ISSN: 0718-6479

FISCALIA
MINISTERIO PUBLICO DE CHILE

Revista Jurídica del Ministerio Público

N°67 - Agosto 2016

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°67 - Agosto de 2016

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Jorge Abbott Charme

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

Pablo Campos Muñoz

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz

Coordinador

Karen Guzmán Valenzuela

Sandra Luco Castro

Ricardo Mestre Araneda

Antonio Segovia Arancibia

Colaboradores:

Carol Donoso Schwarz

Andrea González Leiva

Soledad Poblete Moya

David Opazo Meneses

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

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

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

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

E-mail: sluco@minpublico.cl

Teléfono: 22965 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.

INDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Artículos

La suspensión de la prescripción de la acción penal
(Aplicación de los artículos 96 del Código Penal y 233
del Código Procesal Penal, en las sentencias de la Excma. Corte Suprema) 9
Hernán Ferrera Leiva

II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

Modelo proactivo de control de ciertas medidas de naturaleza
proteccional implementado en la ciudad de Coyhaique 25
Francisco Ortega Acevedo

III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

Persecución penal de la corrupción en Chile: retos y buenas prácticas 39
Hernán Fernández Aracena

Sentencias comentadas

La pena de inhabilitación absoluta o especial para el ejercicio de cargos
y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares, y su calidad
de pena de crimen

Comentario a propósito de las sentencias dictadas por el Tercer Tribunal
Oral en lo Penal de Santiago y la Iltma. Corte de Apelaciones
de Santiago en el marco del denominado Caso Fragatas 61
Claudia Ortega Forner

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

Artículos

El consumo de drogas como delito: un fenómeno reciente en el
derecho de drogas chileno 75
Javier Castro Jofré

Elaboración ilegal de drogas, desvío de precursores químicos y tráfico ilícito de estupefacientes como figuras penales autónomas 99
Lorena Rebolledo Latorre

V. UNIDAD DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

Extradición pasiva y rol del Ministerio Público 115
Álvaro Hernández Ducos

VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

Revisión jurisprudencial sobre la improcedencia de la figura del delito continuado en delitos sexuales 151
Maurizio Sovino Meléndez

Re-visión de la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación en el delito de femicidio, con lentes de género 177
Ivonne Sepúlveda Sánchez

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

Artículos

El destino de los bienes decomisados en el delito de lavado de dinero: tareas pendientes en materia de protección a las víctimas 211
Camila Guerrero Martínez

VIII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

Artículos

Violencia e intimidación necesarias en el delito de robo 247
Luz María Fernández Saldias

PRÓLOGO

Cada cierto tiempo las noticias dan cuenta de situaciones de violencia sufridas por mujeres, las que van adquiriendo peso y notoriedad conforme la conciencia colectiva les ha dado progresiva importancia.

Un aporte relevante en la antedicha toma de conciencia, puede encontrarse en la labor que los diversos actores que participan de esta problemática realizan. Y en sintonía con ello es que presentamos en esta edición una artículo que plantea -desde una visión de género- la necesidad de una revisión de la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación en cuanto a su aplicación en el delito de femicidio.

Siguiendo por otra parte con nuestra preocupación por la investigación y debida sanción de los delitos sexuales, publicamos un artículo que revisa la tendencia jurisprudencial respecto de la aplicación de la figura del delito continuado en materia de delitos sexuales, materia que ha dado lugar a arduas discusiones en el foro.

También presentamos un trabajo que analiza el destino de los bienes decomisados en el delito de lavado de dinero, desde la óptica de tareas pendientes en relación a la debida protección a las víctimas, y en la misma línea, en este número se contiene un análisis elaborado a partir de la implementación del Modelo Proactivo de Control de ciertas medidas de naturaleza proteccional que se ha implementado en la ciudad de Coyhaique, que puede servir como ejemplo para el establecimiento de medidas similares en otras regiones.

Como otro de los temas de creciente importancia en el acontecer nacional es el referido a la corrupción, en este número de nuestra Revista ofrecemos un artículo que examina la persecución penal de la corrupción en nuestro país, haciéndose cargo de los retos y buenas prácticas que conlleva y necesita. Asimismo, presentamos un análisis jurisprudencial de la pena de inhabilitación absoluta o especial para el ejercicio de cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares, y su calidad de pena de crimen, a propósito de las sentencias dictadas en el marco de un caso de corrupción.

Dejamos también a disposición de los lectores un artículo que analiza la suspensión de la prescripción de la acción penal a partir de la aplicación de los artículos 96 del Código Penal y 233 del Código Procesal Penal por parte de la Corte Suprema de nuestro país e interesantes artículos sobre el consumo de drogas y su penalización, y otro que profundiza respecto de la elaboración ilegal de drogas, el desvío de precursores químicos y el tráfico ilícito de estupefacientes como figuras penales autónomas.

Finalmente, se publica un artículo que se refiere al rol del Ministerio Público en los procesos por extradición pasiva, ámbito en el que la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional ha desarrollado un largo y sistematizado trabajo, que se explica en detalle.

JORGE ABBOTT CHARME
Fiscal Nacional

MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

(Aplicación de los artículos 96 del Código Penal y 233 del Código Procesal Penal, en las sentencias de la Excma. Corte Suprema)

Hernán Ferrera Leiva[1]

Introducción

La "prescripción de la acción penal"[2], del artículo 93 N° 6 del Código Penal, es una forma de extinción de la responsabilidad penal, que en el ámbito procesal conduce al sobreseimiento definitivo que pone término al procedimiento y tiene la autoridad de cosa juzgada[3].

Sus fundamentos se reconocen generalmente en la seguridad[4][5] y la estabilización de las relaciones jurídicas. Una referencia clarificadora sobre este punto dice que "La prescripción del delito supone la invalidación por el transcurso del tiempo de la valoración penal de aquellas acciones y omisiones que, hallándose penadas por la ley, comparecen en la realidad social y jurídica"[6]. Este decaimiento del disvalor del delito[7] es, en todo caso, un fenómeno reversible o al menos susceptible de ser detenido por medio de la interrupción o la suspensión a que alude el artículo 96 del Código Penal.

Dicho precepto, en el ámbito que nos interesa, establece que la prescripción se suspende desde que el procedimiento se dirige contra el delincuente, lo que conduce a la búsqueda de los elementos necesarios para hacer surgir aquella circunstancia capaz de detener el proceso extintivo.

---

1 Abogado de la Unidad de Recursos Procesales, Jurisprudencia y Biblioteca, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 La denominación que se utiliza en este trabajo está sujeta a críticas por las que se insta a sustituirla por la *"prescripción del delito"*. Sin perjuicio de ese debate, se hará uso de la denominación legal para mayor claridad de la exposición.

3 Código Procesal Penal, artículo 251.

4 POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean Pierre, RAMÍREZ G., Ma. Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, *Parte General*, 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2008, p. 582.

5 YUSEF SOTOMAYOR, Gonzalo. *La Prescripción Penal*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1995, p. 41.

6 CÓRDOBA RODA, Juan, RODRÍGUEZ MOURILLO, Gonzalo, DEL TORO MARZAL, Alejandro, CASABÓ RUIZ, José – Ramón. *Comentarios al Código Penal*. 1ª ed., Barcelona, España, Editorial Ariel, 1972, Tomo II (Artículos 23-119), p. 668.

7 CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*. 7ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 800.

El Código Procesal Penal del año 2000, contiene una serie de preceptos que aluden a la prescripción –comenzando por aquella que reconoce la imprescriptibilidad de ciertos delitos de conformidad con los instrumentos internacionales suscritos por Chile–, siendo el contenido en su artículo 233, el que ha suscitado el mayor debate. Dicha disposición, como se sabe, asigna a la formalización, entre otros efectos, el de suspender el curso de la prescripción de la acción penal, *en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal*.

La cuestión que aquí se analiza es la relación entre el artículo 96 del Código Penal, cuando se refiere a la suspensión de la prescripción, y el artículo 233 del Código Procesal Penal, y más precisamente, si este último precepto clausura las hipótesis posibles para suspender el curso de la prescripción, excluyendo aquellas que no consistiendo en una formalización, afirmen igualmente la existencia de un procedimiento dirigido contra el delincuente.

En el presente trabajo se sostiene que la regla del artículo 96 del Código Penal mantiene toda su vigencia en el proceso regido por el Código Procesal Penal del año 2000, de suerte que en el marco de este cuerpo normativo, se suspende la prescripción de la acción penal toda vez que el procedimiento se dirija contra el delincuente, con lo que se rechaza que sólo la formalización posea dicho atributo, opinión que resulta refrendada en distintas sentencias de la Corte Suprema.

No es propósito de este trabajo señalar qué actividades del proceso suspenden el plazo prescriptivo, no obstante que el análisis de casos acarrea referencias precisas a algunas de ellas, sino hacer explícitas las razones y el sustento jurisprudencial necesario para afirmar que no es la comunicación de cargos tantas veces aludida, la vía exclusiva para obtener ese resultado.

Elementos para el análisis

A continuación se revisará, sucintamente, el conjunto de argumentos que impiden concluir que sólo la formalización de la investigación suspende el curso de la prescripción.

El primer argumento atiende a la relación existente entre las normas mencionadas, a fin de determinar si es correcto superponer al artículo 96 del Código Penal, el artículo 233 del Código Procesal Penal, haciendo operar a este último como regla de clausura de las hipótesis que según el primero acarrean la suspensión.

En este punto no se puede pasar por alto que la regla del Código Procesal Penal, al atribuir a cierto acto una determinada consecuencia, no está excluyendo a otros actos como igualmente aptos para provocarla. Una conclusión contraria a lo anteriormente afirmado, adolecería de un inocultable vacío en los razonamientos que le sirven de apoyo.

Luego, la aplicación del artículo 96 del Código Penal al grupo de causas regidas por el código procedimental del año 2000, en general, no es algo que genere controversia. Al efecto, se acepta sin objeciones que tanto la interrupción como la suspensión de la prescripción son fenómenos que acontecen en el referido tipo de causas, a consecuencia del precepto del código punitivo, así como tampoco levanta polémica la aplicación, en el caso de la suspensión, de la reanudación del plazo cuando la prosecución del procedimiento se suspende por más de tres años o se termina sin condenar al delincuente. Luego, dos de tres secciones del artículo 96 del Código Penal, se aplicarían sin limitaciones a las causas sometidas al código del año 2000, esto es, la interrupción y la reanudación del plazo de la prescripción, de manera que la aceptación a medias o bajo condiciones de una tercera parte del mismo precepto, esto es, la suspensión del plazo prescriptivo, demanda una explicación que no se satisface con la sola literalidad del artículo 233 del Código Procesal Penal.

En segundo lugar, si en definitiva se trata de detener el decaimiento del disvalor del delito, no parece sencillo afirmar que ello sólo ocurre con una formalización de la investigación, toda vez que el Código Procesal Penal acepta que un conjunto de irrupciones sobre derechos y garantías de las personas, muchas de ellas tuteladas en el nivel constitucional, se lleven a cabo antes de que tenga lugar aquella comunicación, todo ello, al alero del artículo 236 del referido cuerpo legal. Aquellas irrupciones, en efecto, representan todo lo contrario al decaimiento del disvalor del delito, y no cabe sino asignarles igual o mayor mérito que la formalización para incidir en el plazo de extinción de la acción penal.

Para entender, por el contrario, que el artículo 96 del Código Penal se subordina al artículo 233 del Código Procesal Penal, se debe afirmar que la formalización es la única actividad procesal capaz de llenar las condiciones de la suspensión del plazo prescriptivo, esto es, que el procedimiento se dirige contra el delincuente.

Esto último choca con un aspecto medular en la inspiración del Código Procesal Penal. Al efecto, es indiscutido que aquel cuerpo de leyes ha adelantado el estatuto protector de las personas, adoptando definiciones precisas para determinar en qué momento éstas adquieren, en el procedimiento, la calidad de imputados, titulares de un conjunto de prerrogativas y resguardos principalmente explicitados en el artículo 93 de ese mismo cuerpo de leyes.

En el sentido antes anotado, el artículo 7° del Código Procesal Penal, es meridianamente claro al señalar, primero, que las facultades, derechos y garantías que la Constitución y las leyes reconocen al imputado, se podrán hacer valer desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia, y luego, que se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un

Tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la Policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.

La precisión con que se designan las condiciones bajo las cuales una persona se reviste de la calidad de imputado y se cubre con el estatuto protector establecido al efecto por la ley, impide sostener el argumento afincado en la equívoca o poco clara expresión utilizada por el artículo 96 del Código Penal, pues el aludido artículo 7° entrega parámetros precisos para determinar en qué momento el procedimiento se dirige en su contra.

De acuerdo a lo que se viene explicando, quien adquiere la calidad de imputado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 7° del Código Procesal Penal, tiene derecho a solicitar, desde ese momento, por ejemplo, el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare. De estimarse que sólo la formalización de la investigación suspende la prescripción, habría que aceptar que una persona no formalizada pero imputada a raíz de que ha tenido lugar alguna actuación del procedimiento dirigido en su contra, alegue la prescripción de la acción penal, e incluso apele del rechazo de esta última, sin que estos actos –la solicitud de sobreseimiento y la apelación– provoquen a su vez la suspensión de la prescripción porque el procedimiento, no obstante, no se ha dirigido en su contra, ya que no ha tenido lugar una formalización, lo que encierra una antinomia difícil de explicar.

Pero sostener que la suspensión pende de la formalización genera todavía un problema sin solución al interior del Código Procesal Penal, que consagra una serie de procedimientos que no contemplan dicha actividad, como es el caso del procedimiento simplificado y aquél establecido para delitos de acción privada.

Este punto introduce otro problema a la opinión que hace depender la suspensión de la prescripción de la formalización, pues termina consagrando una inequitativa forma de distribuir el mecanismo extintivo. En efecto, en el marco de los mencionados procedimientos debe reconocerse la aplicación de la regla contenida en el artículo 96 del Código Penal, en toda su extensión, lo que en términos generales hará más fácil la suspensión de la prescripción, gravando con un tratamiento menos benigno a quienes estén sometidos a juzgamiento por ilícitos de menor entidad, esto es, aquellos para los que no se pida una pena superior a presidio o reclusión menor en grado mínimo o los mencionados delitos de acción privada, lo que no parece razonable, considerando que, por ejemplo, en el grupo de los simples delitos los miembros tienen fijado, en general, un plazo de prescripción de cinco años, y pueden juzgarse en un juicio ordinario, simplificado o de acuerdo al procedimiento para delitos de acción penal privada, según el caso.

Durante el gobierno del Ex Presidente de la República, Sr. Piñera E., fue enviado al Congreso un proyecto de ley orientado a perfeccionar el sistema

de justicia penal –Boletín 8810-07, Modifica el Código Procesal Penal con el fin de reforzar la protección de las víctimas, mejorar la función que desempeña el Ministerio Público y fortalecer la acción policial y la operatividad del sistema de justicia penal– que incluía modificaciones a los artículos 390 y 400 del Código Procesal Penal, asignándole a la notificación de la resolución que citare a la audiencia para el conocimiento del requerimiento en procedimiento simplificado y a la notificación de la resolución que admitiere la querella a tramitación, el efecto al que se refiere la letra a) del artículo 233 de ese mismo cuerpo legal.

Si bien una modificación como esta habría servido de apoyo a la posición que aquí se critica, despejando algunas de sus problemáticas consecuencias, lo cierto es que el mensaje y el proyecto no daban cuenta de intencionalidad específica que no fuera equiparar los procedimientos del código, lo que no alcanza para apagar el debate, pues subsistiría la legítima discusión en torno a la aplicación del artículo 96 del Código Penal, como la que aquí se aborda, pues este último se mantiene plenamente vigente. Pero en lo que aquí importa, a estas alturas ya sabemos que dicho proyecto de ley no ha progresado, y que desde las últimas indicaciones del año 2013, sólo registra la urgencia que se le ha asignado en diversos períodos, que es simple desde septiembre de 2014. Por el contrario, dicho proyecto fue superado en el debate público y parlamentario por aquél que terminó transformándose en la Ley N° 20.931, que recientemente ha entrado en vigencia –julio de 2016–, y que no obstante contener numerosas modificaciones al Código Procesal Penal, no alteró de manera alguna la materia revisada.

Jurisprudencia

Desde el año 2004, a lo menos, la Excma. Corte Suprema viene resolviendo diversas disputas en torno a la suspensión de la prescripción de la acción penal, en el marco del Código Procesal Penal. En el ámbito de este trabajo, la siguiente revisión de sentencias del máximo Tribunal, afirma la no subordinación del artículo 96 del Código Penal al artículo 233 del código adjetivo, o dicho de otra manera, que la suspensión de la prescripción de la acción penal no pende exclusivamente de la formalización.

El año 2004, en efecto, resolviendo un recurso de nulidad, el alto Tribunal desestimó las objeciones planteadas por la defensa del acusado en torno a la materia analizada. El fallo, de diecinueve de febrero de dos mil cuatro, consigna los siguientes motivos:

> *"Decimotercero: Que lo hasta aquí reflexionado no excusa un pronunciamiento sobre el fondo del asunto propuesto por el arbitrio de nulidad en estudio y que gira en torno a la eficacia de la querella criminal para suspender el curso de la prescripción de la acción penal, que en la especie ha sido aceptada por el Tri-*

bunal del Juicio Oral, compartiendo el criterio del Juez de Garantía sobre el particular, y que el recurso cuestiona de ilegalidad, sosteniendo que en el nuevo procedimiento criminal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 233 letra a) del Código del ramo, la suspensión de la prescripción de la acción penal sólo se produce mediante la formalización de la investigación;

Decimocuarto: Que, en relación a este tema, debe tenerse presente que el precepto recién citado, junto con reconocer como efecto de la formalización de la investigación el de suspender la prescripción de la acción penal, indica que ello tendrá lugar, "en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal"; norma ésta que constituye la disposición de orden sustantivo sobre la materia y, según la cual, la prescripción se suspende cuando el procedimiento se dirige en contra del delincuente;

Decimoquinto: Que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 172 del Código Procesal Penal, que encabeza el párrafo 2º del Título I de su Libro Segundo, sobre "procedimiento ordinario", la querella 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 querella, señala entre éstos, además de la identificación de quien la deduce, una relación circunstanciada del hecho con apariencia delictiva a pesquisar, la individualización del querellado, 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 querellante queda facultado, 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;

Decimosexto: Que de las disposiciones legales enunciadas se desprende que la querella 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 querella, 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.

Acorde con tal razonamiento, la decisión de la sentencia pronunciada en el juicio oral en orden a estimar que las querellas interpuestas en autos en contra de

M.A.V.G. suspendieron el plazo de prescripción de la acción penal destinada a perseguir los delitos de giro doloso de cheques que se le imputan, se encuentra ajustada a la normativa establecida sobre la materia, careciendo por ello de sustentación jurídica el reproche de ilegalidad que dicha persona le dirige por medio del presente recurso, correspondiendo, en consecuencia, que se le desestime también por el mencionado capítulo de cuestionamientos"[8].

En 2006, conociendo un recurso de apelación de amparo, la Excma. Corte Suprema afirma nuevamente:

"1.- Que el tema en cuestión gira en torno a la eficacia de la querella criminal para suspender el curso de la prescripción de la acción penal, sosteniéndose en el recurso de amparo que en el nuevo procedimiento penal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 233 letra a) del Código del Ramo, la suspensión de la prescripción de la acción penal sólo se produce mediante la formalización de la investigación;

2.- Que, en relación a este problema, debe tenerse presente que el precepto recién citado, junto con reconocer como efecto de la formalización de la investigación el de suspender la prescripción de la acción penal, indica que ello tendrá lugar, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal; norma ésta que constituye la disposición de orden sustantivo sobre la materia y, según la cual, la prescripción se suspende cuando el procedimiento se dirige en contra del imputado;

3.- Que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 172 del Código Procesal Penal, que encabeza el párrafo 2º del Título I de su Libro Segundo, sobre Procedimiento Ordinario, la querella es uno de los medios idóneos para iniciar la investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito. Asimismo, el artículo 113 del mismo cuerpo normativo, refiriéndose a los requisitos de la querella, señala entre éstos, además de la identificación de quien la deduce, una relación circunstanciada del hecho con apariencia delictiva a pesquisar, la individualización del querellado, 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. La querella se debe presentar ante el juez de garantía y, admitido a tramitación por éste, el querellante queda facultado, 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;

4.- Que de las disposiciones legales citadas se desprende que la querella se inserta en la etapa de la investigación correspondiente al procedimiento ordinario esta-

8 CORTE SUPREMA, 19 de febrero de dos mil cuatro, Ingreso N° 5.362-2003.

blecido 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 querella, 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.

5.- Que en concordancia con todo lo anteriormente expuesto, también se encuentra lo contemplado en la letra d) del artículo 114 del Código Procesal Penal al establecer que la querella deducida debe ser declarada inadmisible cuando apareciere de manifiesto que la responsabilidad penal del imputado se encuentra extinguida.

6.- Que, atento a lo anterior, se debe entender que la querella interpuesta en autos en contra del amparado, suspendió el plazo de prescripción de la acción penal destinada a perseguir los delitos de giro doloso de cheques que se le imputan, se encuentra ajustada a la normativa establecida sobre la materia, careciendo por ello de sustentación jurídica el reproche de ilegalidad que dicha persona le dirige por medio de la presente acción.

7.- Que el mérito de los antecedentes expuestos en estos autos resulta establecido que la orden de aprehensión decretada en contra del amparado H.M.R. ha sido expedida por autoridad facultada al efecto, dentro de los casos previstos en la ley y existiendo mérito suficiente para ello"[9].

Esta opinión es igualmente sustentada por la Corte Suprema en sentencia del mes de noviembre de dos mil diez, recaída en un recurso de queja, ahora asignando el efecto suspensivo al requerimiento en procedimiento simplificado, sin perjuicio de reiterar lo reflexionado acerca de la querella.

