendo que el hecho de ofrecer –asociado al castigo, también previsto, para quienes accedan a prestar el soborno solicitado por el funcionario extranjero– precede o convive con cualquier promesa o concesión. El Grupo de Trabajo se resistió, en ambas ocasiones, a aceptar tal explicación; primero, por la ausencia de jurisprudencia que corroborara en la práctica ese criterio y, además, por la evidencia de que, en ciertos casos, la promesa o entrega de un soborno realizado por iniciativa del particular no viene precedida de su ofrecimiento.

24 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, Tomo II página 1468.

25 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, Tomo II página 1676.

26 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, Tomo I, página 661.

su antijuridicidad por el verbo rector “ofrecer dar”, en el entendido que existe además un adelantamiento de la punibilidad, esa explicación no fue suficiente para los evaluadores, atendida la falta de una investigación en que ello hubiere sido sostenido y la falta de un fallo judicial que fijara esa jurisprudencia, lo que motivó la decisión del Poder Ejecutivo de incluir expresamente el verbo “dar” en el tipo penal comentado.

Una segunda hipótesis de comisión es el “*consentir en dar*”. Al respecto el diccionario de la RAE define “*consentir*” como “permitir algo o condescender en que se haga”²⁷. En este tipo penal se “consiente en dar” un beneficio económico o de otra naturaleza, con el mismo objetivo antes explicado, esto es, para obtener o mantener un negocio o ventaja en una transacción internacional.

El “consentir en dar” es una reacción del particular a un requerimiento previo de parte de un funcionario público extranjero, lo que llevó al legislador a establecer una diferencia de penalidad, estimando más grave que una persona tome la iniciativa de sobornar a un funcionario público extranjero, a que ceda a la presión del mismo²⁸.

b) Objeto material

Conforme a la actual redacción del artículo 251 bis el objeto material del cohecho es un *beneficio económico o de cualquier naturaleza*.

En ese sentido la Ley N°20.341, siguiendo las recomendaciones de la OCDE, decidió ampliar la naturaleza del beneficio ofrecido o consentido en dar, el que deja de ser de naturaleza exclusivamente económica, pasando a comprender también los beneficios de naturaleza distinta, como los favores sexuales, el acceso a un centro educativo o el otorgamiento de una distinción honorífica²⁹.

El objetivo del beneficio económico o de otra naturaleza que se ofrece dar (se da, se promete) o se consiente en dar, está dirigido a que el funcionario público extranjero, con su actuación u omisión, obtenga o mantenga cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales. Se evidencia así que la finalidad que ha de perseguir el particular con su conducta es por un lado, conseguir o conservar un contrato en con-

27 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, Tomo I, página 546.

28 En ese sentido revisar Sesión 84 del Senado de Fecha 13 de Enero, 2008, páginas 91 y siguientes Historia de la Ley N°20.341; disponible en siguiente link: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/2485/5/HL20341.pdf>.

29 FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO, *La corrupción de funcionario público extranjero en el derecho penal Chileno a la luz del convenio de la OCDE de 1997*. En libro *Chile en el club de los países desarrollados*, Grafica LOM, agosto de 2010, págs. 69 a 89.

creto o bien, más genéricamente, conseguir o conservar una ventaja irregular relacionada con una transacción internacional³⁰.

Asimismo, la Ley N°20.341 también recoge la observación formulada por la OCDE en cuanto a incluir el adjetivo “*indebido*” para calificar los negocios o ventajas. Así se argumentó ante la Comisión de la Cámara de Diputados, para incorporar esta modificación al primitivo tipo penal, que “(...) de acuerdo a la Convención, se trataba de que quién efectuara el cohecho, buscara la obtención de una ventaja indebida, característica que el tipo penal descrito en el inciso primero no reflejaba con claridad”³¹.

En el mismo sentido, se sostuvo en la misma Comisión una explicación con referencia a los criterios de la OCDE señalando que “la ventaja perseguida debería ser una ventaja indebida porque hoy día el tipo penal del artículo 250 bis A, que se refiere al funcionario público extranjero, menciona sólo la expresión ventaja. Lo que propuso la OCDE en este caso, es que la ventaja tuviera muy claro el ámbito del injusto, es decir, el carácter de antijurídico de la conducta y por eso incorporaron el concepto de indebida”³². En el Senado, se explicó por el Ministro Viera Gallo que: “En segundo lugar, el nuevo tipo sanciona sólo la obtención de ventajas que sean indebidas, porque parte de la base de que la legislación de los distintos países puede contemplar ventajas debidas, lícitas o legales, caso en el cual no hay delito”³³.

De la misma forma, con la actual redacción del artículo 251 bis queda esclarecido que la conducta sancionada tiene lugar en el ámbito de un negocio internacional; esfera que la tipificación anterior de este delito restringía únicamente a las transacciones “*comerciales*” internacionales, lo que excluía la san-

30 OLAIZOLA NOGALES, INÉS. *Los delitos contra la Administración Pública*, en *Nuevas Tendencias en Política Criminal* (Santiago Mir y Mirentxu Corcoy, dirs), Madrid, Editorial Reus: B de F, 2006, págs. 381-382.

31 En Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados Cuenta en Sesión 79, Legislatura 356, de fecha 6 de agosto de 2008, Historia de la Ley N°20.341, página 18y siguientes, que puede revisarse en siguiente link: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/2485/5/HL20341.pdf>.

32 Opinión de la representante del Ministerio de Justicia, la abogada Nelly Salvo, y el párrafo destacado es del informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados Cuenta en Sesión 79, Legislatura 356, de fecha 6 de agosto de 2008, Historia de la Ley N°20.341, página 32, que puede revisarse en siguiente link: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/2485/5/HL20341.pdf>.

33 En Sesión 84 del Senado de fecha 13 de enero, 2008, Historia de la Ley N°20.341, pág. 93 que se puede revisar en el siguiente link: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/2485/5/HL20341.pdf>.

ción de esa misma conducta en aquellos negocios de carácter civil, actuación igualmente reprochable³⁴.

En lo que respecta al valor del beneficio de carácter económico o de otra naturaleza que se da, se promete o que se consiente en dar, nada nos señala la figura examinada; no obstante, en los Comentarios al Convención se establece taxativamente que “*Constituye también delito, independientemente de, entre otras cosas, el valor del beneficio, sus resultados, la percepción de estos hechos a la luz de las costumbres locales, la tolerancia de dichos pagos por las autoridades locales, o la supuesta necesidad del pago con el fin de obtener o conservar contratos u otros beneficios irregulares*”, siendo, en definitiva, indiferente el valor del beneficio³⁵.

Para la doctrina, el criterio fundamental no es (y no debe ser, cabe agregar) ni cuantitativo ni social normativo, sino de imputación objetiva: lo importante es que la contraprestación ilícita debe tener capacidad objetiva de corromper³⁶. En todo caso, como apunta el autor FABIÁN CAPARRÓS, dada la fenomenología del soborno transnacional, todo apunta a que este tipo penal está pensado para aquellos casos en los que las sumas implicadas sean verdaderamente relevantes³⁷.

Finalmente, este beneficio económico o de otra naturaleza puede ceder en provecho del funcionario público extranjero o de un tercero (no especificado, a diferencia de las negociaciones incompatibles, que sólo se refiere a personas asociadas o parientes), lo que deja un amplio margen para sancionar a testaferreros, y otros coautores.

5. El funcionario público extranjero y su actuación

En lo que se refiere a las cualidades que debe ostentar el sujeto destinatario del beneficio –el “*funcionario público extranjero*” al que se refiere el artículo 251

34 En el Parlamento existió una clara voluntad de ampliar este ámbito, y por ello se eliminó la palabra “comerciales” y se antepuso “cualesquiera”, dejando una redacción más abierta que deberá ser interpretada caso a caso, pero que obviamente implica una cobertura o espectro mayor de actividades en las cuales, de darse un “soborno”, podría existir una investigación y condena por este delito. En eses sentido revisar siguiente link: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/2485/5/HL20341.pdf>

35 En este sentido Julio Díaz-Maroto y Villarejo en artículo “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del código penal español” publicado en Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, N°74, mayo-agosto 2008, ISSN: 02 12-7377, que puede revisarse en el siguiente link: <https://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/viewFile/354/280>

36 NIETO MARTÍN, ADÁN. “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. En: *Estudios de Derecho Penal*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, pág. 81; OLAIZOLA NOGALES, INÉS. “*Delitos de corrupción*”, ob. cit., p. 479.

37 FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO. “*La corrupción de funcionario público extranjero en el derecho penal Chileno a la luz del convenio de la OCDE de 1997*”, ob. cit., págs. 69 a 89.

bis-, el propio Código Penal ofrece una definición legal en su artículo 251 ter, entendiéndose por tal *“toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa pública. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”*.

No obstante esa definición, nada nos señala la figura examinada sobre la cualidad ilícita de la conducta deshonesta, activa o pasiva, en la que incurre el funcionario público extranjero, situación dispar al tratamiento del cohecho activo doméstico o soborno, en el que se contempla para el particular una pena en relación con el castigo que le corresponde al servidor público por el delito de cohecho pasivo doméstico, mediante la remisión del artículo 250 a los artículos 248, 248 bis y 249.

Al respecto, nos advierte FABIÁN CAPARRÓS que en estos delitos el estatuto jurídico que determina la ilegalidad de la actuación del funcionario público extranjero no es el que regula la actuación de los servidores públicos internos, sino el del Estado o la organización internacional a la que pertenecen, de acuerdo a sus propios criterios. Por ello, nos advierte, no será fácil escalar la pena en función de ese grado de ilicitud determinado por un ordenamiento ajeno, siendo más recomendable atribuir el mismo rango penal al particular que comete cohecho activo, como hace el artículo 251 bis. Al fin y al cabo, no debe olvidarse que la naturaleza de la lesividad del cohecho activo –transnacional– y su correspondiente cohecho pasivo –doméstico– es absolutamente diferente³⁸.

En el mismo sentido, una revisión de la historia de la dictación de la Ley N°20.343 nos aclara que esta falta de determinación del estatuto aplicable a los servidores públicos extranjeros se tuvo en vista para *“evitar las dificultades que resultarían de calificar indiferente, prohibido o punible el comportamiento del funcionario público extranjero sobornado conforme al derecho del país del funcionario, así como de las arbitrariedades que resultarían de su calificación conforme al derecho chileno”*³⁹.

6. Aspecto subjetivo

Al igual que ocurre con el soborno doméstico, el cohecho activo transnacional sólo existe en su forma dolosa, necesitando para su sanción la concurrencia de dolo directo.

38 FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO, *“La corrupción de funcionario público extranjero en el derecho penal Chileno a la luz del convenio de la OCDE de 1997”*, ob. cit., págs. 69 a 89.

39 En Sesión 25° del Senado, de fecha 26 de agosto, 2002, página 55, Historia de la Ley N°19.829., revisar siguiente link <http://www.leychile.cl/navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37292/2/hl19829.pdf>.

No obstante lo anterior, el autor FABIÁN CAPARRÓS nos precisa que aunque haya doctrina que ya se ha pronunciado defendiendo que el artículo 251 bis sólo puede ser infringido con dolo directo⁴⁰, tal vez convenga indagar en torno a la posibilidad de admitir su comisión mediante dolo eventual. Así, nos aclara que cabe la posibilidad de que un particular, ante las pretensiones planteadas por un agente público extranjero, las acepte dudando si tales condiciones constituyen un requisito legal conforme al ordenamiento de que se trate o si, por el contrario, no son más que un soborno que compense un trato de favor. Estos casos no son descabellados; sobre todo si se tiene en cuenta que en ellos el particular entra en contacto con un funcionario al servicio de una entidad de naturaleza pública cuyo régimen jurídico puede resultar desconocido⁴¹. Es posible que ese particular, guiado por el ánimo de conseguir un determinado negocio, sospeche de la ilicitud del acto y, a pesar de ello, opte por no obtener mayores explicaciones (*willful blindness*), postulando que la literalidad del precepto estudiado es perfectamente compatible con esta posibilidad.

7. Penalidad

La Convención OCDE en su artículo 3° establece una serie de estándares que debieran ser cumplidos por los Estados Parte en relación a las sanciones que debe contemplar el delito de cohecho a funcionario público extranjero. Y así entre otros, se señala la obligación de castigarlo con *penas criminales eficaces, proporcionadas y disuasivas*, añadiendo que el rango de sanciones debe ser comparable a las del cohecho nacional.

Agrega la Convención OCDE, respecto a las personas naturales, que las sanciones privativas de libertad deben permitir la cooperación internacional y la extradición, debiendo imponerse sanciones civiles o administrativas complementarias.

Teniendo presente lo anterior, al surgir dudas acerca del estándar de las penas contempladas por nuestro delito de cohecho transnacional se optó por aumentar las mismas y así la Ley N°20.341 elevó el rango mínimo de la sanción al sobornante que tomó la iniciativa de cohechar, la que reconoce como

40 Respecto del derogado artículo 250 bis A, OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO. “Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (Ley N°19.829 de 1999)”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 30 N°1, págs. 39 a 53.

41 FABIÁN CAPARRÓS, E. A. “*La corrupción de agente público extranjero e internacional*” (2003), ob. cit., págs. 114-115. Apoyándose en el criterio del Grupo de Trabajo de la OCDE, en referencia con el viejo artículo 445 bis del Código Penal español –y a pesar de que tanto esta norma como el vigente artículo 445 emplean las formas verbales “corromper” e “intentar corromper”– Cuesta Arzamendi, J. L. & Blanco Cordero, I. “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, ob. cit., p. 21.

rango mínimo el presidio menor en su grado medio, modificándose así el inciso primero del antiguo artículo 250 bis A.

Sin embargo, el legislador olvidó modificar el inciso segundo de la figura examinada, que establece la pena aplicable al sobornante que “consintió en dar” un beneficio económico o de otra naturaleza a un funcionario extranjero – conducta que el legislador chileno siempre ha considerado de menor reprochabilidad que la de aquél que toma la iniciativa corruptora– lo que se tradujo en que se mantiene el castigo de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en este caso.

En cuanto a las penas pecuniarias copulativas, si se trata de un beneficio económico, la multa es la establecida en el inciso primero del artículo 248 bis del Código Penal, esto es, del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado. Si, en cambio, el beneficio es de otra naturaleza, la multa puede ir en el rango entre 100 UTM a 1000 UTM.

En relación a penas privativas de derecho se aplica, –pese a que pudiera tratarse de particulares y no de funcionarios públicos– la de inhabilitación contemplada en el citado artículo 248 bis⁴².

En el caso que el autor del delito sea una persona jurídica las penas a imponer son las mencionadas en el art. 8 de la Ley 20.393; penas que conforme a las reglas de determinación, que la misma Ley establece, quedan fijadas en el siguiente rango: (a) prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado mínimo a medio; (b) Pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo a medio o prohibición absoluta de recepción de los mismos de dos a tres años; y (c) Multa en su grado mínimo a medio.⁴³

IV. Tratados internacionales que contemplan la figura penal en examen

La sanción del delito de cohecho a funcionario público extranjero no sólo es recogida por la Convención OCDE sino que también ha sido materia de preocupación de otras convenciones internacionales de las que nuestro país es parte.

En este sentido, la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por Chile el 22 de septiembre de 1998, que fuera promulgada en Chile por Decreto N°1.879 de 29 de octubre de 1998 y publicada en el Diario Oficial de 2 de febrero de 1999, contempla en su artículo 8° el delito de Soborno Transnacional y al respecto prescribe:

42 Esto es, inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados.

43 Al efecto revisar art. 8 y siguientes de la Ley N°20.393 en el siguiente link: <http://bcn.cl/1m0hr>

"Artículo VIII.

Soborno transnacional.

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan”.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, promulgada en Chile por Decreto N°375 de 23 de noviembre de 2006 y publicada en el Diario Oficial de 30 de enero de 2007, en su artículo 16 prescribe:

“Artículo 16.

Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

V. Reflexiones finales

La Convención OCDE para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales es el único instrumento internacional centrado exclusivamente en el soborno transnacional como manifestación del fenómeno de la corrupción, que afecta a la comunidad internacional en su conjunto, independiente del área geográfica, régimen de gobierno u organización política de que se trate.

Atendidos sus objetivos de eliminación de la competencia desleal generada por gratificaciones extraoficiales y de penalización de las empresas y personas que prometan u otorguen pagos a oficiales extranjeros con el fin de favorecer y beneficiar sus negocios, surgen una serie de obligaciones para los Estados suscriptores de la Convención OCDE. La principal de estas obligaciones es, sin duda, la tipificación del cohecho a funcionario público extranjero, conducta que puede consistir no sólo en una entrega, sino también en una promesa u oferta de cualquier tipo, pudiendo el objeto material recaer en dinero o en otro tipo de beneficio de cualquier naturaleza.

Cabe destacar también la disposición referida a la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de cohecho cometidos respecto de funcionarios públicos, obligándose los Estados a adoptar las medidas necesarias para establecer dicha responsabilidad.

En cuanto a la jurisdicción, y sin perjuicio de la regla general contemplada, cabe destacar los esfuerzos por impedir la impunidad del agente corruptor y en pos de una persecución penal eficiente, lo que básicamente se traduce en la obligación que tiene el Estado del cual es originario el sujeto activo del cohecho de tipificar esta conducta.

El Estado de Chile comenzó a dar cumplimiento a los compromisos asumidos al adoptar la Convención OCDE con la publicación de la Ley N°19.829, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la figura de Cohecho de Funcionario Público Extranjero, prevista y sancionada en los artículos 250 bis A y 250 bis B de nuestro Código Penal.

El Grupo de Trabajo OCDE formuló una serie de observaciones a esta tipificación del delito de soborno transnacional, las que llevaron a nuestro país a realizar nuevos y mayores esfuerzos por perfeccionar el tipo penal, que culminaron con la promulgación y publicación de Ley N°20.341, que introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública, añadiendo un nuevo párrafo dedicado exclusivamente a tratar la figura de Cohecho a Funcionario Público Extranjero, en los artículos 251 bis y 251 ter.

Un nuevo paso adelante dio Chile con la publicación de la Ley N°20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos

de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, al incorporar a las personas jurídicas como sujeto activo del delito de cohecho activo.

Finalmente, es importante señalar que nuestro país también es parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, instrumentos internacionales que junto con la Convención OCDE contemplan igualmente la figura de soborno transnacional, todas las cuales mantienen una permanente evaluación del cumplimiento de Chile a estas obligaciones internacionales asumidas por nuestro país.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Karen Guzmán Valenzuela¹

Introducción

El “consentimiento” es un término utilizado frecuentemente en el ámbito del Derecho y que, al concurrir, genera importantes consecuencias jurídicas.

Ahora bien, la determinación de la presencia del consentimiento no es tarea fácil para los operadores jurídicos y ello porque, a lo menos, en el área de los delitos sexuales, el análisis acerca de su configuración se ve interferido por una serie de consideraciones que van más allá de lo estrictamente jurídico y que tensionan la decisión acerca de su existencia o validez.

En este contexto y como una explicación para comprender estas dificultades, en este artículo se sostiene como hipótesis central, que el constructo del consentimiento no permite dar cuenta a cabalidad de las complejas y variadas interacciones humanas que se producen en el comportamiento sexual, por lo que se hace necesario que el operador jurídico amplíe la mirada para decidir, de un modo más adecuado, si una persona contó con la autonomía necesaria para decidir involucrarse o no en una interacción sexual.

El consentimiento en el Derecho

El consentimiento es un concepto abordado por varias ramas del Derecho: el análisis acerca de su presencia o ausencia, así como respecto de su validez, produce importantes efectos jurídicos.

El fundamento de estas implicancias del consentimiento en el mundo jurídico, y especialmente en el área penal, es abordado generalmente desde perspectivas liberales. Así, para algunos, el consentimiento de un individuo debe ser tomado en cuenta por cuanto cada sujeto es el mejor juez de sus propios intereses; en cambio, otros ponen el énfasis en el consentimiento como una manifestación de la autonomía de las personas en tanto éstas son soberanas de sus vidas y, para otro sector, efectivamente es la autonomía el cimiento del valor jurídico del consentimiento, que al ser considerada por la sociedad como

1 Abogada de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile.

un elemento constitutivo del bienestar del individuo, debe ser promovida por el Estado².

En la esfera civil, el consentimiento tiene, en la teoría del acto jurídico, un importante desarrollo dogmático. El acto jurídico es entendido como un acto voluntario que realiza una persona con un propósito definido y característico, que produce efectos jurídicos y que se funda en el principio de autonomía de la voluntad³. El acto jurídico es una manifestación de la voluntad, denominada consentimiento en los actos bilaterales, y que se define como el acuerdo de voluntades de las partes⁴. Uno de los aspectos tratados en la dogmática civil corresponde a los vicios del consentimiento: el error, la fuerza y el dolo.

En tanto en el ámbito penal, Grispigni conceptualiza el consentimiento como: “...la autorización dada por el titular de un bien jurídico a otra persona, facultándola para lesionar o poner en peligro el bien de este titular” y Ranieri lo define como: “una manifestación unilateral de voluntad por medio de la cual aquel que es capaz de obrar, renuncia a un interés jurídicamente protegido, del que puede válidamente disponer”⁵.

Atendida la naturaleza de los bienes jurídicos en juego en el ámbito criminal, se ha discutido si el consentimiento puede generar consecuencias y, de ser así, si su ausencia excluye la tipicidad o constituye una causal de justificación⁶.

Por otra parte, para que el consentimiento tenga repercusiones jurídicas, debe cumplir con una serie de requisitos, a saber: sólo el titular del bien jurídico que se verá afectado puede otorgarlo, este titular debe tener capa-

-
- 2 Sobre el particular, ver: WITMER-RICH, Jonathan. It's Good to be Autonomous: Prospective Consent, Retrospective Consent, and the Foundation of Consent in the Criminal Law, 5 Criminal Law and Philosophy, 2011, págs. 377-398 [en línea]. Disponible en: http://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1268&context=fac_articles [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2014].
 - 3 VIAL DEL RÍO, Víctor. Teoría General del Acto Jurídico. 5^a ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007, p. 11.
 - 4 VIAL DEL RÍO, ob. cit., p. 62.
 - 5 Citados por JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Valor del consentimiento en el ámbito jurídico penal, p. 66 [en línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/19/dtr/dtr3.pdf> [fecha de consulta: 28 de octubre de 2014].
 - 6 Sobre estas discusiones, consultar, entre otros: JIMÉNEZ HUERTA, ob. cit., págs. 65 y sgtes. [en línea]. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_6.pdf [fecha de consulta: 28 de octubre de 2014] y JIMÉNEZ C., Felipe. Consentimiento y delitos contra la vida humana desde la perspectiva constitucional. REJ, Revista de Estudios de la Justicia, N°16, Año 2012, págs. 267 y sgtes. [en línea]. Disponible en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/JIMENEZ.pdf [fecha de consulta: 28 de octubre de 2014].

cidad para consentir, el consentimiento debe ser libre y debe exteriorizarse o manifestarse⁷.

El consentimiento de la víctima en los delitos contra la libertad sexual

En los denominados delitos sexuales, se suele afirmar que el bien jurídico protegido es la libertad sexual. Al respecto, Díez Ripollés señala: *“la elección de la libertad sexual como objeto de tutela del derecho penal sexual se relaciona con una determinada percepción de lo que supone la dimensión sexual en la vida humana y de la misión que le corresponde jugar al derecho penal en este campo. En el primer sentido, presupuesto de la actual regulación es una valoración claramente positiva de la sexualidad, que obtiene por constituir una de las dimensiones vitales más intensamente relacionadas con los planteamientos de autorrealización personal del individuo. El motivo por el que logra tal aprecio hace, por otra parte, que la efectiva posibilidad de desarrollar las diferentes opciones personales en este ámbito personalísimo se constituya en el punto de referencia fundamental”*⁸.

Ahora bien, la libertad sexual se concibe como una manifestación de la libertad individual que consiste en: *“la facultad de las personas de decidir y consentir sin limitaciones, coacciones o amenazas con quién, cómo y cuándo tener relaciones sexuales, como también la facultad de elegir las referencias circunstanciales o la clase de comportamiento sexual que se desea”*⁹.

Bajo Fernández sostiene que la libertad sexual debe entenderse de dos maneras: como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena; y como facultad de repeler agresiones sexuales de terceros. En el mismo sentido, Díez Ripollés plantea que, dentro de la libertad sexual, se presentan dos aspectos: uno positivo que implica la libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social y otro negativo que

7 Para revisar el desarrollo de estos aspectos, consultar, por ejemplo: JIMÉNEZ HUERTA, ob. cit., p. 91 y sgtes. [en línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/19/dtr/dtr3.pdf> [fecha de consulta: 28 de octubre de 2014] y, RÍOS ARENALDI, Jaime. “El consentimiento en materia penal”. Política Criminal N°1, 2006, A6, págs. 8 y sgtes. [en línea]. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_6.pdf [fecha de consulta: 28 de octubre de 2014].

8 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual. Anuario de Derecho Penal, Número 1999-2000, págs. 2 y sgtes. [en línea]. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_06.pdf [fecha de consulta: 5 de diciembre de 2014].

9 OXMAN VALDÉS, Nicolás. *Libertad sexual y estado de Derecho en Chile. (La frontera del Derecho Penal Sexual)*. 1ª. ed., Santiago, Chile, Librotecnia, 2007, págs. 152-153.

mira en un sentido defensivo y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual¹⁰.

En la doctrina nacional, Rodríguez Collao indica que: “... la mayoría de los autores plantea que la estructuración de los delitos sexuales debería efectuarse en torno al concepto de libertad sexual”¹¹. Por otro lado, Matus y Ramírez afirman que en los casos en que concurre fuerza o intimidación, se afecta la libertad sexual, entendida ésta como la facultad de la persona para auto determinarse en materia sexual, sin ser compelida ni abusada por otro¹².

Díez Ripollés asevera que la regulación especial de la infracción a la libertad sexual se justifica, entre otras razones, en los importantes condicionamientos normativos presentes en los delitos sexuales, que surgen del hecho que se protege la libertad sexual en tanto, exclusivamente, se involucre a una persona en un comportamiento sexual no deseado; de la constatación que en los ilícitos sexuales se parte siempre de la presunción que una interacción sexual con otra persona no se desea mientras no se manifieste el respectivo consentimiento y ello porque hay un cierto consenso social respecto a que el comportamiento sexual pertenece al ámbito íntimo de las personas, por lo que cualquier interacción sexual con otro individuo requiere su previa admisión en esa esfera reservada y, a la insistencia con que determinadas concepciones éticas tratan de condicionar el ámbito de aplicación de estas normas¹³.

Ahora bien, la libertad sexual entendida como la autodeterminación en la esfera de la sexualidad¹⁴, requiere para su efectivo ejercicio que el agente posea

10 Ambos autores –Bajo Fernández y Díez Ripollés– citados por OXMAN VALDÉS, ob. cit., p. 153.

11 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. 2ª ed. actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2014, p. 142. Este autor hace un detallado análisis acerca de los bienes jurídicos afectados en los llamados delitos sexuales en el capítulo III Fundamentos del sistema de los delitos sexuales. También, DÍEZ RIPOLLÉS, ob. cit., págs. 1 y sgtes. y BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. Problemas básicos de los delitos sexuales. En: *Revista de Derecho*, Valdivia, V. 8, N°Especial, agosto 1997, págs. 73-94 [en línea]. Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501997000100010&script=sci_arttext [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2014] y, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. El Derecho Penal Sexual Moderno ¿afirma seriamente lo que dice? [en línea]. Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Bascunan_PV.pdf [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2014].

12 MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 3ª ed., Santiago, Chile, Legalpublishing, 2014, Tomo I, p. 308.