El veredicto dice:

"6°.- Que en este caso, el acto al que se desconoce el mérito suficiente para acarrear ese efecto, es el requerimiento que formuló el Ministerio Público en procedimiento simplificado respecto de un imputado perfectamente identificado, a quien se atribuye participación en calidad de autor en el delito de manejo en estado de ebriedad, perpetrado el diecinueve de marzo de dos mil cinco, aproximadamente a las 06:15 horas, en calle Langdon 14, entre las propiedades signadas con los números 650 y 660, respecto de quien se pide la imposición de una sanción de cien días de presidio menor en su grado mínimo, multa de cuatro unidades tributarias mensuales y suspensión de licencia de conducir por seis meses, sobre la base de los elementos de cargo individualizados en la misma pre-

9 CORTE SUPREMA, 13 de junio de dos mil seis, Ingreso N° 2.693-2006.

sentación. Se trata entonces de la consolidación, en la acusación, de una investigación ya concluida.

7°.- Que, esa actuación del fiscal supera largamente la formalización. Restringir a ésta la virtud de suspender el curso de la prescripción, no sólo pugna con el texto expreso de la ley penal sino que puede acarrear, como consecuencia, que el plazo de prescripción quede entregado a variables administrativas o a la incomparecencia del imputado, como sucedió en este procedimiento, aspectos que escapan a lo que es exigible al Ministerio Público o a la víctima, en su caso.

8°.- Que, entonces, la tesis que sustentan los jueces del fondo, en el sentido que el artículo 233, letra a), del Código Procesal Penal, no da cabida a que otras actuaciones causen el efecto de suspender el curso de la prescripción de la acción penal, toda vez que el artículo 96 del Código Punitivo requeriría que la relación jurídico procesal haya nacido como consecuencia de la formalización de la investigación, no puede ser atendida y no se conforma con la reiterada jurisprudencia de esta Corte, contenida en los fallos N° 5362-2003, de diecinueve de febrero de dos mil cuatro; N° 2693-2006, de trece de junio de dos mil seis; 6268-08, de dieciséis de diciembre de dos mil ocho, entre otros, pues como se ha razonado en las reflexiones precedentes, el requerimiento del Ministerio Público en procedimiento simplificado, excede con creces los efectos de la formalización, que constituye una mera comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

9.- Que como necesaria consecuencia de lo que se ha dicho, es posible tener por establecido que al menos, el siete de febrero de dos mil seis, data del requerimiento, el procedimiento ya se había dirigido contra el imputado B.P. Luego, a la fecha en que se presentó al tribunal, el veintitrés de junio de dos mil diez, no había transcurrido el plazo de cinco años que la ley señala para la prescripción de la acción penal"[10].

La línea jurisprudencial seguida en las sentencias mencionadas, queda aparentemente en entredicho en un fallo del 2012, recaído en un recurso de casación ejercido en la secuela de un juicio penal regido por el Código de Procedimiento Penal. En dicho pronunciamiento se contienen las siguientes motivaciones:

"TRIGÉSIMO: Que la suspensión de la prescripción de la acción penal, es una materia que ha generado controversia en la doctrina pues el citado artículo 96 del Código Penal subordina su existencia y aplicación al hecho y condición que el procedimiento se dirija en contra del delincuente, expresión de alcance y límites equívocos tanto para la doctrina como para las decisiones judiciales (al respecto,

10 CORTE SUPREMA, 17 de noviembre de dos mil diez, Ingreso N° 6139-2010.

"Texto y Comentario del Código Penal Chileno", Editorial Jurídica de Chile, artículo 96, páginas 472 y siguientes, obra en que sus compiladores refieren la opinión de un representativo número de juristas, de la misma manera como pronunciamientos tanto de esta misma Corte Suprema, como de las Cortes de Apelaciones del país).

Históricamente las opiniones se han dividido entre aquellas que entendieron que el proceso se dirigía en contra de delincuente sólo a partir que se dispusiera su procesamiento, y las de quienes, de manera mayoritaria, entendieron que para tales efectos sólo se requería que la investigación se iniciara en su contra, por alguna de las vías establecidas en la propia ley –denuncia, querella–, omitiendo el legislador hacerse cargo del problema.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que tal silencio legislativo sobre el particular ha sido resuelto a partir de la entrada en vigencia de las disposiciones contenidas en el nuevo orden procesal penal, instituido en el Código respectivo, cuyo artículo 233, en su letra a) expresamente establece que la suspensión es consecuencia de la formalización de la investigación, lo que inequívocamente contribuye a dotar de certeza y seguridad a los presupuestos de aplicación del ordenamiento punitivo, desde el momento que sustrae el asunto a la confrontación y disparidad de opiniones doctrinales y a su recepción en los pronunciamientos judiciales.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que si bien el hecho juzgado tuvo lugar bajo el imperio del Código de Procedimiento Penal, y como ya se manifestó, el Código Procesal Penal entró en vigencia con posterioridad a su comisión y por lo demás constituye un todo orgánico ajeno al procedimiento históricamente vigente en nuestro medio, no es menos cierto que ello no constituye impedimento para que con su auxilio pueda determinarse el sentido y alcance de la expresión en comento, desde que las propias reglas de interpretación establecidas de modo general para todo el ordenamiento así lo permiten, en particular la disposición del artículo 22, inciso segundo, del Código Civil, y el tenor del artículo 96, en lo pertinente, a efectos de determinar su carácter oscuro e impreciso"[11].

Este veredicto se suele esgrimir como portador de la tesis que somete la suspensión de la prescripción a la formalización de la investigación, sin embargo, como se pasa a revisar, dos sentencias posteriores descartan esa interpretación.

La primera es de ocho de enero de dos mil quince, y recayó en un recurso de queja ejercido por el querellante en causa sobre cuasidelito de lesiones graves. La sentencia vuelve a los argumentos vertidos antes del veredicto de 2012, expresando lo siguiente:

11 CORTE SUPREMA, 21 de septiembre de dos mil doce, Ingreso N° 2.200-2012.

"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 querella criminal tuvo la aptitud de suspender dicho término legal.

Dicho de otro modo, resulta necesario determinar la eficacia de la querella 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 precepción.

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 querella 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 querella, señala entre éstos, además de la identificación de quien la deduce, una relación circunstanciada del hecho con apariencia delictiva a pesquisar, la individualización del querellado, 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 querellante queda facultado, 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.

SEPTIMO: Que de las disposiciones legales enunciadas se desprende que la querella 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 querella, 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"[12].

La segunda sentencia es de veintiséis de julio de dos mil dieciséis, y recayó en un recurso de nulidad ejercido por la defensa del acusado. En la ocasión, la Corte Suprema reiteró la opinión tantas veces expresada en esta materia, señalando:

"Quinto: Que de lo que se ha venido señalando, es posible concluir que la querella, además de constituir una de las formas de dar inicio al 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 ha permitido a esta Corte concluir que la querella, como trámite inicial del proceso, produce el efecto de suspender el curso de la acción penal en los términos indicados por el precitado artículo 96 del código punitivo, como se sostuvo previamente en el Rol N°24.990-14, de ocho de enero de dos mil quince, de esta Corte.

Tal conclusión es posible, por una parte, porque el artículo 233 letra a) del Código Procesal Penal, que confiere a la formalización de la investigación el efecto de suspender la prescripción, no es un norma de clausura, que otorgue en forma exclusiva esa consecuencia a la comunicación al imputado de los hechos que a su respecto se indagan y por la otra porque, como se indicó previamente, la prescripción no es una institución procesal, sino que es de orden sustantivo, regulada en el Código Penal, cuerpo normativo a cuyas disposiciones ha de ajustarse el examen de este instituto, y que fija como época de suspensión de su decurso el momento en que "el procedimiento se dirige contra el delincuente", frase a la que, en definitiva, hay que dotar de sentido para resolver la cuestión debatida. En este punto, y siendo inconcuso que el proceso se dirige contra el delincuente al momento de la formalización de la investigación, igualmente lo es cuando se impetra en su contra una querella criminal que cumple con todas las menciones exigidas por la ley, y por ende da comienzo al procedimiento, dirigido en contra del querellado.

En esas condiciones, no hay un error de derecho en la decisión de los sentenciadores que dan a la querella el efecto de suspender la prescripción, puesto que ella, al tenor de lo previsto en el artículo 96 del Código Penal, tiene el efecto de dirigir el procedimiento contra un determinado sujeto, de modo que la primera causal del recurso de nulidad será desechada"[13].

El Ministro Sr. Brito suscribe en esa misma sentencia un voto en contra, en los siguientes términos:

12 CORTE SUPREMA, 8 de enero de dos mil quince, Ingreso N° 24.990-2014.

13 CORTE SUPREMA, 26 de julio de dos mil dieciséis, Ingreso N° 35.146-16.

"Acordado el rechazo de la causal principal contra el voto del ministro señor Brito, quien estuvo por acoger este motivo de invalidación, pues en su entender debió ser declarado que la acción penal prescribió por haber transcurrido el término de un año antes de formalizarse la investigación, cual es, en su entender, la única actuación a la que de manera expresa se le ha atribuido este efecto extintivo en el apartado a) del artículo 233 del Código Procesal Penal; de esta manera, el asunto que debió ser sobreseído por prescripción, circunstancia que constituye la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del citado código, y que amerita dejar sin efecto la decisión recurrida y dictar una sentencia de reemplazo en el sentido recién indicado".

Conclusiones

De acuerdo a todo lo que se ha venido exponiendo, se puede afirmar que la regla contenida en el artículo 96 del Código Penal, sobre suspensión de la prescripción de la acción penal, tiene plena vigencia y es aplicable a las causas regidas por el Código Procesal Penal, con independencia y autonomía de lo prescrito en el artículo 233 de ese cuerpo legal.

Dicha conclusión es consistente en tres niveles de análisis. Primero, porque la relación existente entre el artículo 96 del Código Penal y el artículo 233 del Código Procesal Penal, no admite subordinar la primera regla a la segunda. Luego, porque tal subordinación choca con aspectos medulares del mismo Código Procesal Penal, y con preceptos importantes que éste contiene. Y por último, porque afirmar que la suspensión de la prescripción pende de la formalización, resulta en una inequitativa distribución del referido mecanismo extintivo, en perjuicio que quienes sean imputados por ilícitos de menor entidad, en referencia a aquellos procedimientos que no contemplan el trámite del artículo 229 del Código Procesal Penal.

Por último, la jurisprudencia revisada, desde el año 2004, a lo menos, impide atribuir exclusivamente a la formalización de la investigación el efecto suspensivo de la prescripción.

DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

MODELO PROACTIVO DE CONTROL DE CIERTAS MEDIDAS DE NATURALEZA PROTECCIONAL IMPLEMENTADO EN LA CIUDAD DE COYHAIQUE

Francisco Ortega Acevedo[1]

I. Introducción

La implementación de un nuevo sistema procesal introdujo radicales cambios estructurales en la forma de administrar justicia penal en nuestro país. Uno de tales cambios se expresa en el surgimiento de una víctima reconocida como sujeto de diversos derechos exigibles a varios de los actores institucionales del nuevo modelo y muy especialmente al Ministerio Público, lo que nos sitúa en la necesidad de generar herramientas para su debida satisfacción.

Dentro de estos derechos reconocidos a la víctima en su condición de interviniente destaca con fuerza el derecho a recibir protección de parte de los organismos estatales, protección que adquiere suma relevancia en razón de la estructura misma del nuevo sistema procesal penal, cuya publicidad y contradictoriedad se constituyen en principios básicos, exponiendo muchas veces a la víctima y, eventualmente, sometiéndola a intimidaciones y/o amenazas por parte del imputado o su entorno directo.

Diversas normas nacionales, fundadas directamente en la Constitución Política de la República, así como otras de carácter internacional, obligan al Estado de Chile a adoptar medidas idóneas para la protección de víctimas y testigos en diversos ámbitos. Este derecho a la protección que ostenta la víctima debe ser entendido entonces como una obligación real y concreta para el aparato estatal y sus instituciones, incluidos desde luego el Ministerio Público, el Poder Judicial y muy especialmente las policías.

Cabe entonces preguntarse, ¿el Estado de Chile y sus instituciones cumplen a cabalidad con el rol protector que deben ejercer respecto de víctimas y testigos?, ¿existe una política pública definida en materia de protección?, ¿dicha protección se expresa de manera directa y clara en acciones reales tendientes a asegurar o al menos minimizar las situaciones de riesgo que afectan a víctimas y testigos?, y de ser así, ¿cuál es el estándar definido para concretar dichos roles de protección?

Muchas son las preguntas que deben ser respondidas para concluir responsablemente que el Estado de Chile y sus instituciones han asumido

1 Abogado Jefe de la Unidad de Servicios Estratégicos de la Fiscalía Regional de Aysén, Fiscalía Regional de Aysén, Ministerio Público.

la protección de víctimas como un ámbito esencial para el normal desarrollo del proceso penal, expresando dicha intención en acciones concretas y reales, susceptibles de ser medidas, cuantificadas y evaluadas, como corresponde a cualquier política pública.

El presente artículo no pretende dar cuenta del diagnóstico nacional en la materia expuesta y ni tampoco profundizar en todos los ámbitos de protección, sino que tan solo dar un primer paso respecto de lo que estimamos debe dar lugar a un análisis mucho más acabado respecto de lo que en realidad implican las medidas de protección. Para ello nos concentraremos en revisar determinadas medidas, su aplicación en la ciudad de Coyhaique y el modelo implementado para concretarlas, más allá del contenido del documento que las dispone, ordena o decreta.

II. Antecedentes

Desde el inicio de la reforma procesal penal en el país el año 2000, hasta la fecha, se ha desarrollado en el Ministerio Público una labor que implicó, en los primeros años, principalmente la instalación de las fiscalías regionales e ir avanzando en la generación de los respectivos procesos de trabajo, todo ello con el fin de dar cumplimiento al mandato normativo, presentándose en cada período nuevos desafíos a fin de optimizar la labor que se realizaba tanto en persecución penal como en atención y protección de víctimas y testigos en todas las fiscalías del país. Si bien, la Fiscalía Nacional fue definiendo importantes lineamientos y modelos a fin de estandarizar los servicios que se entregaban a los usuarios, ello no impidió que cada fiscalía regional, en el marco de los lineamientos entregados, pudiera desarrollar nuevas intervenciones, especialmente si ellas buscaban hacer frente a realidades regionales o locales.

La Fiscalía Regional de Aysén se implementa como tal en el año 2002, según la gradualidad establecida por la ley. Su labor en relación a la atención de víctimas y testigos no se diferencia entonces de las metodologías implementadas en todo el país y que se caracterizan por una operación de corte más bien asistencialista, centrada fuertemente en asegurar la participación de estos usuarios en el proceso y especialmente en el juicio oral como hito principal del mismo. En retrospectiva, parece a estas alturas evidente la falta de experticia que las instituciones vinculadas al nuevo proceso teníamos en ámbitos específicos de protección, particularmente de cierto tipo de víctimas sujetas a condiciones particulares de riesgo.

De esta manera, y con el paso de los años, ha sido posible constatar que si bien la consagración de la necesidad de cautela y protección a las víctimas ha ido ganando espacio a nivel normativo, generándose variadas iniciativas legislativas tendientes a alcanzar el anhelado aseguramiento de la integridad física y psíquica de las víctimas de delitos, no resulta menos real que en los hechos, muchos de estos loables impulsos no llegan a concretarse en la

práctica, conservando un estatus meramente declarativo en las resoluciones judiciales ante la evidente incapacidad del Estado de generar adecuados mecanismos de control que apunten tanto a su real eficacia protectora, como también a mejorar la sensación de seguridad y apoyo para víctimas y testigos.

La problemática expuesta en el presente trabajo no pretende ser abordada desde una lógica exclusivamente teórica sino que, por el contrario, se fundamentará desde la experiencia práctica de quienes, en nuestro rol de operadores del sistema de justicia penal, asumimos la obligación de presentar una solución operativa, sencilla y realista que nos permita transformar la declaración de protección contenida en un instrumento jurídico, en una realidad concreta, real, susceptible de ser percibida por la víctima beneficiaria de dicha declaración.

En lo específico, nos dimos a la tarea de analizar si las medidas consistentes en prohibir al imputado acercarse a la víctima y/o abandonar el hogar común, generaban en ellas mayores niveles de seguridad y mejoras sustanciales en su percepción de protección. En este contexto y habiendo detectado importantes espacios de mejora, durante el año 2014 el Ministerio Público y Carabineros de Chile en la Región de Aysén generamos un proyecto piloto para ser implementado en la ciudad de Coyhaique a objeto de acercarnos a estándares de mayor efectividad en los ámbitos de control y percepción de seguridad respecto de las medidas definidas.

III. Breve contexto normativo

1. Normas constitucionales

Ya el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República al asegurar a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, impone al Estado una necesidad genérica de velar porque este derecho sea resguardado respecto de cualquier individuo, y otorga a éstos un derecho subjetivo susceptible de ser exigido frente a cualquiera de los órganos del Estado. Este deber en el caso de las víctimas y los testigos lo radica, entre otros agentes, también, en el Ministerio Público, según lo mandata en el artículo 83 inciso 1° la carta fundamental.

Así, las medidas de protección precisamente deben ser entendidas como la concreción de este derecho.

2. Ley Nº 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público

Por su parte, el artículo 1° de la LOC, en lo pertinente, dispone en términos similares a la Constitución que al Ministerio Público "...le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos". En el mismo sentido, dispone el artículo 20 letra f), la existencia, dentro de las uni-

dades administrativas del Ministerio Público, de la División de Atención a las Víctimas y Testigos, asignándole la función de velar por el cumplimiento de las tareas que a este respecto la ley procesal penal encomienda al Ministerio Público, y en su artículo 34 letra e) establece la misma función a nivel regional, a las Unidades de Atención a Víctimas y Testigos. En definitiva serán estas unidades regionales las que darán operatividad a la labor proteccional asignada al Ministerio Público.

3. Código Procesal Penal

Asimismo, este cuerpo normativo entre sus diversas disposiciones enuncia y reitera este deber que asiste al Ministerio Público de proteger, en sentido amplio, a las víctimas en todas las etapas del proceso, así por ejemplo:

- Artículo 6°, velar por la protección de las víctimas en todas las etapas del procedimiento penal;
- Artículo 78, letra b), ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados;
- Artículo 109, que enumera los derechos de la víctima, que interviene en el proceso penal, estableciendo en su letra a) el derecho a "Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia";
- Artículo 308, regula la protección de los testigos en juicio oral, estableciendo que tanto el tribunal como el Ministerio Público se encuentran obligados a disponer medidas especiales para asegurar la protección del testigo que lo solicitare, en casos graves y calificados, pudiendo disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare.

Así las cosas, y a fin de asegurar estas obligaciones de protección, nuestra legislación ha regulado diversas medidas, entre ellas por supuesto, las medidas cautelares personales del artículo 155 del Código Procesal Penal, sin duda las más utilizadas.

No obstante lo anterior, llama la atención que nuestro legislador, ha generado en los últimos años variadas iniciativas legales que se han expresado con particular claridad, aunque no exclusivamente, en el ámbito de la violencia intrafamiliar y delitos de naturaleza sexual, es así que surgen con especial fuerza medidas cautelares personales que hacen indispensable un cierto nivel de control para asegurar su efectivo cumplimiento, nos referimos específicamente a la restricción de acercamiento y la prohibición de convivencia.

IV. La prohibición de acercamiento y/o abandono del hogar común respecto del imputado

Regulación de la medida

El artículo 155 letra g) del Código Procesal Penal contempla dentro de *"Otras medidas cautelares personales"* aquella correspondiente a "*La prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél*". Asimismo, leyes especiales también contemplan medidas similares. Esta medida de naturaleza cautelar personal, implica la restricción de derechos del imputado por lo que requiere un pronunciamiento judicial al respecto que justifique la necesidad de su implementación para dar cumplimiento a los fines del proceso, que en este caso concreto se traduce en la protección de la víctima. Su esencia está dada por la naturaleza proteccional que implica un distanciamiento o separación entre el imputado y la víctima, evitando con ello el peligro que genera su contacto, por lo cual también es utilizada como condición de la suspensión condicional o incluso como pena accesoria de otras de naturaleza principal. Para controlar su eficacia requiere asegurar este distanciamiento o falta de contacto entre el imputado y la víctima.

Dentro del análisis realizado por la Fiscalía Regional de Aysén es posible constatar que a nivel regional la utilización de este tipo de medidas se ha vuelto cada vez más común, seguramente motivada por la importante connotación e implicancia estadística que tiene la violencia intrafamiliar respecto del total de casos denunciados, y también por el hecho ya señalado de que el legislador ha dotado a este tipo de medidas de diversa naturaleza jurídica, en algunos casos como medida cautelar, en otros como condición de suspensión condicional y en otros incluso como pena accesoria de otras de naturaleza principal.

Basta analizar la regulación de la Ley 20.066 para percibir como el legislador recurre incesantemente a este tipo de medidas. Así por ejemplo, el artículo 9 de la citada ley instruye al tribunal la obligatoriedad de imponer medidas accesorias entre las que se encuentran: letra "a) O*bligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima*" y letra b) "*Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o de estudio, así como cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias*"; el artículo 17° por su parte, contempla como condiciones de la suspensión condicional del procedimiento en este tipo de ilícitos las mismas medidas accesorias del artículo 9, a las cuales hace reenvío; por su parte, el artículo 15 que reglamenta las medidas cautelares en materia de violencia intrafamiliar, incorpora aquellas reguladas por el artículo 92 de la Ley 19.968 que creó los tribunales de familia, entre las que se encuentra "*prohibir al ofensor acercarse a la víctima y prohibir o restringir la presencia de aquél en el hogar común y en el domicilio, lugar de estudios o de trabajo de ésta*….".

Pero no es sólo en este ámbito en el que se han incorporado medidas como las referidas, por ejemplo la Ley 19.374, publicada en julio del año 1999, incorporó al Código Penal el artículo 372 ter cuyo contenido, aplicable a todos los delitos tipificados en los párrafos quinto y sexto del libro II de ese cuerpo legal, comúnmente denominados delitos sexuales, incorpora normas similares de protección de víctimas en los siguientes términos: "*Art. 372 ter. En los delitos establecidos en los dos párrafos anteriores, el juez podrá en cualquier momento, a petición de parte, o de oficio por razones fundadas, disponer las medidas de protección del ofendido y su familia que estime convenientes, tales como, …..**la prohibición de visitar el domicilio, el lugar de trabajo o el establecimiento educacional del ofendido, la prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia, y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que comparte con aquél***".

Como se puede observar, varias son las normas que incorporan este tipo de medidas a su catálogo de protección, por lo que reiteramos las preguntas ya enunciadas:

- ¿Cómo se están implementando estas medidas en la práctica diaria?;
- ¿Quién y cómo controla que esta diversidad de resoluciones judiciales no se queden en un nivel meramente declarativo?;
- ¿Pueden hoy las instituciones del Estado asegurar un cierto estándar respecto del control de estas medidas?

V. Aplicación de las medidas señaladas en la ciudad de Coyhaique

Análisis cuantitativo de la demanda de estas medidas, según datos acumulados para la ciudad de Coyhaique

Presentando la región de Aysén una de las mayores tasas de violencia intrafamiliar y delitos sexuales a nivel nacional[2], dato relevante a la luz de lo expuesto en el punto anterior, generamos un análisis tendiente a establecer cuántas de estas medidas, cualquiera fuera su naturaleza jurídica, se encontraban vigentes en promedio, cada día, llegando a establecer la necesidad de control de aproximadamente 220 medidas de prohibición de acercarse al ofendido y/o de abandono del hogar común, en cualquiera de sus variantes.

Igualmente, recogida la opinión de los profesionales de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía Regional, se concluye que aque-

2 Según datos del "*Censo de Población y Vivienda 2002 y Proyección de población 2015, INE*", la ciudad de Coyhaique tiene una población estimada al año 2015 de 60.482 habitantes, con un ingreso 6.069 denuncias durante el año, de las cuales aproximadamente un 12% tiene naturaleza intrafamiliar y un 2%, naturaleza de delito sexual *(información extraída del sistema de apoyo a la operación)*.

llas víctimas entrevistadas y que "gozan" de alguna de las medidas en estudio, no percibían cambios efectivos en su protección y tampoco en su sensación de seguridad, en otros términos desconocían el real alcance de la medida decretada, ignoraban si efectivamente la policía conocía su situación particular o la existencia misma de la orden judicial, todo lo cual redundaba en altos niveles de insatisfacción, sensación de desprotección y desconfianza generalizada en el proceso. Al menos en lo relativo a este ámbito de protección, la sensación general era que la protección que se le prometía simplemente no era real.

Situación regional y definición de intervención interinstitucional

Teniendo lo anterior como antecedente, efectuamos un análisis de operatividad a fin de establecer cómo se procedía en aquellos casos en los que se decretaba alguna de estas medidas, estableciéndose que el control existente en el ámbito policial tenía naturaleza exclusivamente reactiva, esto es, recepcionada desde el correspondiente tribunal la notificación de haberse decretado una orden de prohibición de acercamiento a la víctima y/o abandono del hogar común, Carabineros lo incorporaba a un registro de medidas vigentes de manera de facilitar su rápida operativización en caso de generarse algún llamado de auxilio por parte de la víctima, pero sin que existiera previamente conocimiento de la situación particular de la víctima ni contacto o coordinación con la misma.

Si bien, a la fecha del análisis, año 2014, dicha metodología funcionaba con relativa normalidad, permitiendo el control efectivo de ciertas situaciones de riesgo, se asumió como una realidad que la falta de control preventivo y de contacto anticipado con la víctima dificultaba, por una parte, el conocimiento del caso, la situación particular de la víctima, las características del ofensor, el historial de agresiones previas y los niveles de riesgo existentes y, por otra parte, la sensación de protección y de trato personalizado que espera la víctima del delito.

VI. Un modelo de control proactivo de las medidas

Efectuado el diagnóstico relativo a la implementación de estas medidas y al real efecto de protección producido por ellas se arribó al consenso de aprovechar los espacios de mejora existentes. Es así que Carabineros de Chile y la Fiscalía Regional de Aysén se dieron a la tarea de construir un modelo piloto que permitiera superar las brechas detectadas, de manera tal de cumplir con los siguientes objetivos:

En primer término, se estableció como un objetivo general mejorar la eficacia de estas medidas de protección, lo que se traduce básicamente en darles sentido de realidad, concretarlas en acciones que fueran perfectamente identificables por los usuarios, que fueran ellos mismos quienes pudiera describir y evaluar la forma en que se les brindó protección.

En segundo término, se establecieron como objetivos específicos a cumplir, los siguientes:

1. Proporcionar, de manera proactiva, mayor y mejor información a todas las víctimas de delito respecto de las cuales se ha decretado alguna de las medidas comentadas, tratando de generar con ellas un compromiso de atención informada, complementaria de los modelos definidos centralizadamente (SIAU) y al modelo regional de atención a víctimas existente paralelamente en la Región de Aysén (MIV);
2. Evaluar constantemente, mediante la utilización de las pautas de evaluación de riesgo e intimidación (según cual fuera la naturaleza del delito), el estado general de estas víctimas, respecto de su nivel de riesgo e intimidación;
3. Monitorear permanentemente, de manera virtual (personal Uravit) y presencial (patrulla policial) el estado general de estas víctimas, asumiendo la intimidación y el riesgo como una constante dinámica susceptible de cambiar durante el transcurso de la investigación;
4. Proporcionar a estas víctimas acompañamiento, apoyo y mayor sensación de protección, de manera tal que perciba las medidas decretadas como un real aporte a su situación de seguridad, y
5. Generar en la víctima mayor compromiso con el proceso penal, disminuyendo las tasas de retractación o abandono actualmente existentes.

El logro de los objetivos antedichos, se concretó con la integración de un equipo interinstitucional que trabaja coordinadamente, según el siguiente esquema temporal en el cual se desarrollan las acciones de protección:

1. Inicio

   Decretada que sea alguna de las medidas en estudio, los Fiscales las ingresan inmediatamente a SAF (acción ejecutada directamente en audiencia si se decreta en esa instancia), haciendo que la medida se cargue automáticamente en la plataforma generada para estos efectos. Con la carga diaria, un profesional URAVIT contacta a la víctima dentro de un día hábil a fin de evaluar su situación.

2. Primer contacto y evaluación de riesgo o intimidación de la víctima

   El profesional de la URAVIT contactará, orientará y evaluará el riesgo y la intimidación que afecte a la víctima, valiéndose para ello de las pautas generadas y validadas a nivel institucional (ajustándose además al estándar OPA).

   Durante este primer contacto el profesional deberá además orientar a la víctima respecto de medidas de autoprotección, evaluará la necesidad de implementar algunas medidas autónomas de protección

complementaria, explicará el alcance de la medida dispuesta por el tribunal y la metodología de control virtual (telefónico) y presencial (patrulla policial), acordando con la víctima un programa de control, definiendo lugares y horarios al efecto.

Con los antecedentes reunidos, el profesional URAVIT completa la información del sistema, dejándola disponible tanto para el equipo regional que hará monitoreo telefónico, como para la patrulla policial encargada del control en terreno, según se describe en los dos puntos siguientes.

3. Monitoreo telefónico del riesgo

Teniendo presente el resultado de dicha entrevista y de las pautas aplicadas, el profesional de la URAVIT instruye a los encargados del contacto regional de víctimas de la Fiscalía Regional (Contact Center integrado por dos personas en jornada parcial), las características del monitoreo y apoyo permanente de la situación del usuario, definiendo intensidad, horario y características del referido monitoreo telefónico, con obligación de retroalimentar cualquier información relevante.

4. Control domiciliario de la medida

Teniendo presente el resultado de dicha entrevista y de las pautas aplicadas, el profesional de la URAVIT además, informará a los funcionarios policiales definidos para dicha tarea sus resultados a fin de que estos establezcan de manera informada las características del control presencial domiciliario periódico que efectuarán respecto del usuario, para lo cual considerarán el nivel de riesgo o intimidación detectado, las características del caso, así como la disponibilidad y necesidades particulares de cada víctima.

Esencial resulta en este punto resaltar la enorme relevancia que representa para las víctimas ser sujeto de apoyo y protección directa, en su propio domicilio, por un equipo de funcionarios policiales comprometidos con su protección y especialmente capacitados para atender a sus necesidades, no sólo en el ámbito de la seguridad, sino que también en su orientación y acompañamiento.

Para los fines expuestos, y fruto de un acuerdo interinstitucional, Carabineros de Chile dispuso permanentemente de un vehículo policial y una pareja de funcionarios con dedicación exclusiva a estas tareas de control, las cuales conforman, conjuntamente con los profesionales de la URAVIT y del personal de monitoreo telefónico, un equipo interdisciplinario que actúa de manera coordinada en el control permanente del cumplimiento efectivo y real de las medidas decretadas por el órgano jurisdiccional, por el plazo que éstas perduren.

Este equipo de trabajo se reúne periódicamente, con carácter semanal, a fin de retroalimentarse y adecuar sus actuaciones a los procesos de trabajo definidos, estableciendo formas eficientes de comunicación y bajo permanente seguimiento de referentes de ambas instituciones.

5. Evaluación del caso

De todo lo anterior, es informado el Fiscal del caso aportándole, si se hiciere necesario, sugerencias de cambios o reevaluaciones respecto de la medida decretada o contribuyendo con información relevante para el proceso investigativo, por ejemplo en el ámbito del desacato en que muchas veces se debe proceder bajo hipótesis de flagrancia.

6. Capacitación

La implementación del modelo implicó, respecto de los operadores, un intenso proceso de capacitación en ámbitos jurídicos, psicológicos y de protección, ámbitos que se definieron como competencias necesarias para que estos perfiles de atención puedan desarrollar su rol con estándares de excelencia.

VII. Resultados parciales

El presente proyecto abandonó ya su estatus de piloto y se encuentra plenamente validado en la ciudad de Coyhaique, a partir del día miércoles 1 de octubre de 2014 con los siguientes resultados parciales al mes de agosto de 2016.

En los primeros 25 meses de implementación del modelo se ha ingresado un total de 931 medidas de prohibición de acercarse a víctimas y/o abandono del hogar común, de ellas se ha logrado entrevistar presencialmente y evaluar el riesgo o intimidación de 950[3] personas, lo que constituye un 96% del total, con 29 riesgos altos y 214 riesgos medios, posibilitando de esta forma que hayan ingresado al modelo de control con un informe de apreciación preliminar evacuado por el profesional URAVIT.

Del total de víctimas entrevistadas, 656 están o han estado sujetas a distintos niveles de control policial domiciliario por parte de la patrulla especial de control de medidas que trabaja sobre la base de lo informado por el profesional, efectuando a la fecha un total de 2.457 controles de medidas domiciliarias.

3 Se debe tener presente que en ocasiones una medida de protección es despachada respecto de más de una víctima, es por eso que se puede presentar un número de personas entrevistadas mayor que el número de medidas.

De igual forma, 518 personas reciben o han recibido complementariamente control telefónico de su estado, atención generada por nuestro personal, habiendo generado a la fecha 1.137 controles de esta naturaleza.

A la fecha entonces, sin considerar las más de 900 entrevistas de profesionales URAVIT, el modelo ha posibilitado más de 3.500 acciones concretas de control de las medidas decretadas, avanzando de esta forma en la instalación de un proceso de monitoreo proactivo que las víctimas pueden percibir realmente, abandonando así los efectos puramente declarativos de medidas de protección que carecen de todo valor para la víctima cuando no son operativizadas adecuadamente.

VIII. Conclusiones

La experiencia acumulada en la atención y protección de víctimas y testigos permite concluir, con alto grado de certeza, que cualquier modelo de intervención que busque proyectarse como una experiencia replicable, debe necesariamente construirse sobre la base de la coordinación de aquellas instituciones del Estado que, de diversas formas, se vinculan con las víctimas e intentan hacerse cargo de su vulnerabilidad. Es en ese contexto que el modelo de intervención propuesto para Coyhaique tiene como principal activo la decisión interinstitucional de asumir que las necesidades de protección de nuestros usuarios, sólo se alcanzarían sumando los aportes de diversas instituciones.

En lo particular, los resultados del modelo se valoran como exitosos, no sólo por el impacto cuantitativo del número de víctimas al que se ha podido acceder, sino que especialmente, por la valoración que las propias víctimas hacen de la atención, interactuando periódicamente con funcionarios que manifiestan preocupación por su situación, que conocen su problema y que se relacionan con ellas desde su propia realidad.

Finalmente, convendría también plantearnos la necesidad, a estas alturas evidente, de avanzar hacia modelos especializados en tareas de protección, particularmente en el nivel policial. En efecto, siendo las tareas de prevención e investigación los sellos distintivos de los roles policiales en nuestro país, muy necesario resulta asumir que la protección de víctimas, tal como ocurre en otros Estados, requiere de personal especializado con dedicación exclusiva o al menos preferente a estas tareas, lo que constituiría un real avance del Estado de Chile en el cumplimiento de sus obligaciones con víctimas y testigos[4].

4 Nota Final: Conviene finalmente resaltar que el modelo regional de control de medidas proteccionales antes descrito, forma parte de un diseño regional más completo que incorpora complementariamente un modelo de información proactiva a víctimas que considera proporcionar directamente, a la totalidad de las víctimas de la región, información relevante del proceso investigativo, entre ellas, el ingresos de sus causas, el fiscal asignado, ruc, formalizaciones, medidas cautelares, cierres y términos de investigación.

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

PERSECUCIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN EN CHILE: RETOS Y BUENAS PRÁCTICAS

Hernán Fernández Aracena[1]

I. Introducción

Estas páginas[2] tienen por objetivo compartir las experiencias que se pueden apreciar desde el inicio del nuevo sistema procesal penal, de carácter acusatorio, que Chile implementó a partir del año 1999, en materia de persecución penal de la corrupción, haciéndose cargo de los retos, desafíos o problemas que deben superarse en este ámbito, pero también apuntando a aquellas buenas prácticas que permiten superar o hacer frente a tales retos, así como realizar una mejor y más eficaz indagación de este tipo de delitos.

Este análisis parte de la base que la corrupción es un fenómeno que causa daño en diversas áreas del funcionamiento de un país, lo que ha sido reconocido internacionalmente, en las tres convenciones contra la corrupción que Chile ha suscrito, ratificado y convertido en ley de la República.

Así, en la Convención de Naciones Unidas en contra de la corrupción[3] se destaca en su preámbulo, realzando la preocupación de los países por "*la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley*", junto a los lazos existentes entre la corrupción y otras formas de delincuencia, como la organizada, la económica y el lavado de activos.

En el preámbulo de la Convención contra el cohecho a funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales[4], al alero de la

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

2 Este documento se basa en la ponencia que el autor presentó ante alumnos de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, el día dos de junio de 2016, la que se ha complementado especialmente para esta publicación.

3 La Convención de las Naciones Unidas en contra de la corrupción, fue 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.

4 La Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, fue promulgada mediante Decreto Supremo N°496 de 10 de octubre de 2001, y publicada en el Diario Oficial de 30 de enero de 2002.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), se indica que el cohecho es "*un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluido el comercio y las inversiones*," centrando su preocupación en las complicaciones que se generan en cuanto a minar "*el desarrollo económico*" de un país y en las distorsiones que pueden implicar en las "*condiciones competitivas internacionales*" marcando una evidente preocupación en el desajuste económico que genera el cohecho trasnacional.

En tanto que la Convención Interamericana en contra de la Corrupción[5] señala también en su preámbulo que este flagelo "*socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos*", y manifiesta la preocupación "*por los vínculos cada vez más estrechos entre la corrupción y los ingresos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes, que socavan y atentan contra las actividades comerciales y financieras legítimas y la sociedad, en todos los niveles*".

Estos graves efectos de la corrupción, son a nuestro juicio reveladores de que este fenómeno afecta a las bases mismas del Estado de Derecho, lastimando la confianza que los ciudadanos han puesto en sus instituciones y en sus autoridades para regir los destinos de sus países, debilitando en consecuencia, el sistema democrático.

Por ello, los Estados deben adoptar las medidas que sean necesarias para enfrentar decidida y rigurosamente este tipo de delitos, tanto a nivel preventivo como represivo.

Reconoce y avala esta conclusión, la propia Convención Interamericana, al precisar que el combate en contra de la corrupción "*fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social*". A nuestro juicio, este "combate" es una de las principales maneras de devolver la confianza perdida a los ciudadanos, lucha en la que fiscales, jueces y policías juegan un rol preponderante como actores principales de la persecución y juzgamiento de los hechos más graves de corrupción, que no son otros que aquellos constitutivos de delito.

5 La Convención Interamericana en contra de la Corrupción (CICC) 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.

II. Contexto

Pese a que en Chile todos los indicadores a los que es posible acceder muestran que la corrupción es un fenómeno acotado[6], que no supera el 0,2% de los ingresos de la Fiscalía, y que no da muestras de corrupción sistémica ni subsistémica[7], en el último tiempo, tras diversas investigaciones penales vinculadas al financiamiento irregular de la política iniciadas a comienzos de 2015[8], la sensación de corrupción en el país parece haber aumentado[9].

Esos casos han develado la existencia de diversas malas prácticas usadas para financiar campañas y partidos políticos, burlando las disposiciones de la legislación electoral vigente en Chile[10], y que han puesto en duda, a los ojos de la ciudadanía, la independencia que deben tener los parlamentarios de los intereses privados[11], especialmente en aquellos casos en que ha aparecido que algunas

6 Así, por ejemplo, en materia estadística la familia de delitos funcionarios muestra que el total de ingreso de casos por esta clase de ilícitos asciende durante el año 2015, tan solo a un 0,2 por ciento del total de causas recibidas en el Ministerio Público en dicho período. Fuente: Boletín Estadístico Anual, publicado en http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=22831&pid=185&tid=1&d=1 [fecha de consulta: 2 de junio de 2016].
En tanto que para la organización no gubernamental "Transparency International", Chile se encuentra posicionado con 70 puntos de 100, y ocupa en el ranking de percepción de corrupción el lugar 23 entre 168 países, siendo la segunda mejor ubicación en Latinoamérica después de Uruguay. En todo caso, Chile ha caído en dos puntos desde el año 2012. Fuente Corruption Perceptions Index 2015 [en línea]. Disponible en: http://www.transparency.org/cpi2015?gclid=CMDzqM_Kic0CFYQJkQodQSQPCQ#results-table [fecha de consulta: 2 de junio de 2016].

7 Según la clasificación de la corrupción que realizan RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena en "Delitos contra la función pública", primera edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 31., se distingue entre "*…corrupción sistémica (o institucionalizada), subsistémica y dispersa. La primera denominación se reserva para designar aquellas situaciones en que la corrupción afecta a la totalidad del sistema político… La segunda denominación se utiliza para designar a la corrupción que puede afectar a determinados subsistemas del aparato público, como la policía, los organismos encargados de la recaudación de tributos, el órgano jurisdiccional, etc. Se denomina, por último, dispersa a la corrupción que sólo se manifiesta en unos pocos casos aislados*".

8 En el diario electrónico de investigación periodística CIPERCHILE existe un especial con mucha información que ha sido publicada respecto a las investigaciones relacionadas con el financiamiento irregular de la política en Chile y que se han conocido por el nombre de las respectivas empresas, como el caso "SQM" o el caso "penta". Disponible en: http://ciperchile.cl/especiales/financiamiento-irregular-politica/ [fecha de consulta: 2 de junio de 2016].

9 En ese sentido por ejemplo, la "Encuesta Nacional Bicentenario" realizada por la Pontificia Universidad Católica y la empresa GfK Adimark, del año 2015, que puede consultarse en: http://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2015/10/Resultados-parciales-Encuesta-Bicentenario-2015.pdf [fecha de consulta: 3 de junio de 2016].

10 Ley N°19.884, sobre Transparencia, límite y control del gasto electoral, publicada en el Diario Oficial de 5 de agosto de 2003, o la Ley N°18.603 Orgánica Constitucional de los partidos políticos, publicada en el Diario Oficial de 23 de marzo de 1987.

11 El artículo 5 A de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional establece en lo pertinente: "*Artículo 5º A. Los diputados y senadores ejercerán sus funciones con pleno respeto de los principios de probidad y transparencia, en los términos que señalen la Constitución Política, esta ley*

grandes empresas aceptaron entregar ingentes recursos económicos a candidatos a cargos públicos de diversos y transversales sectores políticos del país, y por lo tanto, se ha generado desconfianza respecto a si la implementación de políticas públicas tuvo por finalidad responder al bien común[12], o por el contrario, satisfacer los intereses empresariales de quienes los habían financiado.

Cabe destacar, en todo caso, que la reacción de la institucionalidad chilena debe ser valorada, desde que la investigación de estos hechos que involucran a diversas autoridades ha ido avanzando permanentemente, lo cual es demostrativo de la recordada frase de que "las instituciones funcionan", lo que ha podido apreciarse directamente por la sociedad chilena, desde que las audiencias públicas realizadas en estos casos han sido transmitidas por diversos medios de comunicación.

Además, debe tenerse presente la reacción del Gobierno que, entre otras medidas, convocó a un conjunto de expertos y personalidades del país para crear el "Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción"[13], más conocida como la "Comisión Engel", por su presidente, el economista Eduardo Engel.

En su informe final, este Consejo Asesor propuso una serie de reformas legales y administrativas, haciéndose cargo de diversos compromisos internacionales que marcan una serie de estándares que en materia de transparencia y probidad Chile podía adoptar, mejorando así su normativa a los efectos de enfrentar de mejor modo el combate a la corrupción.

Durante todo el 2015 y 2016, se ha estado tramitando en el Congreso, no sin inconvenientes, lo que se ha denominado como "agenda de probidad", destacando entre otras leyes aprobadas:

---

orgánica constitucional y los reglamentos de ambas Cámaras. El principio de probidad consiste en observar una conducta parlamentaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función, con preeminencia del interés general sobre el particular…".

Por su parte el artículo 5 B de la misma ley dispone: "*Artículo 5º B. Los miembros de cada una de las Cámaras no podrán promover ni votar ningún asunto que interese directa o personalmente a ellos o a sus cónyuges, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad y el segundo de afinidad, inclusive, o a las personas ligadas a ellos por adopción. Con todo, podrán participar en el debate advirtiendo previamente el interés que ellas, o las personas mencionadas, tengan en el asunto…".*

12 La Constitución Política de la República de Chile se refiere al bien común en su artículo 1°, señalando que: "*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*".

13 Creada por Decreto N° 002 de 11 de marzo de 2015.

- La Ley N° 20.880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de interés[14], que establece que las declaraciones de intereses y patrimonio que deben realizar las autoridades del país, se puedan efectuar en forma electrónica, entregando a la vez mayores atribuciones a la Contraloría General de la República, entre ellas permitiendo fiscalizar el cumplimiento de estas obligaciones vinculadas a las declaraciones juradas.
- La Ley N°20.900 sobre fortalecimiento y transparencia de la democracia[15], que establece nuevas reglas de financiamiento electoral, otorga mayores atribuciones para el Servicio Electoral y establece nuevos delitos vinculados a estos hechos.