13 DIEZ RIPOLLÉS, ob. cit., págs. 3-8.

14 OXMAN VALDÉS, ob. cit., p. 155. Sobre el particular, ABOSO, Gustavo Eduardo. *Derecho Penal Sexual*. Editorial IB de F, Montevideo, Buenos Aires, 2014, págs. 49-52. Este autor plantea que la conceptualización de la autodeterminación sexual está vinculada con el paradigma del ejercicio de un derecho subjetivo, que involucra

ciertas capacidades mentales para poder ejercerla, elija entre una gama de opciones y goce de independencia de coerción y manipulación¹⁵.

Muchos de los desarrollos doctrinales sobre esta temática han sido recogidos por el legislador nacional. Así, en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, a propósito de la Ley 19.927, se dejó constancia que: “...*El principio de la lesividad, a su vez, establece que la legitimidad de la intervención punitiva depende de que ella efectivamente se oriente a la tutela de un bien jurídico. Enfatizó que, por eso, resulta importante preguntarse, en cada uno de estos tipos penales, cuál es el bien jurídico protegido. Si se piensa que la libertad sexual es una libertad especial, que incluye incluso actos contra la voluntad aplicables en el ámbito sexual, el objeto de la protección no es la libertad de realización sexual, sino la libertad de abstención sexual... Finalmente, de acuerdo al principio de la autonomía del individuo, se busca proteger la dignidad de la persona, evitando que al sujeto se le considere como un objeto, es decir, el uso de una persona como medio para la satisfacción de fines propios. De acuerdo a este principio, constreñir a una persona a tolerar un contacto no querido implica rebajarla a la calidad de objeto y, por lo tanto, denegar su dignidad personal*”¹⁶.

La delimitación del bien jurídico protegido en los atentados sexuales es fundamental para definir el rol que jugará el consentimiento del afectado en ellos y la posibilidad de disponer de dicho bien¹⁷.

dos funciones distintas: el ejercicio de disposición o utilización de ese derecho que se relaciona con la libertad de ejercicio, cuyo límite está constituido por los derechos de terceros y, la función de exclusión que se refiere a la libertad de no ser degradado a un objeto de agresiones sexuales ajenas, por lo que es el titular de esa autodeterminación sexual el que decide el si, cuándo y con quién tiene un acercamiento o contacto sexual. Un interesante análisis acerca de la autonomía sexual en el Derecho Norteamericano en: RUBENFELD, Jed. The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy [en línea]. Disponible en: <http://lawweb.usc.edu/centers/clhc/events/feature/documents/Rubinfeld.pdf> [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2014].

- 15 WITMER-RICH, ob. cit., págs. 382-384 [en línea]. Disponible en: http://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1268&context=fac_articles [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2014].
- 16 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°19.927. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, p. 161 [en línea]. Disponible en: [file:///D:/Datos/Downloads/HL19927%20\(4\).pdf](file:///D:/Datos/Downloads/HL19927%20(4).pdf) [fecha de consulta: 29 de octubre de 2014].
- 17 ABOSO, ob. cit., págs. 271 y sgtes. Por otra parte, CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 180 [en línea]. Disponible en: [file:///D:/Datos/Downloads/HL19927%20\(4\).pdf](file:///D:/Datos/Downloads/HL19927%20(4).pdf) [fecha de consulta: 29 de octubre de 2014]. “...*El señor Ministro de Justicia, don Luis Bates, se inclinó por mantener la edad. Los estudios socioculturales demuestran que se han producido cambios importantes desde la promulgación del Código Penal en 1874, en que se establecieron los 12 años de edad, que redundan en una mayor información de los jóvenes. El punto es, en verdad, el consentimiento [el subrayado es nuestro]: si una persona está hoy en día mucho más informada, no es apropiado criminalizar ahora esta conducta*”.

En Chile, y en relación con las personas mayores de 14 años, generalmente se sostiene que el bien jurídico protegido en los delitos sexuales es la libertad sexual, ya que se estima que es a partir de dicha edad que un sujeto está en condiciones de decidir si se involucra o no en interacciones sexuales¹⁸.

Por otra parte, respecto de la franja etaria que se extiende entre los 14 y 18 años, además de la falta de consentimiento¹⁹, puede haber consentimiento viciado²⁰, esto es, si bien la víctima consiente en la interacción sexual, atendida la asimétrica relación de poder que el agresor mantiene con ella, se estima que ese consentimiento no es válido. En las circunstancias comisivas establecidas por el legislador, a propósito del delito de estupro, hay un elemento común presente en todas ellas, que vicia el consentimiento dado a la interacción sexual: el aprovechamiento de una situación de superioridad por parte del sujeto activo respecto de la víctima²¹. Lo anterior, por cuanto entre ésta y el victimario existe una relación que se caracteriza por la desigualdad; quien tiene el control y el dominio sobre la víctima, lo usa para satisfacer sus deseos sexuales. De este modo, la relación se vuelve abusiva, pues el agresor se vale de su ventaja intelectual y física, de su posición, de su autoridad y, o de su poder social para utilizar el cuerpo del sujeto pasivo en provecho propio. El agresor explota la inexperiencia, la inmadurez corporal y psicológica, la dispo-

18 La Ley 19.927 elevó la edad para el consentimiento sexual de 12 a 14 años, siendo éste uno de los puntos más controvertidos durante la discusión parlamentaria de dicha normativa, dejándose constancia en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia que: “...*Ante las razones técnicas o biológicas que fundarían tal modificación, señalaron que basándose en el parecer de diversos especialistas, a la edad de 12 años un niño –hombre o mujer– no cuenta aún con las capacidades cognitivas mínimas para tomar una decisión que pueda tener fuertes repercusiones en su vida y su aspecto emocional se encuentra en proceso de aprendizaje de vínculos con otras personas, por lo que es susceptible de ser manipulado por alguien mayor, lo que lo coloca en desventaja y en una situación de incapacidad de decidir conjuntamente con tal persona. Asimismo, sus capacidades físicas y sexuales están comenzando a desarrollarse, pero ello no significa que tal hecho vaya unido a un desarrollo afectivo, cognitivo y social. Es decir, la posibilidad de sentir deseo sexual y de tener información sobre el tema, no significa que sus actos sean la expresión de su voluntad informada y consciente. [el subrayado es nuestro]. Igualmente, si bien en tal etapa se comienza a pensar en términos de posibilidades futuras, la gran mayoría no está capacitada para prever las consecuencias de sus actos y en la búsqueda de su identidad resulta altamente influenciable”.* CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 36 [en línea]. Disponible en: [file:///D:/Datos/Downloads/HL19927%20\(4\).pdf](file:///D:/Datos/Downloads/HL19927%20(4).pdf) [fecha de consulta: 29 de octubre de 2014].

19 Con detalle, RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., págs. 189 y sgtes. También, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., pág. 315 y sgtes., respecto de la concurrencia de fuerza o intimidación.

20 RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., págs. 217, 220-221; MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., págs. 333 y sgtes. GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. 2ª ed., Chile, Santiago, Editorial Jurídica, 2002, págs. 382-383.

21 RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., págs. 221-223.

nibilidad, la credulidad y el temor de la víctima para satisfacer sus deseos, sin ningún beneficio para esta última²².

En el delito de violación cometido en contra de una persona mayor de 18 años, la legislación nacional no contempla explícitamente, como circunstancia comisiva, la existencia de una relación de desigualdad entre la víctima y el victimario, en la que el agresor tiene el control y el dominio sobre ésta y lo usa para satisfacer sus deseos sexuales. Este tipo de situaciones pueden presentarse en el ámbito educacional, laboral o profesional, por ejemplo, pudiendo generarse ciertos contextos coercitivos, en los que no concurre fuerza o intimidación explícita, pero en los que atendidas las dinámicas que se producen, se generan dudas acerca de la autonomía que tuvo la víctima para optar o rechazar la interacción sexual propuesta por su jefe/a, profesor/a o profesional²³. No obstante, estos casos podrían estar comprendidos en la segunda parte de la circunstancia segunda del artículo 361 del C.P., esto es, en la incapacidad para oponerse respecto de víctimas adultas.

Teniendo presente lo reseñado, hay que dejar constancia que establecer si existió consentimiento, o si éste estuvo viciado, no es fácil puesto que el comportamiento sexual es un comportamiento cultural que está delimitado por ciertas reglas generadas en una comunidad determinada y a las que hay que recurrir, primeramente, para definir si una conducta es sexual o no y, luego, para evaluar si ha habido consentimiento en la interacción.

Primera cuestión problemática: El comportamiento sexual es un comportamiento definido culturalmente

La definición de un comportamiento como sexual está determinada culturalmente, por lo que, inevitablemente, al momento de hacer esta calificación, entran en juego una serie de valoraciones e ideas preconcebidas respecto de cuándo se está ante este tipo de conducta²⁴.

22 PERRONE, Reynaldo y NANNINI, Martine. *Violencia y abusos sexuales en la familia. Una visión sistémica de las conductas sociales violentas*. 1ª reimpresión, Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós, 2010, págs. 143-145.

23 SCHULHOFER, Stephen J. *Unwanted Sex. The Culture of intimidation and the failure of Law*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1998, págs. 137 y sgtes. Este autor aborda una serie de situaciones en las que existe un contexto coercitivo en la interacción sexual, por ejemplo: cuando hay una situación de abuso de poder por parte de supervisores/jefes y profesores en relación con subalternas/os y estudiantes; el abuso de confianza en las relaciones de pacientes con psiquiatras y psicólogos y el abuso de la autoridad profesional de médicos y abogados respecto de sus pacientes o clientes.

24 Al publicarse el Código Penal, se consideraba que sólo la mujer podía ser sujeto pasivo del delito de violación (art. 361) y la doncella era un elemento fundamental para determinar la configuración del delito de estupro (art. 363); lo anterior da cuenta

Sobre este punto, Bascuñán plantea que: *“La afirmación de la prioridad de la libertad personal tiene lugar sin embargo en el contexto de una cultura de la sexualidad, definida por reglas. El rechazo a reforzar prohibiciones culturales no exige desconocer por completo la cultura a la que pertenecen esas prohibiciones. La necesidad de incorporar las reglas constitutivas de la cultura sexual es evidente, por ejemplo, en la definición legal del comportamiento prohibido. La cuestión de qué cuenta como comportamiento sexual, ya sea el realizado por el autor del delito o el padecido por la víctima, es una interrogante que el derecho penal sexual no puede responder en toda su extensión sin recurrir a esas reglas de la cultura. Aparte de la penetración de ciertas cavidades corporales por los genitales masculinos, que por su inequívoca significación sexual admite un criterio puramente anatómico de identificación, la calificación de un contacto corporal como “sexual” es una cuestión de sentido, definida por reglas de la cultura sexual”*²⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior y evidenciándolo, algunas feministas como MacKinnon han problematizado y cuestionado la existencia de una llamada “asepsia ideológica” en la tipificación de los delitos sexuales, en el sentido que para ésta no es indiferente la persona de la víctima ni la conducta sancionada. Esta corriente ha relevado el sesgo de la normativa penal sexual y ha avanzado más allá, denunciando que la aplicación de la ley en la materia, se encuentra impregnada por valoraciones, estereotipos y prejuicios²⁶.

Pero no sólo autoras feministas han puesto de manifiesto esta situación sino que, también, diversos juristas y otros estudiosos²⁷. En este sentido, Bascuñán señala que: *“Las múltiples manifestaciones de este nexo cultural en la práctica judicial de la segunda mitad del siglo XX es un hecho bien conocido. La absolución*

de la evolución que ha experimentado la comunidad nacional en orden a lo que debe considerarse como un ilícito sexual. RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel. *Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora*. Valparaíso, Chile, EDEVÁL, 1974, págs. 159 y 160, respectivamente.

- 25 BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. El Derecho Penal Sexual Moderno ¿afirma seriamente lo que dice?, p. 21. [en línea]. Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Bascunan_PV.pdf [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2014]. Asimismo, RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., p. 250, a propósito de la delimitación del sentido y alcance del requisito de connotación sexual del acto en el delito de abuso sexual.
- 26 Por ejemplo: LARRAURI PIJOAN, Elena. *Mujeres y sistema penal*. Buenos Aires, Argentina. Editorial IB de F., 2008, págs. 19, 21 y 37.
- 27 Sólo por mencionar algunos autores: TARRADAS SABORIT, Ignasi. Legitimaciones históricas de la violación y HERRERO ALONSO, Carmen y GARRIDO MARTÍN, Eugenio. Reacciones sociales hacia las víctimas de los delitos sexuales. Ambos en: REDONDO, Santiago (coordinador). *Delincuencia sexual y sociedad*. 1ª ed., Madrid, España, Editorial Ariel, 2002, págs. 87-105 y págs. 161-194, respectivamente. En estos artículos, se abordan temas relacionados con la atribución de responsabilidad en la violación, las reacciones ante las víctimas, la resistencia de la víctima al atentado sexual, el conocimiento previo entre afectada y victimario, entre otros.

*del acusado por consideración al comportamiento de la víctima –falta de resistencia suficiente, insinuación precedente– se basa en definitiva en una imputación del contacto sexual a quien arguye ser víctima de un abuso, en el sentido preciso del concepto adscriptivo de víctima*²⁸.

Al referirse a los delitos sexuales, aparece comúnmente en el imaginario colectivo la violación, específicamente, la penetración de la víctima por un desconocido, usando las vías de hecho. Se afirma aquí que no hay consentimiento pero, para que aquello se dé por acreditado por algunos, es necesario que el cuerpo de la víctima hable de la violencia física sufrida; de ahí que sea indispensable realizar la respectiva pericia médica que dé cuenta no sólo de la penetración²⁹, sino que de las lesiones extragenitales provocadas por la fuerza de que fue objeto la ofendida³⁰. La inexistencia de dichas lesiones no descarta en absoluto la ocurrencia de la agresión sexual.

En este mismo contexto, la declaración de la víctima respecto de aquello que hizo o dejó de hacer cobra especial relevancia; si ella dejó de resistirse al verse superada por la fuerza del agresor o para evitar un mal mayor –como poner en peligro su vida, por ejemplo–, es común que se relativice su relato, y con ello, la ausencia de su consentimiento en la interacción sexual.

Doctrinariamente³¹, se ha discutido bastante acerca de la exigencia de la resistencia real de la víctima en el delito de violación. Además, algunos autores han enfatizado en la necesidad de distinguir entre lo que califican como escarceos previos a la relación sexual, de una agresión sexual propiamente tal (la denominada “negativa pudorosa”)³². Esta opinión pone de manifiesto una serie de ideas preconcebidas acerca de la reacción que debe presentar una mujer cuando es víctima de una violación, para que sea considerada como tal y también, de cierta visión acerca de la sexualidad masculina. Si a lo ya indicado, se une la circunstancia relativa a la existencia de una relación previa

28 BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *El Derecho Penal Sexual...*, ob. cit., p. 12.

29 Naturalmente, si la mujer ha tenido hijos/as, no se podrá constatar fácilmente esta penetración, como tampoco si ha mantenido actividad sexual previa.

30 RIVA, Betina Clara. Quien puede querer, quiso? El consentimiento sexual como problema en el tratamiento judicial de los delitos sexuales, Bs. As., 1863-1921, IV Jornadas Nacionales de Historia Social y II Encuentro de la Red Internacional de Historia Social, 13 al 15 de mayo de 2013, La Falda, Argentina, Memoria Académica, p. 12 [en línea]. Disponible en:

http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.2869/ev.2869.pdf [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2014].

31 Rodríguez Collao entrega referencias bibliográficas en uno y otro sentido, en: RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., págs. 191-195, nota 28 y sgtes.

32 En este sentido: GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Tomo III, 2002, p. 289 y ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed. revisada y actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1999, Tomo IV, págs. 58 y 59.

entre víctima y victimario, la cuestión acerca del consentimiento se hace aún más controvertida para parte de los operadores jurídicos.

En otros casos en que se configura el delito de violación, las exigencias para probar la ausencia de consentimiento aumentan: si la víctima alega que fue intimidada, será conveniente obtener el arma respectiva; si señala que estaba privada de sentido, se requerirán los exámenes toxicológicos pertinentes para acreditar su intoxicación alcohólica, por drogas o medicamentos. Obviamente, si el consumo de alcohol o drogas se dio en un contexto de diversión, como en un bar con el victimario, las cosas se dificultarán aún más.

De ahí que, alegar la existencia de consentimiento de la víctima, suele ser una de las estrategias de la defensa en los casos de delitos sexuales³³⁻³⁴.

Junto a lo anterior, en la literatura especializada³⁵, hay autores que plantean que hay una construcción social de la víctima de los delitos en general, presente también en los atentados sexuales. Así, por ejemplo, para Madriz hay un continuo en cuyos extremos está la víctima “buena e inocente” y, en el otro, la “mala y culpable”. La primera es cuidadosa respecto a los lugares que visita, las personas con que se relaciona, de cómo se viste, en definitiva, mantiene un comportamiento apropiado para las mujeres “decentes”; en cambio, en el otro extremo, está la víctima que se relaciona con personas, va a lugares o se viste de forma “inapropiada” en concepto de ciertos grupos sociales y, por lo tanto, tiene una cuota de responsabilidad en lo que le sucedió³⁶.

33 GUZMÁN VALENZUELA, Karen. Las explicaciones que dan los acusados ante la imputación del delito de violación del art. 361 N°1 del C.P. durante la audiencia de juicio oral: su repercusión en la investigación criminal. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°39, junio 2009, págs. 153- 169. Del análisis de 114 fallos dictados por tribunales orales en lo penal por el delito de violación del art. 361 N°1 del C.P., se concluye que pueden diferenciarse tres grupos de explicaciones: los acusados que niegan haber mantenido relaciones sexuales con la víctima; los que reconocen la agresión y un tercer grupo que, aunque reconoce la interacción sexual, indica que ésta fue consentida por la víctima, que el acusado pagó por la relación sexual o que existía un vínculo sentimental previo con la afectada.

34 Sobre los distintos significados del consentimiento en el delito de violación en EE.UU.: WESTEN, Peter. Some Common Confusions About Consent in Rape Cases *Consent* Ohio State Journal of Criminal Law, Vol. 2, 2004, págs. 333-359 [en línea]. Disponible en: http://moritzlaw.osu.edu/osjcl/Articles/Volume2_1/Commentaries/Westen-PDF-11-29-04.pdf [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2014].

35 Por ejemplo: TAMARIT SUMALLA, Josep M. Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad. InDret, Revista para el Análisis del Derecho, 1/2003 [en línea]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/940.pdf> [fecha de consulta: 8 de enero de 2015].

36 En el mismo sentido, MADRIZ, Esther. *A las niñas buenas no les pasa nada malo. El miedo a la delincuencia en la vida de mujeres*. 1ª ed. en español, México, Editorial Siglo XXI, 2001, págs. 106-118. También, LARRAURI, ob. cit., p. 11.

Todas estas valoraciones influyen al momento de decidir si una víctima consintió o no en una interacción sexual, no sólo en el ciudadano común sino que en todos los operadores jurídicos que participan en el sistema de Administración de Justicia.

La constatación de estas situaciones ha llevado a sostener a algunas autoras, como Di Corletto³⁷, que hay algunos mitos que sustituyen la prueba del consentimiento de la víctima en los delitos sexuales, a saber:

- Comportamiento alejado de ciertos estándares socialmente considerados como aceptables para las mujeres.
- Pasado sexual de la víctima.
- Negativa pudorosa de las mujeres.
- Consentimiento genérico y sin condicionamiento alguno a los contactos sexuales.

Sobre estos dos últimos puntos, se afirma que si la premisa básica en materia de relaciones sexuales es que "no" significa "no"³⁸, lo que se postula es que cualquier consentimiento durante un encuentro sexual o incluso aquél otorgado para las relaciones sexuales no es generalizado sino que específico; puesto que el consentimiento, aun el dado para las relaciones sexuales, tiene

37 DI CORLETTI, Julieta. Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación, p. 5, 7-9 [en línea]. Disponible en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/01052009/genero66.pdf> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2014]. En el mismo sentido, HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, Harvard Law Review, May, 2004, 117 Harv. L., Rev. 2341. Acquaintance rape and degrees of consent: "no" means "no," but what does "yes" mean, págs. 10-11 [en línea]. Disponible en: https://www.google.cl/search?q=ACQUAINTANCE+RAPE+n1+AND+DEGREES+OF+CONSENT%3A+%22NO%22+MEANS+%22NO%2C%22+BUT+WHAT+DOES+%22YES%22+MEAN%3F&rlz=1C1CHRG_enCL466CL466&oq=ACQUAINTANCE+RAPE+n1+AND+DEGREES+OF+CONSENT%3A+%22NO%22+MEANS+%22NO%2C%22+BUT+WHAT+DOES+%22YES%22+MEAN%3F&aqs=chrome..69i57j0j8&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8 [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2014]. También, ILLSEY, Thea. The defence of mistaken belief in consent. SACJ, 2008, págs. 63-80 [en línea]. Disponible en: http://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/6297/Illsey_Defence%282008%29?sequence=1 [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2014], en el que se indica que, en definitiva, el acusado debe cerciorarse del consentimiento de la víctima al momento de tener relaciones sexuales. ROBINSON, Leslie D. It is what it is: Legal recognition of acquaintance rape. Ave Maria Law Review, 2008, Vol. 6, págs. 627-663 [en línea]. Disponible en: <https://www.avemarialaw.edu/lr/Content/articles/v6i2.robinson.copyright.pdf> [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2014]. La autora señala que algunos temas que se debaten en el delito de violación son los siguientes: diferentes definiciones de la violación, según si el agresor es un desconocido o un conocido para la víctima; abolición del elemento fuerza; exigencia de consentimiento expreso; "no" significa no, entre otros.

38 Sobre lo que significa esta expresión, revisar: SCHULHOFER, ob. cit., págs. 69 y sgtes.

sus limitaciones y sus condiciones. Una mujer puede dar su consentimiento para el contacto sexual sin crear la presunción de que lo haya dado para las relaciones sexuales. Del mismo modo, una mujer puede dar su consentimiento a las relaciones sexuales, sin perder el derecho a revocarlo por cualquier razón, y en cualquier momento, antes de concretar dicho encuentro³⁹.

Conscientes de estas dificultades, en algunos países se han introducido normas de exclusión de prueba para evitar la incorporación de prejuicios que dificultan la resolución del conflicto penal de una manera “neutral e imparcial” en los casos de violencia sexual, de manera de asegurar un acceso igualitario a la justicia por parte de las mujeres⁴⁰. Así, por ejemplo, en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, en su Regla 70, se incluyen algunos principios de la prueba en casos de violencia sexual, entre los cuales, destaca: “...c) *El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo*”⁴¹.

39 Sobre el particular, se discute sobre la posibilidad de fraccionar el consentimiento sexual, su revocación, el error del acusado respecto de éste y la resistencia eficaz y enérgica de la víctima en: Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, 10 de febrero de 2005, RUC N°0410008122-4, RIT N°43-2004. El voto de minoría estuvo por absolver, al estimar, entre otros argumentos relativos a la credibilidad del relato de la víctima, que había error de tipo, por cuanto el acusado no se enteró de la negativa de la víctima a mantener relaciones sexuales vía anal. La defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria dictada por el tribunal, conocido por la Corte Suprema, que fue rechazado por resolución de 19 de abril de 2005, Rol N°956-05. Una de las causales se fundaba, precisamente, en una errónea valoración de las pruebas al infringir los principios de la lógica y las máximas de experiencia: “... *al fraccionar un consentimiento de la ofendida...*, y que se habría revocado para mantener relaciones sexuales anales...; *las máximas de experiencia nos dice que el consentimiento para mantener relaciones sexuales es indivisible* [el subrayado es nuestro]”.

40 Por ejemplo, Sudáfrica: ILLSEY, ob. cit., págs. 63-80 [en línea]. Disponible en: http://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/6297/111sey_Defence%282008%29?sequence=1 [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2014]. Canadá: RANDALL, Melanie. *The Treatment of Consent in Canadian Sexual Assault Law*, octubre 2011 [en línea]. Disponible en: <http://theequalityeffect.org/pdfs/ConsentPaperCanadaMR.pdf> [fecha de consulta: 5 de febrero de 2015]. EE.UU: SCHULHOFER, ob. cit., p. 29.

41 CORTE PENAL INTERNACIONAL. Reglas de Procedimiento y Prueba [en línea]. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/legal-texts/RulesProcedureEvidenceEng.pdf> [fecha de consulta: 5 de diciembre de 2014]. Lo anterior, en armonía con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en cuyo artículo 5 se indica que: “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres*”.

Segunda cuestión problemática: ¿Tiene correlato el constructo “consentimiento” en Psicología?

El constructo del consentimiento en Psicología no es de uso común. Si se consulta un diccionario psicológico, se lo define como: “*la decisión de realizar o de permitir que se realice un acto propuesto por otro individuo (distinto de decisión: elección de un curso de acción, independientemente de toda sugerencia – se dice, no obstante una acción consentida, aceptada por uno, libre; y de asentimiento: aceptación de un juicio sugerido o propuesto por otro)*”⁴².

Del texto reproducido, se colige que el énfasis está puesto en la decisión de realizar o permitir una acción que propone otra persona; distinguiéndose del asentimiento, referido al juicio otorgado por otro y precisándose que en la decisión se elige un curso de acción, sin intervención de un tercero.

De la definición transcrita, resulta que lo fundamental es el concepto de decisión: “*una decisión es una elección entre posibilidades. Implica evaluar las líneas de acción disponibles y determinar qué acción se llevará a cabo (o no se realizará). Una decisión se da cuando una persona con una necesidad insatisfecha realiza una acción para satisfacer esa necesidad o deseo. Intuitivamente sabemos que una buena decisión es la que elige el mejor proceder disponible ante la incertidumbre de las consecuencias. ¿Por qué la incertidumbre? Porque al tomar una decisión no siempre se dispone de toda la información pertinente. No podemos ponderar valiéndonos sólo de la lógica la cita para tomar café en comparación con la sesión en la biblioteca. ¿Llevará la cita para tomar café a una agradable promesa de futuro?, ¿resultará útil la sesión de estudio en la biblioteca para responder a las preguntas del examen? No podemos conocer las respuestas definitivas a estas preguntas en el momento en el que tomamos la decisión*”⁴³.

y mujeres;...”. NACIONES UNIDAS. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [en línea]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_sobre_todas_las_formas_de_Discriminacion_contra_la_Mujer.pdf [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2014]. Como asimismo, con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belém do Pará, cuyo artículo 8 señala: “*Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:... b. modificar los patrones socio culturales de conductas de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres...*”. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belém do Pará [en línea]. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html> [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2014].

- 42 WARREN, Howard C. (Compilador). *Diccionario de Psicología*. 10ª reimpresión, México, Fondo Cultura Económica, 2010, p. 65.
- 43 SMITH, Edward E. y KOSSLYN, Stephen M. *Procesos Cognitivos. Modelos y bases neurales*. Madrid, España, Pearson Prentice Hall, 2008, p. 387.

Como se puede observar, para decidir resulta esencial tener la posibilidad de elegir entre distintas opciones; por lo que, sin este elemento, no se puede señalar que alguien ha decidido algo.

Hay decisiones más fáciles de tomar que otras, debido a que el sujeto conoce lo que quiere y las consecuencias que traerá esa decisión; otras son mucho más difíciles de resolver; pero, en ambos casos, son fundamentales dos aspectos: el valor que tiene para una determinada persona cada opción y el resultado probable⁴⁴.

Uno de los modelos tradicionales de toma de decisiones es el de utilidad esperada, que aporta una buena primera aproximación a la conducta de toma de decisiones en seres humanos. Este predice correctamente la mejor decisión, cuando se trata de un sujeto altamente motivado, la situación planteada es sencilla y se cuenta con toda la información pertinente. Se parte de la base que el ser humano es un sujeto racional y que al decidir, valora las probabilidades que tienen las posibles alternativas, evalúa las consecuencias, asigna las utilidades, pondera las utilidades por su probabilidad y elige la opción con la utilidad esperada más alta⁴⁵.

Sin embargo, diversas investigaciones demuestran que las personas generalmente no siguen este modelo al decidir, ya que requiere de una considerable capacidad de procesamiento de la información para abordar los diversos cálculos; por ello, se afirma que las personas son tan racionales como pueden serlo dentro de los límites de su capacidad de atención, memoria operativa y control ejecutivo⁴⁶.