Asimismo, al tiempo de esta publicación están en tramitación ante el Congreso Nacional dos proyectos de ley[16], que aumentan las penas de la corrupción, sancionando la corrupción entre privados, estableciendo los delitos de administración desleal y soborno entre particulares. A nuestro juicio, estas iniciativas apuntan en la dirección correcta al relevar la importancia del bien jurídico protegido en este tipo de delitos[17], las que se espera sean aprobadas a la brevedad junto con las demás iniciativas de la agenda de probidad.

III. Retos

La baja incidencia estadística de las investigaciones por delitos de corrupción antes mencionada, no da cuenta de la importancia y complejidad que éstas tienen, así como de la gran cobertura de prensa que traen consigo, todo lo que genera una serie de retos que deben enfrentarse en su persecución penal.

Los principales desafíos surgen de las mismas normas de carácter procesal penal, las que contemplan una serie de reglas especiales aplicables a este tipo de casos, y que dificultan, retrasan o imponen estándares que complejizan la persecución de estos ilícitos.

Algunos de estos retos procesales penales son los siguientes:

14 Publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 2016.

15 Publicada en el Diario Oficial el 14 de abril de 2016.

16 Boletines 10.155-07 y 10.739-07.

17 En RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit, página 97, se indica que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, para algunos autores es "la infracción a un deber personal de corrección y probidad que pesa sobre quienes ejercen un cometido de especial relevancia social, como lo es la función pública; mientras que otros sostienen que lo tutelado sería el prestigio de la Administración o la confianza que el público deposita en ella". Más adelante, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit, página 99, señalan que "la noción de correcto desempeño de la función pública permite explicar el sentido de protección de la totalidad de las figuras del título V del Libro II del Código Penal". Ese título V es en el que se tipifican los delitos funcionarios.

- La investigación por este tipo de delitos no cuenta con herramientas de investigación especiales, como las dispuestas para los casos de tráfico de drogas[18] o para el lavado de activos[19]. Especialmente sensible, es que no se regule la labor de informantes o la entrega vigilada para casos de corrupción.
- De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, la investigación se rige por las reglas comunes establecidas en el Código Procesal Penal, destacando como reto a superar, que el plazo de secreto de la investigación dura como máximo ochenta días[20] a diferencia de los seis meses, prorrogables, en materia de lavado de activos[21], o el hecho que se permita al imputado por corrupción solicitar al Juez de Garantía que se fije una audiencia para conocer si se sigue una investigación en su contra, audiencia en la cual puede solicitar que se fije un plazo al Ministerio Público para formalizar la investigación[22], institución de

18 La Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas establece una regulación para la cooperación eficaz (art. 22), las entregas vigiladas o controladas (art. 23), el agente encubierto, agente revelador e informantes (art. 25), medidas de protección a cooperadores eficaces e informantes (arts. 30 a 37) y otras medidas que permiten asegurar el mejor resultado de la investigación (arts. 38 a 46).

19 La Ley N°19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, contempla similares herramientas investigativas que la Ley 20.000, en sus artículos 31 a 33 bis.

20 El artículo 182 del Código Procesal Penal establece: "Artículo 182.- Secreto de las actuaciones de investigación. Las actuaciones de investigación realizadas por el ministerio público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento.
El imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar y obtener copias, a su cargo, de los registros y documentos de la investigación fiscal y podrán examinar los de la investigación policial.
El fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto, el cual podrá ser ampliado por el mismo período, por una sola vez, con motivos fundados. Esta ampliación no será oponible ni al imputado ni a su defensa.
El imputado o cualquier otro interviniente podrá solicitar del juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare.
Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, no se podrá decretar el secreto sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en las que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor.
Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas".

21 Conforme al art. 31 de la Ley 19.913.

22 El artículo 186 del Código Procesal Penal establece: "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

"control judicial" que no es aplicable en materia de tráfico de drogas o lavado de dinero[23].

- También se debe considerar la existencia de prerrogativas procesales, como el fuero, dispuestas para las más importantes autoridades del país[24], las que buscan resguardar el correcto ejercicio de esas altas funciones públicas de acciones temerarias o infundadas. En palabras del Tribunal Constitucional de Chile el fuero es un "*privilegio parlamentario*" que consiste en "*una garantía procesal que protege al diputado o senador de una persecución criminal infundada y que inhiba o entorpezca el cumplimiento adecuado de sus funciones. Posee, a pesar de ser el privilegio parlamentario una excepción al principio de igualdad, una finalidad garantista de la función pública parlamentaria, en particular la protección de la dignidad, dedicación e independencia en el ejercicio del cargo, y un fundamento claramente político, asociado al resguardo de la autonomía de los órganos legislativos y al principio de la separación de poderes –valores esenciales del Estado de Derecho–, y cuya justificación mediata es el pleno ejercicio de la soberanía popular*"[25].

El fuero implica que antes del juzgamiento de la persona aforada, se deba realizar un antejuicio denominado "desafuero", lo que implica que la Corte de Apelaciones competente debe pronunciarse acerca de si autoriza o no la formación de causa en contra de la autoridad indagada, tras lo cual, cumplido este requisito previo de procesabilidad, la Fiscalía puede ejercer la acción penal procediendo a acusar al aforado, o bien, si solicita el desafuero durante la etapa de investigación la Fiscalía podrá solicitar la imposición de medidas cautelares personales en su contra, como la prisión preventiva[26].

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".

23 Conforme a los arts. 38 de la Ley 20.000 y 31 de la Ley 19.913.

24 Gozan de fuero los Diputados y Senadores (art. 61 de la Constitución Política de la República), los Ex Presidentes de la República (art. 30 de la Constitución Política de la República), Intendentes, Gobernadores y Presidente del Gobierno Regional (art. 124 de la Constitución Política de la República), Ministros del Tribunal Constitucional (art. 24 del DFL N°5, de 1 de junio de 2010, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional), Ministros del Tribunal Calificador de Elecciones (art. 7 de la Ley N°18.460, Orgánica Constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones).

25 Considerando 5° de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de enero de 2007, que rechazó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Diputada Laura Soto, Rol N°661-2006.

26 El artículo 416 del Código Procesal Penal establece: "Artículo 416.- Solicitud de desafuero. Una vez cerrada la investigación, si el fiscal estimare que procediere formular acusación por crimen o simple delito en contra de una persona que tenga el fuero a que se refieren los incisos segundo a cuarto del artículo 58 de la Constitución Política, remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente, a fin de que, si hallare mérito, declare que ha lugar a formación de causa.

- Otra prerrogativa de ciertas autoridades[27], dice relación con su citación como testigo o imputado ante la Fiscalía, para lo cual se establece que debe obtener la autorización del Juez de Garantía[28], lo que es una excepción a la regla general que determina que el fiscal pueda autónomamente citar ante su presencia a cualquier persona que requiera en el contexto de una investigación. Además, la autoridad puede fijar el lugar donde prestar su declaración, así como el día y hora en que se realizará la diligencia[29]. En todo caso, este beneficio es renunciable y, por lo tanto, no descarta la comparecencia voluntaria de la autoridad para declarar ante la Fiscalía.

Igual declaración requerirá si, durante la investigación, el fiscal quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra.
Si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación su querella por el juez de garantía.

27 Aquellas indicadas en el artículo 300 del Código Procesal Penal, que dispone: "Artículo 300.- Excepciones a la obligación de comparecencia. No estarán obligados a concurrir al llamamiento judicial de que tratan los artículos precedentes, y podrán declarar en la forma señalada en el artículo 301:
a) El Presidente de la República y los ex Presidentes; los Ministros de Estado; los Senadores y Diputados; los miembros de la Corte Suprema; los integrantes del Tribunal Constitucional; el Contralor General de la República y el Fiscal Nacional;
b) Los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, el General Director de Carabineros de Chile y el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile;
c) Los chilenos o extranjeros que gozaren en el país de inmunidad diplomática, en conformidad a los tratados vigentes sobre la materia, y
d) Los que, por enfermedad grave u otro impedimento calificado por el tribunal, se hallaren en imposibilidad de hacerlo.
Con todo, si las personas enumeradas en las letras a), b) y d) renunciaren a su derecho a no comparecer, deberán prestar declaración conforme a las reglas generales. También deberán hacerlo si, habiendo efectuado el llamamiento un tribunal de juicio oral en lo penal, la unanimidad de los miembros de la sala, por razones fundadas, estimare necesaria su concurrencia ante el tribunal".

28 El artículo 23 del Código Procesal Penal establece: "Artículo 23.- Citación del ministerio público. Cuando en el desarrollo de su actividad de investigación el fiscal requiriere la comparecencia de una persona, podrá citarla por cualquier medio idóneo. Si la persona citada no compareciere, el fiscal podrá ocurrir ante el juez de garantía para que lo autorice a conducirla compulsivamente a su presencia.
Con todo, el fiscal no podrá recabar directamente la comparecencia personal de las personas o autoridades a que se refiere el artículo 300. Si la declaración de dichas personas o autoridades fuere necesaria, procederá siempre previa autorización del juez de garantía y conforme lo establece el artículo 301".

29 El artículo 301 del Código Procesal Penal establece: "Artículo 301.- Declaración de personas exceptuadas. Las personas comprendidas en las letras a), b) y d) del artículo anterior serán interrogadas en el lugar en que ejercieren sus funciones o en su domicilio. A tal efecto, propondrán oportunamente la fecha y el lugar correspondientes. Si así no lo hicieren, los fijará el tribunal. En caso de inasistencia del testigo, se aplicarán las normas generales. A la audiencia ante el tribunal tendrán siempre derecho a asistir los intervinientes. El tribunal podrá calificar las preguntas que se dirigieren al testigo, teniendo en cuenta su pertinencia con los hechos y la investidura o estado del deponente.
Las personas comprendidas en la letra c) del artículo precedente declararán por informe, si consintieren a ello voluntariamente. Al efecto se les dirigirá un oficio respetuoso, por medio del ministerio respectivo".

- En cuanto a la diligencia de "entrada y registro" o también conocida como "allanamiento", es la que permite acceder a un domicilio y resguardar e incautar documentación y diversas evidencias que sean relevantes para una investigación, la cual tiene reglas especiales cuando requiere ser realizada a las oficinas públicas en las que ejercen su función cualquiera autoridad, lo que puede ser usual en una investigación por delitos de corrupción. La regla especial que se establece es que el fiscal deberá avisar con 48 horas de anticipación a la autoridad a cargo de esos lugares o edificios, de la práctica de la diligencia. Afortunadamente, la norma prevé que un aviso de esta naturaleza pudiera afectar la efectividad de la diligencia y, por lo tanto, permite omitir tal aviso[30].
- Respecto a la incautación de documentos reservados, o el registro en lugares en que se encontrare información o elementos de dicho carácter y cuyo conocimiento pudiere afectar la seguridad nacional, la autoridad a cargo del recinto informará de inmediato y fundadamente de este hecho al Ministro de Estado correspondiente, quien, si lo estima procedente, oficiará al fiscal manifestando su oposición a la práctica de la diligencia. La Fiscalía si desea insistir debe recurrir a la Corte Suprema quien decidirá al efecto[31].

30 El artículo 209 del Código Procesal Penal establece: "Artículo 209.- Entrada y registro en lugares especiales. Para proceder al examen y registro de lugares religiosos, edificios en que funcionare alguna autoridad pública o recintos militares, el fiscal deberá oficiar previamente a la autoridad o persona a cuyo cargo estuvieren, informando de la práctica de la actuación. Dicha comunicación deberá ser remitida con al menos 48 horas de anticipación y contendrá las señas de lo que hubiere de ser objeto del registro, a menos que fuere de temer que por dicho aviso pudiere frustrarse la diligencia. Además, en ella se indicará a las personas que lo acompañarán e invitará a la autoridad o persona a cargo del lugar, edificio o recinto a presenciar la actuación o a nombrar a alguna persona que asista.

Si la diligencia implicare el examen de documentos reservados o de lugares en que se encontrare información o elementos de dicho carácter y cuyo conocimiento pudiere afectar la seguridad nacional, la autoridad o persona a cuyo cargo se encontrare el recinto informará de inmediato y fundadamente de este hecho al Ministro de Estado correspondiente, a través del conducto regular, quien, si lo estimare procedente, oficiará al fiscal manifestando su oposición a la práctica de la diligencia. Tratándose de entidades con autonomía constitucional, dicha comunicación deberá remitirse a la autoridad superior correspondiente.

En este caso, si el fiscal estimare indispensable la realización de la actuación, remitirá los antecedentes al fiscal regional, quien, si compartiere esa apreciación, solicitará a la Corte Suprema que resuelva la controversia, decisión que se adoptará en cuenta. Mientras estuviere pendiente esa determinación, el fiscal dispondrá el sello y debido resguardo del lugar que debiere ser objeto de la diligencia.

Regirá, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo 19, y, si la diligencia se llevare a cabo, se aplicará a la información o elementos que el fiscal resolviere incorporar a los antecedentes de la investigación lo dispuesto en el artículo 182".

31 Conforme a lo dispuesto en el art. 209 del Código Procesal Penal antes trascrito.

- Otro tipo de desafío que se debe enfrentar en estas investigaciones, dice relación con la protección de los testigos, especialmente si se trata de empleados públicos, pues su situación es incómoda en tanto presencien actos de corrupción de compañeros de trabajo, con quienes comparten diariamente, o bien, con mayor dificultad por temor a represalias, cuando deben declarar en contra de sus jefaturas. Chile cuenta con la Ley N°20.205 que protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad[32], y que es un avance, pero tiene algunas debilidades, como respecto al alcance de su protección[33] o los procedimientos a aplicar si la autoridad principal está comprometida en tales irregularidades.

La Ley 20.205 no protege a los privados, testigos también privilegiados de este tipo de situaciones, para quienes sólo existen las normas de protección de víctimas y testigos que la Fiscalía puede otorgar, pero en el marco de una investigación penal, lo que se constituye en una limitación para una mayor posibilidad de detección de estos delitos. Afortunadamente, dentro de los proyectos de ley derivados de la Comisión Engel, hay uno que apunta a perfeccionar las normas de protección de los funcionarios públicos[34].

- El secreto bancario es normalmente una diligencia que permite hacer un seguimiento de los flujos de dinero, cuando se trata de delitos vinculados a la administración de recursos públicos como la malversación o peculado, pero también, para seguir el destino de los sobornos, nacionales o transnacionales.
- La legislación chilena regula la materia en dos leyes[35], estableciendo que la Fiscalía requiere de la respectiva autorización judicial para acceder a estas informaciones. Estas leyes entregan mayores facilidades para levantar el secreto bancario de las cuentas corrientes de los funcionarios públicos, y también en investigaciones por lavado de dinero[36], sin embargo,

32 Publicada en el Diario Oficial el 24 de julio de 2007.

33 Al respecto, la Contraloría General de la República ha establecido que quienes prestan servicios a la Administración sobre la base de contratos a honorarios, no poseen la calidad de funcionarios y tienen como única norma reguladora de sus relaciones con ella el propio convenio, careciendo de los derechos de que gozan los empleados públicos, por lo que no gozan de los derechos de la Ley 20.205, ya que aquéllos han sido establecidos exclusivamente en favor de los funcionarios públicos. En ese sentido dictámenes 5923/2007 y 2466/2008.

34 Proyecto de ley que previene y sanciona los conflictos de intereses, y modifica normas sobre inhabilidades e incompatibilidades en el ejercicio de la función pública, en Boletin N°10.140-07.

35 El artículo 1° de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, y el art. 154 de la Ley General de Bancos e Instituciones Financieras.

36 Tras la reforma realizada por la Ley 20.818 que perfecciona los mecanismos de prevención, detección, control, investigación y juzgamiento del delito de lavado de activos, publicada en el Diario Oficial de 18 de febrero de 2015.

en el plano práctico u operativo, los Bancos e Instituciones Financieras normalmente demoran en entregar la información aduciendo que lo solicitado se encuentra en bodegas físicas, generalmente, externalizadas, y dado que se solicita gran cantidad de operaciones y movimientos. Ello implica demora en obtener la información, tiempo en procesar la misma, y finalmente, trabajo en analizar los flujos financieros, lo que redunda en una complejidad más a superar en este tipo de investigaciones.

- Un último aspecto, de carácter práctico, al cual haré referencia, es el vinculado a las estrategias usadas por los abogados de las personas investigadas, que normalmente pertenecen a los estudios jurídicos de mayor renombre y prestigio del país, referido a que la defensa no sólo se asume ante los Tribunales de Justicia, sino que también ante los medios de prensa, siendo posible verificar que tras ellos hay una estudiada y cuidada planificación de comunicación estratégica, apoyados normalmente en profesionales y empresas especialistas en esa materia. De modo que ha sido usual en este tipo de casos, que exista litigación a través de la prensa, en las que se entregan versiones del imputado ante un periódico o revista, aunque ante la Fiscalía opten por guardar silencio, o bien, se constata un perfil humano del investigado, resaltando sus cualidades personales, previo a una audiencia de cautelares o de revisión de las mismas, generando entonces un ambiente comunicacional apto a los intereses de sus representados.

Asimismo, en algunos casos, se ha podido apreciar una mayor agresividad asumida por este tipo de defensas, realizando cuestionamientos al trabajo del fiscal del caso, realizando presentaciones ante todo tipo de autoridades, solicitando investigaciones administrativas, interponiendo recursos jerárquicos, reclamos, en fin, utilizando todas las vías posibles para hacer uso de su derecho a defensa, lo que en ocasiones ha resultado ser abusivo, por cuanto, las reclamaciones han sido completamente desechadas.

Esos son algunos de los desafíos que se deben enfrentar en una investigación penal por un delito de corrupción, existiendo otros aspectos sobre los cuales, no es posible profundizar en esta ponencia, aunque enunciamos dos: el bajo nivel de penalidad de los delitos y las diversas complejidades que surgen por su tipificación con la inclusión de variados elementos normativos que hacen dificultosa la configuración de estos ilícitos.

IV. Buenas prácticas

Para superar los retos antes descritos, Chile ha desarrollado diversas herramientas normativas, procesos de trabajo y capacitación a los funcionarios clave, encargados de la persecución penal. Entre otras actividades relevantes para enfrentar los desafíos antes descritos, vale la pena destacar las siguientes buenas prácticas:

- **Independencia**. El órgano de investigación penal, para que sea exitoso en materia de corrupción, debe estar ajeno a las influencias indebidas, especialmente de carácter político. Por ello, cobra importancia la autonomía estructural y operacional de la Fiscalía, así como el procedimiento de nombramiento y remoción del encargado de la entidad, proceso que debe ser lo suficientemente transparente para evitar sospechas de interferencias impropias.

En el caso de la Fiscalía chilena, la Carta Fundamental y la ley la han dotado de la independencia y autonomía necesaria para realizar su labor ajena a este tipo de presiones, lo que se refleja no sólo en la norma que declara que el Ministerio Público es un "organismo autónomo"[37], sino que también, por la forma de nombramiento y remoción de su principal autoridad, el Fiscal Nacional, dado que para su designación por concurso público participan los tres poderes del Estado[38], y para su remoción se han establecido causales legales y un procedimiento ante la Corte Suprema[39], lo que garantiza una decisión técnica y no política. Apuntan en este sentido también, la regla que impide

37 El inciso primero del artículo 83 de la Constitución Política de la República de Chile establece: "Artículo 83.- Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales".
En tanto, el artículo 1° de la Ley N°19.640, orgánica constitucional del Ministerio Público, dispone: "Artículo 1º.- El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. No podrá ejercer funciones jurisdiccionales".

38 La designación del Fiscal Nacional, requiere la apertura de un concurso público de oposición de antecedentes ante la Corte Suprema, la que elige de ellos, a cinco candidatos, quina que es remitida al Presidente de la República, quien elige a uno de ellos y lo envía al Senado, para su ratificación por dos tercios de sus miembros en ejercicio, alto quorum que exige un acuerdo político normalmente transversal. Este proceso está fijado en el art. 15 de la Ley 19.640.

39 El artículo 53 de la Ley N°19.640 dispone: "Artículo 53.- El Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales sólo podrán ser removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados o de diez de sus miembros, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.
La solicitud de remoción señalará con claridad y precisión los hechos que configuraren la causal invocada y a ella se acompañarán o se ofrecerán, si fuera el caso, los medios de prueba en que se fundare. Si la solicitud de remoción no cumpliere estos requisitos, el pleno, convocado al efecto, la declarará inadmisible en cuenta, sin más trámite.
Admitida a tramitación la solicitud, el Presidente de la Corte Suprema dará traslado de ella al fiscal inculpado, el que deberá ser evacuado dentro de los ocho días hábiles

al Fiscal Nacional impartir instrucciones particulares en casos concretos[40], dejando la responsabilidad de la investigación en el fiscal especializado y en el correspondiente Fiscal Regional[41].

Obviamente que la independencia no puede significar irresponsabilidad, por lo tanto, la ley debe claramente establecer su régimen disciplinario y la posibilidad de rendición de cuenta, al menos mediante reportes anuales de conocimiento público, lo que se contempla expresamente respecto al Ministerio Público chileno[42].

---

siguientes a la fecha de recepción del oficio respectivo, que le será remitido junto con sus antecedentes por la vía que se estimare más expedita.
Evacuado el traslado o transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente, el Presidente de la Corte citará a una audiencia en que se recibirá la prueba que se hubiere ofrecido y designará el Ministro ante el cual deberá rendirse; efectuadas las diligencias o vencidos los plazos sin que se hubieren evacuado, ordenará traer los autos en relación ante el pleno de la Corte Suprema, especialmente convocado al efecto. La Corte Suprema sólo podrá decretar medidas para mejor resolver una vez terminada la vista de la causa. Para acordar la remoción, deberá reunirse el voto conforme de cuatro séptimos de sus miembros en ejercicio. Cualquiera de las partes podrá comparecer ante la Corte Suprema hasta antes de la vista de la causa.
La remoción de los Fiscales Regionales también podrá ser solicitada por el Fiscal Nacional".

40 Ello se encuentra regulado en la letra a) del art. 17 de la Ley N°19.640 que dispone: "Artículo 17.- Corresponderá al Fiscal Nacional:
a) Fijar, oyendo previamente al Consejo General, los criterios de actuación del Ministerio Público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y en las leyes. Tratándose de los delitos que generan mayor conmoción social, dichos criterios deberán referirse, especialmente, a la aplicación de las salidas alternativas y a las instrucciones generales relativas a las diligencias inmediatas para la investigación de los mismos, pudiendo establecerse orientaciones diferenciadas para su persecución en las diversas Regiones del país, atendiendo a la naturaleza de los distintos delitos.
El Fiscal Nacional dictará las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos. No podrá dar instrucciones u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares, con la sola excepción de lo establecido en el artículo 18;".

41 En ese sentido apunta el inciso primero del art. 27 de la Ley N°19.640 que señala: "Artículo 27.- A los fiscales regionales corresponde el ejercicio de las funciones y atribuciones del Ministerio Público en la región o en la extensión geográfica de la región que corresponda a la fiscalía regional a su cargo, por sí o por medio de los fiscales adjuntos que se encuentren bajo su dependencia".

42 El régimen disciplinario se fija en los artículos 45 a 53 de la Ley N°19.640, y la rendición de cuentas anual del Fiscal Nacional está dispuesta en el artículo 21 de la misma ley. Los fiscales regionales también deben rendir cuentas anualmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la citada ley orgánica del Ministerio Público. Asimismo, recientemente se incorporó la obligación anual del Ministerio Público de publicar un plan institucional anual, cuyos resultados también deben ser expuestos a la ciudadanía en el acto de rendición de cuentas aludido en el art. 21 antes citado.

- **Especialización.** La actual sofisticación de las tecnologías, las facilidades para transferir los dineros en el sistema bancario y las siempre innovadoras maneras que diseñan quienes cometen delitos de corrupción, hacen necesaria una permanente capacitación y actualización de conocimientos de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley.

En el Ministerio Público, existen fiscales adjuntos especializados con presencia en todo el país, quienes se hacen cargo de manera preferente, pero no exclusiva, de la investigación de los delitos de corrupción. Además, a nivel central, se cuenta con el apoyo de la Unidad Especializada Anticorrupción que presta asesoría a estos fiscales especializados en materia jurídica y financiero contable, así como en la organización de las necesarias capacitaciones en la materia[43].

El hecho que el Código Procesal Penal establezca un sistema de libertad probatoria[44] en el que se autoriza expresamente la presentación de peritos del propio Ministerio Público en el juicio oral[45], ha permitido desarrollar a profesionales del área financiera contable que trabajen en la Fiscalía, para que realicen pericias de carácter contable y puedan comparecer en los juicios, sin que se pueda cuestionar, a priori, su imparcialidad, contribuyendo, como todo otro antecedente probatorio a formar la convicción necesaria para condenar a un imputado[46].

En cuanto a los funcionarios policiales, la Policía de Investigaciones de Chile, a comienzos de 2016 ha creado una brigada especial dedicada exclusivamente a la indagación de los delitos de corrupción más importantes, que se deno-

43 En ese sentido, ver descripción en la página web de la Fiscalía de Chile. Disponible en: http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/areas/corrupcion.jsp [fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

44 La libertad de prueba está regulada en el artículo 295 del Código Procesal Penal en los siguientes términos: "Artículo 295.- Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley".

45 Por ello el artículo 321 del Código Procesal Penal dispone: "Artículo 321.- Auxiliares del ministerio público como peritos. El ministerio público podrá presentar como peritos a los miembros de los organismos técnicos que le prestaren auxilio en su función investigadora, ya sea que pertenecieren a la policía, al propio ministerio público o a otros organismos estatales especializados en tales funciones".

46 El estándar de convicción está señalado en el artículo 340 del Código Procesal Penal, que dispone: "Artículo 340.- Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.
El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.
No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración".

mina Brigada Investigadora de Delitos Funcionarios Metropolitana, lo que es un avance, pues permitirá profundizar en la especialización de sus funcionarios en materias complejas como son estos delitos.

- **Coordinación interinstitucional.** Resulta fundamental para poder avanzar en este tipo de investigaciones, que el órgano de persecución penal cuente con toda la información que otros organismos públicos tengan en su poder. Con ello, es posible realizar, por ejemplo, un levantamiento de carácter patrimonial del imputado, especialmente relevante respecto a un funcionario público para visualizar si tiene un patrimonio proporcional o no a los ingresos públicos que percibe, lo que permita generar indicios de la comisión de un delito de corrupción, como el fraude al Fisco o el peculado, o bien, establecer el delito de enriquecimiento ilícito. En este trabajo puede resultar central la información que aporte el Servicio de Impuestos Internos[47], la Unidad de Análisis Financiero[48] o la Direccion de Contratación y Compras Públicas (conocida como Chilecompra)[49].

Por otra parte, la Contraloría General de la República en el ejercicio de sus atribuciones de fiscalización y auditoría del uso de los recursos públicos[50], puede detectar hechos constitutivos de delito y realizar la denuncia penal correspondiente. Asimismo, por la expertiz de sus funcionarios, éstos pueden ser testigos relevantes para el juicio oral, en la medida que puedan explicar la normativa de contabilidad gubernamental, estableciendo como debía realizarse una operación, lo que permite contrastar con la forma en que fue hecha una determinada maniobra en un caso concreto, mostrando

47 La agencia tributaria chilena está regulada en el DFL Nº 7, de Hacienda, de 30 de septiembre de 1980, que fija el texto de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos y adecúa disposiciones legales que señala. Publicada en el Diario Oficial de 15 de octubre de 1980.

48 La Unidad de Inteligencia Financiera chilena se regula en la Ley N°19.913 antes citada.

49 Chilecompra está regulada en el capítulo VI de la Ley 19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, publicada en el Diario Oficial de 30 de julio de 2003.

50 En la página WEB de la Contraloría General de la República se indica: *"La Contraloría General de la República (CGR)* ***es un órgano superior de fiscalización de la Administración del Estado, contemplado en la Constitución Política,*** *que goza de autonomía frente al Poder Ejecutivo y demás órganos públicos. Es esencialmente una entidad de control de legalidad de los actos de la Administración del Estado, que actúa con independencia del Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional. La labor de la Contraloría es eminentemente fiscalizadora; de carácter jurídico, contable y financiero, pues está destinada a cautelar el principio de legalidad, es decir, verificar que los órganos de la Administración del Estado actúen dentro del ámbito de sus atribuciones y con sujeción a los procedimientos que la ley contempla".* Disponible en: http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP?_nfpb=true&_pageLabel=P18200239681286226265111 [fecha de consulta: 7 de junio de 2016].

así las irregularidades administrativas que normalmente están presentes en la investigación de un delito de corrupción, y que son la base de la actuación antijurídica de los funcionarios públicos.

Por otra parte, en el régimen procesal penal chileno de carácter acusatorio, se mantuvo la posibilidad que la víctima de un delito pudiera ejercer la acción penal dentro del proceso, lo que debe realizar mediante la presentación de una querella criminal. Ese rol, respecto de la víctima Fisco de Chile, lo realiza una institución centenaria en el país, conocida como el Consejo de Defensa del Estado[51], pudiendo querellarse en aquellos delitos que causan un perjuicio al erario nacional y/o en delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, y además, están habilitados para ejercer la acción civil contra el imputado[52]. Es evidente que el trabajo de los abogados de este servicio, facilitan un apoyo jurídico para los fiscales a cargo de este tipo de delitos.

A su vez, el servicio público afectado por los actos de corrupción es una fuente valiosa de información para la investigación penal, sea en materia documental y contable, y también por la existencia de testigos de los hechos, de modo que su cooperación y colaboración será fundamental para el éxito de las indagaciones.

Finalmente, el "brazo operativo" de los fiscales son los funcionarios policiales[53], con quienes deberá formar un equipo, idealmente multidisciplinario con experiencia en aspectos analíticos, para hacerse cargo de procesar y examinar la información que se recolecta en este tipo de investigaciones, y también en áreas operativas, que le permita realizar seguimientos, interceptaciones telefónicas, y otras medidas intrusivas. Este "trabajo en equipo" de fiscales y policías permite potenciar la investigación, especialmente cuando se logra planificar adecuadamente la indagatoria, por ejemplo, acotando las incautaciones o realizando diligencias de interrogatorios simultáneos a los testigos, lo que apunta a la mayor eficiencia en la indagación penal.

51 La regulación de este Consejo, similar al rol que cumplen las procuradurías generales en otros países, se encuentra en el D.F.L. Nº 1, de 28 de julio de 1993. Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de agosto de 1993.

52 De conformidad, con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado.

53 De conformidad con lo dispuesto en el art. 79 del Código Procesal Penal la policía es auxiliar del Ministerio Público y conforme al art. 180 del mismo código, el fiscal dirige la investigación pudiendo encargar la realización de las diligencias a la Policía.

Reseñadas algunas de las vinculaciones más importantes entre organismos públicos y la investigación penal de la corrupción, es obvio que la generación de vínculos personales entre funcionarios públicos, puede facilitar el trabajo conjunto, sin embargo, a nuestro juicio, parece conveniente institucionalizar estas relaciones de colaboración, firmando protocolos o convenios de cooperación que regulen el intercambio de información, establezcan responsables de la coordinación, y fomenten las actividades de capacitación.

La Fiscalía de Chile, en esta área de especialidad, mantiene vigentes convenios de colaboración con el Servicio de Impuestos Internos, la Unidad de Análisis Financiero, la Contraloría General de la República, el Consejo de Defensa del Estado, Chilecompras, entre otros.

La firma de estos convenios ha permitido el desarrollo de diversas interconexiones entre los servicios, y aprovechando las nuevas tecnologías de la información, se han establecido diversas conexiones "online" facilitando un cada vez más rápido y seguro acceso a la información por parte de los fiscales.

Este trabajo colaborativo que antes hemos resumido, encuentra su respaldo en los estándares internacionales, especialmente en la Convención de Naciones Unidas en contra de la Corrupción que releva la coordinación interinstitucional, como factor de éxito en la lucha anticorrupción, disponiendo en su artículo 38 textualmente:

"Cooperación entre organismos nacionales. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para alentar la cooperación entre, por un lado, sus organismos públicos, así como sus funcionarios públicos, y, por otro, sus organismos encargados de investigar y enjuiciar los delitos".

- **Trabajo multidisciplinario.** El hecho que, normalmente, se recopile gran cantidad de información en este tipo de casos, tras acceder a diversas evidencias documentales y de carácter digital, o tras incautar los documentos contables de un organismo público, o tras procesar la información bancaria de un imputado, entre otras diligencias útiles a la investigación, hace necesario que, para una eficaz y eficiente investigación, el fiscal deba contar con el apoyo de profesionales de diversas áreas del conocimiento, como contadores auditores, peritos informáticos, o abogados con conocimientos de derecho administrativo o constitucional.

Así, los mejores resultados serán obtenidos en aquellas investigaciones en que ha sido posible estructurar un equipo de trabajo con profesionales de diversas disciplinas, lo que incluso ha sido valorado internacionalmente.

Al interior del Grupo de Trabajo de la OCDE se ha dicho: *"La corrupción necesita ser abordada en varios niveles y requiere experticias específicas, conocimientos y habilidades en una variedad de campos, incluyendo el derecho, finanzas, economía, contabilidad, ingeniería civil, ciencias sociales, y otras áreas. Hay pocos fenómenos delincuenciales, si hubiere alguno, que requieren de un enfoque complejo y de una combinación de diversas herramientas. Estas habilidades normalmente están dispersos por diversas instituciones, pero rara vez se concentran en un organismo particular que se dedica a la lucha en contra la corrupción. Cuando estas habilidades se combinan en una institución especializada, esto lleva a un nivel de visibilidad e independencia que permite enfrentar adecuadamente a la corrupción"*[54].

En la Unidad Especializada Anticorrupción de la Fiscalía Nacional de Chile es posible encontrar apoyos que brindan abogados y contadores auditores, lo que permite hacer una aproximación multidisciplinaria en las investigaciones por corrupción, y lo mismo se pide a las policías, que constituyan equipos considerando esta variable interdisciplinaria.

V. Hacia el futuro, una fiscalía de alta complejidad

En las tres Convenciones Internacionales en contra de la corrupción de las que Chile es parte, podemos encontrar disposiciones referidas a la necesidad de establecer un órgano represivo contra la corrupción, con la suficiente autonomía e independencia, con recursos humanos y tecnológicos adecuados, que permita dar una fuerte señal a la comunidad de que la persecución penal de la corrupción se hará de manera intensa y denodada, haciendo efectiva la garantía constitucional de la igualdad ante la ley.

En concreto, la Convención de Naciones Unidas en contra de la Corrupción, en su artículo 36 dispone:

"Artículo 36. Autoridades especializadas.

Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, se cerciorará de que dispone de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley. Ese órgano u órganos o esas personas gozarán de la independencia necesaria, conforme a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado Parte, para que puedan desempeñar sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas. Deberá proporcionarse a esas personas o al personal de ese órgano u órganos formación adecuada y recursos suficientes para el desempeño de sus funciones".

54 Traducción libre de párrafos del documento "Specialised Anti-Corruption Institutions, Review of models", de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Ecónomico (OCDE), año 2008, página 23 [en línea]. Disponible en: https://www.oecd.org/corruption/acn/39971975.pdf

En tanto, la Convención Interamericana en contra de la corrupción, dentro de las medidas preventivas, señala en su artículo 3° N° 9 que:

"Artículo III. Medidas preventivas

A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas".

Por su parte, la Convención de la OCDE contra el cohecho a funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales, dispone en su artículo 5° que:

"Artículo 5. Aplicación

La investigación y enjuiciamiento del cohecho a un funcionario público extranjero estarán sujetos a las reglas y principios aplicables de cada Parte. No estarán influidos por consideraciones de interés nacional económico, por el efecto potencial sobre sus relaciones con otro Estado o por la identidad de las personas naturales o jurídicas involucradas".

A partir de estos compromisos internacionales, la Fiscalía de Chile, propició desde el año 2008, la creación de una Fiscalía de Investigaciones de Alta Complejidad (FIAC), que se hiciera cargo de las indagaciones de los fenómenos más relevantes y difíciles de investigar, como son aquellos vinculados al lavado de dinero, el terrorismo y la corrupción.

La propuesta fue acogida por el Poder Ejecutivo, y se han presentado tres proyectos de ley[55], sin que, lamentablemente a la fecha, hayan podido avanzar y materializarse en una ley en el Congreso Nacional.

En su diseño institucional se pensó, que la FIAC debería tener las siguientes particularidades:

55 Los tres proyectos de ley son: Boletín N° 8.274-07, de abril de 2012, Mensaje de S.E. el Presidente de la República, con el que inicia un proyecto de reforma constitucional que crea una Fiscalía especial para dirigir las investigaciones y sostener la acción penal en los casos de delitos de alta complejidad; Boletín N° 8.265-07, también de abril de 2012, el Mensaje de S.E. el Presidente de la República, con el que inicia un proyecto de ley que fortalece el Ministerio Público; y el Boletín N° 9.608-07, de septiembre de 2014, Mensaje de S. E. la Presidenta de la República, con el que inicia un proyecto de reforma constitucional que crea el cargo de Fiscal Especial de Alta Complejidad en el Ministerio Público.

a. Su competencia abarcaría delitos cometidos en cualquier parte de Chile.

b. Sería funcionalmente autónoma, garantizando su independencia.

c. Especializada, abocada solamente a los fenómenos delictivos más complejos, debiendo invertirse recursos de capacitación en actualizar y profundizar los conocimientos y las técnicas de investigación de los integrantes de la FIAC.

d. Multidisciplinaria, integrada por fiscales y profesionales de otras áreas del conocimiento, analistas financieros, auditores o contadores, profesionales informáticos, todos aquellos que sean indispensables para el correcto esclarecimiento de este tipo de hechos.

e. Una ley establecería las materias de conocimiento de la FIAC, existiendo la posibilidad que el Fiscal Nacional mediante resolución fundada determinara criterios generales para la asignación de casos a esta nueva Fiscalía.

f. La FIAC si bien debería contar con una dotación propia (Fiscal Jefe Especial, fiscales adjuntos, profesionales y administrativos de apoyo), para el desempeño de sus funciones, también contaría con el soporte administrativo de la Fiscalía Nacional, de modo de generar economías de escala y no desatender el objetivo último de esta nueva entidad: la persecución penal en los casos de más alta complejidad.

g. Al Fiscal Jefe Especial le correspondería la dirección de la Fiscalía, como asimismo supervisar y controlar el funcionamiento administrativo de la misma.

h. El Fiscal Nacional nombraría al Fiscal Jefe, a propuesta en terna de las Cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel, previo concurso público de antecedentes llamado al efecto.

i. El Fiscal Jefe Especial integraría el Consejo General del Ministerio Público y tendría un estatus similar al de un Fiscal Regional.

j. Los fiscales adjuntos adscritos a la FIAC serían designados por el Fiscal Nacional, a propuesta en terna del Fiscal Jefe Especial, la que debería conformarse previo concurso público en los términos del artículo 41 de Ley 19.640.

k. Para mayor eficiencia, una necesaria integración interinstitucional, con personal de Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile, los que se destinarían en forma permanente a la FIAC, quienes ejecutarían sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales y de acuerdo a las instrucciones que estos les impartan.

Estimamos que contar con un órgano persecutor penal de esta naturaleza, cumpliendo todos los estándares internacionales, e incorporando en sus procesos de trabajo todas las buenas prácticas antes mencionadas, permitiría reforzar la institucionalidad chilena en la lucha en contra de la corrupción, así como mejorar su efectividad y eficacia.

VI. Conclusiones

Teniendo presente la gravedad del fenómeno de la corrupción, así como sus efectos distorsionadores de la libre competencia y la economía, provocando el debilitamiento de la confianza de los ciudadanos hacia las autoridades y el Estado de Derecho, lo que va repercutiendo en una menor valoración del sistema democrático, y considerando que la criminalidad se va sofisticando, parece necesario que la institucionalidad de un país deba ser fortalecida para ser capaz de enfrentar estas complejidades.

Así, la mejor respuesta al fenómeno de la criminalidad compleja asociada a la corrupción, parece estar asociada a la existencia de un órgano público encargado de la persecución penal, autónoma e independiente, integrado multidisciplinaria e interinstitucionalmente, especializado y con la capacitación adecuada, teniendo los recursos humanos y técnicos acordes a los desafíos que deben enfrentarse, especialmente, haciendo un uso intensivo de las nuevas tecnologías de la información, lo que permite una respuesta eficiente y eficaz en este tipo de investigaciones.

La lucha contra la corrupción no sólo es una responsabilidad de la Fiscalía o las policías, a nuestro parecer, involucra a todas las instituciones del Estado, por lo tanto, tienen el desafío permanente de coordinarse adecuadamente, compartir información y trabajar en pos de un mismo objetivo, como es brindar una respuesta rigurosa en contra de hechos graves en contra de la probidad.

Conforme a la experiencia internacional, las sociedades que comprendan la importancia de combatir adecuadamente la corrupción, tendrán un mejor nivel de desarrollo, un mayor nivel de inversiones, una mejora de su convivencia y un fortalecimiento de su democracia, aspiraciones a las que Chile debiera sumarse para superar la actual crisis de confianza que se está viviendo.

LA PENA DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA O ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE CARGOS Y OFICIOS PÚBLICOS, DERECHOS POLÍTICOS Y PROFESIONES TITULARES, Y SU CALIDAD DE PENA DE CRIMEN

Comentario a propósito de las sentencias dictadas por el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago y la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en el marco del denominado Caso Fragatas

Claudia Ortega Forner[1]

I. Planteamiento del asunto

La pena de inhabilitación absoluta o especial para el ejercicio de cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares se encuentra establecida en el artículo 21 del Código Penal, y dentro de la escala general de penas se le da el carácter de pena de crimen.

Sin perjuicio de lo anterior, conforme al artículo 22 del mismo cuerpo legal, estas penas tendrán el carácter de accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que otras penas las lleven consigo.

Los denominados delitos funcionarios, en su gran mayoría, traen aparejadas penas privativas de libertad conjuntamente con penas pecuniarias y restrictivas de derechos, entre las cuales se encuentra la de inhabilitación absoluta o especial para el ejercicio de cargos y oficios públicos. Lo anterior, puesto que se busca proteger el recto ejercicio de la función pública, atendida la naturaleza de los cargos que detentan y las consecuencias que pueden derivarse de sus actos, en los que se afecta el bien común, siendo para ello de gran importancia que la pena que se solicite aplicar y la que se aplique finalmente al condenado, pueda lograr ese objetivo.

En consecuencia, la imposición de la pena de inhabilitación para cargos u oficios públicos cobra gran importancia en cuanto a que constituye una sanción con efectos directos en relación con el desempeño de la función pública.

Esta sanción es de tal gravedad, en cuanto impuesta como pena principal, que en su carácter de temporal tiene una extensión que parte en los tres años y un día hasta los diez años, sin perjuicio de aquellos casos en que el legislador permite imponerla en calidad de perpetua.

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

II. Fallo del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago[2]

Recientemente, un fallo del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 9 de junio de 2016, dictó sentencia absolutoria en contra de un acusado por delito de soborno a funcionario público extranjero, por cuanto no fue posible tener por acreditada la participación del mismo en el delito respectivo. A juicio del Ministerio Público, la participación del acusado quedaba claramente establecida mediante la prueba de audios provenientes de interceptaciones telefónicas que fueron ofrecidas y presentadas en el juicio oral, no obstante, el Tribunal desestimó dicha prueba, por considerar que se había infringido la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones del imputado, ya que dichas interceptaciones telefónicas se habrían decretado y autorizado respecto del delito de lavado de activos (delito por el cual se inició la investigación), sin que se haya procedido a acusar por dicho ilícito, habiéndose presentado acusación únicamente respecto de delitos que, según el tribunal, no tenían asignada pena de crimen, como lo fueron el soborno doméstico y soborno a funcionario público extranjero, por lo que no se habrían cumplido los requisitos del artículo 225 del Código Procesal Penal, ya que como prueba se contempla en otro contexto, para otra gravedad y para delitos que merezcan pena de crimen.