En otras palabras, la racionalidad es limitada desde dos direcciones: desde el entorno del decisor, ya que no tiene acceso a la información perfecta, ni a la certidumbre e influyen en él factores exógenos como la cultura, las organizaciones en las que está inmerso, etc. y, desde el proceso mental del decisor, pues éste no tiene ni la estructura perfecta de preferencias, ni la capacidad completa de cálculo y le afectan factores como la experiencia, la memoria, la percepción, las creencias y la sensibilidad personal. La teoría de la racionalidad limitada no asume al decisor como un ser no racional, sino que como un ser que trata de ser racional con lo que tiene⁴⁷.

Existirían algunas reglas generales, simples y efectivas llamadas heurísticos que posibilitan resolver un problema rápidamente, ahorrando un importante

44 SMITH y KOSSLYN, ob. cit., p. 387.

45 SMITH y KOSSLYN, ob. cit., págs. 394 y sgtes.

46 SMITH y KOSSLYN, ob. cit., p. 408.

47 UNIVERSIDAD DE TALCA. La racionalidad limitada [en línea]. Disponible en: http://mggp.otalca.cl/docs/taller_politicas_publicas/Racionalidad_Limitada.doc [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2014].

esfuerzo cognitivo. Cuando las decisiones a tomar se basan en situaciones de alta incertidumbre o parcialmente comprendidas, las estrategias deliberadas y controladas son reemplazadas o suplementadas por procedimientos más automáticos, implícitos o intuitivos. La gran dificultad de estas estrategias es que a menudo generan errores y sesgos; lo que debe tenerse presente al momento de evaluar cómo una persona tomó una decisión⁴⁸⁻⁴⁹.

Junto con los aspectos antes reseñados, hay que considerar la influencia que juega la emoción en la toma de decisiones. En general, se suele señalar que existe una contraposición o rivalidad entre las emociones y la razón, pues muchas veces aquello que se desea se contrapone con lo que debe hacerse, si se toma una decisión relativamente racional⁵⁰. Sin embargo, diversos estudios afirman que este antagonismo no es tal, sino que los dos ámbitos están íntimamente relacionados⁵¹.

Estudios recientes sostienen que la influencia de las emociones en la toma de decisiones es inmensa⁵². ¿Por qué esto es así?

Desde la perspectiva de la toma racional de decisiones y frente a situaciones complejas e inciertas, en las que hay que evaluar las consecuencias de muchas opciones, considerando diversos marcos temporales así como los costes y beneficios de cada alternativa, se requiere de un esfuerzo cognitivo importante para resolver, lo que se traduce en un tiempo largo para tomar una decisión con el que generalmente no se cuenta y ello, sin considerar los comunes errores en que incurre el razonamiento humano, como se ha descrito en líneas anteriores⁵³.

La concepción alternativa a la toma racional de decisiones sostiene que, antes de realizar un análisis coste/beneficio de diferentes opciones y de razonar acerca

48 SMITH y KOSSLYN, ob. cit., p. 421 y sgtes.

49 GUZMÁN VALENZUELA, Karen. La racionalidad de las decisiones judiciales. Límites legales a la libertad en materia de valoración de la prueba. Estudio de dos casos. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°51, junio 2012, págs. 93-120. En este artículo, se analizan algunos heurísticos cognitivos, sociales y afectivos/emocionales y los errores a que pueden llevar, págs. 103-106.

50 BAZERMAN, Max H. y MOORE, Don. *Judgment in managerial decision making*. 7ª ed., EE.UU, John Wiley & Sons, Inc., 2009, págs. 84 y sgtes.

51 MATURANA ROMESÍN, Humberto. *La realidad: ¿objetiva o construida? I Fundamentos biológicos de la realidad*. 1ª ed. Barcelona, España, Anthropos, México, Universidad Iberoamericana, Guadalajara, I TESO, 1995. p. 19, 23: "...todas las acciones humanas, cualquiera sea el estado operacional en que se den, se fundan en lo emocional porque ocurren en un espacio de acciones especificado desde una emoción. El razonar también".

52 DAMASIO, Antonio. *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*. Traducida al castellano por Joandomènec Ros, Barcelona, España, Editorial Crítica, 2010, págs. 189-190.

53 DAMASIO, ob. cit., págs. 196 y sgtes.

de la solución de un problema, cuando un resultado conectado a una determinada opción de respuesta aparece como malo en la mente, por fugazmente que sea –por ejemplo, se asocia a dolor–, la persona experimenta un sentimiento desagradable que funciona como una señal automática de alarma, que le hace rechazar inmediatamente ese curso de acción, eligiendo entre otras alternativas. Por el contrario, cuando lo que se superpone es un resultado positivo –por ejemplo, asociado a placer–, se dirige la atención sobre dicha opción, actuando como un incentivo para escogerla. La determinación de lo que es positivo o negativo, en cada caso, se desarrolla tanto de forma innata como aprendida⁵⁴.

De este modo, las emociones actuarían como una especie de filtro previo a la aplicación del razonamiento en la toma de decisiones, que limitaría las alternativas a escoger, facilitando su resolución.

Ahora bien, entre las emociones básicas que experimenta el ser humano, se encuentra el miedo, una emoción estrechamente relacionada con la supervivencia; frente a un peligro suelen presentarse dos reacciones automáticas: huida o paralización y, en algunos casos, lucha. El sujeto busca disminuir, eliminar o evitar el daño o simplemente, huir⁵⁵.

Sin lugar a dudas, en el ámbito de las agresiones sexuales, ante un ataque sexual lo que la víctima experimenta principalmente es miedo y éste aparece antes que opere cualquier razonamiento: sabe que será obligada u obligado a mantener relaciones sexuales sin quererlo y que, en ese contexto, está en peligro su integridad física e incluso su vida.

54 DAMASIO, ob. cit., págs. 204-207, p. 211. Para consultar con detalle la postura del autor, revisar especialmente el capítulo 8 “La hipótesis del marcador somático” en el libro citado.

55 “Miedo. Emoción desencadenada por una estimulación que tiene valor de peligro para el individuo. Se manifiesta, en el animal y en el hombre, por reacciones observables diversas según las especies y la intensidad de la emoción: pilo-erección, caída de las cejas y de los párpados, temblor, etc. cuya función puede buscarse en un retraimiento con respecto al estímulo peligroso y/o en la reducción de los estímulos que señalan el sujeto en peligro a su predador. Estas dos funciones, en apariencia contradictorias, se encuentran ilustradas por las conductas opuestas asociadas al miedo, unas veces de huida, otras de inmovilidad, pudiendo revestir esta última un valor adaptativo comparable a la primera, en particular en las especies animales que hacen referencia al mimetismo y camuflaje. En ausencia de técnicas especializadas de escape al peligro, los mamíferos y el hombre en particular presentan dos formas de reacción según la historia individual y según el contexto situacional: se distingue por tanto el miedo en que el organismo hace frente activamente a la amenaza de pérdida de control y aquel en que reacciona pasivamente, resignándose de alguna manera a la pérdida de control...” RICHELLE, Michel. En: Diccionario AKAL de Psicología. págs. 366 y 367 [en línea]. Disponible en: https://books.google.cl/books?id=UKWPwux2JtYC&pg=PA367&lpg=PA367&dq=catecolaminas+y+miedo&source=bl&ots=ERXIusY6-j&sig=TTCf2IOXA85n4mgOAcGGt_Ld4A&hl=es&sa=X&cei=7gYMVe2CIsGpgwSahYCoAw&cved=0CC0Q6AEwBA#v=onepage&q=catecolaminas%20y%20miedo&f=false [fecha de consulta: 20 de marzo de 2015].

En este contexto, ¿qué importancia tiene lo reseñado anteriormente en relación con el consentimiento de la víctima en los delitos sexuales?

Se puede analizar la emoción del miedo en diversas situaciones. La que más comúnmente se vincula a los ilícitos sexuales corresponde a la violación de una mujer por parte de un desconocido. Una mujer va caminando por una calle oscura, de noche y sale a su paso un sujeto con un cuchillo, con el que la amenaza. La lleva a un sitio más apartado y allí le ordena sacarse la ropa. Frente a esta situación, ¿cuál sería la decisión más racional a tomar: huir, obedecer ante la amenaza de daño, resistirse, tratar de golpear al agresor y quitarle el cuchillo, gritar pidiendo ayuda? ¿Cuál es la opción que puede evitar la violación o, disminuir el daño, para el caso que la agresión no se pueda evitar?

Cualquiera que sea la alternativa elegida, según las circunstancias del caso, esta decisión no se toma en el vacío. La víctima tiene miedo que le hagan daño, está pensando que si se resiste pueden hacerla daño, matarla, si tiene hijos o hijas, ¿valdrá la pena resistirse? ¿No será mejor sobrellevar la situación y olvidarla? Si esta mujer fue abusada en su infancia por un vecino, por ejemplo, ¿le afectará el recuerdo de aquella experiencia? Quizá en vez de huir, prefiera mantener la estrategia que utilizó en ese momento para sobrevivir: quedarse quieta, dejar que pasara rápido. Por tomar esta opción, ¿se debe colegir que dio su consentimiento al contacto sexual?

Las situaciones son múltiples y variadas y, en cada caso, hay diversos factores a considerar para determinar si la víctima tuvo la posibilidad de optar por el contacto sexual con el sujeto investigado o si aceptó involucrarse en un contexto sexual pero, en algún momento, cambió de opinión y no se tomó en cuenta esta revocación del consentimiento.

El análisis planteado se presenta desde la perspectiva de la víctima, sin embargo, no hay que olvidar que el contacto sexual, que aquí se analiza, se da siempre en un contexto relacional en el que participa la víctima y también el victimario, cada uno de ellos tiene una versión de lo que sucedió, de cómo interpretó lo que el otro dijo o hizo. Estos aspectos también deben tenerse en cuenta al momento de analizar la situación respecto de cada uno de ellos: en lo que concierne a la víctima, si ésta tuvo la opción de elegir la interacción sexual y, en relación con el victimario, si éste, de alguna forma, constrictó dicha posibilidad de elección.

Cuando el operador jurídico tiene que decidir si la víctima consistió o no en la interacción sexual, el análisis lo hará siempre de un hecho que ya aconteció, no contando con toda la información y, por cierto, influyendo también su bagaje cultural acerca de lo que entiende por comportamiento sexual y cuándo éste es consentido, así como las diversas variables que influyen al tomar una decisión, incluidas sus emociones, su experiencia pasada, sus estereotipos y prejuicios respecto a cómo deben comportarse las víctimas de ilícitos sexuales

y si éstas son mujeres, a cómo se espera que ellas se conduzcan frente a un ilícito de esta naturaleza.

Comentarios finales

Este artículo se ha desarrollado en torno a la idea que el constructo del consentimiento –utilizado frecuentemente en el Derecho– no permite dar cuenta a cabalidad de las complejas y variadas interacciones humanas que se dan en el ámbito sexual.

La consideración del bien jurídico protegido en los ilícitos sexuales, esto es, la autonomía o autodeterminación sexual entendida como la facultad que tiene una persona para decidir cómo, cuándo y con quién involucrarse en una interacción sexual, resulta fundamental para centrar el debate en la posibilidad de optar que tuvo un cierto sujeto en un determinado caso.

Sin embargo, el constructo del consentimiento dificulta este análisis pues lo transforma en una cuestión binaria –la víctima consintió o no consintió–, simplificando en demasía el enjuiciamiento de la situación concreta a dirimir.

El comportamiento sexual presenta ciertas características, tales como un importante componente cultural que está íntimamente entrelazado a una serie de valoraciones, estereotipos y prejuicios relativos a la conducta sexual y a las relaciones entre las mujeres y los hombres en dicha esfera. Estas creencias están presentes tanto en las personas involucradas en la interacción sexual como en los operadores jurídicos llamados a resolver acerca de la autonomía que tuvo una persona al implicarse en una dinámica sexual.

Lo anterior, hace necesario tomar conciencia de estas ideas preconcebidas por parte de los funcionarios que toman decisiones en el sistema judicial, de manera de explicitar algunos sesgos y así evitar o disminuir, en la medida de lo posible, la probabilidad de tomar una resolución que impida un acceso igualitario a la Justicia.

Por otro lado, la riqueza y complejidad de la conducta sexual humana no hace aconsejable, en muchas ocasiones, la realización de una afirmación dicotómica –en términos de presencia o ausencia del consentimiento–, puesto que impide comprender el fenómeno con todos sus matices, forzando algunas situaciones y dejando fuera otras, lo que muchas veces perjudica a las víctimas, impidiendo que se haga justicia.

Como consecuencia de lo anterior, si decidir es elegir entre alternativas, es indispensable analizar en cada caso, respecto de cada víctima, atendidas sus particulares circunstancias personales y su historia de vida, si aquélla tuvo la posibilidad de escoger, a lo menos, entre dos opciones al momento de implicarse en una interacción sexual.

Si se centra el análisis en el consentimiento de la víctima por sobre su libertad para escoger, se la coloca en el centro del juicio y se desvía la atención de la conducta del ofensor que es lo que, en definitiva, se está juzgando. Este último es un aspecto que no puede olvidarse al estar frente a denuncias, investigaciones y juicios por violencia sexual⁵⁶.

Referencias bibliográficas

- ABOSO, Gustavo Eduardo. *Derecho Penal Sexual*. Editorial IB de F, Montevideo, Buenos Aires, 2014.
- ANDERSON, Michelle J. From chastity requirement to sexuality license: Sexual consent and a new rape shield law. Villanova University School of Law, Public Law and Legal Theory, Research Paper, N°2002-5, September 2002 [en línea]. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=326260 [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2014].
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. Problemas básicos de los delitos sexuales. En: Revista de Derecho, Valdivia, V. 8, N°Especial, agosto 1997, págs. 73-94 [en línea]. Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501997000100010&script=sci_arttext [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2014].
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. El Derecho Penal Sexual Moderno ¿afirma seriamente lo que dice? [en línea] Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Bascunan_PV.pdf [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2014].
- BAZERMAN, Max H. y MOORE, Don. *Judgment in managerial decision making*. 7ª ed., EE.UU, Jonh Wiley & Sons, Inc, 2009.
- CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°19.927. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado [en línea]. Disponible en: [file:///D:/Datos/Downloads/HL19927%20\(4\).pdf](file:///D:/Datos/Downloads/HL19927%20(4).pdf) [fecha de consulta: 29 de octubre de 2014].
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. Reglas de Procedimiento y Prueba [en línea]. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/legal-texts/RulesProcedureEvidenceEng.pdf> [fecha de consulta: 5 de diciembre de 2014].
- DAMASIO, Antonio. *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*. Traducida al castellano por Joandomènec Ros, Barcelona, España, Editorial Crítica, 2010.

⁵⁶ SCHULHOFER, ob. cit., p. 22.

- DI CORLETTO, Julieta. Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación [en línea]. Disponible en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/01052009/genero66.pdf> [fecha de consulta: 28 de octubre de 2014].
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual. Anuario de Derecho Penal, Número 1999-2000 [en línea]. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_06.pdf [fecha de consulta: 5 de diciembre de 2014].
- DRIPPS, Donald. After Rape Law: will the turn to consent normalize the prosecution of sexual assault? Akron Law Review, págs. 957-980 [en línea]. Disponible en: <https://www.uakron.edu/dotasset/728134.pdf> [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2014].
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed. revisada y actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1999, Tomo IV.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. 2ª ed., Chile, Santiago, Editorial Jurídica, Tomo III, 2002.
- GUZMÁN VALENZUELA, Karen. Las explicaciones que dan los acusados ante la imputación del delito de violación del art. 361 N°1 del C.P. durante la audiencia de juicio oral: su repercusión en la investigación criminal. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°39, junio 2009, págs. 153- 169.
- GUZMÁN VALENZUELA, Karen. La racionalidad de las decisiones judiciales. Límites legales a la libertad en materia de valoración de la prueba. Estudio de dos casos. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°51, junio 2012, págs. 93- 120.
- HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, Harvard Law Review, May, 2004, 117 Harv. L., Rev. 2341. Acquaintance rape and degrees of consent: “no” means “no,” but what does “yes” mean, 2004, págs. 10-11 [en línea]. Disponible en:
- https://www.google.cl/search?q=ACQUAINTANCE+RAPE+n1+AND+DEGREES+OF+CONSENT%3A+%22NO%22+MEANS+%22NO%2C%22+BUT+WHAT+DOES+%22YES%22+MEAN%3F&rlz=1C1CHRg_enCL466CL466&coq=ACQUAINTANCE+RAPE+n1+AND+DEGREES+OF+CONSENT%3A+%22NO%22+MEANS+%22NO%2C%22+BUT+WHAT+DOES+%22YES%22+MEAN%3F&aqs=chrome..69i57.1569j0j8&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8 [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2014].

- HERRERO ALONSO, Carmen y GARRIDO MARTÍN, Eugenio. Reacciones sociales hacia las víctimas de los delitos sexuales. En: REDONDO, Santiago (coordinador). *Delincuencia sexual y sociedad*. 1ª ed., Madrid, España, Editorial Ariel, 2002, págs. 161-194.
- ILLSEY, Thea. The defense of mistaken belief in consent. SACJ, 2008, págs. 63-80 [en línea]. Disponible en: http://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/6297/Illsey_Defence%282008%29?sequence=1 [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2014].
- JIMÉNEZ C., Felipe. Consentimiento y delitos contra la vida humana desde la perspectiva constitucional. REJ, Revista de Estudios de la Justicia, N°16, Año 2012, págs. 259-278 [en línea]. Disponible en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/JIMENEZ.pdf [fecha de consulta: 28 de octubre de 2014].
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Valor del consentimiento en el ámbito jurídico penal [en línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/19/dtr/dtr3.pdf> [fecha de consulta: 28 de octubre de 2014].
- LARRAURI PIJOAN, Elena. *Mujeres y sistema penal*. Buenos Aires, Argentina. Editorial IB de F., 2008.
- MADRIZ, Esther. *A las niñas buenas no les pasa nada malo. El miedo a la delincuencia en la vida de mujeres*. 1ª ed. en español, México, Editorial Siglo XXI, 2001.
- MATURANA ROMESÍN, Humberto. *La realidad: ¿objetiva o construida? I Fundamentos biológicos de la realidad*. 1ª ed. Barcelona, España, Anthropos, México, Universidad Iberoamericana, Guadalajara, I TESO, 1995.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 3ª ed., Santiago, Chile, Legalpublishing, 2014, Tomo I.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 19ª ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2013.
- NACIONES UNIDAS. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [en línea]. Disponible en:
 - https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_sobre_todas_las_formas_de_Discriminacion_contra_la_Mujer.pdf [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2014].
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la

- mujer, Convención de Belém do Pará [en línea]. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html> [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2014].
- OXMAN VALDÉS, Nicolás. *Libertad sexual y estado de Derecho en Chile. (La frontera del Derecho Penal Sexual)*. Santiago, Chile, Librotecnia, 1ª ed., 2007.
 - PERRONE, Reynaldo y NANNINI, Martine. *Violencia y abusos sexuales en la familia. Una visión sistémica de las conductas sociales violentas*. 1ª reimpresión, Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós, 2010.
 - RANDALL, Melanie. The Treatment of Consent in Canadian Sexual Assault Law, octubre 2011 [en línea]. Disponible en: <http://theequalityeffect.org/pdfs/ConsentPaperCanadaMR.pdf> [fecha de consulta: 5 de febrero de 2015].
 - REDONDO, Santiago (coordinador). *Delincuencia sexual y sociedad*. 1ª ed., Madrid, España, Editorial Ariel, 2002.
 - RICHELLE, Michel. En: Diccionario AKAL de Psicología. págs. 366 y 367 [en línea]. Disponible en: https://books.google.cl/books?id=UKWPwux2JtYC&pg=PA367&lpg=PA367&dq=catecolaminas+y++miedo&source=bl&ots=ERXIusY6j&sig=TICfI2IOXA85n4mgOAEgGt_Ld4A&hl=es&sa=X&ei=7gYMVe2CIsGpgwSahYCoAw&ved=0CC0Q6AEwBA#v=onepage&q=catecolaminas%20y%20%20miedo&f=false [fecha de consulta: 20 de marzo de 2015].
 - RÍOS ARENALDI, Jaime. “El consentimiento en materia penal”. *Política Criminal N°1*, 2006, A6, págs. 1-37 [en línea]. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_6.pdf [fecha de consulta: 28 de octubre de 2014].
 - RIVA, Betina Clara. Quien puede querer, quiso? El consentimiento sexual como problema en el tratamiento judicial de los delitos sexuales, Bs. As., 1863-1921, IV Jornadas Nacionales de Historia Social y II Encuentro de la Red Internacional de Historia Social, 13 al 15 de mayo de 2013, La Falda, Argentina, Memoria Académica [en línea]. Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.2869/ev.2869.pdf [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2014].
 - RIVACOBAS Y RIVACOBAS, Manuel. *Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora*. Valparaíso, Chile, EDEVAL, 1974.
 - ROBINSON, Leslie D. It is what it is: Legal recognition of acquaintance rape. *Ave Maria Law Review*, 2008, Vol. 6, págs. 627-663 [en línea]. Disponible en:

- <https://www.avemarialaw.edu/lr/Content/articles/v6i2.robinson.copyright.pdf> [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2014].
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. 2ª ed. actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2014.
- RUBENFELD, Jed. The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy [en línea]. Disponible en:
- <http://lawweb.usc.edu/centers/clhc/events/feature/documents/Rubinfeld.pdf> [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2014].
- SCHULHOFER, Stephen J. *Unwanted Sex. The Culture of intimidation and the failure of Law*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1998.
- SMITH, Edward E. y KOSSLYN, Stephen M. *Procesos cognitivos. Modelos y bases neurales*. Madrid, España, Pearson Prentice Hall, 2008.
- SOLOVE, Daniel. J. La autogestión de la privacidad y el dilema del consentimiento. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Centro de Estudios en Derecho Informático, Universidad de Chile, Vol. 2, Número 2, 2013, págs. 11-47 [en línea]. Disponible en: <file:///D:/Datos/Downloads/30308-100866-2-PB.pdf> [fecha de consulta: 28 de octubre de 2014].
- TAMARIT SUMALLA, Josep M. Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad. *InDret*, Revista para el Análisis del Derecho, 1/2003 [en línea]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/940.pdf> [fecha de consulta: 08 de enero de 2015].
- TARRADAS SABORIT, Ignasi. Legitimaciones históricas de la violación. En: REDONDO, Santiago (coordinador). *Delincuencia sexual y sociedad*. 1ª ed., Madrid, España, Editorial Ariel, 2002, págs. 87-105.
- TUERKHEIMER, Deborah. Sex Without Consent. *The Yale Law Journal*, Volume 123, 2013-2014 [en línea]. Disponible en: <http://www.yalelawjournal.org/forum/sex-without-consent> [fecha de consulta: 6 de febrero de 2015].
- UNIVERSIDAD DE TALCA. La racionalidad limitada [en línea]. Disponible en: http://mggp.utralca.cl/docs/taller_politicas_publicas/Racionalidad_Limitada.doc [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2014].
- VIAL DEL RÍO, Víctor. *Teoría General del Acto Jurídico*. 5ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007.
- WARREN, Howard C. (compilador). *Diccionario de Psicología*. 10ª reimpresión, México, Fondo Cultura Económica, 2010.

- WEST, Robin. Sex, Law and Consent. Georgetown University Law Center, 2008 [en línea]. Disponible en: http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=fwps_papers [fecha de consulta: 6 de febrero de 2015].
- WESTEN, Peter. Some Common Confusions About Consent in Rape Cases Consent Ohio State Journal of Criminal Law, Vol. 2, 2004, págs. 333-359 [en línea]. Disponible en: http://moritzlaw.osu.edu/osjcl/Articles/Volume2_1/Commentaries/Westen-PDF-11-29-04.pdf [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2014].
- WITMER-RICH, Jonathan. It's Good to be Autonomous: Prospective Consent, Retrospective Consent, and the Foundation of Consent in the Criminal Law. 5 Criminal Law and Philosophy, 2011, págs. 377-398 [en línea]. Disponible en: http://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1268&context=fac_articles [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2014].

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

RECIENTES REFORMAS LEGALES EN CHILE EN LAVADO DE DINERO. LA LEY 20.818

Mauricio Fernández Montalbán¹

I. Introducción

El objetivo central de este artículo es hacer una primera y breve presentación general del contenido y alcance de las diversas reformas que la Ley 20.818 que “*perfecciona los mecanismos de prevención, detección, control, investigación y juzgamiento del delito de lavado de activos*” ha generado en la Ley 19.913 sobre lavado de dinero², junto con recoger el contexto y vicisitudes de una muy larga tramitación del proyecto de ley en el Congreso.

En tal sentido, más allá de la información que con mayor o menor extensión ha quedado registrada en la historia de la Ley 20.818³, se pretende aportar otros antecedentes de los que el Ministerio Público fue testigo privilegiado al “acompañar” la tramitación de esta reforma en sus casi 9 años de duración. Quizás como en ningún otro proyecto de ley de interés del Ministerio Público, nuestra participación fue muy activa, lo que fue facilitado enormemente por la disposición del Poder Ejecutivo (Ministerio de Hacienda y Unidad de Análisis Financiero)⁴ y de las Comisiones de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados y del Senado, que nos permitieron ser invitados permanentes a las sesiones de dichas Comisiones y colaborar además en los análisis y discusiones pre legislativas y en el ámbito propio del Poder Ejecutivo como colegislador⁵.

La Ley 20.818, que ha entrado en vigencia en su integridad el 18 de febrero de este año, en síntesis, contiene diversas mejoras de la legislación nacional en materia de lavado de activos, traducidas, entre otras, en la

- 1 Director de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Chile, Ley N°19.913, que “*crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de Lavado y Blanqueo de Activos*”. Diario Oficial del 18 de diciembre de 2003.
- 3 Verla en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl.
- 4 Mantenido muy especialmente en el tiempo por los 3 directores que ha tenido dicho organismo público especializado, a saber, Víctor Ossa Frugone, Tamara Agnic Martínez y Javier Cruz Tamburrino.
- 5 Lo mismo por lo demás había ocurrido ya desde 2002 en la tramitación de la Ley 19.913 y en su reforma por la Ley 20.119, tal como se puede apreciar en la propia historia de ambas leyes. Disponibles en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl.

introducción de nuevos delitos base de lavado de dinero; en la incorporación de organismos y empresas públicas como sujetos obligados al reporte de sospechas de acuerdo a la Ley 19.913; en la rebaja sustancial en los umbrales de operaciones en dinero en efectivo cuyos antecedentes deben aportarse periódicamente a la Unidad de Análisis Financiero (UAF) y archivarse por la empresa durante 5 años; en la transferencia de competencias desde la UAF a Aduanas para fiscalizar y sancionar la no declaración de transporte de dinero en efectivo sobre 10 mil dólares por fronteras; en la ampliación del alcance de la autorización judicial del levantamiento de secreto bancario en investigaciones por lavado de dinero; en la creación de un mecanismo judicial de retención provisoria, a instancias de la UAF, de operaciones que realicen en Chile sujetos sindicados por la Organización de Naciones Unidas (ONU) como terroristas; en la imposición de obligación de registro y actualización de estatutos de toda empresa privada con obligación de reporte a la UAF; en el otorgamiento de viabilidad por fórmula de proporcionalidad a la aplicación de sanciones penales por lavado de dinero en juicios orales en delitos base que no tienen pena de crimen; en la ampliación de registro de depositantes bancarios de la SBIF a disposición de fiscalía, entre otros.

El aumento de reportes de operaciones sospechosas y de reportes de operaciones en efectivo sobre 10 mil dólares y la ampliación de los delitos base de lavado de activos, entre otras, son de las principales reformas que buscan como efecto concreto incrementar sustancialmente el número y profundidad de las investigaciones por lavado de dinero que encabezan las fiscalías y contribuir aún a mayores logros en materia de sanción penal efectiva de estos ilícitos. Hasta ahora, al menos, se puede destacar en ese sentido que ya se han terminado con sentencias definitivas firmes un total de 92 enjuiciamientos por lavado de dinero desde que está vigente la Reforma Procesal Penal⁶, con 74 condenas ejecutoriadas y 18 absoluciones⁷.

6 En el denominado Sistema Procesal Penal Antiguo, en cambio, prácticamente no hubo sentencias condenatorias firmes.

7 De las 74 condenas firmes, 61 corresponden a lavados de activos del narcotráfico, 10 a corrupción pública, 2 a obtención fraudulenta de créditos y una a trata de personas. En cuanto a las absoluciones, 15 tienen origen en narcotráfico, 2 en corrupción pública y una en obtención fraudulenta de créditos. En cuanto a las penas privativas de libertad impuestas, han ido desde 61 días hasta 15 años y un día; las penas de comiso, por otro lado, han comprendido dineros, vehículos e inmuebles, entre otros.

II. Hitos de una larga tramitación parlamentaria. Tribunal Constitucional

1. El primer trámite constitucional del proyecto de ley en la Cámara de Diputados

El proyecto de ley boletín 4426-07 que *“autoriza levantamiento de secreto bancario en investigaciones de lavado de activos”*⁸ se inició el 17 de agosto de 2006 por moción de los diputados Gabriel Ascencio, Jorge Burgos, Juan Bustos (QEPD), Francisco Encina, Alvaro Escobar, Carlos Montes y Eduardo Saffirio y explícitamente tenía el acotado objetivo de reponer una norma sobre levantamiento del secreto bancario en investigaciones por lavado de dinero que, por defectos formales de registro del quorum parlamentario, el Tribunal Constitucional había declarado inconstitucional y que por tanto no había podido ser parte de la reforma a la Ley 19.913 generada por la Ley 20.119.

Pocos meses después se presentaba y aprobaba en el Pleno del Grupo de Acción Financiera para Sudamérica en materia de lavado de activos y financiamiento de terrorismo (GAFISUD, hoy denominado GAFILAT o Grupo de Acción Financiera para Latinoamérica, en función de su expansión a varios países de centro y norteamérica), la segunda evaluación del sistema antilavado de activos de Chile que daba cuenta de este proyecto como una posibilidad de mejora normativa posterior a la reforma efectuada por la Ley 20.119⁹.

Luego, mediante Mensaje Presidencial N°136-355 del 30 de abril de 2007 se presentó indicación sustitutiva del proyecto de ley boletín 4426-07 para incorporar *“una serie de normas que complementan las atribuciones de la Unidad de Análisis Financiero y del Ministerio Público, en lo que se refiere al análisis de información relacionada con el blanqueo y la persecución criminal de quien lo realice, respectivamente”*¹⁰. De esta manera, el proyecto de ley se hacía cargo de manera más integral aunque aún en forma insuficiente, de diversas falencias y vacíos normativos en lo administrativo y en lo penal que la evaluación de

8 Con este nombre, este proyecto de ley terminó su tramitación en el Congreso y fue en su promulgación que se le cambió al publicado como ley que *“perfecciona los mecanismos de prevención, detección, control, investigación y juzgamiento del delito de lavado de activos”*.

9 Informe de Evaluación de Chile de fecha 30 de noviembre de 2006. La Evaluación de Chile por la Primera Ronda de Evaluaciones Mutuas de GAFISUD en tanto fue aprobada en su versión definitiva el 18 de diciembre de 2003, el mismo día en que se publicaba y entraba en vigencia la Ley 19.913. Precisamente el 18 de diciembre de 2013, al cumplirse 10 años de vigencia de la Ley 19.913, la Fiscalía instauró el “Día Nacional Antilavado de Activos” y creó el reconocimiento anual “Diputado Juan Bustos Ramírez”, que se entrega cada 18 de diciembre a quien se haya destacado en sus aportes al sistema antilavado. El año 2014 dicho reconocimiento fue entregado al ex diputado Jorge Burgos.

10 Indicación suscrita por la Presidenta Bachelet y por los Ministros de Hacienda e Interior de la época, Andrés y Belisario Velasco, respectivamente.

Chile en GAFISUD había fijado en el informe del 2006. Entre los agregados incorporados a la moción original estaban modificaciones al tipo penal de lavado de dinero¹¹; reformas al sistema de prevención y detección de lavado y financiamiento de terrorismo que encabeza la UAF¹²; la incorporación de sanciones penales a las personas jurídicas¹³; la exención para la UAF del secreto tributario y reserva bancaria; aspectos procesales penales¹⁴, etc.

El proyecto de ley, sin embargo, no tuvo mayor tramitación parlamentaria sino hasta casi 2 años después, cuando en el mes de enero de 2009, ante la proximidad de una nueva evaluación de Chile, en el marco de la Tercera Ronda de Evaluaciones Mutuas de GAFISUD, el Poder Ejecutivo de la época ingresó “*indicaciones a la indicación sustitutiva*” recién analizada¹⁵. Estas nuevas indicaciones incorporaban al proyecto la posibilidad de que abogados, contadores y auditores pudieran declarar operaciones sospechosas a la UAF con exención de responsabilidades; eliminaban las normas sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁶ e incorporaban normas adicionales fundamentalmente procesales administrativas relativas al congelamiento de fondos de terroristas designados por ONU. Así, en junio de 2009, se reactivó su discusión en la Cámara de Diputados, para ser aprobado y despachado al Senado en julio del mismo año.

-
- 11 Ampliación de los delitos base de lavado a todos los delitos aduaneros y de las Leyes de Propiedad Intelectual e Industrial, de la Ley del Banco Central, asociaciones ilícitas del Código Penal y a las estafas y otros engaños; ajustes en algunos elementos subjetivos; incorporación de norma de proporcionalidad de las penas entre lavado de dinero y delito base; etc.
 - 12 Mediante, entre otros cambios, la atribución expresa de responsabilidad al sistema para Financiamiento de Terrorismo y no sólo Lavado de Dinero; aumento aunque tímido de las empresas que son sujetos obligados de la Ley 19.913; rebaja sustancial de umbral para reportes y archivos de operaciones en efectivo; inscripción obligatoria de empresas en registro de sujetos obligados, mecanismo de congelamiento administrativo por la UAF con ratificación judicial posterior de operaciones que realicen sujetos sindicados por ONU como terroristas, etc.
 - 13 En la fórmula de imputación penal a la persona jurídica a la usanza de la normativa española de la época, esto es, con sanción penal como consecuencia accesoria de la condena de la persona natural.
 - 14 Destino de parte de los bienes en comiso por lavado de dinero a control de este ilícito; comiso de bienes por valor equivalente, entre otras.
 - 15 Contenidas en el Mensaje N°1373-356 del 14 de enero de 2009 suscrito por la Presidenta Bachelet y el Ministro de Hacienda Velasco.
 - 16 Las normas sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en realidad se trasladaron a un proyecto de ley aparte y especial –el boletín 6423-07– que se transformó finalmente en la Ley 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, tramitada en tiempo récord para cumplir con una de las exigencias finales para el ingreso de Chile a la OCDE.

2. El segundo trámite constitucional del proyecto en el Senado

El proyecto de ley en análisis tiene su primer paso relevante en el Senado con el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de fecha 9 de noviembre de 2010, que da cuenta de su aprobación en General en dicha Comisión. Para contextualizarlo en relación con los compromisos internacionales de nuestro país en la materia, debemos hacer presente que a esa fecha estaba próximo a ser discutido y aprobado el informe sobre el sistema antilavado de dinero de Chile en el marco de la III Ronda de Evaluaciones Mutuas de GAFISUD¹⁷.

Luego de su aprobación en general por la sala del Senado en el mismo mes de noviembre de 2010, el proyecto no tiene avances significativos sino hasta el año 2012. Es durante la discusión en particular del proyecto en la Comisión que ésta acuerda pedir informe sobre el alcance de éste al profesor Juan Domingo Acosta Sánchez¹⁸.

Dicho informe no se acota, como lo había solicitado el Senado, a la opinión sobre las reformas promovidas por el proyecto sino que además se extiende a un análisis crítico general de la ley vigente y a otras reformas que debieran promoverse respecto de ella. En su primera parte, el profesor Acosta cuestiona fuertemente el texto vigente de la Ley 19.913, entre otros aspectos, respecto al bien jurídico protegido con el delito de lavado de dinero, a la altísima penalidad de dicho ilícito, para cerrar la primera parte de su informe con la afirmación en orden a que el tipo penal de lavado de dinero es una *“expresión de indebida expansión del Derecho Penal”*¹⁹ y cuestionar lo que él denomina el *“uso indebido de las ventajas procesales que proporciona al persecutor el hecho de acogerse a las normas de la ley”*²⁰.

En la revisión de lo propiamente pedido por la Comisión, el profesor Acosta critica la eliminación de ciertos elementos subjetivos o normativos del tipo

17 Informe que fue aprobado por el Pleno de GAFISUD de Diciembre de 2010 y que contiene variadas observaciones al sistema antilavado de dinero nacional.

18 Informe denominado “Opinión jurídica sobre modificaciones legales en materia penal que se proponen al delito de lavado de activos (boletín 4426-07)”, fechado octubre de 2012, el que no obstante se menciona en la historia de la ley oficial como anexo al Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado, no está agregado materialmente.

19 Entre ellas, la configuración de tipo penal de lavado de dinero asociado a criminalidad no organizada; la penalización de hipótesis culposas; la sanción del *“autoencubrimiento”*; la no exigencia de condena firme previa sobre el delito base; la punibilidad de la conspiración y el tratamiento agravado de la tentativa.

20 Menciona especialmente las relacionadas con el secreto especial de la investigación; la inexistencia de control judicial previo a la formalización, la figura penal especial de violación de secreto de estas investigaciones; la aplicabilidad de normas punitivas y procesales especiales de la Ley de Drogas, incluyendo la de inhabilidad de abogados.

penal, como el “*a sabiendas*” o el “*ánimo de lucro*”, la incorporación como delitos base de lavado de los delitos aduaneros, de propiedad intelectual o industrial, de la Ley del Banco Central, de la asociación ilícita del Código Penal y de los fraudes, entre otros; la ampliación del tipo penal culposo y, si bien valora la incorporación de proporcionalidad entre la pena del lavado de dinero y la del delito base, discrepa respecto de la fórmula utilizada por el proyecto.

Finalmente Juan Domingo Acosta propone dos reformas, a su juicio, urgentes que deben incorporarse al proyecto de ley que signifiquen la eliminación tanto del secreto especial de las investigaciones por lavado de dinero como la de todo tipo de inhabilidades para los abogados que, como funcionarios públicos, representen a imputados por estos delitos.

Frente a estos cuestionamientos a la normativa penal y procesal penal especial para el lavado de dinero, la Comisión de Constitución del Senado acuerda solicitar “*al Ejecutivo y al profesor señor Juan Domingo Acosta que estudiasen una fórmula que subsanara las observaciones y dudas que se habían planteado...*”²¹.

Finalmente, el Poder Ejecutivo, previa autorización de la Sala del Senado, presentó en mayo de 2013 una serie de indicaciones que se hacían cargo en mayor o menor medida de las inquietudes antes reseñadas²².

Previamente, por indicaciones presentadas por el Poder Ejecutivo se habían efectuado otros ajustes al proyecto de ley, que entre otras materias, significaban eliminar al Comité de Inversiones Extranjeras como sujeto obligado de la Ley 19.913 e incorporar a los organismos públicos como sujetos obligados al reporte con un estatuto especial.

En consecuencia, la Comisión de Constitución del Senado en el mes de junio de 2013 termina de aprobar en particular y despacha a la Sala el proyecto de ley, cuya discusión se realiza el 2 de octubre del mismo año, acordándose que regrese a la Comisión de Constitución para un segundo informe complementario, especialmente respecto a los efectos de la norma de proporcionalidad de las penas entre el lavado de dinero y ciertos delitos base²³.

21 De esto queda expresa constancia en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado.

22 Que concretamente significaron eliminar la supresión de elementos subjetivos o normativos del tipo penal; acotar los delitos base en el caso de los delitos aduaneros, de propiedad intelectual o de fraudes sólo a sus figuras más graves; modificar la norma de proporcionalidad entre la pena del lavado de dinero y la del delito base; restringir el secreto especial en lavado de dinero en el caso de investigaciones ya formalizadas y limitar la inhabilidad de abogados litigantes funcionarios públicos a sólo lavado de activos con ciertos delitos base.

23 Como anexo al “*Nuevo Segundo Informe de la Comisión de Constitución*”, se contiene un completo análisis sobre “*consideraciones respecto de la norma de proporcionalidad del artículo 27 de la ley 19.913*”, realizado en base a minuta aportada por la fiscalía a la Comisión.

El Segundo Trámite Constitucional de este proyecto finaliza con su aprobación en Sala del Senado el 2 de abril de 2014.

3. El tercer trámite constitucional en la Cámara de Diputados

En este trámite constitucional, la Comisión de Constitución aprueba el proyecto en los términos en que lo ajustó el Senado, con la sola excepción de la norma que contiene el tipo penal de lavado de activos, en sesiones de agosto de 2014²⁴, por lo que luego de la discusión y aprobación de lo sugerido por la Comisión en Sala el 2 de septiembre de 2014, la norma sobre el tipo penal pasó a Comisión Mixta Cámara de Diputados / Senado.

4. Comisión Mixta

La proposición de la Comisión Mixta a la Cámara y al Senado, adoptada luego de sesiones del 24 de septiembre y, 1 y 8 de octubre de 2014, para superar la discrepancia entre ambas Cámaras consistió en la incorporación a la norma que modifica el tipo penal por lavado de dinero de un delito base adicional que corresponde al delito tributario del artículo 97 N°4 inciso 3° del Código Tributario. Dicha propuesta fue aprobada por el Senado y la Cámara de Diputados, con lo que en diciembre de 2014 finalizó la tramitación por el Congreso del proyecto de ley ingresado bajo el boletín 4426-07.

5. Tribunal Constitucional y posterior entrada en vigencia de la Ley 20.818

Habiéndose informado por la Presidenta de la República que no se ejercería veto alguno en relación con el proyecto en análisis, la Cámara de Diputados, por oficio de fecha 6 de enero de este año, remite el proyecto al Tribunal Constitucional para su control de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional por sentencia del 29 de enero de 2015 resuelve la constitucionalidad de las disposiciones del proyecto que se sometieron a control preventivo de constitucionalidad²⁵, por lo que el proyecto, en los mis-

24 En la Comisión de Constitución, se acordó por unanimidad recomendar la aprobación de la totalidad del proyecto tal como lo enmendó el Senado, salvo en lo relativo a la norma del tipo penal en la que los 5 diputados que provocaron el empate que significó su rechazo, señalaron expresamente que su objetivo era incorporar en Comisión Mixta todos los delitos tributarios del artículo 97 N°4 del Código Tributario como delitos base de lavado de dinero.

25 Interesante resulta eso sí revisar la fundamentación del voto de minoría de los ministros Aróstica, Brahm y Letelier respecto a la interacción de la Unidad de Análisis Financiero y el Fiscal Nacional del Ministerio Público en la tramitación posterior al congelamiento de fondos de operaciones de terroristas sindicados como tales por ONU, dispuesto a instancia inicial de la UAF por un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago.

mos términos que fue aprobado por el Congreso, quedó en condiciones de transformarse en ley.

Finalmente la promulgación de la ley se produce el 9 de febrero de este año y su publicación en el Diario Oficial y entrada en vigencia, el 18 del mismo mes y año²⁶.

III. Contenido fundamental de la reforma de la Ley de Lavado efectuada por la Ley 20.818

La Ley 20.818 contiene reformas principalmente a la Ley de Lavado de Dinero y en menor medida a la Ley de Bancos y a la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias. En relación con las primeras, el análisis se centrará en las de mayor envergadura o importancia desde la perspectiva de la función de la fiscalía, sin perjuicio de otros cambios que puedan ser de relevancia para la Unidad de Análisis Financiero en su rol preventivo o de detección.

Las principales reformas a la Ley 19.913 generadas por la Ley 20.818 son, entonces, las siguientes:

1. Introducción de nuevos delitos base de lavado de dinero²⁷

Se agregaron varios delitos de diverso tipo y penalidad:

1.1. Asociación ilícita del Código Penal²⁸, organizaciones criminales que se pueden estar dedicando a la obtención de beneficios ilícitos desde la comisión de diversas delincuencias lucrativas.

1.2. Contrabando en su fórmula más grave²⁹, esto es, el contrabando de importación o de exportación de mercancías de un valor superior a 25 Unidades Tributarias Mensuales (UTM)³⁰.

26 Al no tener la Ley 20.818 ninguna norma especial que difiriera en todo o parte su entrada en vigencia, lo que se podría haber dado para realizar ajustes legales que involucran implementaciones administrativas más o menos extensas, como por ejemplo las relativas a las nuevas atribuciones fiscalizadoras y sancionatorias de Aduanas frente a la no declaración de efectivo en frontera sobre 10 mil dólares o las referidas a los ajustes que la Superintendencia de Bancos debe hacer para complementar la información del registro de acreencias, esta ley rige *“in actum”* o inmediatamente luego de su publicación.

27 Que se agregan a los ya existentes de narcotráfico, terrorismo y su financiamiento, tráfico de armas, delitos de la Ley de Bancos y de Valores, corrupción pública en diversas formas, secuestro y sustracción de menores, tráfico ilícito de migrantes y trata de personas.

28 Artículos 292 a 295 bis de dicho Código.

29 La del artículo 168 en relación con el artículo 178 N°1 de la Ordenanza de Aduanas.

30 A abril de 2015 ello significa \$1.081.000.

- 1.3. **Delitos de la Ley de Propiedad Intelectual en sus formas más graves**³¹, esto es, la fabricación, importación o internación, tenencia o adquisición con ánimo de lucro para distribución comercial, copias de obras, de interpretaciones o de fonogramas reproducidos con infracción a dicha ley.
- 1.4. **Delito Tributario de obtención indebida de devoluciones**, que sanciona al que *“simulando una operación tributaria o mediante cualquier otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan”*³².
- 1.5. **Delitos de producción, comercialización, difusión y almacenamiento de material pornográfico infantil**, previstos y sancionados en los artículos 366 quinquies y 374 bis del Código Penal.
- 1.6. **Delitos de entrega de información falsa al Banco Central y de producción o circulación de billetes falsos**, de los artículos 59 y 64 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central.
- 1.7. **Estafas en su hipótesis de mayor gravedad** en función del monto del perjuicio, esto es, por un valor superior a 400 UTM, lo que a abril de 2015 corresponde a \$17.296.000³³.
- 1.8. **Fraude de subvenciones en su hipótesis de mayor gravedad** en función del monto del perjuicio, esto es, por un valor superior a 400 UTM, lo que a abril de 2015 corresponde a \$17.296.000³⁴.

2. Incorporación de organismos y empresas públicas como sujetos obligados al reporte de sospechas de acuerdo a la Ley 19.913

La Ley 20.818 incorpora como sujetos obligados especiales, en el sentido que sólo tienen la obligación de reporte de operaciones sospechosas y ninguna de las otras que tienen los sujetos obligados privados normales de la Ley 19.913, a los siguientes entes públicos:

- 2.1. Superintendencias
- 2.2. Ministerios
- 2.3. Intendencias
- 2.4. Gobernaciones

31 Las del artículo 81 inciso 2° de la Ley 17.366.

32 Del inciso 3° del N°4 del artículo 97 del Código Tributario.

33 De los artículos 468 en relación con el 467 inciso final, ambos del Código Penal.

34 De los artículos 470 N°8 en relación con el 467 inciso final, ambos del Código Penal.

- 2.5. Órganos y Servicios creados para el cumplimiento de la función administrativa
- 2.6. Contraloría General de la República
- 2.7. Banco Central
- 2.8. Fuerzas Armadas
- 2.9. Fuerzas de Orden y Seguridad Pública
- 2.10. Gobiernos Regionales
- 2.11. Municipalidades
- 2.12. Empresas públicas creadas por ley

Entre las normas que no se les aplican están las de sanción administrativa por incumplimiento de obligaciones; obligación de designar oficial de cumplimiento, obligaciones de reportar operaciones en efectivo sobre 10.000 dólares y de mantener registros por 5 años de dichas operaciones.

No obstante que la obligación en el caso de los entes públicos es bastante atenuada, es igualmente un importante paso en la línea de comprometer no sólo al mundo privado sino también al público en la prevención y detección de operaciones que puedan ser sospechosas de lavado de dinero. Así, dichos entes públicos quedan legalmente habilitados para canalizar debidamente la información a la UAF.

3. Rebaja sustancial en los umbrales de operaciones en dinero en efectivo cuyos antecedentes deben aportarse periódicamente a la UAF y archivarse por la empresa durante 5 años

El umbral fijado por la Ley 19.913 para reportes de efectivo y su archivo pasa de 450 Unidades de Fomento³⁵ a 10 mil dólares de los Estados Unidos de América³⁶, lo que implica prácticamente una disminución a la mitad, con las consecuencias que ello debiera tener en materia de crecimiento fundamental de la información que periódicamente los sujetos obligados deben transmitir a la Unidad de Análisis Financiero y de ampliación sustancial de la obligación de conservación de un registro especial por 5 años de dichas operaciones.

Toda esa información está disponible directamente para cualquier fiscal que investiga lavado de dinero o delitos base de éste, especialmente en la perspectiva de verificar si existe el delito del artículo 27 de la Ley 19.913.

35 Lo que al 24 de abril de 2015 correspondía a \$11.126.326.

36 Lo que en términos de dólar observado al 24 de abril de 2015 correspondía a \$6.181.200.

4. Transferencia de competencias desde la UAF a Aduanas para fiscalizar y sancionar la no declaración de transporte de dinero en efectivo sobre 10 mil dólares por fronteras

Se traspasa de la UAF a Aduanas la facultad de sancionar administrativamente la no declaración de ingreso o salida de dinero en efectivo o instrumentos al portador sobre 10 mil dólares de EUA y se le permite retener inmediatamente en frontera hasta el 30 por ciento del dinero transportado sin declarar.

Con estos ajustes, no obstante que la información sobre transporte de efectivo sigue fluyendo desde Aduanas a la UAF, es la primera, en base a sus propios procedimientos administrativos, la que aplica la sanción pecuniaria por la infracción, imputando a ello lo retenido. Así el infractor queda en el acto notificado del inicio del procedimiento sancionatorio administrativo y es posible continuarlo y ejecutarlo aun en ausencia de éste³⁷.

5. Ampliación del alcance de la autorización judicial del levantamiento de secreto bancario en investigaciones por lavado de dinero

A partir de la reforma por la Ley 20.818, los fiscales que investigan lavado de dinero o asociación ilícita para lavar activos, pueden obtener del juez de garantía una orden amplia para que el banco entregue toda la información sujeta a secreto bancario, del investigado y relacionados. Con ello se superan las limitantes del levantamiento del secreto bancario normal, que entre otros comprende que sólo opera respecto al imputado y para partidas determinadas de sus cuentas.

6. Creación de un mecanismo judicial de retención provisoria, a instancias de la UAF, de operaciones que realicen en Chile sujetos sindicados por la Organización de Naciones Unidas como terroristas

La Ley 20.818 incorpora y regula en detalle en la Ley 19.913 un procedimiento especial para hacer efectivos los compromisos asumidos por Chile derivados de Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y de diversos tratados en materia de terrorismo, especialmente en cuanto a la obligación de congelar con rapidez cualquier fondo o activo relacionado con sujetos sindicados como terroristas por la ONU.

Así se incorpora como artículo 38 de la Ley 19.913 el deber de los sujetos obligados de informar a la UAF cualquier operación que realicen terroristas de resoluciones ONU y el de la UAF dentro de 24 horas de pedir a la Corte

37 Que era una de las trabas para que el procedimiento a cargo de la UAF fuera efectivo, especialmente frente al infractor no domiciliado en Chile.

de Apelaciones de Santiago el “congelamiento” de las operaciones por 30 días sin perjuicio de las medidas cautelares que en el mismo sentido obtenga la fiscalía de un juez de garantía.

7. Imposición de obligación de registro y actualización de estatutos de toda empresa privada con obligación de reporte a la UAF

Toda persona natural y jurídica privada reconocida como sujeto obligado de la Ley 19.913 a partir de la Ley 20.818 debe registrarse proactivamente en la UAF y comunicar a ella en el futuro *“cualquier cambio relevante en su situación legal, en los términos que señalen las instrucciones generales que para estos efectos dictará la Unidad”*.

8. Otorgamiento de viabilidad por fórmula de proporcionalidad a la aplicación de sanciones penales por lavado de dinero en juicios orales en delitos base que no tienen pena de crimen

La experiencia pre reforma de la Ley 20.818 sobre el enjuiciamiento de casos por lavados de dinero provenientes de delitos que no tenían penas de crimen fue totalmente negativa; la evidente desproporción punitiva generaba efectos inhibidores en la aplicación judicial del tipo penal de lavado de activos en dichas circunstancias y prueba de ello es que hasta ahora no ha existido condena alguna en juicio oral por lavado de dinero con origen en un simple delito.

De hecho todas las condenas por lavado de dinero con origen en un simple delito se han dado en hipótesis de aceptación de los hechos para efectos de procedimiento abreviado, con penas aplicadas al lavado por simple delito además de las penas aplicadas por el delito base cuando corresponde.

Con la incorporación, en virtud de la Ley 20.818, de un gran número de ilícitos que tienen pena de simple delito como delitos base de lavado de activos, se hace particularmente patente la desproporción punitiva, con ejemplos particularmente notorios que era necesario resolver legislativamente³⁸, lo que hace dicha ley incorporando una norma de proporcionalidad relativa, que permite que la sanción por lavado de dinero no exceda la mayor pena privativa de libertad que la ley asigna al autor del delito base y sin perjuicio del comiso y demás penas accesorias de todo lavado de dinero y, por cierto de la pena adicional por el delito base, en la hipótesis del sujeto que además de participar en el lavado de activos lo hace en la comisión del delito base (*“autolavado”*).

38 Delitos de contrabando que parten en una pena de 61 días o de propiedad intelectual o de la Ley del Banco Central con penas desde 541 días, entre otros.

Con ello, contrario a cualquier señal que alguien pudiera ver de debilitamiento de la severidad en la sanción penal de simples delitos tan graves como los de corrupción pública³⁹ y otros, lo que el legislador ha hecho es hacer posible la aplicación efectiva de sanciones por lavado de dinero, que se suman a las que sólo se aplicaban por el simple delito.

9. Ampliación de registro de depositantes bancarios de la SBIF a disposición de fiscalía

La nómina de los depositantes de los bancos que la Superintendencia debe mantener y actualizar en forma permanente, de acuerdo al inciso final del artículo 14 de la Ley de Bancos, se amplía, al exigir la incorporación de la identificación del tipo de cuenta a que se refiere la acreencia y el número de registro interno y ya no sólo el banco donde existe ella. Se trata, sin duda, de información valiosa para el trabajo de la UAF y de la Fiscalía Especialmente para esta última, dicha información, exenta del secreto o reserva bancaria, tiene un rol fundamental para que el fiscal vislumbre prontamente a qué bancos pedir al juez de garantía la correspondiente autorización judicial para acceder al detalle de los movimientos de la cuenta del sujeto investigado.