De esta manera, en el considerando UNDÉCIMO el fallo, dispone: *"…Que así las cosas, consta de los antecedentes incorporados a la audiencia, que en su oportunidad* ***la interceptación telefónica fue autorizada por el Octavo Juzgado de Garantía****, habiéndose justificado y fundamentado su procedencia, como también establecido el periodo de duración, ampliándose posteriormente dicha medida, y que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 276 del Código Procesal Penal, no fueron excluidas como medio probatorio en la audiencia preparatoria.*

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

Que a este respecto, ***el Tribunal no comparte la opinión del persecutor en cuanto a que los hechos de la acusación constituyen delitos sancionados con penas de cri-***

2 Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 9 de junio de 2016, RUC N° 0700091359-0, RIT N° 60-2016.

***men**, la que se funda en las penas de inhabilitación que se contemplan por aplicación de lo dispuesto en los artículos 248 y 248 bis del Código Penal en relación con el artículo 250 del referido cuerpo de leyes, estimando que en este caso, aquellas no son accesorias.*

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

III. Recurso de nulidad y fundamentos

A juicio del Ministerio Público, respecto del tema en comento, la sentencia incurrió en la causal de nulidad del artículo 373 letra b) por cuanto el tribunal habría hecho una errónea aplicación del derecho al momento de la desestimación de la prueba producida mediante interceptaciones telefónicas, ya que consideró que los delitos por los cuales se presentó la acusación no tenían pena de crimen asociada, ignorando el carácter de tal que tiene la pena de inhabilitación absoluta o especial para cargos u oficios públicos, aplicando erróneamente las normas de los artículos 250 y 250 bis A del Código Penal, y 223 del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 21 y 22 del Código Penal.

Se hizo presente que los delitos de soborno y soborno a funcionario público extranjero, por los cuales se acusó al imputado, tienen asociadas penas privativas de libertad, privativas de derechos y multa, todas en carácter de principal, puesto que conforme al artículo 22 del Código Penal, las penas privativas de derechos sólo son procedentes como accesorias, cuando no esté impuesta especialmente por la ley y ésta ordene que otras las lleven consigo, como ya se señaló precedentemente.

Por otra parte, se argumentó que el sistema de aplicación de penas tiene como fin y justificación buscar que el condenado por un delito no reincida, logrando su resocialización a través de la educación o el adiestramiento. En los delitos en contra de la probidad, cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, esos objetivos son buscados, además o en lugar de las penas privativas de libertad, por el efecto de las penas privativas de derechos que los suspenden en sus cargos o los inhabilitan absoluta o temporalmente para volver a desempeñarlos, penas que respecto de diversos delitos son estableci-

das en carácter de principal, ya sea como pena única o conjunta con otras de distinta naturaleza, tal como la privativa de libertad o las penas pecuniarias.

De esta manera, tales sanciones penales pueden ser más eficientes que las privativas de libertad para evitar que quienes han sido revestidos de determinados cargos para cumplir una función pública, hagan uso de su potestad funcionaria en beneficio propio o de terceros y en perjuicio de los intereses de la comunidad que les corresponde resguardar. La suspensión del cargo o la inhabilitación en sus distintas modalidades, según la gravedad del delito, deben cumplir la función sancionatoria preventiva tal como ha sido previsto por el legislador.

En consecuencia, establecido el hecho de que los delitos acusados tenían aparejada una pena de crimen en carácter de principal, se cumplía absolutamente el requisito del artículo 223 del Código Procesal Penal, norma que dispone que *"…aquellas comunicaciones que fueran irrelevantes para el procedimiento (en este caso para el delito de lavado de dinero, que las motivó) serán entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida, y se destruirá toda transcripción o copia de ellas por el Ministerio Público.*

Lo prescrito en el inciso precedente no regirá respecto de aquellas grabaciones que contuvieran informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieren constituir un delito que merezca pena de crimen, de las cuales se podrá hacer uso conforme a las normas precedentes".

Como se desprende del texto de la norma citada precedentemente, ella no hace ninguna referencia a que se trate de una pena de crimen privativa de libertad como lo entiende el tribunal en la sentencia recurrida. Por consiguiente, si el legislador no ha distinguido, no le corresponde al intérprete hacerlo.

Por el contrario, cuando el legislador ha querido distinguir entre las penas privativas de libertad y las penas privativas de derecho, así lo ha dispuesto expresamente, como sucede en los artículos 388 inc. 2° y 406, ambas normas del Código Procesal Penal y el artículo 94 del Código Penal.

- El artículo 388 inciso 2° del Código Procesal Penal, al momento de hacer admisible el procedimiento simplificado, señala: "El procedimiento se aplicará, además, respecto de los hechos constitutivos de simple delito para los cuales el Ministerio Público requiriere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo".
- El artículo 406 del Código Procesal Penal, en relación al procedimiento abreviado realiza explícitamente las distinciones, señalando: *"Artículo 406.- Presupuestos del procedimiento abreviado. Se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar, los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior*

a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas".

- Por su parte, el artículo 94 del Código Penal, se refiere expresamente al tema, disponiendo la norma en su inciso segundo que: *"Cuando la pena señalada al delito sea compuesta, se estará a la privativa de libertad, para la aplicación de las reglas comprendidas en los tres primeros acápites de este artículo; si no se impusieran penas privativas de libertad, se estará a la mayor".*

Consecuentemente, a juicio del Ministerio Público, el Tribunal incurrió en una errónea aplicación del derecho al considerar que la pena de inhabilitación establecida en carácter de principal respecto de los artículos 250 y 250 bis A del Código Penal no tenía la calidad de pena de crimen para los efectos de hacer procedente la medida intrusiva del artículo 222 CPP, en los términos del artículo 223 inciso 5° del Código Procesal Penal.

La jurisprudencia, hasta ese momento, se había pronunciado justamente avalando lo que hemos señalado precedentemente:

Así, la **Iltma. Corte de Apelaciones de Arica**, en fallo de fecha cinco de mayo de dos mil doce, recaído en la causa Rol N° 118-2012, resolvió: *"SEGUNDO: Que, el artículo 21 del Código Penal señala que, entre otras, es pena de crimen la de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos, y a su vez el artículo 248 bis del mismo cuerpo legal, el que tipifica el delito de cohecho, contempla, entre otras, como pena para ese ilícito la de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios temporales en cualquiera de sus grados".*

TERCERO: Que, las normas antes citadas son suficientes para desechar la alegación formulada por el letrado Raul Gil González, en cuanto a la inutilización de las escuchas telefónicas invocadas por el ente persecutor como sustento de los cargos que éste formuló respecto de los imputados".

De la misma manera resolvió el **9° Juzgado de Garantía de Santiago**, en resolución dictada con fecha dieciséis de marzo de dos mil diez, en la causa RUC N° 1000217232-7, RIT N° 1948-2010, refiriéndose expresamente al tema en los siguientes términos:

"1° Que, las penas de inhabilitación reguladas en el artículo 250, en relación al 248 bis, del Código Penal, son previstas especialmente por la ley, de manera que importan una situación especial respecto de aquéllas sanciones privativas de derechos que otras penas llevan consigo. Vale decir, tratándose de la pena privativa de libertad de reclusión menor en su grado mínimo a medio que contempla el artículo 250 del Código Penal, la inhabilitación prevista en el artículo 248 bis del mismo texto legal, postula un carácter excepcional respecto de aquélla aplicable acorde lo dispuesto por los artículos 22 y 30 del antes citado Código, y, por lo tanto, ha de primar en su aplicación.

2° Que, en las condiciones establecidas en la motivación precedente, aparece que el ilícito regulado en el artículo 250, en relación al 248 bis, del Código Penal, al encontrarse sancionado especialmente con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados, tiene asignada pena de crimen, según la escala gradual que prevé el artículo 21 del precitado Código. Siempre para arribar a tal conclusión, como aquí se ha procedido, debe estarse a la sanción más grave de las múltiples que pudieren estar conminadas por la ley.

3° Que, en lo concerniente a la solicitud de intrusión, pertinentes a la necesidad de la diligencia, aparece está justificada por la inexistencia de medios con equivalente resultado, menos lesivos, y su importancia para la investigación de diversos delitos de la misma índole, que se perpetrarían en fechas no determinadas, se estima satisfactoriamente contrastada a la luz de los antecedentes aparejados".

Por su parte, el **Tribunal Constitucional** también ha analizado el tema desde una perspectiva distinta. Así, en fallo de fecha seis de agosto de dos mil nueve, recaído en causa Rol N° 1.328-09-INA, resolvió:

"II. CARÁCTER DE PENA AFLICTIVA DE LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PERPETUA.

SÉPTIMO: Que la pena aflictiva está definida "para los efectos legales" en el artículo 37 del Código Penal, de acuerdo al cual quedan comprendidas en dicha categoría sólo "las penas de crímenes y respecto de las de simples delitos, las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos";

OCTAVO: Que, contra lo pretendido por el peticionario, la pena de inhabilitación especial perpetua para algún cargo u oficio público es una pena propia de crimen, conforme a la escala general de penas establecida en el artículo 21 del Código Penal, y, en cuanto tal, es una pena que se reputa aflictiva según lo prevenido en el artículo 37 del mismo cuerpo legal. Dichos artículos no han sido impugnados en el presente requerimiento.

El artículo 21 del Código Penal dispone:

"Artículo 21. Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente:

ESCALA GENERAL PENAS DE CRÍMENES:

Presidio perpetuo calificado.Presidio perpetuo.

Reclusión perpetua.

Presidio mayor.

Reclusión mayor.

Relegación perpetua.

Confinamiento mayor.

Extrañamiento mayor.

Relegación mayor.

Inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares.

Inhabilitación especial perpetua para algún cargo u oficio público o profesión titular. (...)";

NOVENO: Que, al ser la inhabilitación especial perpetua una pena aflictiva, su imposición al eventual condenado traería consigo la pérdida de la calidad de ciudadano –y de los derechos que de ella dimanan–, con sujeción al numeral 2º del artículo 17 de la Carta Fundamental, independientemente de la cuantía de la pena privativa de libertad a que simultáneamente pueda condenarlo el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta. No hay, pues, en ello ninguna contradicción con los preceptos constitucionales que se alegan como vulnerados por la aplicación de la pena restrictiva de derechos a que se alude. Además, las penas que establece el artículo 239 impugnado no son alternativas, como parece entender el requirente; más bien, el delito tiene tres penas copulativas: presidio, inhabilitación y multa;

DÉCIMO: Que el carácter de pena aflictiva que reviste la inhabilitación especial perpetua ha sido definido por el legislador dentro de su legítima discrecionalidad. En ese sentido, la doctrina ha estimado que "la determinación del significado de pena aflictiva queda entregada a la definición del legislador" (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional; T. IV; Editorial Jurídica; Santiago, 1997; pág. 236), y sus únicos límites son los que establece la Constitución para la determinación legislativa de las penas".

Desde otra perspectiva, no es requisito que también se proceda en contra del imputado por el mismo delito que motivó la medida intrusiva, como lo ha resuelto recientemente la **Excma. Corte Suprema**, en fallo de fecha veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis, recaído en causa Rol N° 37.965-15, el cual dispuso:

"7° Que, en ese contexto, se debe concluir que cuando se requirió y decretó la interceptación de las comunicaciones telefónicas que los recurrentes mantenían a través de los teléfonos móviles que fueron individualizados en cada una de las solicitudes formuladas al efecto, concurrían todos los presupuestos legales que establece el artículo 222 del Código Procesal Penal, en particular aquél en que se fundamenta la causal de nulidad que se analiza, porque la defensa lo estima ausente, pues la investigación comprendía hechos punibles que merecían pena de crimen. No altera la conclusión anterior, la circunstancia que el Ministerio Público no los haya formalizado, menos

acusado, por los hechos acaecidos el 4 y 12 de enero de 2013, invocados en las sucesivas solicitudes de interceptación, pues fue la investigación que llevó a cabo la que despejó las fundadas sospechas en torno a la participación que se les atribuía en los mismos. Tampoco que haya estado a cargo de otro fiscal la investigación del hecho cometido en la comuna de Colina, que, en su oportunidad, dio origen a una causa que se incoó ante el Juzgado de Garantía de dicha localidad, pues el artículo 185 del Código Procesal Penal admite dicha posibilidad, facultando al imputado, si afecta su derecho a la defensa, a pedir al superior jerárquico o superior jerárquico común, en su caso, que resuelva cuál la tendrá a su cargo; sin perjuicio de la actuación de oficio del Ministerio Público en ese sentido para obtener éxito en la investigación;".

IV. Fallo de la I. Corte de Apelaciones de Santiago[3]

Se planteó en el recurso de nulidad que la errónea aplicación del derecho habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que este fue absolutorio, en cuanto a que no dio por acreditada la participación del imputado justamente por la falta de valoración de la prueba proveniente de las interceptaciones telefónicas, siendo acogido el recurso y la argumentación planteada respecto de la errónea aplicación del derecho en lo relativo a desestimar el carácter de pena de crimen que revisten la inhabilitación absoluta o especial para el ejercicio de cargos y oficios públicos.

En lo pertinente, el tribunal de alzada señaló:

"…3°) Que, en cuanto al primer aspecto que conforma la causal, útil es referir que el artículo 223 del Código Procesal Penal establece, en sus dos incisos finales, lo siguiente: "Aquellas comunicaciones que fueren irrelevantes para el procedimiento serán entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida, y se destruirá toda transcripción o copia de ellas por el ministerio público.

Lo prescrito en el inciso precedente no regirá respecto de aquellas grabaciones que contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieren constituir un delito que merezca pena de crimen, de las cuales se podrá hacer uso conforme a las normas precedentes.

Siguiendo el razonamiento del persecutor, entonces, vale decir que, pese a que el motivo originario que sirvió de base para la interceptación telefónica requerida ante el juez de garantía competente obedecía a establecer la eventualidad de delitos de lavado de activos y triangulación en tráfico de armas –lo que no pudo comprobarse– de todas formas esas escuchas podían ser utilizadas para los delitos por los cuales fue acusado V.L., siempre y cuando esos injustos tuvieren asociada una pena de crimen, como lo exige el citado inciso final del artículo 223.

3 Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, RUC N° 0700091359-0, Rol N° RPP 2271-2016, de fecha 16 de agosto de 2016.

A su vez, atendida la fecha en que esos hechos habrían ocurrido, es necesario dejar establecido que, en lo referente al delito de soborno al funcionario extranjero J.P.L. era aplicable el artículo 250 bis A[4], en relación al artículo 248 bis, ambos del Código Penal. El primero de esos preceptos, en lo pertinente, decía que quien incurra en la conducta prohibida "…será sancionado con las mismas penas de reclusión, multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis…". A su vez, con la redacción aplicable a la fecha de los hechos, el artículo 248 bis, en lo que interesa, establece que quien desarrolle la acción típica que ese precepto describe "…será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio[5], y además con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado." El inciso final de ese precepto alude a la misma pena restrictiva de derechos, o sea la inhabilitación, en carácter de perpetua.

4°) Que, consecuencia de las normas prestablecidas, puede colegirse que, para la aplicación simultánea de las sanciones, en el ilícito que nos ocupa, el legislador no ha formulado preferencias ni distinciones, pues es claro que la pena restrictiva de derechos en este caso tiene el carácter de una pena principal, al igual que la pena privativa de libertad y la pecuniaria.

En efecto, corrobora este aserto que la pena privativa o restrictiva de derechos puede tener la condición de pena principal o accesoria, pero –en este último caso– no es necesario que la figura penal la contemple, pues como accede a otra pena principal de la cual depende, su imposición va aparejada en forma obligatoria, conforme a las normas generales que contemplan los artículos 27 a 30 del Código Penal.

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

En este mismo orden de ideas, es claro que la clasificación de las penas, en cuanto a si son de crímenes, simples delitos o faltas, está contemplada en el artículo 21 del Código Penal, disposición que incluye expresamente entre las penas de crímenes las de "inhabilitación absoluta perpetua para algún cargo u oficio

4 Disposición que fue derogada por la Ley N° 20.341, publicada en el Diario Oficial con fecha 22 de abril del año 2009, que incorporó los artículos 251 bis y 251 ter, nuevas disposiciones que contempla el delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros.

5 Posteriormente esta frase fue reemplazada por "reclusión en su grado medio", por la misma Ley N° 20.341.

público, derechos políticos y profesiones titulares", de "inhabilitación especial perpetua para algún cargo u oficio público o profesión titular", de "inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos y profesiones titulares" y de "inhabilitación especial temporal para algún cargo u oficio público o profesión titular".

Conviene agregar que entre las penas restrictivas o privativas de derecho o "de interdicción", como las denomina un autor, "La más grave del grupo es la inhabilitación. De hecho, es la única que figura invariablemente como pena de crimen en el sistema del artículo 21. Puede ser perpetua, y, cuando funciona como pena temporal, el arco de tiempo que abraza coincide en gran medida con el de los delitos sancionados con penas mayores de encierro"[6]. En el mismo sentido, esto es que las inhabilitaciones son penas de crimen, opinan otros autores[7].

5°) Corolario de lo que se ha venido razonando, la sentencia impugnada, en el citado considerando undécimo, incurre dos veces en una errónea aplicación del derecho, ya que –por una parte– desconoce el carácter autónomo de pena de crimen que tiene la inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados, en el delito que nos ocupa, prevista como tal en el citado artículo 21 del Código Punitivo y –en segundo término– le confiere a la misma sanción un sesgo secundario, residual o accesorio en relación a la pena privativa de libertad, condición que la pena restrictiva claramente no presenta en este caso, pues es sin duda pena principal, autónoma e independiente de aquella, contrariando la sentencia, de esa forma, lo dispuesto en los artículos 250 bis A, vigente a esa época, y 21, ambos del Código Penal, en relación con el artículo 223, inciso final, del Código Procesal Penal.

*6°) Que la influencia de esa doble errónea aplicación del derecho en lo dispositivo del fallo queda de manifiesto, ya que después de dar por sentado las sentenciadoras –en el motivo **11°**– que se ha incurrido en una vulneración de la garantía constitucional prevista en el numeral 5° del artículo 19 de la Carta Fundamental, lo que no es efectivo, omiten valorar las pruebas consistentes en escuchas telefónicas incorporadas en la audiencia, tal como la evidencia **98** (cinta 6 lado A pista 16.56; registro 750); evidencia **101** (registros 503, 945, 61, 609, 276, 501, 847 y 179; cinta 13 lado b pista 40'18) y evidencia **63**, registro 537 pista 1719.04, vinculadas a la intervención de J.P.L. en el ilícito en comento.*

6 GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La Pena y la *Extinción de la Responsabilidad Penal*. Santiago, Chile, Legal Publishing, 2008, p. 294.

7 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2001, Tomo I, p. 292. CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª. ed., Santiago, Chile, Ediciones UC, 2005, p. 747.

V. Otros comentarios

Es preciso hacer presente que tanto la sentencia como el juicio oral fueron anulados parcialmente por la I. Corte de Apelaciones, afectando sólo lo resuelto respecto del delito de soborno a funcionario público extranjero, quedando afirme la sentencia del tribunal *a quo* en lo que se refiere al delito de soborno doméstico, delitos por los cuales también se había acusado.

Sin perjuicio de lo que resuelva el tribunal en el nuevo juicio oral, lo resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Santiago en relación con el carácter de pena de crimen autónoma que tiene la inhabilitación absoluta o especial para cargos y oficios públicos, y que ha sido objeto de este análisis, se encuentra absolutamente afirme, constituyendo el primer pronunciamiento jurisdiccional de un tribunal superior de justicia en Chile que se refiere tan claramente a la materia, razón por la cual pensamos que constituirá un importante aporte jurisprudencial a futuro.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

EL CONSUMO DE DROGAS COMO DELITO: UN FENÓMENO RECIENTE EN EL DERECHO DE DROGAS CHILENO

Javier Castro Jofré[1]

La tipificación del consumo de drogas como delito propiamente tal es una política que creó preocupación recién a fines del siglo pasado. En el Chile decimonónico, un legislado aristocrático y señorial, se mantuvo sumamente alejado de la configuración actual del derecho chileno de drogas –que persigue la distribución y el consumo casi con el mismo ímpetu–, aunque sí se mantuvo entusiasmado, hacia el último cuarto del siglo XIX y entrando al primer cuarto del siglo XX, en algunas reformas sistemáticas para el ordenamiento jurídico chileno. A mero título ejemplar, recuérdese la "*Lei de Organizacion i Atribuciones de los tribunales*" (1875) y, sobre todo, el Código de Procedimiento Penal (1906), que, junto, al Código Penal, desplazaron una desperdigada justicia penal, incrustada en innumerables normas que, hasta el fenómeno codificatorio aquí resumido, servían de base para administrar justicia. De este modo, cautivo el órgano legislativo por elites ilustradas en el poder, se abrazó la ilusión de un estado liberal de derecho, por sobre una versión utilitaria del mismo, dando vida al Código Penal de 1874, que apuntó únicamente al tráfico de drogas, soslayando el consumo, nada más en dos artículos: 313 y 314.

La primera de las disposiciones citadas consagraba lo siguiente: "…*El que sin hallarse competentemente autorizado, elaborare sustancias o productos nocivos a la salud o traficare con ellos, estando prohibidos su fabricación o tráfico, será castigado con reclusión menor en su grado medio y multa de ciento a quinientos pesos*…". La segunda de las disposiciones tenía la siguiente redacción: "…*El que hallándose autorizado para la fabricación o tráfico de las sustancias o productos expresados en el artículo anterior, los fabricare o espendiere sin cumplir con las formalidades prescritas en los reglamentos*[2] *respectivos, sufrirá las penas de reclusión en su grado mínimo y multa de ciento a trescientos pesos*…".

Ambos artículos, que no manejaban la expresión "droga" en la descripción del tipo penal, constituyeron la fundación del derecho de drogas chileno –más bien un embrión de él–, permaneciendo Chile, en cambio, ajeno, al menos teóricamente, como acaba de señalarse, al problema jurídico que generaba el

1 Abogado de la Unidad Jurídica de la Fiscalía Regional de Atacama. Doctor en Derecho, Universidad de Frankfurt.

2 Los reglamentos que dieron vida a la ley penal en blanco contenida en la norma, fueron el Reglamento de Estupefacientes de 6 de mayo de 1936 y el Decreto Supremo N° 137 de Salud Pública de 12 de marzo de 1960.

consumo y con ello la punición simultánea del tráfico y consumo de drogas, como se estila en la actualidad. En realidad, los ojos del legislador todavía no estaban puestos sobre el consumidor "vicioso o recreativo", sino fundamentalmente sobre el fabricante que realizando su actividad al margen de la ley, distribuía productos que, por lo mismo, podían poner en situación de riesgo la salud de las personas.