10. Otras reformas

Por último, cabe mencionar una serie de otras reformas de mayor o menor importancia que vale la pena consignar, como:

- 10.1. Respaldo legal para la difusión pública del registro de sujetos obligados y de las sanciones que a ellos se les imponga por no cumplir alguno de los diversos deberes fijados en la Ley 19.913.
- 10.2. Incorporación de nuevos sujetos obligados, como son todo tipo de bolsas que supervise la Superintendencia de Valores y Seguros, todo tipo de organizaciones deportivas profesionales cualquiera sea su estructura legal, las cooperativas de ahorro y crédito, la representación de bancos extranjeros y las empresas de depósitos de valores de la Ley 18.876.
- 10.3. La introducción de una novedosa figura procesal penal en nuestra legislación como es la de la “incautación y comiso de bienes por valor equivalente” del investigado.
- 10.4. La posibilidad de destino, en los términos de los artículos 40 y 46 de la Ley 20.000 y por el mecanismo reglamentario fijado por Senda /

39 Aunque a juicio del autor, los ilícitos asociados a corrupción pública siempre debieran tener pena de crimen.

Interior en narcotráfico, de todo o parte de los bienes con comiso por lavado a la persecución de este delito⁴⁰.

- 10.5. La regulación como delito de la figura de delito funcionario de omisión de denuncia de lavado de dinero y de los otros delitos de la Ley 19.913⁴¹.

IV. Conclusiones

Como hemos podido apreciar a través de este breve artículo, la Ley 20.818 ha significado un cambio sustancial en el marco normativo del sistema de prevención, detección, investigación, enjuiciamiento y sanción del delito de lavado de dinero en Chile y la Fiscalía espera que dicho cambio represente un avance importante en la eficacia de un sistema que sólo existe en nuestro país para este tipo de delincuencia⁴². Como ejemplo de desafío para el sistema, por ejemplo está el cómo transformarlo en una instancia práctica para mejorar la prevención y la detección temprana y oportuna de la corrupción pública como una de las delincuencias generadoras de recursos, que luego se incorporan y disimulan en el sistema financiero.

De cara a la próxima evaluación del sistema nacional por GAFILAT (ex GAFISUD), lo que ocurrirá en los próximos años, son aún varias las deficiencias que se mantienen y que esperamos se atenúen por una aplicación efectiva de la normativa vigente por las dos instituciones que operan como pilares fundamentales de dicho sistema como son la UAF y la Fiscalía⁴³.

El aumento considerable en los sujetos obligados claves en el funcionamiento del sistema, sobre todo los públicos y en el campo de las ilicitudes en el que éste opera, implica dificultades importantes en la implementación de los cambios, que deben enfrentarse partiendo con un esfuerzo interinstitucional especial de capacitación y de reforzamiento de la conciencia de todos de lo valioso del esfuerzo.

40 En tal sentido debiéramos esperar una modificación del Reglamento fijado por Decreto del Ministerio del Interior N°820 publicado en el Diario Oficial el 3 de febrero de 2012, para incorporar un acápite especial sobre el destino de recursos del Fondo Senda a la “persecución” del lavado de dinero.

41 Entre ellos los relacionados con violación de secreto tanto de la información que recibe la UAF como de la investigación misma no formalizada.

42 El tratamiento preventivo y represivo de ningún otro tipo de delito tiene la estructura, facultades y mecanismos que la Ley 19.913 otorga al lavado de dinero, lo que debe asumirse como una tremenda oportunidad pero también con un gran responsabilidad en la obtención de resultados concretos del debido funcionamiento del sistema de prevención y control de esta grave delincuencia.

43 Además de las nuevas iniciativas de reforma legal que debiera impulsar el Poder Ejecutivo para hacerse cargo de variados aspectos a corregir derivados de más de 14 años de funcionamiento del sistema antilavado de activos y que no fueron detectados o debidamente cubiertos por el proyecto de ley del año 2006 que hoy es la Ley 20.818.

SOBRE LA REFORMA TRIBUTARIA Y SU INCIDENCIA EN MATERIA PENAL

Consuelo Salinas Sánchez¹

I. Introducción

El día 29 de septiembre de 2014 se publicó la Ley 20.780 que modifica el sistema tributario chileno e introdujo cambios en varios aspectos del sistema, entre ellos: aumentan gradualmente las tasas de impuesto a las rentas, crea dos nuevos regímenes de tributación (renta atribuida y renta parcialmente integrada) y fortalece la facultades fiscalizadoras de instituciones como el Servicio de Impuestos Internos (SII) o la Tesorería General de la República para efectos de combatir la elusión y evasión tributaria, entre otros cambios. En este marco es que se introducen nuevos tipos penales tanto en el Código Tributario, como en otros cuerpos normativos.

El mensaje del ejecutivo al introducir la reforma tributaria al Congreso señala que esta persigue cuatro grandes objetivos:

Aumentar la carga tributaria para financiar, con ingresos permanentes, los gastos permanentes de la reforma educacional, otras políticas del ámbito de la protección social y el actual déficit estructural en las cuentas fiscales.

1. Avanzar en equidad tributaria, mejorando la distribución del ingreso. Los que ganan más aportarán más, y los ingresos del trabajo y del capital deben tener tratamientos similares.
2. Introducir nuevos y más eficientes mecanismos de incentivos al ahorro e inversión.
3. Velar porque se pague lo que corresponda de acuerdo a las leyes, avanzando en medidas que disminuyan la evasión y la elusión².
4. Si bien el sistema tributario chileno se estructura en base a la autodeterminación de los impuestos y a la declaración y pago simultáneo de los mismos por parte del contribuyente, siendo el principio de buena fe uno de los pilares sobre los cuales descansa este sistema, de forma tal que al SII le corresponde un rol fiscalizador a posteriori, es decir, una vez transcurrido el plazo para enterar en arcas fiscales el impuesto adeudado puede revi-

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

2 Historia de la Ley N°20.780, Reforma Tributaria que modifica el Sistema de Tributación de la Renta e introduce diversos ajustes en el Sistema Tributario, p. 7.

sar al contribuyente y solicitar los antecedentes que éste haya tenido a la vista para elaborar las declaraciones respectivas, cosa que no cambia con la reforma; uno de sus elementos centrales consiste, sin embargo, en mejorar la efectividad de la fiscalización del pago de impuestos, mediante el diseño de estrategias y planes de fiscalización que consideren una adecuada gestión del riesgo de incumplimiento, para así aumentar el cumplimiento de las normas³.

Así, aun cuando la Ley 20.780 no introduce un gran número de modificaciones con incidencia penal –de la misma historia de la ley se desprende que esa no era la intención de la reforma–, la reestructuración del sistema tributario supuso tanto la incorporación de algunas hipótesis nuevas de delitos ya existentes, como la creación de nuevos tipos penales para sancionar la infracción o incumplimiento de nuevas obligaciones. En palabras de Jean Pierre Matus, varias de estas “nuevas” figuras vienen a constituir *reformulaciones específicas de normas generales que se estimaron necesarias dada la nueva estructura del sistema impositivo y sus hechos gravados*⁴.

El objetivo de este artículo es analizar este nuevo escenario legal, haciendo referencia a las diferencias que presenta con la anterior normativa y los eventuales problemas que podrían darse en torno a los nuevos tipos penales.

II. Breve resumen del marco jurídico penal anterior a la reforma

El Código Tributario concentra la gran mayoría de las infracciones al cumplimiento de las obligaciones de pago de impuestos o de información a la autoridad. Constituyen delitos tributarios⁵ aquellas infracciones que traen aparejadas penas pecuniarias y privativas de libertad, y son las que se describen en los números 4, 5, 8, 9, 10 inciso tercero, 12, 13, 14, 18, 22, 23, 24, 25 y 26 del artículo 97 del Código Tributario, además del tipo penal previsto en el artículo 100 del mismo cuerpo legal.

Serán de nuestro interés para el posterior análisis de los nuevos tipos penales, las figuras del artículo 97 N°4 inciso primero⁶, norma que contempla cinco

3 Ibid., p. 18.

4 MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Aspectos penales de la reforma tributaria”. En: *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado* [en línea], págs. 261-268, enero 2015. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/36012/37680> [fecha de consulta: 15 abril 2015].

5 En contraposición a las infracciones de carácter administrativo con las que conviven los delitos tributarios en el artículo 97 y que son aquellas que tienen asociadas penas de multa y cuya imposición corresponde al mismo Servicio de Impuestos Internos.

6 “Las declaraciones maliciosamente incompletas o falsas que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda o la omisión maliciosa en los libros de contabilidad de los asientos relativos a las mercaderías adquiridas, enajenadas o permutadas o a las

delitos independientes entre sí, pero relacionados especialmente con mecanismos utilizados por el contribuyente para burlar el pago de los impuestos a la renta⁷, y del artículo 97 N°9⁸ que sanciona el comercio clandestino, en cuanto actividad comercial que se realiza “*al margen al control y fiscalización de los órganos fiscalizadores de este tipo de actividades, eludiendo las exigencias de contar con los permisos, pago de derechos y otros propios de la actividad y, por lo mismo, incumpliendo normativas aduaneras municipales y tributarias*”⁹.

Por su parte, la Ordenanza de Aduanas (DFL N°30 del Ministerio de Hacienda de 2004) contiene una serie de infracciones administrativas e ilícitos penales, con los que se pretende resguardar el correcto desempeño de la función aduanera, en tanto actividad de control sobre el tráfico internacional de mercancías. Dicha función se concreta en un doble objetivo: la percepción tributaria y la fiscalización de las prohibiciones y restricciones que la ley establece respecto de ese tráfico¹⁰. Así, podemos ver que los delitos tributarios y los delitos aduaneros se relacionan mediante un objeto jurídico en común, que se identifica con el patrimonio fiscal y la potestad recaudadora del Estado, que es la actividad que en definitiva le permite, mediante el conjunto de entidades que lo integran, hacerse de los medios necesarios para el desarrollo de las funciones que la ley le ha encomendado¹¹.

demás operaciones gravadas, la adulteración de balances o inventarios o la presentación de éstos dolosamente falseados, el uso de boletas, notas de débito, notas de crédito, o facturas ya utilizadas en operaciones anteriores, o el empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto, con multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento del valor del tributo eludido y con presidio menor en sus grado medio a máximo”.

- 7 Artículo 2° Ley de Impuesto a la Renta: es “renta” todo ingreso que constituya utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación.
- 8 “*El ejercicio efectivamente clandestino del comercio o de la industria con multa del treinta por ciento de una unidad tributaria anual a cinco unidades tributarias anuales y con presidio o relegación menores en su grado medio y, además, con el comiso de los productos e instalaciones de fabricación y envases respectivos*”.
- 9 Fallo dictado por el Tribunal Oral de Antofagasta, 16 de julio de 2005, RUC 0400160762-1.
- 10 OSSANDON WIDOW, M. Magdalena. “El Delito de Receptación Aduanera y la Normativización del Dolo” *Ius et Praxis* [en línea], Talca, 2008. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100003&lng=en&nrm=iso&tlng=en#n1 [fecha de consulta: 24 abril 2015].
- 11 MAYER LUX, Laura. “El Patrimonio del Estado como objeto de protección penal”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX* [en línea], Valparaíso, Chile, 2007, Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512007000100006&script=sci_arttext#50 [fecha de consulta: 27 abril 2015].

El delito aduanero por antonomasia es el contrabando, contemplado en el artículo 168, que castiga varias conductas, a saber: sanciona al que introduzca o extraiga del país mercancías cuya importación o exportación se encuentre prohibida; al que introduzca al país o extraiga de él, mercancías de lícito comercio, evadiendo el pago de los impuestos que pudieren corresponderle o mediante la no presentación de las mercancías a la Aduana o al que introduzca mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país, en alguna de las formas indicadas en los incisos precedentes. Por su parte, el artículo 169 contempla un tipo penal autónomo de falsedad documental, distinto al delito de contrabando, que sanciona las declaraciones maliciosamente falsas del origen, peso, cantidad o contenido de las mercancías de exportación, así como la falsificación ideológica o material de certificaciones o análisis exigidos para establecer los parámetros recién enumerados. Finalmente, el artículo 182 sanciona por receptación aduanera a quienes adquieran, reciban o escondan mercancías, sabiendo o debiendo presumir que estas han sido o son objeto de contrabando¹².

En relación con lo anterior, el artículo 178 de la Ordenanza de Aduanas establece las penas para el delito de contrabando, las que se distinguen de acuerdo al valor de las mercancías objeto del delito, y en su inciso tercero contempla una agravante para los reincidentes, la que previo a la reforma, consistía en que no podría aplicarse pena exclusivamente pecuniaria a los reincidentes, cuando se trate de mercancías cuyo valor excede las 25 UTM, considerándose también reincidente al condenado por contrabando o fraude de mercancías cuyo valor no exceda de dicho monto.

Finalmente, el Decreto Ley N°828 del Ministerio de Hacienda de 1974, que establece normas para el cultivo, elaboración, comercialización e impuestos que afectan al tabaco, establecía también una única hipótesis de contrabando en el artículo 17, para el caso de las mercancías extranjeras que no se encontraren comprendidas en la resolución del Ministerio de Salud que autorice su comercialización, o no cumplan con las especificaciones autorizadas por ella, se presumirán que han sido objeto del delito de contrabando, y se procederá a su incautación y total destrucción por constituir una amenaza para la salud pública.

III. Los nuevos tipos penales

Como se señaló anteriormente, varios de los “nuevos” tipos penales incorporados por la Ley 20.780, consisten en reformulaciones específicas a ciertas reglas generales como consecuencia necesaria de la nueva estructura tributaria.

12 Los artículos 179 a 181 establecen presunciones de responsabilidad respecto del delito de contrabando y de fraude, y diversas otras leyes contemplan también disposiciones relacionadas con el delito de contrabando previsto en la Ordenanza, a los cuales por la extensión de este artículo no nos referiremos.

1. Entrega maliciosa de información incompleta o falsa

El artículo 97 N°4 del Código Tributario sanciona, en lo pertinente, *las declaraciones maliciosamente incompletas o falsas, que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda (...)*. La Ley de Impuesto a la Renta (LIR) incorpora las siguientes infracciones penales que se sancionan de acuerdo al señalado artículo:

La entrega maliciosa de información incompleta o falsa en las declaraciones respecto de inversiones en el extranjero que deberán hacer los contribuyentes afectos al régimen de renta atribuida o de integración parcial (artículo 14, E), N°1, a) de la LIR, con vigencia a partir del año 2017).

- a) La entrega maliciosa de información incompleta o falsa en las declaraciones respecto de la información que anualmente deberán entregar al SII los contribuyentes o entidades domiciliadas, residentes, establecidas o constituidas en el país, sean o no sujetos del impuesto a la renta, pero que adquieran la calidad de constituyente o *settlor*, beneficiario, *trustee* o administrador de un *trust* creado conforme a las disposiciones del derecho extranjero (artículo 14, E), N°2, c) de la LIR, con vigencia a partir del año 2017).
- b) La entrega maliciosa de información incompleta o falsa en la declaración jurada sobre los intereses, comisiones, remuneraciones por servicios y gastos financieros y cualquier otro recargo convencional, incluyendo los que correspondan a reembolsos, recargos de gastos incurridos por el acreedor o entidad relacionada en beneficio directo o indirecto de otras empresas relacionadas en el exterior que afecten los resultados del contribuyente domiciliado, residente, establecido o constituido en el país, en virtud de los préstamos, instrumentos de deuda y otros contratos u operaciones a que se refiere el artículo 41 F de la LIR, y que correspondan al exceso de endeudamiento determinado al cierre del ejercicio, que implique la no aplicación de lo dispuesto en los párrafos anteriores del artículo 41 F (artículo 41 F N°12 de la LIR, con vigencia a partir del 1 de enero de 2015).
- c) La declaración maliciosamente falsa de la información que el SII determine para efectos de aplicar y fiscalizar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 G de la LIR, que fija las reglas conforme a las cuales se considerarán como devengadas o percibidas, las rentas pasivas percibidas o devengadas por entidades sin domicilio ni residencia en el país, pero que directa o indirectamente sean controladas por contribuyentes con domicilio, residencia o constituidos en Chile (artículo 41 G letra G inciso segundo de la LIR, con vigencia a partir del año 2016).

Sabemos que los elementos que deben concurrir para que se configure la figura típica de presentación de declaraciones maliciosamente incompletas o falsas del 97 N°4, son los siguientes:

- a) Que se presente una declaración. No se refiere sólo a aquellas que la ley exige para la determinación del impuesto (por ejemplo formulario 22 y 29) sino a cualquiera, exigida o no por la ley, que tenga la capacidad de influir en la determinación del impuesto respectivo¹³.
- b) Que dicha declaración contenga información que sea falsa o incompleta. La información es falsa cuando se presentan antecedentes que faltan a la verdad, y es incompleta cuando no contiene todos los datos o antecedentes que debiera contener. Si bien las dos faltan a la realidad, se diferencian en que mientras la primera no contiene datos veraces, la segunda sí los contiene pero en forma parcial.
- c) Que la declaración pueda inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponde.
- d) Que se actúe con malicia¹⁴.
- e) Si comparamos la estructura de estas nuevas figuras con los elementos del tipo de la figura genérica, nos encontramos con que todas mantienen la referencia al carácter *malicioso* de la declaración o entrega de información falsa, pues el elemento subjetivo es el más importante a la hora de distinguir entre una infracción administrativa y un delito tributario¹⁵. Al respecto, y pese a que la historia de la ley no se refiere a su significado, entenderemos que la voz “*malicioso*”, dice relación con que estas figuras sólo pueden cometerse dolosamente, y aún más, sólo con dolo directo, quedando descartados tanto la culpa como el dolo eventual¹⁶. Van Weezel

13 DUMAY, Alejandro. *El Delito Tributario*, 3ª ed. Concepción, Ediciones Samver, 1970, p. 162.

14 La doctrina mayoritaria ha sostenido que cuando la ley usa la voz malicia se refiere a la exigencia de dolo directo.

15 En efecto, el número 3 del artículo 97 sanciona administrativamente al contribuyente que presente una declaración incompleta o errónea que pueda inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda, a menos que el contribuyente pruebe haber empleado la debida diligencia. Pero, si esta misma conducta se realiza maliciosamente, se podría configurar un delito tributario.

16 Al respecto, resulta interesante lo señalado por el Tribunal Tributario y Aduanero de Talca, en sentencia de fecha 11 de mayo de 2012, disponible en <http://www1.legalpublishing.cl:8080/blog/2012/10/30/jurisprudencia-tributaria-concepto-de-declaracion-maliciosamente-falsa/>: DUODÉCIMO: “*Que una declaración de impuestos es maliciosamente falsa cuando uno o más de los antecedentes contenidos en ella es simulado, fingido o no ajustado a la verdad de los hechos a que el mismo se refiere, siempre que ello sea producto de un acto consciente del declarante, quien supo o no pudo menos que haber sabido que lo declarado no se ajustaba a la verdad y que dicha declaración podía inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que correspondía, con claro perjuicio al interés fiscal.*

De esta forma, para la configuración de las infracciones denunciadas no basta sólo con establecer que la declaración contiene datos no verdaderos, sino que exige además que el contribuyente denunciado hubiere estado en condiciones de advertirlo, esto es, que sabía o no podía menos

señala que la finalidad del legislador en dar énfasis al carácter fraudulento, malicioso o “doloso” de este tipo de conductas se explica por la intención de *ofrecer un fundamento plausible para la criminalización de conductas que, consideradas en sí mismas, bien podrían estimarse simples contravenciones*¹⁷.

La figura del artículo 97 N°4, constituye un delito de mera actividad, que sanciona la creación del peligro de que se llegue a realizar una liquidación que pueda significar un perjuicio para el Fisco (que la declaración *pueda inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponde*), no será necesario que se produzca el resultado de la evasión, sino que bastará con que existan procedimientos dolosos encaminados a consumarla¹⁸.

Al respecto, es importante señalar que las figuras del artículo 14 y 41 G de la LIR, omiten *el requisito objetivo con que se completa la descripción de la figura genérica, esto es, su potencialidad para inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda*¹⁹. El legislador ha utilizado un modo de redacción cuyo efecto consiste en que la conducta se sanciona en un estadio de ejecución que ni siquiera alcanza el comienzo de la tentativa de acuerdo a los criterios tradicionales de carácter político-criminal ligados a la afectación del bien jurídico²⁰, ni siquiera exige que la conducta pueda “potencialmente inducir a la liquidación de un impuesto inferior”. Se trata en definitiva de un delito de peligro abstracto, de aquellos en los que la ley presume que, con la sola realización de la conducta, corre peligro el bien jurídico y en razón de ello resulta necesario sancionar. En este caso, el legislador presume que por el hecho de haberse entregado maliciosamente (ya sabemos que se refiere a dolo directo) una declaración falsa o incompleta, entonces se genera un riesgo de desfigurar el monto real del impuesto debido.

Este tipo de conductas no se sancionan por lo que ocurrió, ni siquiera por lo que va a ocurrir, sino por lo que podría, bajo determinadas circunstancias, llegar a ocurrir. Se proscriben así conductas que generan “condiciones favorables” a la materialización del riesgo, asimiladas por el legislador –en abstracto– como conductas peligrosas. La lógica de esta asociación lleva a

que saber que dichos datos eran falsos y que la declaración de impuesto podía inducir a una disminución del o los impuestos correspondientes.

Sin embargo, ello no implica que deba acreditarse una conducta dolosa del contribuyente denunciado en los términos exigidos en materia penal, pues se satisface tal requisito con la imputación de dicho conocimiento, en la medida que se aporten elementos de convicción que permitan al sentenciador concluir que sabía o no podía menos que saber que los datos eran falsos y que la declaración podía inducir a una disminución del o los impuestos correspondientes”.

17 VAN WEEZEL, Alex. *Delitos Tributarios*, 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, págs. 15-16.

18 MAYER LUX, Laura. ob. cit.

19 MATUS, ob. cit. p. 162.

20 VAN WEEZEL, ob. cit., p. 53.

entender que estas conductas se deben prohibir antes de que lleguen siquiera a generar condiciones de riesgo²¹. En definitiva, lo que aquí se está protegiendo es la integridad del sistema tributario, en cuanto las bases del mismo se sustentan en la integridad y veracidad de las declaraciones de los contribuyentes²², dejando de lado el principio del derecho penal como *ultima ratio*.

No obstante lo anterior, el mayor problema en torno a estas figuras está en la determinación de la pena pecuniaria, pues todas ellas se remiten al art. 97 N°4 al señalar la sanción de la conducta, y dicho artículo establece que se castigará con *multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento del valor del tributo eludido y con presidio menor en sus grados medio a máximo*, por lo que la estructuración de dichas figuras como delito de peligro abstracto planteará desafíos al Tribunal cuando deba imponer la pena pecuniaria, por lo que probablemente tendrá que construir un raciocinio fundado para llegar a determinarla. Con todo, esta dificultad no debería tener ninguna influencia en la imposición de la pena privativa de libertad.

A diferencia de los anteriores, el delito del artículo 41 F N°12 de la LIR exige que la entrega maliciosa de información incompleta o falsa respecto a la declaración jurada a que se refiere el artículo 41 F²³, debe *implicar²⁴ la no aplicación de lo dispuesto en los párrafos anteriores del artículo 41 F*. De esta manera, al legislador no le basta con la sola entrega de información falsa o incompleta, ni con el peligro de perjuicio para el Fisco, sino que esta entrega maliciosamente falsa o incompleta de información debe tener como consecuencia la no aplicación de la norma, esto es, de las reglas para la determinación de la base imponible para el cálculo del impuesto aplicable al sobre endeudamiento.

2. Adulteración maliciosa de productos o inventarios

La reforma incorpora una regla especial en materia de productos gravados con impuestos específicos, la que se repite tanto en el inciso octavo del nuevo artículo 60 quinquies del Código Tributario (que comenzará a regir transcurrido un año desde la publicación de la ley), como en el mismo inciso del también nuevo artículo 13 bis del DL 828 del Ministerio de Hacienda (en

21 MALDONADO, Francisco. "Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados delitos de peligro en el moderno derecho penal". En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N°7, Santiago, Chile, 2006. p. 45.

22 En este mismo sentido, MATUS, ob. cit., p. 163.

23 Norma sobre el exceso de endeudamiento. Grava con un impuesto del 35% a los créditos extranjeros cuando provienen de empresas relacionadas y cuando suponen un sobre endeudamiento, esto es, que el endeudamiento total exceda en tres veces el patrimonio al cierre del ejercicio.

24 Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la voz *implicancia* significa: consecuencia, secuela.

relación al impuesto específico al tabaco, norma que está en vigencia desde el 1 de octubre de 2014). Ambas sancionan, en la forma prevista en el 97 N°4 del Código Tributario, *la adulteración maliciosa en cualquier forma de los productos o inventarios, o de la información que respecto de aquellos se proporcione al SII con la finalidad de determinar un impuesto inferior al que corresponda.*

Es importante señalar que el artículo 13 del D.L. N°828 ya comenzó a regir.

Para entender cuándo se configura el delito de adulteración de balances o inventarios del 97 N°4, debemos tener presentes los siguientes elementos:

- a) Debe tratarse de un contribuyente obligado a realizar balance e inventarios, que son los mismos obligados a llevar contabilidad.
- b) Que el balance o los inventarios hayan sido adulterados, es decir que contengan antecedentes falsos, carentes de realidad o veracidad.
- c) Dolo del agente²⁵.
- d) Lo que primero llama la atención, es que el legislador haya introducido, en la nueva figura, la voz “malicioso” para la adulteración, pues el vocablo “adulterar” *introduce por sí mismo la idea de un contexto delictivo de carácter fraudulento*²⁶. La misma RAE define adulterar como *vicar, falsificar algo*, por lo tanto, se entiende que el acto de adulterar necesariamente proviene de un actuar consciente del contribuyente que falsifica los balances o inventarios. Sin embargo, es posible explicar dicha inclusión, entendiendo que la voz *maliciosa* constituye una exigencia de dolo directo del sujeto activo respecto de los elementos del tipo como ya lo hemos señalado, mientras que la voz *adulterar* supone simplemente el verbo rector del tipo penal objetivo.

Luego, es importante tener presente que se trata de un delito de mera actividad y de peligro, ya que si bien se exige un ánimo defraudatorio, no es necesario que se produzca efectivamente un perjuicio fiscal para que se configure este ilícito, es decir, basta que la información maliciosamente adulterada *sea proporcionada al SII con la finalidad de determinar un impuesto inferior al que corresponda*, aun cuando ello no ocurra.

Finalmente, recordar que el artículo 97 N°4 complementa la figura de *adulteración de balances o inventarios* con la hipótesis de *presentación de balances o*

25 En este punto, el profesor Dumay en su obra ya citada (p. 168) señala que en el caso de los delitos formales, como éste, su configuración hace operar automáticamente la presunción de voluntariedad del inciso segundo del artículo 1° del Código Penal, evitando al SII la necesidad de acreditar el dolo, por cuanto, al invertir la carga de la prueba, queda el infractor en la obligación de acreditar su inocencia.

26 Ibid.

inventarios dolosamente falseados, lo que hace surgir la interrogante respecto a un eventual concurso entre esta figura y el delito del inciso octavo del artículo 60 quinquies del Código Tributario²⁷.

3. Contrabando

Como ya se esbozó anteriormente, hasta antes de la Ley 20.780, el contrabando (artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas), castigaba únicamente las siguientes conductas, que podemos clasificar en dos modalidades:

Contrabando propio, que corresponde a la introducción al territorio nacional, o la salida de él, de mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentra prohibida;

- a) Contrabando impropio, que comprende el acto de quien, al introducir al territorio nacional o extraer de él mercancías de lícito comercio, defrauda a la Hacienda Pública mediante la evasión del pago de los tributos que pudieran corresponderle o mediante la no presentación de las mismas a la Aduana.
- b) En consecuencia, según sea la modalidad de ejecución, este contrabando impropio podrá adoptar una modalidad fraudulenta o clandestina.

Finalmente, relacionado con el delito de contrabando impropio, el artículo 168 también sanciona como contrabando a quien introduzca mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial²⁸ a otro de mayores gravámenes o al resto del país, defraudando con ello al erario nacional al extraer dichas mercancías desde la zona de privilegio siendo introducidas al resto del país, sin antes haber pagado los impuestos aduaneros que correspondan.

Como consecuencia de la implementación de la Reforma, a partir del 1 de enero recién pasado, el artículo 168, en su nuevo inciso cuarto, incorpora como nueva hipótesis de contrabando de exportación *la extracción de mercancías del país por lugares no habilitados o sin presentarlas a la Aduana*. Para Jean Pierre Matus, la justificación de que se haya incorporado esta figura, que hasta ahora la Ordenanza de Aduanas no contemplaba, radica en que aun cuando no se hayan establecido impuestos generales de exportación, sí existen productos cuya extracción y exportación es gravada con *royalties* (como ocurre con la minería) y además porque, de manera indirecta, los ingresos por expor-

27 No nos referimos al inciso octavo del nuevo artículo 13 bis del DL 828 del Ministerio de Hacienda, ya que al ser una norma tan específica (impuesto al tabaco), por principio de especialidad tendría que primar por sobre la regla general del 97 N°4.

28 Principalmente referido a Zonas Francas.

tación constituyen parte importante de la base de cálculo de los impuestos a la renta²⁹.

Bajo este mismo espíritu, se ha incorporado al artículo 169 un inciso tercero en el que se castiga penalmente la presentación de documentos falsos no sólo cuando sean relativos al origen, peso, cantidad o contenido de las mercancías de exportación, sino también cuando se trate de documentos o antecedentes que sean la base para determinar el valor o clasificación de las mercancías, señalando expresamente que *se castigará, asimismo, con la misma pena indicada en los incisos anteriores, a los consignantes de mercaderías que salen del país, que presenten documentos falsos, adulterados o parcializados, para servir de base a la confección de las declaraciones, determinándose a través de ellos la clasificación o valor de las mercancías.*

Adicionalmente a la creación de la nueva figura de contrabando de exportación, el inciso sexto del nuevo artículo 60 quinquies de Código Tributario (para los productos afectos a impuestos específicos) y del también nuevo artículo 13 bis del D.L. N°828 del Ministerio de Hacienda (impuesto específico al tabaco), añaden una nueva conducta sancionada como contrabando, en el marco del programa de trazabilidad fiscal³⁰ destinado a controlar la aplicación de los impuestos específicos a ciertos bienes gravados, principalmente tabaco y minerales.

Señala esta nueva figura que: *los productos o artículos gravados de acuerdo a las leyes respectivas, no podrán ser extraídos de los recintos de depósito aduanero ni de los locales o recintos particulares para el depósito de mercancías habilitados por el Director Nacional de Aduanas de conformidad al artículo 109 de la Ordenanza de Aduanas, ni de las fábricas, bodegas o depósitos, sin que los contribuyentes de que se trate hayan dado cumplimiento a la obligación que establece este artículo. En caso de incumplimiento, se considerará que tales bienes han sido vendidos o importados clandestinamente, incurriéndose en este último caso en el delito de contrabando previsto en el artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, salvo que se acredite haber pagado el impuesto de que se trate, antes de la notificación de la infracción.*

29 MATUS, ob. cit., p. 162.

30 Artículo 60 quinquies del Código Tributario y 13 bis del DL 828 disponen, en su inciso primero, que *los productores, fabricantes, importadores, elaboradores, envasadores, distribuidores y comerciantes de bienes afectos a impuestos específicos, que el Servicio de Impuestos Internos determine mediante resolución, deberán incorporar o aplicar a tales bienes o productos, sus envases, paquetes o envoltorios, un sistema de marcación consistente en un sello, marca, estampilla, rótulo, faja u otro elemento distintivo, como medida de control y resguardo del interés fiscal. La información electrónica para la trazabilidad originada en el sistema de marcación referido anteriormente será proporcionada al Servicio mediante los sistemas informáticos que éste disponga con arreglo al presente artículo.*

“Vendidos (o importados) clandestinamente” dice la norma, haciendo referencia a la actividad comercial que se realiza *“al margen del control y fiscalización de los órganos fiscalizadores de este tipo de actividades, eludiendo las exigencias de contar con los permisos, pago de derechos y otros propios de la actividad y, por lo mismo, incumpliendo normativas aduaneras, municipales y tributarias”*³¹. En específico, entenderemos que hace referencia a la figura de comercio clandestino del artículo 97 N°9, teniendo presente que la clandestinidad no es sólo sinónimo de “secreto” u “oculto”, sino que dice relación con el no cumplimiento de ciertas obligaciones accesorias³² que la ley impone, eludiendo en este caso la exigencia de aplicar a los productos un sistema de marcación para el control y fiscalización por parte de la autoridad.

Entonces, se considerará como venta clandestina la extracción de productos desde las fábricas, bodegas o depósitos, sin que éstos lleven incorporado el sistema de marcación que permita su trazabilidad. Por su parte, se incurrirá en el delito de contrabando, cuando se trate de mercancía extraída sin la mencionada marcación, desde un recinto de depósito aduanero o local o recinto particular destinado para el depósito de mercancías habilitados por el Director Nacional de Aduanas y, a su respecto, se aplicarán las sanciones de acuerdo a las penas contempladas en el artículo 178 de la Ordenanza de Aduanas.

En concordancia con el aumento del control del pago de los impuestos específicos, la agravante de pena que el inciso tercero del artículo 178 contempla para los reincidentes en cuanto a la no aplicación de pena exclusivamente pecuniaria, se extiende además para aquellos casos que se trate de *mercancía afecta a tributación especial o adicional*, y establece además que, tanto para dichos casos como para los reincidentes, *la pena establecida en el numeral 1 (es decir, presidio menor en sus grados mínimo a medio), se aplicará aumentada en un grado*.

4. Abuso de formas jurídicas

Dentro de los objetivos de la Reforma, dijimos que está el aumento de medidas para combatir la evasión y elusión. La distinción entre ambos conceptos suponía que la primera era una conducta destinada a disminuir la base imponible mediante prácticas ilícitas, como adulteración o falsificación de antecedentes; mientras la segunda se entendía como el uso de maniobras lícitas, enmarcadas en la ley, para conseguir una rebaja en la base imponible o no pagar impuestos. Con la Reforma, este concepto de elusión como conducta lícita cambia, pasando a ser un hecho administrativamente sancionado. Los nuevos artículos del Código Tributario del 4 bis al 4 quinquies estable-

31 Fallo dictado por el Tribunal Oral de Antofagasta con fecha 16 de julio de 2005 en investigación RUC 0400160762-1.

32 Accesorias al pago de impuestos.

cen la normativa “anti elusión”³³ y distingue entre las conductas de abuso y simulación:

Se entenderá que existe abuso en materia tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso.

- a. *Se entenderá que existe simulación, para efectos tributarios, cuando los actos y negocios jurídicos de que se trate disimulen la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento.*
- b. Si bien la intención del legislador de sancionar el abuso de las formas jurídicas y la simulación en materia tributaria no deja de ser algo positivo, plantea el problema de tener que hacer frente a posibles alegaciones mediante las cuales se pretendiera sostener que, en virtud de la reforma, las conductas que tiendan a la *disminución de la base imponible* o a *disimular su verdadero monto*, como las sancionadas en el inciso 1° del artículo 97 N°4 del Código Tributario, pasan a ser elusión, y por lo tanto dejan de ser delictivas, lo que evidentemente será materia de interpretación y solución a partir del análisis de los elementos subjetivos, atendiendo a la malicia con que es realizada la conducta³⁴, sin perjuicio que la coexistencia normativa de ambos tipos de ilícitos, deja en evidencia que el propósito de la ley no es necesariamente privilegiar uno sobre el otro, luego, la específica determinación del ámbito de aplicación de ambos ilícitos deberá construirse por la jurisprudencia nacional.

Resulta importante señalar con respecto a esta figura, y en relación al problema recientemente planteado, que a pesar de ser una hipótesis de elusión, no serán aplicables a su respecto las disposiciones relativas a la declaratoria que, a solicitud del Director del SII, deberá realizar el Tribunal Tributario y Aduanero, ni al monto de la diferencia de impuestos mínima requerida para que el Director del SII pueda solicitar la mencionada declaratoria³⁵. La

33 Al tratarse de una infracción administrativa, el Código otorga amplias facultades al SII en esta materia, como por ejemplo, señala que: “*el Servicio deberá reconocer la buena fe de los contribuyentes*”; “*corresponderá al Servicio probar la existencia de abuso o simulación*”; y establece que *el abuso o simulación serán declarados por el Tribunal Tributario y Aduanero competente*, a requerimiento del Director del SII.

34 En el mismo sentido, MATUS ob. cit., págs. 166-168.

35 “*Artículo 4° quinquies: La existencia del abuso o de la simulación a que se refieren los artículos 4° ter y 4° quáter será declarada, a requerimiento del Director, por el Tribunal Tributario y*

misma ley lo señala expresamente en el artículo 4 bis del Código Tributario cuando dispone que, *en los casos en que sea aplicable una norma especial para evitar la elusión, las consecuencias jurídicas se regirán por dicha disposición y no por los artículos 4° ter y 4° quáter.*

5. Sanción por la incorporación dolosa de bienes o rentas de terceros en la declaración sobre repatriación de capitales extranjeros (disposición transitoria)

Finalmente, nos referiremos a un tipo penal con carácter transitorio o temporal, dictado para que rija durante un determinado período de tiempo, entre el 1 de enero de 2015 y el 31 de diciembre del mismo año. Esta norma viene a regular el paso de la antigua a la nueva legislación tributaria, en el contexto del sistema voluntario y extraordinario de declaración de bienes o rentas que se encuentren en el extranjero que fija el artículo 24 transitorio de la Ley 20.780. El numeral 6 del mencionado artículo, señala que *aquellos contribuyentes que maliciosamente y con infracción a las disposiciones de este artículo incluyan en su propia declaración bienes o rentas de terceros, serán sancionados con multa del tres-*

Aduanero competente, de conformidad al procedimiento establecido en el artículo 160 bis.

Esta declaración sólo podrá ser requerida en la medida que el monto de las diferencias de impuestos determinadas provisoriamente por el Servicio al contribuyente respectivo, exceda la cantidad equivalente a 250 unidades tributarias mensuales a la fecha de la presentación del requerimiento.

Previo a la solicitud de declaración de abuso o simulación y para los efectos de fundar el ejercicio de ésta, el Servicio deberá citar al contribuyente en los términos del artículo 63, pudiendo solicitarle los antecedentes que considere necesarios y pertinentes, incluidos aquellos que sirvan para el establecimiento de la multa del artículo 100 bis. No se aplicarán en este procedimiento los plazos del artículo 59.

El Director deberá solicitar la declaración de abuso o simulación al Tribunal Tributario y Aduanero dentro de los nueve meses siguientes a la contestación de la citación a que se refiere el inciso anterior. El mismo plazo se aplicará en caso de no mediar contestación, el que se contará desde la respectiva citación. El precitado término no se aplicará cuando el remanente de plazo de prescripción de la obligación tributaria sea menor, en cuyo caso se aplicará éste último. Terminado este plazo, el Director no podrá solicitar la declaración de abuso o simulación respecto del caso por el que se citó al contribuyente o asesor.

Durante el tiempo transcurrido entre la fecha en que se solicite la declaración de abuso o simulación, hasta la resolución que la resuelva, se suspenderá el cómputo de los plazos establecidos en los artículos 200 y 201.

En caso que se establezca la existencia de abuso o simulación para fines tributarios, el Tribunal Tributario y Aduanero deberá así declararlo en la resolución que dicte al efecto, dejando en ella constancia de los actos jurídicos abusivos o simulados, de los antecedentes de hecho y de derecho en que funda dicha calificación, determinando en la misma resolución el monto del impuesto que resulte adeudado, con los respectivos reajustes, intereses penales y multas, ordenando al Servicio emitir la liquidación, giro o resolución que corresponda. Lo anterior, sin perjuicio de los recursos que, de acuerdo al artículo 160 bis, puedan deducir el Servicio, el contribuyente o quien resulte sancionado con las multas que pudieren aplicarse”.

cientos por ciento del valor de los bienes o rentas de que se trate, determinado según el numeral 7 de este artículo, y con presidio menor en sus grados medio a máximo.

Al respecto, cabe preguntarse por la aplicación del artículo 18 incisos segundo y tercero del Código Penal³⁶, en cuanto a que la aplicación de esta norma para sancionar un hecho ocurrido dentro de su período de vigencia, pero cuya sentencia se dicte una vez que ésta ha cesado de regir. La respuesta tendrá que ser negativa, de lo contrario las leyes temporales carecerían de sentido. Don Enrique Cury señala que en el caso de las leyes temporales no hay una revaloración del hecho una vez que la norma ha cesado de regir, el disvalor de la conducta fue dado por las circunstancias en que ésta se ejecuta y el hecho de que la norma haya cesado de regir se debe a una modificación en dichas circunstancias, pero no a una revaloración del hecho que se produzca cuando ellas todavía persistían. Por ello es que no se dan los presupuestos de fondo para la aplicación del artículo 18 incisos segundo y tercero del Código Penal y por lo tanto el delito perpetrado durante la vigencia de la ley temporal, deberá ser castigado conforme a lo que dicha norma dispone, cualquiera sea el tiempo en que se pronuncie la sentencia y sin que ésta sea susceptible de modificación posterior³⁷.

36 *Art. 18. Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.*

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte.

En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades.

37 CURY, Enrique. "Derecho Penal. Parte General", 8^{va} edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. p. 232-233.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD
PENAL ADOLESCENTE
Y DELITOS VIOLENTOS

SUSTRACCIÓN DE MENORES: UNA MIRADA DESDE LA DOGMÁTICA Y LA JURISPRUDENCIA

*Alejandra Vera Azócar*¹

“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierran la tierra y el mar: por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida”².

I. Aspectos preliminares

El Código Penal contempla en su Título III del Libro II, párrafo N°3, bajo la nomenclatura de “Crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares”, a dos de los principales delitos que afectan la libertad individual y la facultad de autodeterminación; esto es, el secuestro y la sustracción de menores.

No es extraña la ubicación que efectúa el legislador en el estatuto penal, bajo el título de “Crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución”, pues efectivamente, estos delitos constituyen atentados que afectan la libertad individual, garantía que está recogida en nuestra Carta Fundamental, en el artículo 19 N°7, y que consagra la libertad ambulatoria o de movimiento, preceptuando que “la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia:

- a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”.

Esta garantía constitucional puede afectarse a través de un ataque directo contra la libertad de movimiento, en cuyo caso encontramos los delitos de secuestro y sustracción de menores, o mediante la violación de las garantías procesales que regulan las limitaciones a la libertad individual, atentado en el

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

2 DE CERVANTES SAAVEDRA, MIGUEL. *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, décima edición, Barcelona, Espasa Libros S.L.U., 2012, capítulo LVIII, p. 792.

que incluimos a los ilícitos de detenciones irregulares, violación de prerrogativas y las condenas irregulares.

En este estudio, nos centraremos en el delito de sustracción de menores, al que algunos autores han denominado “plagio” y que ha tenido una disímil regulación en el derecho comparado, ya sea considerándolo un delito contra la libertad personal, un atentado contra la familia, o como una forma especialmente agravada del delito de secuestro.

Lo cierto es que cualquiera sea la posición que se adopte, coincidimos en que se trata de un grave atentado en contra de la libertad y seguridad del menor, que lo priva de su facultad de autodeterminación, al impedirle decidir donde permanecer o hacia donde trasladarse.

Si bien este delito deviene desde el primer Código Penal chileno, y a pesar de que su texto ha sido objeto de varias modificaciones para facilitar su aplicación, aún las cuestiones relativas a su naturaleza, fundamento e interpretación, siguen siendo debatidas en sede doctrinal y jurisprudencial. Así, entre otras, se mantienen las discusiones en torno a lo que debe entenderse por sustracción; a la calidad de sujeto activo y pasivo que requiere este delito; al eventual consentimiento que puede dar el menor para la sustracción y su funcionalidad como atipicidad de la conducta; y a la aplicación de la atenuante contemplada en el artículo 142 bis del Código Penal.

Todas estas cuestiones motivaron el estudio de la norma y la elaboración del presente artículo, el cual persigue ilustrar acerca de las interpretaciones y formas en que han sido tratadas estas temáticas por la dogmática y la solución que de ellas ha planteado la jurisprudencia, sin pretender en caso alguno abordar todas las dificultades que presenta este tipo penal o zanjar las diversas problemáticas que de la aplicación del mismo se desprenden, sino que entregar al lector herramientas suficientes que le permitan formarse una posición respecto a los nudos críticos que contempla esta figura, como asimismo, ir adelantando algunas discusiones que pueden avizorarse desde ya en un próximo escenario, en que se evalúe la hermenéutica y la redacción de este delito, actualizándolo a las nuevas formas de comisión que pueden presentarse, fundamentalmente ad portas de la confección de un nuevo Código Penal.

II. Análisis del tipo penal de Sustracción de Menores del artículo 142 del Código Penal

1. Conceptualización de la sustracción

Recurriendo a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, es posible patentizar que el legislador, ya desde un primer momento en el Código Penal

de 1874, al reglamentar el delito de secuestro y de sustracción de menores, no utilizó los mismos verbos rectores, sino que por el contrario, estableció términos diversos al referirse a esos tipos penales, señalando que comete el delito de secuestro del artículo 141 del Código Penal, quien sin derecho “encerrar” o “detuviere” a otro, mientras que, tratándose de menores de veinte años, la conducta a sancionar es la “sustracción”, distinguiéndose en este primer estatuto penal, si es menor de diez años o mayor de esa edad y menor de veinte años, para los efectos de la penalidad³.

Esta reglamentación disímil se ha mantenido en nuestro ordenamiento jurídico, verificándose incluso que, a pesar de que el tipo penal del artículo 142 del Código Penal ha sido objeto de múltiples modificaciones, ha subsistido la utilización del verbo rector “sustracción” como núcleo central de la conducta a sancionar, diferenciándose así de la terminología empleada en el delito de secuestro. De esta forma, si bien podría sostenerse que el interés jurídico relevante en ambos delitos se relaciona con la libertad ambulatoria, en el caso de la sustracción de menores, el bien jurídico previsto por el legislador como digno de protección se relaciona con el ámbito de protección del menor, toda vez que se entiende que respecto de aquellos la concepción de libertad no opera de la misma manera que en el caso de un adulto, considerándose que éstos poseen una libertad potencial, la cual se concibe “potencialmente” porque como individuo tiene la facultad de desplazarse, pero a su vez, no es menos cierto que igualmente resulta dificultoso sostener la existencia de libertad del menor, piénsese por ejemplo, en un lactante o en un niño preescolar, cuya libertad es difícil de visualizar.

Este razonamiento fue tenido a la vista por el legislador y conllevó a que finalmente no utilizara en esta figura los verbos rectores de “encerrar” o “detener”, sino que se inclinara por la terminología de “sustracción”, considerando que el estándar regular y en la generalidad de los casos, los menores se encontrarán bajo el cuidado de sus padres o tutores, por lo que la conducta a sancionar se configurará al arrebatarlo de esta esfera de cuidado.

Asimismo, analizando la exégesis desde el punto de vista de la significación del vocablo utilizado, cabe señalar que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española entiende por sustracción a la “acción y efecto de sustraer” y por sustraer se concibe “apartar, separar”, dando cuenta de que la noción en comento se relaciona con la idea de extraer, alejar o quitar algo.

En esta línea se ha pronunciado la doctrina, la que mayormente considera que el verbo rector “sustraer” se relaciona con la idea de apartar al menor de la

3 Código Penal, 1874, Art. 142: “La sustracción de un menor de diez años será castigada con presidio mayor en cualquiera de sus grados. Si el sustraído fuere mayor de diez i menor de veinte años, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados”.

esfera de cuidado y dependencia de sus padres o cuidadores. En este sentido se pronuncian, entre otros, Gustavo Labatut para quien “sustraer significa apartar al menor de la esfera de cuidado y vigilancia en que se encuentra, permanente, transitoria o accidentalmente, y sea que la custodia emane de una situación de hecho o de derecho (padres, guardadores, maestros, niñeras, etc.)”⁴; Politoff, Matus y Ramírez que señalan que la sustracción significa básicamente “sacar al menor de la esfera de resguardo en que se encontraba, teniendo como primer objeto de protección su seguridad individual y, en un segundo plano, su libertad ambulatoria y los derechos de custodia o patria potestad de las personas que lo tienen a su cargo”⁵; Vivian Bullemore al indicar que sustraer “implica extraer al menor de la esfera de resguardo o custodia que ejercen quienes lo tienen a su cargo (padres, tutores o guardadores)... la sustracción del menor para el solo fin de dejarlo fuera de la esfera de custodia de los padres satisface el tipo penal”⁶; Etcheberry que coincide afirmando que el referido término “indica la idea de quitar al menor de la esfera de cuidado y dependencia en que se encuentra (generalmente, la de sus padres o guardadores)”⁷; Garrido Montt, refiriendo que “el comportamiento prohibido es sustraer a un menor de edad, sacarlo de la esfera de custodia en que se encuentra”⁸; Puig Peña, por su parte, declara que por sustracción debe entenderse “el arrebato material del menor de la esfera de la protección de los padres y guardadores”⁹; y Edgardo De Roura Moreno sostiene que “sustraer significa sacar de la esfera de custodia en que se encuentra y que corresponde a los padres, tutores o encargados. Lo que se reprime es el simple hecho de sacar al menor de esa esfera, aunque luego el autor no lo retenga”¹⁰.

Se ha discutido cuál es el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores, indicándose al respecto que se trataría de una forma especial de secuestro, de un delito contra la familia, o de un ilícito contra la libertad personal. Mayormente, se sostiene que este tipo penal protege tanto la seguridad del menor como su libertad ambulatoria y la patria potestad o custodia vigen-

-
- 4 LABATUT, GUSTAVO. *Derecho Penal*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, Tomo II, p. 33.
 - 5 POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte Especial. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 204.
 - 6 BULLEMORE, VIVIAN, MACKINNON, JOHN. *Curso de Derecho Penal*, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2011, Tomo III, p. 119.
 - 7 ETCHEBERRY, ALFREDO. *Derecho Penal*, Parte Especial, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998, Tomo III, p. 211.
 - 8 GARRIDO MONTT, MARIO. *Derecho Penal*, Parte Especial, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, Tomo III, p. 397.
 - 9 PUIG PEÑA. *Derecho Penal Parte Especial*, quinta edición, Barcelona, Descó, 1960, Volumen Segundo.
 - 10 DE ROURA MORENO, EDGARDO. *Derecho Penal Parte Especial*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Perrot, 1955, p. 213.

tes en Derecho¹¹. En este ámbito, Politoff, Matus y Ramírez, señalan que el bien jurídico sería “la seguridad como presupuesto de la libertad en general, y en forma especial como presupuesto de la libertad ambulatoria del menor”.

Por otro lado, atendido que la mayoría de los autores coincide en que la sustracción está dirigida a la protección y esfera de resguardo del menor, el problema que se ha suscitado es lo que ocurre con los menores que no cuentan con la dependencia o custodia jurídica ni de hecho que sostiene el concepto, v.gr., los niños en situación de calle o vagancia, respecto a los cuales el verbo rector resulta discutible, al no estar sometidos a la potestad familiar o jurídica a la que generalmente los menores están sometidos. Se ha sostenido que en dichos casos la sustracción consistirá en conductas muy parecidas al secuestro, esto es; encierro o detención, toda vez que tratándose de este tipo de sujetos no concurre la afectación de las facultades propias que los padres, tutores o guardadores tienen a su respecto. Así, Etcheberry indica que “tratándose de los menores que no están en tal dependencia ni jurídicamente ni de hecho, la sustracción consistirá en conductas muy parecidas al secuestro: encierro o detención”¹². Coincidiendo con dicho autor, Garrido Montt sostiene que “respecto de menores adolescentes no sujetos a custodia jurídica ni de hecho –y que muchas veces se dedican a la vagancia– la noción sustraer puede ser discutible y, como bien comenta Etcheberry, la conducta en estos casos es muy parecida a la del secuestro: encerrar o detener. Sectores de la doctrina estiman que este delito afecta directamente a la seguridad del menor como presupuesto de la libertad en sentido amplio, sobre todo de la ambulatoria”¹³.

En contra de esta posición, se han levantado algunas voces de autores que señalan que la aplicación de un delito de secuestro versus el delito de sustracción de menores, no puede responder simplemente al rango etario que tenga el sujeto pasivo, sino que dependerá de la conducta que en definitiva se ejecute, no pudiendo asimilarse o identificarse el verbo rector “sustracción”, con el “encierro” o la “detención”, toda vez que se trataría de términos que envuelven conductas distintas, y “si en efecto la sustracción de menores no fuera más que un secuestro calificado por la edad de la víctima, el artículo 142 lo habría dicho con toda claridad... pero no es éste el caso: la ley ha empleado conceptos significativamente diferentes”¹⁴.

En efecto, este criterio se sustenta en que el término sustracción se identifica fundamentalmente con los niños pequeños, a quienes no se les reconoce

11 BULLEMORE, VIVIAN. *Tratado de Jurisprudencia y Doctrina*, Editorial Thomson Reuters, 2001, Tomo I, p. 268.

12 ETCHEBERRY, ob. cit.

13 GARRRIDO MONTT, ob. cit.

14 HERNÁNDEZ, HÉCTOR. Informe en Derecho relativo a la sustracción de menores a propósito de causa RUC 1310003435-8, 2015, p. 4.

ningún grado de libertad ambulatoria, entendiéndose que carecen de ella al encontrarse sujetos a la custodia de otra persona, ergo, mal podría hablarse a su respecto de privación de libertad y sólo cabe que puedan ser sustraídos de dicha custodia. De esta forma, los casos en que no existe sustracción, sino privación de libertad mediante el encierro o la detención, como es el caso de los niños vagos que no se encuentran bajo la esfera de custodia o vigilancia de una persona, no configuran el tipo penal de sustracción de menores y deben ser abarcados por el delito de secuestro del artículo 141 del Código Penal, toda vez que se trata de menores que gozan de autonomía ambulatoria –aunque pudiera sostenerse que ésta no es plena todavía, pues desde el momento en que existe una autonomía ambulatoria ya no existe un “esfera de resguardo” –, que son libres para desplazarse por su propia decisión, sin tener que depender de sus custodios. Así las cosas, cuando el sujeto goza de libertad lo único que puede ocurrirle es que sea privado de ella, por tanto, ejecutándose el núcleo de la figura de secuestro, esto es el encierro o la detención, el tipo penal aplicable será el secuestro, no pudiendo sostenerse su improcedencia basado meramente en el rango etario del sujeto pasivo, máxime si se verifica que el legislador no impuso ninguna restricción relativa a la edad de la víctima en la norma del artículo 141 del Código Punitivo, que lo podría tornar inaplicable¹⁵.

En consecuencia, si bien la postura clásica, que sustenta que el tipo penal aplicable estará supeditado a la edad que tenga la víctima, y que por tanto, un menor de dieciocho años no puede ser sujeto pasivo del delito de secuestro, es la que cuenta con una mayor cantidad de adherentes –máxime si en virtud del principio de especialidad se entiende que el legislador contempló a su respecto un delito propio y específico–, actualmente, no resulta tan antojadizo aventurar un escenario en que se levante con mayor énfasis la postura relativa a considerar que el verbo rector “sustracción”, tal como ya lo analizamos latamente, se vincula a extraer al menor de la esfera de protección y resguardo que ejercen los que lo tienen a su cargo, por tanto, en aquellos casos en que no se cuente con esta patria potestad o custodia, tales como la situación de los niños vagos, no puede pretenderse interpretar ampliamente el término sustracción, con el objetivo de que abarque conductas como el encierro o la detención, lo que conllevará a que en esas situaciones el tipo penal aplicable sea el de secuestro, ilícito al cual el legislador no le impuso ningún tipo de restricción etaria que torne inaplicable la norma.