Valga traer a colación que, la experiencia comparada, de mayor vuelo, había sido ignorada por el legislador chileno. Piénsese, por ejemplo, en China, donde la importación de opio alentada por los británicos había comenzado a principios del siglo XVI, siguiendo el ejemplo portugués del siglo XV, extendiéndose casi sin contrapesos durante todo aquel siglo, fortaleciéndose un mercado cautivo de consumidores, que el emperador chino Yung Chen, trató de frenar en 1729, con escaso éxito, continuando el comercio de esa droga hasta escalar en un conflicto armado –la Primera Guerra del Opio– entre China e Inglaterra, que daría lugar, el 29 de agosto de 1842, al tratado de Nanjing, que, bajo el argumento de paz entre las partes, procuraba regular el comercio del opio deslizando normas que obligaban a los chinos, que perdieron la guerra, a la compensación por el que había sido confiscado a los británicos, los que, a su vez, tratando de proteger su posición pro-tráfico hicieron prevalecer un derecho al libre comercio y distribución del opio entre consumidores de esa especie en China, pero principalmente en Cantón (Guangzhou). Ese tratado fue complementado, con mayor minucia, por el tratado de Bogue el año 1843. Otro tanto puede encontrarse en el tratado de Wanghia de 3 de julio de 1844, que, por el contrario, prohibía explícitamente la venta de opio realizada por los estadounidenses, ya empeñados en la misma empresa que había cautivado a los ingleses.

Una nueva guerra, la segunda del opio, se desataría por británicos y franceses contra China en 1856 que conduciría a la legalización de la importación del opio en China. Hacia fines del siglo XVIII, los británicos, además, se harían de Burma (en realidad de la región noreste de su territorio), propiciando la aparición a lo que más tarde se conocería como "Triángulo Dorado", esto es una extensión territorial que cubría a Laos, Burma (actual Birmania) y Tailandia, que sería determinante hacia la primera mitad del siglo XIX, para el creciente tráfico del opio. Y mientras el legislador chileno seguía descansando en aquellas dos normas que se centraban, sin mucha precisión conceptual, en reprimir la omisión de autorización para elaborar o traficar sustancias o productos nocivos a la salud o fabricarlas o expenderlas contra reglamento, habría que destacar, no obstante, que la verdadera batalla occidental contra un fenómeno que no ha terminado de crecer, comenzaría a ser librada, desde principios de siglo, precisamente en Estados Unidos, pero no a favor del tráfico y consumo como habían pretendido junto a los británicos en China. A la sazón ya estaba claro que el "Triángulo Dorado" no sólo había servido para consolidar el comercio del opio en territorio oriental, sino que había

servido, además, de trampolín para el comercio de sus derivados: morfina y heroína, hacia territorio estadounidense. Ahora, el interés de EE. UU. por tratar de imitar a los británicos, cambiaría de dirección y criterio, al advertirse la instalación en su territorio de colonias chinas para el floreciente comercio, organizando una comisión nacional a comienzos del siglo XX (1903), para examinar el modo de suprimir la práctica inmoral de los chinos fumadores de opio y frenar su comercio tanto en occidente como en oriente. Un rol fundamental, para tal propósito, cumpliría la comisión Brent (que debe su nombre al obispo episcopal canadiense Charles Brent), que trataría de convencer, en la primera conferencia internacional sobre el opio –presidida por el propio obispo Brent–, a la Comisión Internacional del Opio reunida en Shanghai de los efectos inmorales y dañinos de éste, recomendando la creación de un monopolio gubernamental en orden a regular el otorgamiento de licencia a los fumadores y la represión en el plazo de tres años de toda actividad relacionada con el opio que no tuviera carácter medicinal.

Todas las ideas anteriores, resumidas en la Carta de Brent, de 24 de junio de 1906, marcarían el punto de partida de un creciente y severo control internacional del tráfico de drogas y, de paso, el consumo, sirviendo de base para la Convención Internacional del Opio de La Haya de 1912. Pero esta convención no sólo reguló el comercio del opio, también se extendió a la morfina, a la cocaína y a todas las drogas preparadas o derivadas de ellas. Tal convención en vez de poner paños fríos a la discusión y ser un efectivo mecanismo de regulación del comercio del opio, dio pábulo a severas diferencias entre la América prohibicionista y las potencias coloniales que generaban cuantiosos ingresos provenientes de tal comercio. Sobre el punto cabe recordar que Inglaterra, Francia y Portugal se empeñaron en formar una coalición, reforzada por Alemania, deseosa de proteger la prosperidad de su industria farmacéutica. Cabe tener presente, por otro lado, que esa convención no contenía una norma que prohibiese, bajo expresa sanción, el consumo de las drogas que regulaba, pero las partes contratantes –entre las que no se encontraba Chile–, en todo caso, quedaban obligadas a adoptar medidas para prohibir en su comercio interior cualquier cesión de morfina, cocaína y sus sales respectivas a todas las personas no autorizadas, disponiéndose también que las potencias contratantes que tuvieran tratados con China trataran de adoptar las medidas necesarias para restringir y controlar el hábito de fumar opio en sus territorios en arriendo, "asentamientos" y concesiones en China, así como tratar de suprimir *pari passu*, con el gobierno chino, los fumaderos de opio o establecimientos similares que aún pudieran existir allí. También prohibir el uso del opio en las casas de recreo y en las casas públicas.

Dicho sea de paso, –aunque se trataba de un derivado del opio y, por tanto, sustancia comprendida en la norma– escapó a la Convención la mención expresa a la heroína, cuyo consumo había comenzado a incrementarse en EE. UU., y ni siquiera sus regulaciones internas sobre ella hacia 1925 pudieron detener

su masificación. De ese mismo año data la Convención de Ginebra (Convención Internacional sobre el Opio de fecha 19 de febrero de 1925), que, curiosamente, no tenía a EE. UU. como parte, pero sí a Chile y Brasil, únicos países partes de Latinoamérica. En esa convención se reconocía que el contrabando y el abuso de las sustancias a las que se refería continuaban todavía a gran escala, que su supresión no podía llevarse a cabo, de manera efectiva, sino reduciéndose de una manera más eficaz la producción y la fabricación de las sustancias en cuestión, a la vez que, ejerciéndose sobre el comercio internacional un control y una vigilancia más estrechos. Merece tenerse en consideración que esa convención sí incluyó expresamente a la heroína y, también, incluyó al "cáñamo indio".

Con posterioridad a 1925, entre 1931 y 1956, hubo otras convenciones (seis) que mantenían a paso firme un mayor rigor sobre el comercio y uso de las drogas, ello hasta el 30 de marzo de 1961 en que aparecería la piedra angular del derecho de droga: La Convención Única sobre Estupefacientes.

La Convención Única de Estupefacientes (enmendada por el protocolo de 1972 mediante 16 modificaciones), que fue adoptada inicialmente por 73 Estados, incluyendo a Chile, tuvo como primer propósito reemplazar, mediante un solo instrumento, los tratados multilaterales existentes hasta entonces, así como reducir el número de órganos internacionales fiscalizadores y tomar medidas para fiscalizar la producción de materias primas de los estupefacientes. La expresión "estupefaciente", que encabeza el nombre de la convención, fue definida por ella, entendiéndola como sinónimo de droga en general y conceptuándola normativamente, como se verá más adelante. No obstante, el término sicotrópico no fue utilizado por la Convención. La falta de rigor en el lenguaje jurídico, la ambigüedad terminológica y la ausencia de un concepto referido a la naturaleza farmacológica de la expresión "estupefaciente" sigue extrañándose incluso hoy (también en Chile).

Un segundo propósito, revelado en ella, consistía en el empeño de prestar asistencia técnica para la fiscalización de estupefacientes, abrigándose la esperanza de que se facilitarían recursos adecuados para esa asistencia en la lucha (este término es empleado en la Convención) contra el tráfico a los países que lo desearan y solicitaran. Otros dos términos utilizados en la convención, que tampoco definió, fue el de toxicómano y toxicomanía. Aunque, sin embargo, la Convención no tuvo problemas para afirmar que uno de los métodos más eficaces para ayudar a los toxicómanos consistía en tratarlos en establecimientos en que no tuvieran acceso a los estupefacientes y que la toxicomanía constituía un mal grave para el individuo y entrañaba un peligro social y económico para la humanidad. Tampoco tuvo problemas la convención para afirmar –en el preámbulo– su preocupación por "la salud física y moral de la humanidad" (las comillas aparecen en el texto de la convención) y tener conciencia de su obligación de prevenir el mal representado por ella, afirmándose, por lo

demás, que ésta conducía a la degradación personal, al desequilibrio social y que a menudo ocurría que las condiciones sociales y económicas deplorables en que viven ciertos individuos y ciertos grupos predisponen a la toxicomanía. Además, pone énfasis en la importancia de contar con registros técnicos de traficantes internacionales y utilizarlos activamente para difundir la descripción de ellos.

En fin, la Convención, reconociendo que los factores sociales ejercen una influencia indudable y a veces preponderante en el comportamiento de las personas y los grupos, formula a los Estados partes tres recomendaciones:

1. Tener en cuenta el hecho de que la toxicomanía de estupefacientes era con frecuencia resultado de una atmósfera social malsana en la que vivían quienes estaban más expuestos al peligro del abuso de los estupefacientes;

2. Combatir en todo lo posible la difusión del uso ilícito de estupefacientes. En este sentido la Convención tendía a permitir el uso de drogas (sustancias) sólo con fines médicos, cerrando, en cambio, la posibilidad del uso recreativo de las mismas de manera personal. No obstante, se dispuso que los Estados partes podrían reservarse el derecho de autorizar temporalmente en su territorio el uso del opio para fumar, la masticación de la hoja de coca y el uso de la cannabis, de la resina de cannabis, de extractos y tinturas de cannabis con fines no médicos;

3. Desarrollar medios de diversión y actividades favorables a la salud física y síquica de la juventud.

En la utilización de términos no definidos, se advierte, no obstante, un énfasis no visto en los esfuerzos internacionales anteriores, esto es, la preocupación en el consumo de drogas (sus consecuencias individuales y sociales) al mismo nivel que el comercio (tráfico). En consecuencia, la universalización occidental de la sanción por el consumo, tiene su inicio concreto en la referida convención.

Fuera de los propósitos unificatorios de la Convención y su preocupación por el consumo a la par que el comercio, trajo otras novedades al derecho de drogas, siendo la más significativa la incorporación de un catálogo de drogas (sustancias), su sistematización en torno a su peligrosidad y la tipificación delictual de las conductas asociadas al tráfico y al consumo. En cuanto a lo primero y lo segundo, como ya se ha señalado, la convención orientada hacia los estupefacientes, aunque desconociendo el significado natural del término, la definió entendiéndola como cualquiera de las sustancias de las listas I y II, naturales o sintéticas. El mecanismo clasificatorio en listas que, como se sabe, ha influido también, estructuralmente, a la reglamentación chilena, consistió en clasificar las drogas, según su nocividad. Al analizarse el texto de las listas en la convención, podrá apreciarse, sin embargo, que hay sustancias

que, actualmente, no califican como estupefacientes sino como sicotrópicos (la cocaína por ejemplo). Hay que hacer notar, también, a propósito del sistema de listas que auspicia la Convención de 1961, que eleva como principal preocupación de regulación junto al opio y la cocaína a la cannabis. En cuanto a lo tercero, la convención, bajo el título de "lucha contra el tráfico ilícito", definiendo previamente al tráfico ilícito como "el cultivo o cualquier tráfico de estupefacientes, contrarios a las disposiciones de la convención", obligaba a los Estados partes a asegurar en el plano nacional una coordinación de la acción preventiva y represiva contra él y a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo, producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes no conformes a las disposiciones de la convención o cualesquiera otros actos que en opinión del Estado parte pudieran efectuarse con infracción a las disposiciones de la Convención, se consideraren como cometidas intencionalmente y que los delitos graves fueren castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras de privación de libertad.

Así, oficialmente, se declaraba abierta la lucha contra el tráfico de drogas o, si se quiere en otros términos, pero similares, había comenzado formalmente la guerra contra las drogas y, también, contra el consumo, pues la Convención dispuso (artículo 36 b) que: "…*cuando las personas que hagan uso indebido de estupefacientes hayan cometido esos delitos, las partes podrán en vez de declararlas culpables o de sancionarlas penalmente, o además de declararlas culpables o de sancionarlas, someterlas a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social*…".

Chile, sensible al movimiento internacional, aunque tardaría todavía unos años en reaccionar, ajusta su derecho penal, sustituyendo el Párrafo 14, del Título VI, del Libro II del Código Penal, por el que actualmente lleva por epígrafe "Crímenes y Simples Delitos contra la Salud Pública" mediante la Ley 17.155 de 11 de junio de 1969. Esa ley suprimió los artículos 313 y 314 e introdujo al código seis disposiciones legales (entre los artículos 319 a y 319g) que regulaban el tráfico de drogas –y no sólo él, como se verá– bajo un método bastante parecido, pero no con el detalle, de la actual Ley de Drogas.

Siguiendo la tendencia internacional, se prescindió en la nueva legislación del término sicotrópico y sí utilizó, aunque sin definir, la expresión "estupefacientes", estableciendo esa ley que para todos los efectos legales, se consideraban así los que se calificaren como tales en el reglamento que debía dictar el Presidente de la República. Como la ley, en el delito base (Art. 319 b), no definía la palabra "droga" alguien podría dudar que lo que se incluyera en el reglamento correspondiente, como estupefaciente se tratara, en realidad, de una sustancia susceptible de provocar dependencia, pero esa suspicacia era salvada por el

artículo 319 f que obligaba a que las normas del párrafo 14, entre los Arts. 319 a y 319 e, también se aplicaran (Art. 319 f: "…*igualmente*…") cuando se tratase de drogas que produjesen efectos de dependencia y que estuviesen incluidas en el reglamento respectivo[3]. Pero la suspicacia era salvada a medias, porque en este caso el tribunal podía rebajar hasta en tres grados las penas, para las mismas conductas de tráfico o el expendio autorizado, pero en contravención a la norma legal o reglamentaria o la facilitación (Art. 319 e: "… *proporcionare un local*…") y la receta otorgada abusivamente por un médico. Dicho en otros términos, las conductas de tráfico asociadas a estupefacientes tenían una pena severa de crimen, en cambio si esas mismas conductas de tráfico estaban asociadas a drogas que provocasen dependencia, se autorizaba rebajar la pena hasta en tres grados, estimulando la confusión de pensar que las drogas que produjesen efectos de dependencia eran menos lesivas –por eso la rebaja de pena– que los estupefacientes.

¿Qué explicaba, entonces, la pena de crimen en estos casos?

Hoy, se sabe, la pena es mayor cuanto mayor la nocividad del objeto material del delito.

En la nueva legislación se consagraba como delito en el Art. 319 a): elaborar, fabricar, extraer o preparar sustancias estupefacientes contraviniendo las prohibiciones y restricciones legales o reglamentarias, asignando a esas conductas la pena de presidio mayor en su grado medio y multa de diez a cien sueldos vitales.

Pero no sería esa, sino la del Art. 319 b, la norma básica de tráfico.

Efectivamente, ésta sancionaba con la misma pena de crimen señalada a los que, sin estar competentemente autorizados, traficaran con sustancias estupefacientes. Cabe destacar que se asimilaba al tráfico (Art. 319 b, inciso 2: "… *realizan este tráfico*…") la conducta de suministrar a terceros, a cualquier título, estupefacientes o materias primas destinadas a obtenerlas, y también se asimilaban al tráfico, las conductas siguientes: adquirir, sustraer, portar consigo, importar, exportar, transportar o guardar estupefacientes o materias primas.

La pregunta que cabe formular es qué pasaba con el consumo en la modificación al Código Penal. La respuesta es que la nueva norma se refería al consumo (uso), pero era atípico. Es decir, si era notorio que el estupefaciente –o la materia prima– adquirido, sustraído, portado consigo, importado, exportado, transportado o guardado lo era exclusivamente para el uso personal, el derecho penal permanecía indiferente. Vigente, a la sazón, el Código de

3 El 8 de agosto de 1969 se dictó el Decreto Supremo N° 459 de Salud Pública que complementaba el texto legal, comprendiendo en el artículo 1 una larga lista que fijaba *"…las sustancias estupefacientes y aquellas drogas que producen efectos de dependencia…".*

Procedimiento Penal, que consagraba el sistema de la prueba legal o tasada, curiosamente el legislador, para evaluar si la conducta era de tráfico o de consumo ordenaba que la prueba se apreciara en conciencia, principio que sobreviviría en la legislación siguiente. Lo que significaba, en pocas palabras, seguir el método de juzgamiento del jurado, utilizado en Chile (y abandonado) para los delitos de imprenta, el que, para juzgar, había seguido, a su vez, al modelo francés de la íntima convicción, a fin de determinar si la conducta estaba dirigida al tráfico o al uso personal.

A las puertas de la caída del Estado de Derecho en Chile, se extirpa el derecho de droga del Código Penal, anidándolo, hasta el día de hoy, como derecho penal accesorio en una ley especial, siendo la primera manifestación de esta modalidad la Ley 17.934 de fecha 16 de mayo de 1973, que derogó los artículos 319 a, 319 b, 319 c, 319 d, 319 e, 319 f y 319 g del código mencionado.

La nueva ley –de 24 artículos–, se mostró menos tolerante para reprimir el tráfico e insinuó una modificación para el tratamiento de los consumidores, pero, como se verá, mantuvo la decisión de permitir el consumo y mantener a aquellos alejados del *ius puniendi* chileno. No obstante, la fisonomía que ha adquirido el derecho de drogas chileno, debe su impronta a esta ley, cuya estructura, en términos generales, ha sido replicada, aunque con mayor severidad, en las sucesivas legislaciones.

En ella se volvía a recurrir a la técnica de ley en blanco remitiendo a la vía reglamentaria[4] las sustancias que constituían el objeto material del delito. La más relevante novedad de la norma es la utilización del término salud pública, que a partir de entonces, sería considerada como el bien jurídico protegido por el derecho penal de drogas. Pero, fuera de ese hito, el mayor de los cambios introducidos por la nueva ley es el de configuración de las penas en torno a la peligrosidad de las sustancias, que constituyen el objeto del tráfico e inicia la era de las presunciones.

En primer lugar, si la elaboración, fabricación, preparación o extracción lo era de substancias estupefacientes de aquellas que el reglamento respectivo consideraba como productora de graves efectos tóxicos o de daños considerables a la salud pública, la pena asignada era de presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de diez a cien sueldos vitales (Art. 1 Inciso 1). En cambio, si esas conductas recaían sobre otras substancias estupefacientes, especificadas también en el reglamento respectivo, pero sin producir aquellos efectos, entonces se autorizaba al juez a rebajar la pena hasta en tres grados (Art. 1 inciso 2). Lo que hacía el legislador era reconocer el lenguaje que ya estaba

4 El 26 de julio de 1973 se dictó el Decreto Supremo de Salud N° 535 que aprueba el reglamento complementario de la Ley 17.934. El 20 de febrero de 1984 se aprueba el Reglamento de Estupefacientes mediante el Decreto N° 404 y el Reglamento de Sicotrópicos mediante el decreto N° 405.

en boga (hoy cuestionable), es decir, realizarse una persecución diferenciada para drogas "duras" y "blandas", asignando mayor severidad para las primeras, que para las segundas. El tráfico quedaba regulado aparte de las conductas arriba resumidas, en el artículo 2 de la ley, en los términos siguientes: "… *Las penas establecidas en el artículo anterior se aplicarán también a los que, sin contar con la competente autorización, trafiquen o suministren a cualquier título substancias estupefacientes o materias primas que sirvan para obtenerlas, y a los que por cualquier medio induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales substancias*…".

En segundo lugar, la Ley 17.934, establecía (Art. 1 inciso 4), por un lado, que se presumía que eran autores del delito concreto los que, sin contar con la competente autorización, tuvieren en su poder elementos o instrumentos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación o extracción de las substancias estupefacientes respectivas y, por otro, que se entendía por traficantes a los que importaban, exportaban, adquirían, sustraían, transportaban, poseían, guardaban o portaban consigo las sustancias que había enumerado previamente en el artículo 1 o las materias primas.

En tercer lugar, la ley comprendía normas que reprimían al farmacéutico que suministraba estupefacientes o materias primas contraviniendo ley y reglamento (Art. 3); al médico que, por abuso de la profesión, las recetaba sin necesidad médica (Art. 4) o lo hiciere en cantidades mayores a la necesaria y al facilitador (Art. 5), es decir, al propietario, arrendatario, administrador o tenedor a cualquier título de bien raíz que lo proporcionaba a otra persona a sabiendas de que lo estaba usando o lo iba a usar para elaborar, almacenar, expender o permitir el consumo de substancias estupefacientes.

En cuarto lugar, adelantaba la punición a la conspiración y proposición para elaborar o traficar con sustancias estupefacientes (Art. 7); y los delitos se consideraban consumados desde que hubiese principio de ejecución (Art. 9).

Por último, por primera vez se preocupaba el legislador de drogas sobre el crimen organizado, reprimiendo a la asociación ilícita (o a la agrupación criminal) con fin de tráfico (o elaboración) de sustancias estupefacientes, disponiendo la sanción con presidio mayor en su grado medio, a los individuos que hubieren ejercido mando en la organización o hubiesen aportado el capital para la elaboración o tráfico y con presidio mayor en su grado mínimo a cualquier otro individuo que hubiese tomado parte en la asociación o que voluntariamente y a sabiendas hubiere suministrado a alguno de sus miembros, vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamiento, escondite o lugar de reunión para la comisión delictual.

La decisión chilena, de modificar su legislación en materia de drogas, no había sido una basada en su exclusiva realidad interna. Como se sabe, Chile, en la época, estaba sumido en una gravísima crisis política y toda la atención,

incluyendo la jurídica, estaba puesta en ella. Y lo que había sucedido, entonces, es que el derecho internacional se había reforzado nuevamente dando vida al Convenio de Viena, de fecha 21 de febrero de 1971, que obligaba a los Estados particulares (Arts. 19, 20 y 22) a alinear sus legislaciones para hacerlas compatibles con la voluntad internacional que, como se dijo, ya venía declarando la guerra contra las drogas en la Convención sobre Estupefacientes de 1961y volvía a hacer lo mismo en el Convenio de Viena (artículo 21: "lucha contra el tráfico ilícito").