Lo anterior, no resulta baladí, pues la postura a la que se adscriba resultará fundamental para los efectos de determinar la penalidad. Así, la pena a imponer en la figura básica de sustracción de menores es considerablemente mayor que la que contempla el secuestro simple o no agravado, por cuanto, la pri-

15 Ibid.

mera conlleva una pena de crimen, al estar sancionada con presidio mayor en su grado medio a máximo (10 años y un día a 20 años), mientras que el segundo importa un simple delito que se castiga con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años). Este marco penal se justifica por los bienes jurídicos que están en juego, en que tratándose de la sustracción, además de la libertad, se contempla a la seguridad del menor, lo que conllevó a que el legislador haya estimado necesario establecer una pena más elevada a su respecto.

Ahora bien, sin perjuicio de la postura que se adopte en cuanto al tipo penal aplicable para el caso de un menor que goza de una relativa o de cierta libertad ambulatoria al no estar bajo la esfera de custodia o resguardo de sus padres o cuidadores, lo cierto es que la doctrina coincide mayoritariamente en que en estos casos, ya sea en la sustracción o en el secuestro, los verbos rectores aplicables serán el “encierro” o la “detención”, lo que nos hace centrar el análisis en la profundización de la hermenéutica de cada uno de esos vocablos, de manera que ello nos permita determinar cuándo una conducta se circunscribirá en uno u otro de los referidos verbos rectores.

Antes de comenzar a interiorizarnos a este respecto, lo que se efectuará en el acápite siguiente, conviene dejar asentado desde ya, que la sustracción puede identificarse no sólo con el encierro o la detención, sino que además puede comprender otras conductas que impliquen sacar al menor de la esfera de resguardo, tales como el engaño o la inducción. Este razonamiento ha sido sostenido por la jurisprudencia, así, la sentencia del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, afirma que la conducta sustraer *“puede coincidir con la de secuestro (detener o encerrar), pero abarcar también otras formas que supongan hacer salir de aquel ámbito de custodia, como el engaño e incluso la inducción...”*¹⁶.

También, la sentencia del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, admite al engaño como una modalidad de sustracción, indicando que *“en la especie, se manifiesta una total y completa falta de consentimiento de éste en el actuar de las acusadas. Lo anterior, partiendo de la base que el ilícito pudo perfeccionarse mediando una maquinación tendiente a engañarlo, materializada en inventarle al niño, durante todas las fases previamente analizadas, que lo requerían con el fin de hacer un video de regalo a su madre. Al final del día, se mantiene el engaño al señalarle, que se iba a juntar con sus padres en un restaurante. De tal manera, que las actividades concretas realizadas por las agentes –dentro de las cuales se encuentra aquella consistente en realizar los llamados para negociar la entrega del dinero, que nunca fueron oídas por el niño– siempre tuvieron como base el mantenimiento del engaño al niño para que éste no se diera cuenta de lo sucedido,*

16 Sentencia del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 11 de junio de 2013, causa RUC 1200492990-8.

situación que ratifica la completa falta de consentimiento señalado... Pues bien, dentro de los hechos acaecidos el día 17 de enero de 2007, se ha podido tener por cierto, que las acusadas, en ningún momento hicieron uso de la fuerza física con el objeto de materializar el delito en cuestión. Recordemos que, como se dijo en su oportunidad y como se señalará al analizar la agravante invocada por el instructor, no existe ningún elemento probatorio que haya permitido tener un atisbo siquiera de convencimiento respecto a la existencia de daño físico ocasionado producto de la sustracción. Por otro lado, no existió tampoco fuerza moral –entendida esta como amenazas o presiones de alguna índole– con el fin de que el niño los acompañara fuera del edificio en donde tiene su domicilio. Todo el actuar de las agentes obedeció a la confección y puesta en marcha de una maquinación tendiente a engañar al niño, haciéndose pasar por amigas de su madre, embaucándolo en un ambiente propio del ardid, utilizando a su favor su situación de minoridad e ingenuidad”¹⁷.

Lo anterior, no resulta ser un criterio reciente, pues ya un fallo del mes de septiembre de 1956, había condenado a la acusada como autora del delito de sustracción, toda vez que *“sí ha quedado establecido que mediante engaño obtuvo su entrega y luego huyó con él”¹⁸.*

Así las cosas, “puede ejercerse respecto del menor, violencia física o moral. La primera constriñe corporalmente al menor y lo priva de su libertad de permanecer o trasladarse de un lugar a otro. La segunda, lo obliga a seguir al autor de su sustracción por temor. También pueden usarse licores, narcóticos o hipnotizar al menor a fin de producir un estado de privación de libertad.

Además, puede configurarse como medio de comisión el fraude, el que puede consistir en maquinaciones, promesas, trampas tendidas a la inexperiencia de la juventud, como por ejemplo si el hechor utiliza el nombre y autoridad de la familia”¹⁹.

2. Encierro o detención

No ha existido mayor discusión en orden a entender que el término “encierro” involucra colocar o retener a una persona en un recinto cerrado del que no pueda salir o escapar, “aunque dicho espacio tenga salidas, que el encerrado no conoce o que su utilización sea para éste peligrosa o inexigible”²⁰. En este sentido, la doctrina mayoritaria ha entendido que el “encierro” es “la colocación

17 Sentencia del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 13 de septiembre de 2007, RUC 070048961-6.

18 R.D.J. Año 1956, Tomo LII, Segunda Parte, sección cuarta, p. 129. Apud, sentencia del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 13 de septiembre de 2007, RUC 070048961-6.

19 Sentencia del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 13 de septiembre de 2007, RUC 070048961-6.

20 BULLEMORE, VIVIAN, *Tratado de Jurisprudencia y Doctrina*, ob. cit., p. 260.

(o mantenimiento si ya estaba allí) de una persona en un recinto cerrado, o al menos limitado, del cual no puede salir a voluntad, o en todo caso no puede hacerlo sin grave riesgo para su persona, su pudor, etc. No es esencial que el sujeto llegue a estar en la imposibilidad absoluta de salir: siempre hay “encierro”, aunque la víctima pueda derribar la puerta a golpes o descubrir el mecanismo oculto que permite abrirla”²¹. Además, agrega Labatut, existe encierro cuando se retiene a una persona en un lugar de donde no pueda escapar o comunicarse con otras personas.

El hecho de que la víctima conserve su libertad de movimiento dentro de ciertos límites, no impide que haya privación de libertad, pues “puede existir un desplazamiento a través del espacio y siempre existir encierro, como si se encierra a una persona en el camarote de un barco que navega, o en un vagón de ferrocarril o un automóvil en movimientos (en estos casos la sola colocación de la persona en uno de dichos vehículos contra su voluntad ya supone “encierro”, pues no puede abandonar el recinto sin grave riesgo)”²².

Por su parte, se ha sostenido que el concepto “detención” es residual y se encuentra en una relación de género-especie con el encierro al tener un significado más amplio que éste. De esta forma, detención es la “aprehensión de una persona, acompañada de la privación de su libertad”²³, lo que le impide ejercer su libertad de movimiento y comprende todas las formas de privación de libertad que no constituyan encerrar. En ello armoniza Bullemore, señalando que detener “es la aprehensión de una persona, acompañada de la privación de libertad, consistente en obligar a una persona a estar en un lugar, contra su voluntad, privándosela de su libertad ambulatoria, mediante su aprehensión, y que no consista en un encierro”²⁴.

Si bien estos conceptos han sido abordados dogmáticamente respecto al delito de secuestro, conforme a lo indicado en el acápite relativo a la conceptualización del verbo rector “sustraer”, la doctrina clásica ha entendido que tratándose de menores que no están sujetos a custodia jurídica ni de hecho, la sustracción se asimilará a conductas similares a las que se ejecutan en el delito de secuestro, esto es, de acuerdo al inciso primero del artículo 141 del Código Penal, al encierro o la detención, por lo tanto, estimamos perfectamente aplicables los alcances aquí abordados en torno a esos verbos rectores, para el caso de la sustracción de menores frente a esas hipótesis.

21 ETCHEBERRY, ob. cit.

22 Ibid.

23 POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 194.

24 BULLEMORE, ob. cit.

3. Sujeto activo y sujeto pasivo del delito de sustracción de menores

En cuanto al sujeto activo, estamos contestes en que al tratarse de un delito común que no contempla un sujeto activo calificado, no es posible restringir la posibilidad de ejecución a determinados individuos, lo que importará que sujeto activo puede ser cualquier persona, pero debe tratarse de un particular, pues tratándose de un funcionario público que obra en tal calidad, el tipo penal corresponderá al de detenciones ilegales del artículo 148 del Código Penal.

El problema que se suscita en este punto está dado por el rol de sujeto activo que puede tener uno de los padres del menor o de las personas que están a su cargo. En este ámbito, la doctrina alemana e italiana admiten como sujetos activos a alguno de los padres del menor, pero en nuestro derecho, si bien la posición no es pacífica, mayoritariamente se ha sostenido que los progenitores no pueden ser sujetos activos de este delito, así lo han afirmado autores como Etcheberry, para quien “lo elevado de la penalidad contemplada, y el hecho de que se señale como circunstancia atenuante del delito la de devolver al menor “a sus padres”, parece indicar que en concepto del legislador este delito no puede tener como sujeto activo a uno de los padres, ya que la atenuante no se restringe a aquel de los padres que tenga encomendado el cuidado de la persona del menor, sino que comprende la entrega a cualquiera de ellos”²⁵. Labatut, afirma que la posibilidad de que el autor de este delito sea tanto un extraño como alguno de los padres es aplicable para Italia y Alemania, pero no para nuestra legislación “en que este delito constituye un gravísimo atentado contra la libertad personal”²⁶. Por su parte, Bullemore, menciona que “tratándose de los padres, se estima que pueden incurrir en otros delitos diversos (desacato u otros delitos contra el estado civil)”²⁷. Finalmente, Politoff, Matus y Ramírez, afirman que “sujeto activo puede ser cualquiera, menos quien tenga a su cargo la seguridad del menor... Así, ni los padres ni los tutores o guardadores legales pueden cometer este delito”²⁸.

Ahora bien, cabe señalar que este criterio de exclusión de los progenitores como autores de este delito, se basa fundamentalmente en la interpretación de la atenuante especial, consistente en devolver al menor a sus padres antes de iniciarse el procedimiento judicial. Sin embargo, esta interpretación, ajustada en su momento al texto legal, actualmente no puede ser sustentada, toda vez que dicha norma sufrió una modificación legal a partir de la Ley N°19.241 de 28 de agosto de 1993, que fijó el texto del actual artículo 142 bis, supri-

25 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 212.

26 LABATUT, ob. cit.

27 BULLEMORE, VIVIAN, MACKINNON, JOHN. *Curso de Derecho Penal*, ob. cit.

28 POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 203.

miendo la referencia de devolución del menor sustraído a los “padres” que anteriormente se efectuaba, y estableciendo simplemente que la rebaja en la penalidad operará si el ofendido es devuelto libre de todo daño, sin distinguir a quien se efectúa esta devolución, estableciéndose al respecto que “si los partícipes en los delitos de secuestro de una persona o de sustracción de un menor, antes de cumplirse cualquiera de las condiciones exigidas por los secuestradores para devolver a la víctima, la devolvieren libre de todo daño, la pena asignada al delito se rebajará en dos grados”. De esta forma, si el criterio para excluir como agente a los padres estaba basado en el anterior texto de la ley, puede entenderse a contrario sensu, que efectuada la modificación legal no existirían mayores argumentos para afirmar que los padres no pueden ser sujetos activos.

En esta línea se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Temuco, que confirma la sentencia que condenó a un padre como autor del delito de sustracción de menores, ejecutado respecto de su hijo, sosteniendo que *“es una cuestión no pacífica, tanto en doctrina como en nuestra jurisprudencia, la circunstancia de quién puede revestir el carácter de sujeto activo en la comisión del delito de sustracción de menor. Que según la defensa del acusado, éste no podría tener la calidad de sujeto activo en el delito que se le imputó, ya que probado está que aquél es el padre del menor ofendido y por ende su actuar sería atípico, puesto que el artículo 142 del Código Penal, excluye la posibilidad que tal ascendiente pueda cometer dicho ilícito.*

Que el artículo 142 del Código Penal ha sufrido una serie de modificaciones en su texto original. La última de ellas, fue la ley 19.241 de 28 de agosto de 1993, que fijó su actual texto. Cabe hacer notar, que dicha norma contemplaba una atenuante especial, consistente en que si antes de iniciarse el procedimiento judicial, el agente devolvía voluntariamente al menor sustraído libre de todo daño a sus padres o a otras personas que señalaba, se le podía sancionar con una pena inferior a la indicada para tal ilícito.

Que tal modificación legal... constituía un argumento de texto para sostener que en virtud de tal atenuante los padres no podían revestir la calidad de sujeto activo de dicho delito... Que, en consecuencia, el actual artículo 142 del Código Penal, constituye en cuanto a la persona que puede revestir la calidad de autor, un tipo abierto, que ya no está restringido a ciertas o determinadas personas.

Que a mayor abundamiento y en concordancia con el principio de tipicidad que rige en el derecho penal, en virtud del cual los actos de las personas para que puedan ser sancionados con una pena, deben estar descritos por una ley penal; cuando el legislador ha querido restringir su comisión a determinados sujetos o que éstos revistan ciertas calidades lo ha dicho expresamente...”²⁹.

29 Sentencia Corte de Apelaciones, 23 de diciembre de 2008, Rol N°1192-08.

Por otro lado, no considerar a los padres como sujetos activos del delito de sustracción de menores, ha conllevado a que cierto sector de la doctrina y en no pocos casos la jurisprudencia, reconduzca estos casos al artículo 355 del Código Penal, pero dicho tipo penal es un delito especial que tiene un alcance limitado, pues exige que el encargado de un menor no lo presente, y que quien lo reclame sean sus padres, guardadores o la autoridad, requiriendo además, un elemento subjetivo del tipo, dado por el ánimo de afectar el estado civil del niño³⁰. Esto puede conllevar a que en la práctica se den situaciones que no van a quedar cubiertas por este delito, pues no es un tipo “suficientemente amplio para comprender todas las situaciones en que pueden incurrir los padres respecto de la libertad ambulatoria de sus hijos”³¹, y así, al excluirse además a los padres del artículo 142 del Código Penal, resultará en definitiva la impunidad de la conducta, lo que no se condice con la labor del Derecho Penal, el que “en la salvaguardia de la vida humana, debe ir varios pasos más adelante para su debida protección por su condición de prevención y de prohibición, y si ocurre su quebrantamiento, debe propender a la inexistencia de la impunidad”³².

En definitiva, en la actualidad, no se advierte inconveniente en sostener que alguno de los padres pueda ser sujeto activo de este delito, basado no sólo en una razón de texto derivada de la modificación legal, sino también por motivos de prevención general; por el hecho de que la doctrina comparada en circunstancias similares ha acogido este criterio; y porque el artículo 142 es un tipo penal abierto y contiene un sujeto activo indeterminado, no pudiendo interpretarse restrictivamente, si el propio legislador no ha efectuado la exclusión en el texto legal.

Esta materia debe ser complementada con las normas que a su respecto contempla el Código Civil, la Ley N°19.968 que Crea los Tribunales de Familia, la Convención sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores³³, y el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre procedimiento aplicable al Convenio de la Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores de 3 de noviembre de 1998, modificado parcialmente por el Auto Acordado de 17 de mayo de 2002.

30 Este requisito de afectación del estado civil del menor ha sido discutido, sosteniendo autores como Etcheberry que se trata de un tipo penal amplio y que por tanto, no siempre requiere la afectación del estado civil del niño. En contrario, quienes estiman necesario el elemento subjetivo del tipo, sustentan dicha posición, principalmente en la ubicación del precepto, que se encuentra regulado en el título relativo a los “Crímenes y simples delitos contra el estado civil de las personas”.

31 SAN MARTÍN, María Angélica. “Sustracción de menores, tipo penal susceptible de ser cometido por uno de los padres”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°37, 2008, p. 272.

32 Corte Suprema, 16 de abril de 2009, sentencia Rol N°1882-08.

33 Publicada en el Diario Oficial el 17 de junio de 1994.

En efecto, al tomarse en consideración la normativa civil en la sustracción interparental de menores, resulta menos discutible la admisión de alguno de los progenitores como sujeto activo de este delito, pues al verificar la situación jurídica familiar del menor, podrá ocurrir que exista sentencia judicial dictada por el Juzgado de Familia competente, que atribuya el cuidado personal a uno de los padres, excluyendo de este derecho al otro.

En caso de ausencia de común acuerdo entre los padres o de resolución judicial que resuelva la controversia, el cuidado personal puede igualmente quedar fijado conforme al artículo 225 del Código Civil, que establece que “si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida... A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo”.

Por consiguiente, será el progenitor que tenga el cuidado personal, quien ostente los derechos relativos a la crianza, educación, y patria potestad del hijo, prerrogativas que incluyen, por cierto, el derecho a determinar su lugar de residencia, y que por lo tanto conllevan que aquel sea su custodio, máxime si en el caso se encontrare determinada incluso la relación directa y regular que tendrá con el menor el otro padre o madre que no tenga el cuidado personal, la cual, conforme al artículo 229 del estatuto civil, se ejerce con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo, disposición con la que se da cuenta que quien ejerce el cuidado personal es la persona que lo tiene a su cargo y respecto de la cual se da la esfera de protección y custodia.

Este aspecto fue tomado en consideración por la Corte de Apelaciones de Valdivia, la que si bien absolvió a un padre por el delito de sustracción de menores ejecutado respecto de sus dos hijos –progenitor que habiéndose separado de hecho de su cónyuge pretendía sacar a los menores del país para llevárselos a Brasil, lugar en donde residían antes de la separación– resulta una sentencia de trascendental interés, toda vez que comparte nuestra posición en orden a entender que los padres no se encuentran excluidos como sujetos activos del artículo 142 del Código Penal, y que ello deberá determinarse en cada caso en particular. El fallo, en definitiva, basa su decisión absolutoria en que, atendido que el cuidado personal no se encontraba determinado judicialmente, sino que existía un proceso pendiente, el padre no estaba excluido del mismo, y en ese sentido no era sujeto activo del delito.

En lo atinente, la Corte razonó señalando que *“el delito de sustracción de menores, se encuentra tipificado en el artículo 142 N°2 del Código Penal, disposición que no define al sujeto activo del hecho, lo cual provoca la discusión si un padre puede tener esa calidad. El Tribunal a quo, estimó que el padre de los menores no puede tener la calidad de sujeto activo del hecho, debido a que a la fecha de ocurrencia de los hechos, no se encontraba determinada judicialmente su exclusión del cuidado*

regular y directo de aquellos, acogiendo así la tesis de la defensa y desestimando la del Ministerio Público, que sostenía que la referida norma no exime al padre de esta acción... La sentencia razonó que la situación no resulta clara, cuando la patria potestad es disentida en sede judicial, como ocurre con el caso y como tal, el acusado no había sido despojado de ella y más aun ante la circunstancia que el padre discutía que no había perdido el derecho al cuidado personal de sus hijos, porque el domicilio de los menores estaba radicado en Brasil...

Que, respecto de la admisibilidad de tener un padre la calidad de sujeto activo del delito de sustracción de menores, el artículo 142 del Código Penal no lo excluye expresamente, de modo que serán los hechos los que establecerán esta calidad, en cada caso en particular. Para determinar si el acusado incurrió en el delito, debe tenerse en consideración que no se encontraba privado de la relación directa y personal con sus hijos, y estaba en proceso de discusión el otorgamiento de la tuición y patria potestad a la madre, de acuerdo con lo solicitado por esta al Tribunal de Familia. Se encontraba el acusado entonces, en la situación que describe y establece el artículo 229 del Código Civil. De este modo, en este caso, la esfera de libertad y seguridad de los menores que busca proteger la ley penal y cuya vulneración tipifica el delito en análisis, no excluía de este ámbito al padre y acusado de la causa, quien mantenía vigente sus derechos, aun cuando el cuidado lo tuviere la madre³⁴.

A su vez, la sentencia tiene un voto de minoría que se inclina expresamente por la teoría que hemos venido sustentando, en orden a aceptar a los padres como sujetos activos del delito de sustracción de menores, señalando al respecto que:

a) La figura de la “sustracción de un menor de dieciocho años” establecida en el artículo 142 del Código Penal, comprende cualquier sujeto activo. El legislador no hizo exigencias respecto del sujeto activo, en consecuencia, es posible de cometerse por el padre.

b) El padre, a la época de los hechos, sólo tenía un régimen comunicacional con los menores, de carácter provisorio, y en el domicilio de la madre. Por ello, el acusado no podía menos que saber que no le correspondía el cuidado personal. En otras palabras, se cumplió con el tipo objetivo consistente en “sustraer a menores de edad”, al sacarlos de la esfera de custodia en que se encontraban. Debe tenerse en consideración, además, al respecto, la elaborada preparación previa realizada desde el extranjero, en concurso con otras personas, una de las cuales, de nacionalidad estadounidense, de nombre G.Z.J. se encuentra prófugo en la presente investigación, para acometer la sustracción de los menores, primero, hacia el norte del país, y luego, con la clara intención de llevarse los menores a Brasil. En consecuencia, se cumplió con el tipo subjetivo del delito

34 Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia, 6 de septiembre de 2012, Rol N°366-2012.

de sustracción de menores, dado que, de los hechos establecidos por la sentencia recurrida aparece que el ilícito se cometió con dolo directo³⁵.

Finalmente, en lo que concierne a la normativa relativa al secuestro internacional de menores, cabe señalar que su objeto no es penalizar el traslado o retención de los menores de un país a otro sin autorización, sino que, conforme al artículo 1 de la Convención sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, su propósito es asegurar el inmediato regreso de los niños trasladados o retenidos ilícitamente y velar porque los derechos de custodia y de visitas vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes. Para el cumplimiento de la Convención, cada Estado Contratante designará una Autoridad Central encargada de cumplir con las obligaciones impuestas por la Convención, la que en el caso de nuestro país, corresponde a la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, designada el 21 de junio de 1994, mediante Resolución N°012485 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que actúa por intermedio de la Dirección de Asistencia Judicial Internacional a través de la Oficina de Tramitación Internacional.

Por su parte, en lo que respecta al sujeto pasivo de este delito, la doctrina ha sido más bien pacífica en sostener que debe tratarse de un menor de 18 años. Así lo sostienen Politoff, Matus y Ramírez al afirmar que la única limitación que establece la ley para el delito de secuestro es que el sujeto pasivo sólo puede ser un mayor de 18 años y en paralelo, en la sustracción de menores debe ser menor de esa edad³⁶. Lo mismo sustenta Etcheberry, al indicar que el sujeto pasivo del secuestro común es cualquiera persona mayor de dieciocho años, si la víctima es menor de dicha edad, el delito es el de sustracción de menores. Asimismo, Labatut indica que cualquier persona puede ser sujeto pasivo del delito de secuestro, con exclusión, sin embargo, de los menores, que se encuentran comprendidos en la figura del artículo 142 del Código Penal³⁷. Lo mismo menciona Vivian Bullemore, para quien, el ofendido en el delito de secuestro debe tratarse de una persona mayor de dieciocho años, pues si es menor de esa edad, se configuraría un delito de sustracción de menores³⁸, coincidiendo con ello Garrido Montt, refiere que toda persona puede ser sujeto pasivo de un secuestro, pero hay en todo caso, una limitación, pues “la víctima debe ser una persona natural y tener por lo menos dieciocho años de

35 Ibid.

36 POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 204.

37 LABATUT, ob. cit., p. 31.

38 BULLEMORE, ob. cit., p. 117. En el mismo sentido, BULLEMORE, *Tratado de Jurisprudencia y Doctrina*, Editorial Thomson Reuters, 2001, Tomo I, p. 258.

edad, de no ser así, el plagio constituiría el tipo penal denominado sustracción de menores, sancionado en el artículo 142³⁹.

4. Consentimiento

Continuando con el análisis del tipo penal, corresponde referirse a un punto de trascendental interés para determinar si se cumplen con los requisitos del tipo, esto es, el eventual consentimiento que podría haber prestado el menor para la sustracción.

En primer lugar, efectuando una interpretación armónica del ordenamiento jurídico penal, la determinación de la eventual libertad que puede tener un menor para consentir o cooperar con la sustracción, debe complementarse y analizarse a la luz del artículo 357 del Código Penal que sanciona al que induce a un menor de edad, pero mayor de diez años, a abandonar el hogar. Al establecerse este rango etario por parte del legislador, se entiende que el consentimiento del menor es considerado y pasa a ser relevante para configurar o no el tipo penal. Así, atendida la norma, el consentimiento del menor será irrelevante cuando tuviere menos de diez años de edad, lo que importa que no se le reconozca facultad de autodeterminación si es menor de esa edad y que por tanto, no podrá ser inducido a abandonar el hogar, dando lugar a la configuración del delito de sustracción. Sin embargo, cumplidos los diez años, el menor tiene una potencial libertad de autodeterminación que hace que pueda ser persuadido a abandonar la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona, por lo tanto, su consentimiento pasa a ser un factor a considerar para determinar la procedencia del tipo penal, entendiéndose de esta manera, que al reconocerse esta posibilidad de autodeterminarse que posee el menor de dieciocho, pero mayor de diez años, su consentimiento va excluir la figura de la sustracción y a hacer aplicable la del artículo 357 del Código Penal.

Por consiguiente, aunque en primera instancia es posible sostener que los menores no podrían dar su consentimiento, toda vez que no pueden disponer acerca de su propia libertad al estar sometidos a potestad ajena de sus padres o cuidadores y que además, viven de manera más restringida “tanto por sus propias condiciones biológicas y psicológicas, como por las decisiones tomadas por las personas que se encuentran a su cargo”, no es menos cierto que el legislador toma en consideración su eventual consentimiento, reconociendo un germen de libertad de autodeterminación conforme el referido artículo 357, a partir de los diez años de edad. Recordemos en este punto, lo sostenido por Etcheberry, para quien, el concepto de libertad de los menores no es el mismo que el de un adulto, pues “sus particulares condiciones biológicas y psicológicas restringen las posibilidades de actividad de los menores, como

39 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 389.

también el régimen familiar y jurídico a que generalmente están sometidos, y que los sujeta a la potestad de otra persona. De este modo en un menor que ha cumplido los diecisiete años, la libertad es bastante grande, y en un niño de pocos meses prácticamente no existe”⁴⁰.

Politoff, Matus y Ramírez son bastante categóricos en este sentido, al afirmar que el consentimiento del sujeto pasivo es un factor que debe considerarse para determinar la tipicidad de la conducta, entendiéndose que si es menor de diez años, su consentimiento no es relevante para excluir el tipo penal de quien lo sustrae de su esfera de cuidado, pero si es mayor de diez años y menor de dieciocho, su consentimiento excluye la tipicidad de este delito, entendiendo la ley que está en condiciones de disponer de su libertad, por consiguiente, “esta limitación de la edad hasta la cual el consentimiento del menor tiene relevancia para excluir la idea de su sustracción... en tales casos no habría sustracción del menor, sino simplemente inducción al abandono del hogar por parte del menor, hecho que sólo es punible si la inducción se realiza con el propósito de atentar contra el estado civil del inducido”⁴¹.

Así, puede argumentarse que en los casos en que la edad de la víctima sea más cercana a los dieciocho años, su libertad será mayor que la de un niño pequeño y que por consiguiente, está en condiciones de prestar algún tipo de consentimiento que pueda tomarse en consideración para excluir el tipo penal.

Igualmente, tratándose de un menor con una edad más cercana a la adolescencia y que puede tener noción de su libertad o falta de ella, es relevante que éste tenga conciencia de que en el caso concreto se afectó su facultad de autodeterminación. De lo contrario, si un menor señala que aceptó voluntariamente esta sustracción, la conducta será atípica, pues no podríamos hablar de privación de libertad. Etcheberry va más allá y refiere que “si el sujeto no es consultado acerca del encierro o detención, pero consiente en ellos, su consentimiento justifica la conducta en virtud del principio del interés no comprometido. La privación de libertad supone por parte del sujeto pasivo la conciencia de estar privado de la facultad de autodeterminarse. Así, encerrar en una habitación entre tres y cuatro de la mañana a una persona que duerme durante todo ese lapso, no es secuestro. Tampoco lo habría, aunque el sujeto despertara durante el mismo, siempre que no intentara salir, ni se enterara en otra forma de que está encerrado”⁴².

En cuanto a la época en que se presta el consentimiento, es importante señalar que si un menor acepta voluntariamente la privación de libertad, pero después de que ésta ha ocurrido, dicho consentimiento haría cesar la figura en

40 ETCHEBERRY, ob. cit.

41 POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 205.

42 ETCHEBERRY, op. cit.

ese momento, pero en caso alguno puede entenderse que ese consentimiento operaría con efecto retroactivo, es decir, si fue sustraído y aunque exista voluntad expresada en momentos posteriores, se entiende que ello no afecta la ilicitud que surge de la falta de consentimiento desde el momento inicial de los hechos y hasta que éste se presta.

Las sentencias del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar y la del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica absuelven, considerando el consentimiento de la víctima, estimando la primera, que la falta de concurrencia de la ofendida a prestar declaración al juicio hace desconocer *“primeramente, si la señalada ofendida se subió voluntariamente al vehículo del acusado o de forma forzada... Esto hace que la existencia de un forzamiento especial para subirse al vehículo del acusado en este particular caso, requería también una particular acreditación, lo que no se dio en la especie”*⁴³; y la segunda que *“de los distintos testimonios es posible concluir que al menos el ingreso de la supuesta víctima al interior del vehículo del acusado fue voluntario, pero lo acontecido durante el trayecto posterior hasta antes de la intervención de Carabineros aparece obscuro e incierto, habida consideración de lo disímil de las versiones dadas por acusado y víctima y de las dicotomías antes anotadas, las que impiden otorgar plena credibilidad a los dichos de la víctima”*⁴⁴.

Asimismo, la jurisprudencia ha reconocido que el miedo o engaño también pueden configurar la privación de la capacidad de autodeterminación, y que no puede exigírsele en dichos casos a la víctima que intente huir, escapar o solicitar ayuda, pues el miedo –que conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española de la Lengua, es “la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o mal que realmente amenaza o que se finge de la imaginación. Recelo o aprensión que uno tiene de que le suceda una cosa contraria a lo que desea”– logra en esas situaciones anular la voluntad del menor. Esta noción de miedo está tratada en la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, que refuerza lo anterior, indicando que *“todo este cuadro, lógicamente provocó en ella una impresión progresiva de inseguridad, amenaza, impotencia o sensación de pérdida de dominio individual; sensaciones que no hacen sino privarla de la capacidad de autodeterminación que tiene todo ser humano, perturbando su conducta humana normal. Y bajo esta emoción, este miedo, el que le impide solicitar ayuda cuando aparece la que se dice era polola del Pelado Huerta y que luego le impide también arrancar cuando se traslada al asiento del copiloto. ¿Podría su instinto de conservación –como lo alega la defensa– primar sobre este estado emocional evidenciado por la amenaza en su hogar y por la golpiza recibida en la casa de su secuestrador, más aún que estaba en un lugar que no era su domici-*

43 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 25 de enero de 2013, causa RUC 1200366871-K.

44 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, 2 de octubre de 2013, causa RUC 1201158117-8.

*lio habitual? La verdad, es que las exigencias de la defensa sólo se pueden pedir de quien puede auto determinarse libremente sin haber vivido lo experimentado por M.J. previamente*⁴⁵.

En lo que respecta a la naturaleza de la violencia o intimidación que puede ejercerse para privar de libertad o retener a un menor, anulando su voluntad, ilustrativa resulta la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción que condena por sustracción haciendo referencia a que el menor es retenido y privado de su libertad en atención al violento comportamiento del agente, indicando que *“frente al comportamiento violento del acusado, no cabía esperar de su parte otra conducta que no fuera la obediencia. Resulta conmovedora y verosímil su declaración de que obedeció en todo momento al acusado por miedo a que matara a su mamá, es la reacción lógica, esperable en un niño que está viviendo una situación tan excepcional, en que ve en riesgo a la persona que constituye su referente afectivo, su protectora... No puede pretenderse que en estas condiciones, un niño de 8 años se sienta libre para desobedecer las órdenes de un adulto a quien percibe como peligro cierto. Por ello, no hay duda que el menor fue privado de su libertad por el hecho”*⁴⁶.

En la misma línea la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca sostiene que *“atendida la intimidación y violencia empleada por el agente para lograr su propósito delictivo, resulta irrelevante en la alegación planteada por la defensa en cuanto a que la ofendida era mayor de 10 años, pues resulta evidente que pese a sus 17 años, su voluntad se encontraba anulada frente a la presencia del hecho que era superior en edad, contextura y, además, portaba en todo momento un arma de fuego y un cuchillo”*⁴⁷.

Finalmente, no debe soslayarse que “si el sujeto pasivo voluntariamente escoge someterse al encierro o detención, en verdad falta la tipicidad propia de la figura, ya que no puede hablarse de “privación de libertad” respecto de quien la está propiamente ejercitando al colocarse en la posición analizada. Si el sujeto no es consultado acerca del encierro o detención, pero consiente en ello (v.gr., porque de todos modos pensaba colocarse voluntariamente en tal estado), su consentimiento justifica la conducta en virtud del principio del “interés no comprometido”: es posible renunciar a la libertad dentro de ciertos límites y mientras no intervenga el interés social (no sería posible, v.gr., renunciar a los derechos políticos o reducirse a la esclavitud). La “privación de libertad” supone por parte del sujeto pasivo la conciencia de estar privado de

45 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 17 de octubre de 2013, causa RUC 1201246909-6.

46 Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 25 de febrero de 2013, RUC 1000951460-6.

47 Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, 1 de junio de 2013, RUC 1100520509-5.

la facultad de autodeterminarse... La “privación de libertad” puede cesar por la liberación efectiva de la víctima, o por el consentimiento de ésta”⁴⁸.

5. Duración de la privación de libertad

En esta materia, cabe señalar que el legislador no ha establecido un tiempo mínimo o base para la configuración del tipo penal, sino que sólo ha contemplado un período de tiempo únicamente para los efectos de la agravación de la conducta, que se da en aquellos casos en que el encierro o la detención se prolongaren por más de quince días. Por consiguiente, la duración de esta privación de libertad puede ser variable y no tiene mayor implicancia para la comisión del delito, no siendo posible limitar el tiempo de privación de libertad para los efectos de determinar la aplicación del tipo penal. En este mismo sentido, se pronuncian, entre otros, Labatut al afirmar que “no se requiere que la privación de libertad sea absoluta, y es indiferente que el lugar del delito sea público o privado (casa-habitación, manicomio, asilo, etc.), como lo es igualmente la duración del encierro o detención, a menos que ella actúe como agravante”⁴⁹.

Así, se ha consensuado regularmente que sólo quedan excluidos aquellos casos en que se requiere privar de libertad para cometer otros delitos y el tiempo de privación no excede del necesario para su realización, v.gr., podrá ser necesario privar de la libertad a la víctima para cometer el delito de robo. Ahora bien, sin que sea el objeto de este estudio, pero resultando necesario por la importancia de la materia, cabe detenernos unos momentos para dejar asentado que no toda privación de libertad puede quedar exenta de una sanción desligada del delito que la acompañe, sino sólo aquella que se da por el tiempo estrictamente necesario para la comisión del ilícito de que se trate, toda vez que entendemos que en dichos casos ello forma parte del tipo penal. Coincidimos en este punto con el profesor Garrido Montt, que señala que es frecuente, por ejemplo, en los delitos de robo o violación que “por lo menos unos momentos, la víctima y demás afectados queden privados de su libertad material”, pero esto no puede implicar en caso alguno que se mantenga al sujeto pasivo privado de su libertad por un tiempo prolongado, que exceda notoriamente a la comisión del delito.

Estos problemas son los que se han suscitado en la práctica, ligados fundamentalmente a aquellos casos en que la víctima de robo con violencia o intimidación es retenida por un lapso que excede a la ejecución de dicho delito, situaciones en las cuales lo que se materializaría es un concurso entre el delito de secuestro y el delito de robo con violencia o intimidación del artículo

48 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 205.

49 LABATUT, ob. cit.

436 del Código Penal. Lamentablemente, en estas situaciones la tendencia jurisprudencial ha sido vacilante al momento de calificar estos hechos, pues mientras en algunos casos se estiman concurrentes ambos delitos, en otros se desecha la línea concursal, condenando solamente por el delito de robo con violencia o intimidación y absolviendo por el delito de secuestro, al estimarlo subsumido en el primer tipo penal, a pesar de que se constituyen atentados en contra de bienes jurídicos distintos; de que son conductas independientes que configuran dos delitos; de que corresponden a privaciones de libertad que se mantienen en forma posterior a la apropiación; y de que se trata de hipótesis tan graves como el caso del taxista retenido durante horas en la maletera o de empleados de un banco que se mantienen encerrados en la bóveda de seguridad después de la respectiva apropiación, todo lo cual da cuenta de que efectivamente en nuestra realidad jurídica existen casos en que la afectación a la libertad de la víctima queda impune⁵⁰.

Retomando los casos que quedan excluidos de la privación de libertad en atención a su duración, cabe señalar que los autores armonizan en que también se exceptúan aquellos relativos a leves encierros o detenciones, por tratarse de situaciones circunstanciales que pueden ocurrir en el diario vivir y que por tanto, no constituyen la intensidad de la dañosidad social necesaria para configurar la conducta. Recordemos en este punto, los clásicos ejemplos utilizados por la doctrina para dar cuenta de estas exclusiones, tales como el caso de no abrir el ascensor en el piso determinado, no detenerse el microbús en el paradero en que se requiere, o no abrirse inmediatamente la puerta del avión al momento de descender, situaciones en que existe una breve impedición de desplazarse que no es suficiente para dar por concurrente el delito.

Fuera de los casos señalados, no es posible limitar el tiempo de duración de la privación de libertad para darla por configurada, pues nada dijo al respecto el legislador, y donde éste no distingue, tampoco corresponde al intérprete distinguir. De esto se desprende que lo único relevante será que efectivamente se produzca una privación de la libertad personal, del derecho de desplazarse de un lugar a otro o de permanecer en un lugar determinado.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, destacándose la sentencia del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago que sostiene

50 Véase sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 8 de abril de 2013, causa RUC 1200464304-4 y sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, 16 de mayo de 2012, causa RUC 1001120866-0, que desechan la línea concursal. En contra, sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, 16 de mayo de 2012, causa RUC 1110015202-0; sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 22 de mayo 2013, causa RUC 1201259135-5; sentencia de la Corte Apelaciones de Valparaíso, 4 de julio de 2013, Rol N°752-2013; sentencia de la Corte Apelaciones de Temuco, 23 de diciembre de 2013, Rol N°970-2013, que condenan por el delito de robo y de secuestro.

que “*resulta necesario aclarar que la figura penal descrita en el artículo 141 del Código Penal nada señala sobre el tiempo de privación de libertad como elemento del tipo penal, salvo para configurarlo como una agravante especial si tal privación es superior a 15 días, lo que en este caso no ha ocurrido*”⁵¹.

6. Tipo subjetivo del delito

Referente al tipo subjetivo, los autores han coincidido que el delito de sustracción de menores puede configurarse con dolo directo o eventual, por lo tanto, se requiere de una voluntad dirigida a concretar el tipo objetivo. Polittoff, Matus y Ramírez precisan que la figura básica puede ser cometida con dolo directo o eventual, pero la figura del N°1 del artículo 142, sólo puede cometerse con dolo directo.

Por consiguiente, se ha descartado la posibilidad de existencia de un cuasidelito de sustracción de menores o de un cuasidelito de secuestro al excluirse a la culpa del elemento subjetivo, lo que tornará atípica la conducta en que de manera negligente o imprudente se priva de libertad a una persona –salvo que ello pueda constituir alguna otra figura–.

Asimismo, este delito puede ir acompañado de situaciones que agraven el injusto, como causar grave daño a la persona del menor, acometimientos que se ha sostenido pueden ser causados tanto con dolo, como con culpa. Ello, no debe confundirse con la figura hiperagravada, en caso que se cometieren otros delitos con motivo u ocasión de la sustracción, para los cuales, mayormente se ha afirmado, que se requiere dolo.

Finalmente, tanto la sustracción de menores como el delito de secuestro, no han exigido animus o móviles especiales por parte del autor, salvo algunos casos como la ejecución para obtener un rescate, lo que conlleva a una agravación del ilícito al privar de libertad a una persona impulsado por dichos objetivos, aumentándose con ello el injusto del acto.

En este contexto, es posible sostener que no basta con que se ejecute la privación de libertad, sino que es necesario que en los partícipes haya existido al menos la representación del efecto típico y la mantención de una actitud de indiferencia ante esa posibilidad, ergo, se requiere el dolo de sustraer.

Ante esto, debe además tenerse presente que, en aplicación del principio *in dubio pro mitius*⁵², en caso de duda, se preferirá optar por la culpa. Así, la sentencia RUC 1200874644-1, absuelve por el delito de secuestro considerando que no logró acreditarse que los imputados tenían el ánimo de despojar a la

51 Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, 17 de julio de 2013, RUC 1200874644-1.

52 En caso de duda optar por lo menos gravoso.

víctima de su derecho a la libertad personal, señalando al respecto que “no es suficiente para satisfacer los elementos del tipo del delito de secuestro, únicamente contar con la acreditación de una temporal privación de libertad, sino que además es estrictamente indispensable que quienes crean tal situación tengan el ánimo concreto de despojar a la víctima de tal derecho. En el caso de marras, efectivamente la víctima se encontró sometida a la voluntad de sus agresores por un determinado lapso y distancia –que de acuerdo a lo expresado por los funcionarios policiales M.T. y R.T. habría sido entre 10 y 15 kilómetros– pero tal sometimiento resultó a consecuencia de una adecuación de circunstancias ocasionales que pusieron a los agresores en una situación de predominio físico temporal frente a la víctima y que les permitió de esta forma asegurar su propósito de causarle sufrimiento a través de golpes.

*En virtud de lo anterior, aun cuando se logró acreditar que la víctima estuvo durante un tiempo impedida de huir y repeler la acción de los hechos, ello fue en virtud de la constante agresión que recibía al interior de un vehículo, por lo que tales conductas buscaron una finalidad diversa de la privación de libertad del afectado, aun cuando para consumar su intención lesiva, tuvieron que inmovilizarlo y dejarlo sin posibilidad de escape...*⁵³.

En este mismo sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, relativa a un caso en que el acusado sedujo a una menor de dieciséis años para que se fugara con él, desecha el encuadramiento de la figura como sustracción de menores del artículo 142 del Código Penal, afirmando que “el reo no tuvo el propósito de privar a la menor de su seguridad y libertad”⁵⁴.

También, la sentencia del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, se pronuncia respecto al dolo en un caso bastante conocido en que se sustrajo un vehículo con un menor en su interior y en que finalmente se absolvió por el delito de sustracción indicando que “en cuanto al delito de sustracción de menores, del tenor de lo dispuesto en el artículo 142 del Código Penal y los principios básicos que rigen las materias penales, no solamente el hecho debe ser típico, antijurídico y penado por la ley, cuestión que no están en discusión, sino que además deben existir elementos subjetivos del mismo como lo es la culpabilidad. En ese orden, de la prueba de cargos no se ha podido acreditar la concurrencia del dolo directo, exigido por el tipo penal, del sujeto activo en orden a entender que éste, buscó e intentó la sustracción de un menor de 18 años. En efecto, de los hechos que se han podido dar por establecidos el acusado se percató derechamente de la existencia de una menor de edad dentro del vehículo una vez que este se encuentra ya en el interior del mismo, en ese contexto, al estar frente a una comisaría y además percatándose que la víctima, padre de la menor, se lanza sobre el capot del vehículo, lógicamente opta por huir del lugar, por lo que con el objeto de obtener su impunidad

53 Sentencia Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, 17 de julio de 2013, RUC 1200874644-1.

54 G.T.C. de A. de La Serena, año 1882.

*era imposible que éste diera tiempo para bajar a la menor ya que lógicamente iba a ser capturado...*⁵⁵.

7. Atenuante especial

El artículo 142 bis del Código Penal establece una atenuante especial aplicable tanto al delito de secuestro como al de sustracción de menores, cuya finalidad está dirigida a evitar que a la persona privada de libertad se le cause daño, lo que se logrará impulsando al sujeto activo, con una rebaja en la pena, a devolver a la víctima libre de todo daño. Con ello se desincentiva su ejecución, pues los hechos estarán en conocimiento de que devolviendo a la víctima sin daño la pena se les aplicará considerablemente rebajada –criterio similar se sigue en la norma del artículo 456 del Código Penal–. Esta rebaja podrá ser de uno o dos grados, dependiendo el momento en que se verifique la devolución del ofendido, vinculado al cumplimiento de las condiciones exigidas por los secuestradores.

Para que opere esta atenuante se requiere que los partícipes de los delitos de secuestro o sustracción, liberen voluntariamente a la víctima. Si se trata de una pluralidad de sujetos, la atenuante favorecerá sólo a aquel o a aquellos que la devolvieren o cooperaren o consintieren en hacerlo. Seguidamente, no se configurará la atenuante si es la propia víctima quien logra liberarse o son terceros que compelen a los secuestradores a hacerlo.

Al respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago, en un caso en que participaron tres sustractores y sólo uno de ellos devolvió voluntariamente y libre de todo daño al menor, estimó que la atenuante sólo beneficiaría a éste, determinando que *“no obstante que esta circunstancia modificatoria tiene un carácter objetivo, el tribunal estima que en el presente caso, ella no puede beneficiar al reo M., en atención a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Penal, por cuanto éste no tuvo conocimiento de la devolución llevada a efecto solamente por el reo P. –a quien indudablemente si beneficia– y en circunstancias de que precisamente M. se encontraba realizando las gestiones tendientes a obtener un rescate por la devolución del menor”*⁵⁶.

Además, será indispensable para que opere la atenuante, que los secuestradores devolvieren al ofendido libre de todo daño, pero esto no implica una absoluta indemnidad física o psicológica, sino que se refiere a un perjuicio *“adicional al necesario para la comisión del delito”*⁵⁷. De lo contrario, la norma

55 Sentencia del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 28 de diciembre de 2011, RUC 1000890303-K.

56 Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, de 11 de noviembre de 1981. R.D.J. Tomos, LXXVIII. Segunda Parte, sección cuarta, p. 258.

57 POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, ob. cit.

se tornaría inaplicable, pues en todos los casos existirá al menos una afección psicológica en la víctima producto del ilícito, por lo tanto, dichos daños a la salud mental, no pueden conllevar a priori la exclusión de la aplicación del artículo 142 bis, y deberán ser considerados en la determinación de la pena conforme al artículo 69 del Código Penal.

Esto se tuvo en consideración en la discusión de la modificación de la norma en comento, consignándose en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, que el Honorable Senador Otero expresó, que esta “norma tiene por objeto incentivar la devolución sin que medie la exigencia del pago del rescate, o que al respecto se entienda que se encuentra presente el daño psicológico, ya que este siempre existirá en esta clase de ilícitos”⁵⁸.

Por su parte, la jurisprudencia ha sostenido que para los efectos de determinar si la víctima ha sido devuelta libre de todo daño, no es posible recurrir al concepto de salud establecido por la Organización Mundial de la Salud, pues ello implicaría deslegitimar el artículo 142 bis y “aplicar por analogía, otras normas relativas al delito de lesiones, en cuanto pretende hacerlo extensivo a la salud mental, lo cual conlleva a aceptar la *analogía in malam parte*, en el presente caso, lo cual es a todas luces contrario a un derecho penal vigente en un Estado Democrático de Derecho, en el que una de las limitaciones al ius puniendi estatal es expresamente la prohibición de lo indicado con antelación. En efecto, la protección a la integridad corporal y la salud está dada en el Código Penal, a través de la sanción de las figuras que derivan del tipo de lesiones corporales... Además, en esta clase de delitos es necesaria para su consumación, la producción de un resultado lesivo, que afecte precisamente la salud del sujeto pasivo, dejando en éste huellas o rastros perceptible de dichos daños, que pueden resumirse como lo señala el artículo 147 del Código Penal español, en la idea de un efectivo “menoscabo de la integridad corporal o la salud física o mental... En la especie... fue descartada la hipótesis que la expresión libre de todo daño, incluyere para su aplicación los daños psicológicos causados o sufridos por el afectado con ocasión de la comisión del ilícito.

Una vez sentado lo anterior y teniendo clara la intención del legislador en cuanto a los fundamentos y la necesidad de hacer operativa la atenuante especial en comento, es dable concluir:

1. Que, esta norma tiene por objeto constituir un incentivo para que los autores del secuestro o sustracción de menores, dada la alta penalidad que tiene esta clase de ilícitos, devuelvan al afectado, “libre de todo daño”, antes o después de haberse pagado el rescate, distinguiéndose en cuanto a la rebaja

58 Comisión de Legislación y Justicia del Senado, Historia de la Ley N°19.241 que Modifica Artículos que Indica del Código Penal y de la Ley N°18.314.

de pena a aplicar, si ellos lo han hecho en uno u otro de los momentos referidos precedentemente.

2. Que, en consecuencia, lo que se pretende privilegiar en este sentido, es el resguardo o protección de la vida de la víctima.
3. Que, de esta forma debe determinarse, qué se encuentra inserto dentro de las expresiones “libre de todo daño”, para lo cual debe descartarse en primer término como aquel propio que implica la comisión de este tipo de delitos, dentro de los cuales, sin lugar a dudas, se encuentran los daños de índole psicológicos ocasionados eventualmente a la víctima del mismo, lo cual se encuentra comprendido dentro de lo previsto en el artículo 69 del Código Penal, marco dentro del cual se determinará la extensión de la pena a aplicar. Una postura en contrario, llevaría a la inoperatividad de la minorante especial en comento, ya que por regla general, en toda clase de ilícitos va inserto un efecto psicológico en la persona del afectado. En efecto, la expresión que se devuelva a la víctima “libre de todo daño”, debe entenderse como aquel adicional, al que va más allá del necesario o propio para la comisión del delito de secuestro o sustracción de menores.
4. Que, en este orden de ideas, analizándose los artículos 141 y 142 del Código Penal, se colige que no tendrá aplicación la norma en comento si a la víctima, se le han producido alguno de los daños que dichas normas contemplan, esto es, homicidio, violación, violación sodomítica o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N°1 del referido cuerpo legal, adicionándosele además la comisión de otros ilícitos que atenten contra su integridad física o libertad e indemnidad sexual.
5. Que, de lo anterior, es dable afirmar que la expresión “libre de todo daño”, está supeditada única y exclusivamente con el ocasionado por los sujetos activos, a nivel físico y que no sean inherentes a la comisión de los ilícitos a que nos hemos referido con antelación.
6. Que, el término en comento, dista del concepto “salud”, según se ha expresado en los acápites que anteceden”⁵⁹.

Por otro lado, esta rebaja en la penalidad, en el caso que la víctima sea devuelta libre de todo daño antes de cumplirse cualquiera de las condiciones exigidas por los secuestradores, no es facultativa para el tribunal, sino que imperativa, toda vez que el legislador señala que en estos casos “la pena asignada al delito se rebajará en dos grados”, expresión que da cuenta de la obligatoriedad que reviste su aplicación en el caso que proceda. En cambio, si el ofendido es devuelto después de cumplida alguna de las condiciones, la rebaja de la pena

⁵⁹ Sentencia del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 13 de septiembre de 2007, RUC 070048961-6.

será facultativa para el tribunal, quien, si la estima procedente, sólo podrá rebajar la pena en un grado.

III. Reflexiones finales

Analizadas las principales cuestiones debatidas respecto al delito de sustracción de menores, esperamos haber podido contribuir en algún grado en las discusiones que a este efecto han surgido, coadyuvando a que puedan adoptarse posturas en cuanto a los diversos nudos críticos tratados, que permitan ir evolucionando en la interpretación y aplicación adecuada que debe darse a este tipo penal.

Así, dentro de las problemáticas abordadas, nos interiorizamos en la conceptualización que se ha dado del verbo rector “sustracción”, y de las diversas conductas que pueden entenderse circunscritas en dicho término, con los consiguientes problemas interpretativos que ello puede derivar.

Asimismo, profundizando en torno al sujeto activo de este delito, concluimos que, atendida la evolución y modificaciones legales, no es posible hoy en día restringir la posibilidad de ejecución a determinados individuos y excluir a los padres como autores del mismo, toda vez que no se ajusta al actual texto legal, ni abarcaría las diversas situaciones que ocurren en práctica y que requieren del pronunciamiento del derecho penal.

Seguidamente, fue posible tratar la atenuante especial que el legislador contempló tanto para el delito de secuestro, como para el de sustracción de menores, temática que no ha sido tan desarrollada por la doctrina, pero que a partir de su estudio, fue posible determinar lo que debe entenderse por la expresión “libre de todo daño” que se exige para que opere la minorante; los casos en que la atenuante no reviste aplicación; y la potestad facultativa o imperativa de que dispone el tribunal para proceder a la rebaja de la pena en uno o dos grados, dependiendo del momento en que se realiza la devolución.

Esperando que este estudio sea un aporte en la interpretación y aplicación del delito de sustracción de menores, no queda sino dejar expresado que aún este es un tema pendiente, del cual queda mucho por decir y un vasto camino que recorrer, dejando asentadas algunas discusiones que se advierten pueden surgir en el porvenir, que permitan ir perfeccionando la redacción del precepto a la luz de las situaciones que se dan en la práctica, propendiendo a que el derecho penal cumpla con su función de protección e impidiendo que puedan ejecutarse en la realidad conductas reñidas con el estatuto penal, pero que sin embargo, por diversas interpretaciones o posiciones adoptadas, queden en la sombra de la impunidad.

Referencias bibliográficas

- BULLEMORE, Vivian, Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”, Tomo III. Santiago, Chile, Legal Publishing, 2011.
- BULLEMORE, Vivian. “Tratado de Jurisprudencia y Doctrina”, Tomo I, Editorial Thomson Reuters, 2001.
- BULLEMORE, Vivian. “Tratado de Jurisprudencia y Doctrina”, Tomo I, Editorial Thomson Reuters, 2001.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Obras Completas. Derecho Penal”, Parte General, Tomo I. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Obras Completas. Derecho Penal”. Parte Especial, Tomo III. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009.
- CERESO MIR, José. “Derecho Penal”, Parte General. Buenos Aires, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2008.
- CURY, Enrique. “Derecho Penal”, Parte General, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- DE RIVACOBIA Manuel. “Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal”, Edeval, Valparaíso, 1974.
- DE ROURA MORENO, Edgardo. “Derecho Penal Parte Especial”. Editorial Perrot. Buenos Aires Argentina, 1955.
- ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”, Parte General, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”, Parte Especial, Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal”, Parte General, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal”, Parte Especial, Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- G.T.C. de A. de La Serena, año 1882.
- HERNÁNDEZ, Héctor. Informe en Derecho relativo a la sustracción de menores a propósito de causa RUC 1310003435-8.
- LABATUT, Gustavo. “Derecho Penal”, Tomo II. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

- Historia de la Ley N°19.241 que Modifica artículos que indica del Código Penal y de la Ley N°18.314.
- MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal”, Parte General. Buenos Aires, Editorial B de F, 2005.
- NOVOA, Eduardo. “Curso de Derecho Penal Chileno”, Parte General, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- POLITOFF, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Parte Especial. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- POLITOFF, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez María Cecilia. “Texto y Comentario del Código Penal Chileno”, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- PUIG PEÑA, Derecho Penal Parte Especial. Volumen segundo. Quinta Edición. Desco. Barcelona 1960.
- RODRÍGUEZ, María Brunilda. “Sustracción y secuestro interparental de menores”.
- SAN MARTÍN, María Angélica. “Sustracción de menores, tipo penal susceptible de ser cometido por uno de los padres”. Revista Jurídica del Ministerio Público N°37, 2008.