La Convención de Viena de 1971, podría considerársele, en gran medida, como un ajuste de lenguaje o el necesario complemento a su antecesora que se limitaba a regular el tráfico de estupefacientes. En efecto, la nueva convención, junto con declarar su preocupación por la salud física y moral de la humanidad, advirtiendo con inquietud los problemas sanitarios y sociales que origina el uso indebido de ciertas sustancias, menciona por primera vez el término "sicotrópico"[5] al cual debe su título (Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971), mostrándose decidido a prevenir y combatir el uso indebido de tales sustancias y el tráfico ilícito a que da lugar y considera necesario tomar medidas rigurosas para restringir el uso de tales sustancias a fines ilícitos.

El derecho internacional contenido en aquella convención incluye, como su predecesora, definiciones de términos, así, por ejemplo, por "exportación" e "importación" se entiende, en sus respectivos sentidos, el transporte material de una sustancia sicotrópica de un Estado a otro Estado; por "fabricación" todos los procesos que permitan obtener sustancias sicotrópicas, incluidas la refinación y la transformación de sustancias sicotrópicas en otras sustancias sicotrópicas; y, lo más importante, define al "tráfico ilícito" como la fabricación o el tráfico de sustancias sicotrópicas contrarios a las disposiciones del Convenio.

Fuera de lo anterior, esa convención, ratificada por 76 Estados, incluyendo a Chile, no fue ni más novedosa ni mucho más rigurosa que la de 1961, pero sí algo más precisa y concisa en el sentido y alcance de sus expresiones. Nuevamente se disponía que cada uno de los Estados partes debía considerar como delito, si se cometía intencionalmente, todo acto contrario a cualquier ley o

5 La Convención de Viena, en su artículo 1, señala que por "sustancia sicotrópica" se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural de la Lista I, II, III o IV. En realidad, tal cual había sucedido antes con el término "estupefaciente", no definió técnicamente al sicotrópico y se limitó a utilizar un mecanismo referencial basado en lo que contenían las listas. Sin embargo, pese a una mayor preocupación por la precisión en el lenguaje, nótese que dentro de las sustancias de la lista I se incluye al tetrahidrocannabinol (THC), que, en consecuencia, sería un sicotrópico, pero ya había sido considerada la cannabis –que contiene THC– en la Convención de 1961, como un estupefaciente.

reglamento que se adoptara en cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y dispondría lo necesario para que los delitos graves fueren sancionados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad, omitiendo, en consecuencia, la referencia una por una (venta, posesión, preparación, etc.) que hacía de las conductas punibles la de 1961. Asimismo corrigió, aunque sólo formalmente, una infracción al principio *ne bis in idem*. La Convención de 1961 disponía (Art. 36) que cada uno de los delitos enumerados en el inciso 1 del artículo 36 (venta, posesión, preparación, etc.), si se cometía en diferentes países se consideraría como un delito distinto, mientras que la Convención de Viena (Art. 22), disponía que si se han cometido en diferentes países una serie de actos relacionados entre sí que constituyan delitos de conformidad con el párrafo 1 –que, como se dijo, ya no enumeraba conductas–, cada uno de esos actos sería considerado como un delito distinto.

El convenio imponía, del mismo modo que la Convención de Estupefacientes, restricciones al uso personal de sicotrópicos, fomentando aquél sólo con fines médicos (Arts. 4, 5 y 20), contemplando medidas contra el uso indebido, exigiendo que los Estados partes adoptaran todas las medidas posibles para prevenir el uso indebido de sustancias sicotrópicas y asegurar la pronta identificación, tratamiento, educación, post tratamiento, rehabilitación y readaptación social de las personas afectadas. Asimismo, exigía que se fomentaran, en la medida de lo posible, la formación de personal para el tratamiento, post tratamiento, rehabilitación y readaptación social de quienes hicieren uso indebido de sustancias sicotrópicas.

Bajo ese marco normativo, es decir, tanto el propiciado por la Convención de 1961, como por el Convenio de Viena, es que debe entenderse, luego, la estrategia que adoptaría Chile en la Ley 17.934 respecto del consumo de drogas. Pues, como se señalara más arriba, si bien la Convención de Estupefacientes de 1961 había dejado abierta la llave de la puerta del consumo de opio, coca y marihuana, el Convenio de Viena tendía a cerrar esa puerta. Ello explica, en consecuencia, que Chile regulara el consumo en la ley por una doble vía.

Como ya se ha dicho, en la ley (Art. 2) se entendía por traficantes a los que importaban, exportaban, adquirían, sustraían, transportaban, poseían, guardaban o portaban substancias o materias primas, pero, al mismo tiempo, se establecían excepciones a la presunción, que ponían, en principio, a salvo del Derecho Penal al realizador de aquellas conductas, como se explicará a continuación. En primer lugar, si se justificaba o era notorio que las sustancias estaban destinadas a la atención de un tratamiento médico y, en segundo lugar, si se justificaba o era notorio que las sustancias estaban destinadas al uso personal exclusivamente, la conducta se consideraba atípica. Naturalmente, la justificación tenía que establecerse dentro del procedimiento penal, lo que significaba, que, por ejemplo, si alguien era sorprendido poseyendo una droga,

inmediatamente se le reputaba traficante, era detenido y sometido a prisión preventiva, bajo auto de procesamiento. Es decir, la admisión probatoria de la justificación, sujeta a la apreciación en conciencia del juez unipersonal, se producía, normalmente, dentro del proceso en la etapa de prueba, cuando ya había operado la privación de libertad. La única salvedad a esta situación procesal adversa al consumidor se verificaba, como se verá inmediatamente, con el consumidor/portador, aunque la atipicidad que contemplaba la norma no impedía tomar otras medidas, que venían fomentadas represivamente por la norma internacional.

La segunda vía estaba reservada al consumidor flagrante. Al que era sorprendido consumiendo estupefacientes o en circunstancias que hacían presumir que acababa de hacerlo, era puesto a disposición del tribunal (existía un plazo de 24 hrs. para ello) a fin de que se ordenara un examen médico de adicción y el grado de ésta. El mismo método era utilizado con quien era sorprendido portando estupefacientes cuando los antecedentes demostraban que lo hacía para su exclusivo uso personal. Si el resultado del examen arrojaba habitualidad en el consumo de estupefacientes –la norma no exigía la "adicción" –, el tribunal debía ordenar la internación inmediata del consumidor en un establecimiento médico para la recuperación de aquel o, si el juez lo estimaba procedente, según las circunstancias del hecho y las personales del consumidor, autorizar este tratamiento sin internación, pero sujeto a los controles médicos del Servicio Nacional de Salud. En cambio, si aparecía que el consumidor no requería tratamiento médico, la ley ordenaba aplicarle la medida de colaboración con la autoridad por un tiempo no superior a tres meses, debiendo el juez señalar específicamente la forma de realizarla. No obstante, cuando los antecedentes del proceso demostraban que la posesión de las sustancias o materias primas no lo eran para el uso personal del hechor –ello ocurría cuando el resultado médico excluía la habitualidad– el consumidor volvía a recibir el trato de traficante o permanecía en esa calidad y era sometido al rigor penal del artículo 2 de la ley.

Así como escalaba en rigor el derecho internacional, lo mismo sucedía con Chile en el tratamiento del tráfico ilícito y consumo de drogas. Ya en pleno gobierno militar, comienza a regir desde el 4 de marzo de 1985 la Ley 18.403, que derogó completamente la Ley 17.934, pero que no alteró en esencia, salvo la de crecer en rigor, a aquélla.

La nueva ley –de 26 artículos– reforzó el vigor del Estado para reprimir el tráfico de drogas y también, como se apreciará, introdujo normas que se dirigían netamente al consumo. Contemplaba 26 artículos y fue complementada por el Decreto 67 de fecha 11 de junio de 1985 que derivaba a un reglamento con dos listas la enumeración de las sustancias y drogas estupefacientes y sicotrópicas. El Art.1, que contenía la lista I, calificaba, a las que nombraba, como sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependen-

cia física o síquica capaces de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública; en cambio, el Art. 2, que contenía la lista II, calificaba, a las que nombraba, como sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica que no eran capaces de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública.

La primera decisión importante que tomó el legislador fue confirmar la decisión de su predecesora de considerar como bien jurídico protegido a la salud pública[6], es decir, consagrar como inviolable e intocable el completo bienestar físico y sicológico colectivo, por sobre consideraciones individuales[7]. Pero, además, por primera vez, utiliza, simultáneamente, las expresiones "estupefaciente" y "sicotrópico". Por otro lado, por así decirlo, despersonalizó las presunciones. Como ya se ha expresado, la Ley 17.934 establecía que bajo ciertas circunstancias presumía la calidad de traficante (Art. 2, inciso 2: "… *Se entenderá por traficantes*…") al realizador de las conductas que señalaba, en cambio, la Ley 18.403, bajo esas mismas circunstancias estableció que lo que se entendía era que se traficaba (Art.5, inciso 2: "…*Se entenderá que trafican*…"). También ha de tenerse en cuenta que, en la norma antigua se hablaba de tráfico y suministro, en la nueva únicamente se utilizó la expresión "tráfico", restringiendo las hipótesis, pero universalizando el término ("tráfico") para todas las conductas, que señala, e incluyendo el suministro como una especie de tráfico. Y la regulación básica de las conductas punibles la anidó en el artículo 1 de la ley que distinguía, para efectos de penalidad, entre las substancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica capaces de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, contemplando la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, y aquellas que no producían tales efectos, facultándose al juez, en estos casos, a rebajar la pena hasta en dos grados. Mas la conducta de tráfico propiamente tal la reguló aparte en el artículo 5, entendiendo la ley que traficaban con tales substancias los que, sin contar con la autorización competente, importaban, exportaban, transportaban, adquirían, transferían, sustraían, poseían, suministraban, guardaban o las portaban consigo.

La Ley 18.403 introdujo una curiosa novedad en el derecho de drogas, porque si bien volvía a consagrarse que habría un reglamento señalando las drogas

6 Téngase en cuenta que la Junta de Gobierno de la época había decidido el 10 de julio de 1984 que el proyecto de ley de drogas fuese tratado en comisión conjunta con la comisión que estudiaba el proyecto de ley que creaba el sistema de prestaciones de salud.

7 A pesar que no existe un único concepto de Salud Pública, puede entendérsela como el conjunto de condiciones higiénicas y sanitarias básicas, dispuestas para prevenir la enfermedad de las personas que forman una colectividad o, incluso, como una disciplina dirigida a proteger, mejorar y elevar el nivel de salud de la población humana, así como el control y erradicación de las enfermedades. Sobre esta última idea véase a MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Juan, *Nociones de Salud Pública*, 1ª edición, Madrid: Díaz de Santos, 2003, ISBN 978-84-7978-562-8.

correspondientes, dedicaba regulación especial, dentro de la ley misma, a la cannabis, que, además, era mencionada en la lista II del reglamento respectivo con referencia al inciso 2 del artículo 1 de la Ley 18.403, es decir, como una droga que no era productora de dependencia física o síquica capaz de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública ("droga blanda"). Así, en primer lugar, consagraba como delito (tráfico) la siembra, cultivo, cosecha o posesión de especies vegetales o sintéticas del género cannabis –aunque también de otras productoras de sustancias estupefacientes y sicotrópicas–. Pero no sólo eso, ya que extendió el *ius puniendi* al abandono de plantas de marihuana –o sus rastrojos, florescencias, semillas u otras partes activas– en lugares públicos o de fácil acceso. En segundo lugar, dentro del delito de facilitación de inmueble, incluyó tanto la posibilidad de consumo de drogas, como la siembra y plantación de especies vegetales prohibidas.

En otra demostración de un mayor rigor penal, esta ley amplió los sujetos activos del delito de prescripción médica abusiva al dentista, a la matrona y al veterinario; sancionó la tentativa (elaboración) con la pena asignada al delito consumado y el delito frustrado se sancionaba como consumado; introdujo, por primera vez, circunstancias agravantes especiales (método que conserva la ley actual), destacándose la circunstancia de cometerse el delito con la finalidad de crear o mantener un estado de dependencia. Así, aunque declaraba como bien jurídico uno de carácter colectivo –la salud pública–, no obstante, castigaba con mayor pena al sujeto empeñado en crear o mantener en estado de dependencia a otro individualmente considerado. Merece destacarse que, en materia probatoria, se mantuvo el sistema de apreciación de la prueba en conciencia, pero se introdujo como novedad, en un sistema inquisitorio como el de entonces, la posibilidad de admitirse como prueba películas cinematográficas, fotografías, fonografías, sistemas de reproducción de la imagen y del sonido y, en general, cualquier medio idóneo apto y conducente para producir fe.

El tratamiento del consumidor sufrió algunas modificaciones en desmedro de éste con relación a la ley anterior. Sin embargo, es menester señalar que la clave de ponerlo en una situación de excepcionalidad y atipicidad –por descarte– respecto del que traficaba, se mantuvo. Es decir, se entendía que no traficaba estupefacientes o sicotrópicos al que justificaba o era notorio que ellas estaban destinadas a la atención de un tratamiento médico o al uso personal exclusivamente. En suma, la nueva ley no penalizaba, en principio, el consumo personal de drogas, pero al mismo tiempo, como podrá advertirse a renglón seguido, trataba de impedir el consumo, poniendo al usuario de la droga en una situación delicada frente al derecho penal.

Una importante novedad introducida por la nueva ley fue la de elevar a la categoría de delito la alabanza y/o la difusión pública de opiniones favorables al consumo de drogas. Efectivamente, el artículo 9 de la Ley 18.403 establecía: "*…Los que hagan la apología o propaganda, a través de un medio de comunicación o en actos públicos, del uso o consumo de las substancias a que se refiere el*

artículo 1°, incurrirán en la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de diez a cuarenta ingresos mínimos mensuales. Tratándose de los medios de comunicación social, el Tribunal podrá, además, suspender la publicación hasta por seis ediciones o suspender las transmisiones o exhibiciones hasta por seis días, según corresponda. En caso de reincidencia, tratándose de medios de comunicación social, se impondrá la clausura por treinta días…".

Por otro lado, instaló como circunstancia agravante especial, suministrar drogas o substancias estupefacientes o sicotrópicas capaces de producir dependencias física o síquica a menores de 18 años de edad o cuando se promovía o facilitaba su uso o consumo a dichos menores. Por lo que se dirá en lo que sigue, el suministro de marihuana a menores y la promoción o facilitación de ella, sin embargo, no operaba como circunstancia agravante.

La nueva ley insistió en mantener, como criterio diferenciador entre traficante y consumidor, el examen de adicción, pero con algunos matices distintos, pero importantes, como se verá a continuación, especialmente con la marihuana.

Como ya se ha indicado, la Ley 18.403 distinguía entre "drogas duras" (inciso 1 del artículo 1) y "drogas blandas" (inciso 2 artículo 1), enumerando a las primeras en la Lista I del Reglamento y en la Lista II a las segundas. El Art. 12 establecía que si alguien era sorprendido consumiendo alguna de las "…*substancias señaladas en el inciso primero del artículo 1°…*" o en circunstancias que hacían presumir que acababa de hacerlo, debía ser puesto a disposición de la justicia del crimen a fin de que ésta ordenara un examen del afectado por un médico calificado por el Servicio de Salud correspondiente. La marihuana pertenecía a la lista II, es decir al grupo de drogas que no producían los efectos indicados en el inciso 1 del artículo 1 de la Ley 18.403 ("…*productoras de dependencia física o síquica capaces de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública…*"), en consecuencia, el consumidor de marihuana flagrante escapaba del examen de adicción, también el portador flagrante y –en teoría– también estaba a salvo, de que se analizaran los antecedentes del proceso para demostrar que la marihuana no lo era para su uso, el poseedor de ella, pues el inciso final de la disposición citada obligaba a aquello sólo respecto del poseedor flagrante de las "…*substancias señaladas en el inciso primero del artículo 1°…*" (Art. 12 inciso final: "…*posesión de dichas substancias…*"). En consecuencia, la única forma de forzar el análisis para diferenciar si un sujeto era traficante o consumidor de marihuana era recurrir al artículo 5, que, como ya se ha señalado, permitía entender que traficaba esa droga al que no lograba justificar o no era notorio que ella estaba destinada a la atención de un tratamiento médico o al uso personal exclusivamente.

Para las "drogas duras" el examen en cuestión era obligatorio con el fin de determinar si el sujeto era o no dependiente a dichas substancias y el grado de su farmacodependencia. Aquí se produjo una alteración en el régimen propiciado por la antigua ley, pues la Ley 18.403 suprimió el término "adicción"

y empleó, para lo mismo, "dependencia". Además, se eliminó la obligación de entrega del consumidor dentro del plazo de 24 horas como lo exigía la Ley 17.934.

El examen de "dependencia" también podía ser dispuesto por el juez respecto del que fuere sorprendido portando drogas cuando los antecedentes demostraban que lo hacía para su exclusivo uso personal. Y aunque la Ley 18.403 eliminó la medida de "colaboración con la autoridad", en lo demás, la norma seguía incólume. Es decir, si el examen detectaba habitualidad en el consumo, se obligaba al juez a ordenar la internación inmediata del examinado en algún establecimiento calificado por el Servicio de Salud correspondiente, para su recuperación o, cuando lo estimare procedente, según las circunstancias del hecho y las personales del infractor, autorizar el tratamiento sin internación, pero sujeto a los controles médicos del Servicio de Salud. Por último, cuando los antecedentes del proceso demostraban que la posesión de drogas no lo era para el uso personal, se aplicaba al sujeto la pena que correspondía en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 18.403.

La cuarta reforma vía legislación especial en materia de drogas se produciría ya recuperada la democracia, a través de la Ley 19.366 de fecha 4 de enero de 1995, que derogó la Ley 18.403 y multiplicó sus normas superando los 59 artículos, es decir, casi el triple que sus dos antecesoras. Por primera vez se sistematizaba la estructura de la ley agrupando las normas en títulos. En el título I (Arts. 1 a 40) quedaban comprendidos los delitos, sanciones, competencia y procedimiento; en el título II (Arts. 41 a 48) se regulaban las faltas y su procedimiento, y en el título III (Arts. 49 a 59) aparecían "disposiciones varias". En términos concretos, la nueva ley vino a ser con creces mucho más represiva de lo que había sido, hasta entonces, el derecho chileno de drogas. Los aspectos más importantes, especialmente lo relativo al consumo, se describirán a continuación.

En primer lugar, en lo material penal, la ley mantuvo el esquema de la anterior, describiendo las conductas y distinguiendo las penas con relación a la peligrosidad de la droga, cuyo criterio de distinción, descripción y número volvía a ser reglamentaria (Decreto Supremo N° 565 de fecha 26 de enero de 1995). Pero agregó una presunción de autoría estableciendo que: "…*Se presumirán autores del delito sancionado en este artículo quienes tengan en su poder elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de las substancias o drogas a que se refieren los incisos anteriores*…". El artículo a que se refería esa ley era el primero que, fuera de agregar la presunción, mantuvo la misma redacción que el Art. 1 de la Ley 18.403, incluyendo la nominación de la salud pública como bien jurídico protegido. Asimismo, se mantuvo la conducta de tráfico en una disposición separada (Art. 5), diferenciando aquélla del consumo en base a la justificación de un tratamiento médico

o en el uso personal, pero por primera vez, se agregó a dicho uso la frase "exclusivo y próximo en el tiempo", limitando, así, las posibilidades de consumo a una perspectiva totalmente individual y ampliando la consideración de tráfico, cuando desaparecía la exclusividad y la proximidad temporal. La ley siguió prestando un tratamiento preferencial a la marihuana, reiterando como delitos a la siembra, cultivo, posesión y cosecha de ella (especies vegetales) y al abandono de ella, pero agregó el delito de desvío de especies vegetales (Art. 3).

En el nuevo catálogo de delitos de la ley aparece, por primera vez, la producción, fabricación, elaboración, distribución, transporte, comercialización, importación, exportación, posesión o tenencia de precursores o de substancias químicas esenciales (Art. 6). También se amplió el delito de facilitación al propietario, arrendatario, administrador o tenedor, a cualquier título, de un establecimiento de comercio, cine, hotel, restaurante, bar, centro de baile y música, recinto deportivo, establecimiento educacional de cualquier nivel, u otro de similar naturaleza abierto al público, que permitiera o tolerara habitualmente el tráfico o consumo de drogas (Art. 9 inciso 2). También por primera vez, aparece la preocupación de incluir en la ley misma un delito que dijese relación con la práctica del consumo de neopreno, castigando el suministro a menores de 18 años de productos que contuvieren hidrocarburos aromáticos, tales como benceno, tolueno u otras substancias similares, en proporción suficiente para producir efectos tóxicos o sicotrópicos (Art. 10).

La Ley 19.366 también incluyó, como novedad, dentro de sus normas, al lavado de activos (Art. 12), sancionando al que, a sabiendas que determinados bienes, valores, dineros, utilidad, provecho o beneficio se habían obtenido o provenían de la perpetración, en Chile o en el extranjero, de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en ella, participara o colaborare en su uso, aprovechamiento o destino, con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio. Y entendía la norma citada, por uso, aprovechamiento o destino de los bienes ya dichos todo acto, cualquiera que fuere su naturaleza jurídica, que importara tenencia, posesión o dominio de los mismos, sea de manera directa o indirecta, originaria, simulada, oculta o encubierta. Por otro lado, estableció como delito funcionario[8] la omisión de denuncia (Art. 21), consistiendo ella en que el funcionario público que,

8 Ya no como delito, pero sí como irregularidad administrativa, cuya máxima sanción era la destitución, se prohíbe, por primera vez, que los abogados, estudiantes y egresados habilitados para actuar judicialmente que se desempeñaban como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente, pudieran patrocinar o actuar como apoderado o mandatario de inculpados o procesados por crímenes, simples delitos o faltas de la Ley 19.366.

en razón de su cargo, tomaba conocimiento de alguno de los delitos contemplados en la Ley 19.366 y, por beneficio de cualquier naturaleza, omitía denunciarlo a la autoridad correspondiente; u ocultaba, alteraba o destruía cualquier tipo de prueba del mismo o de sus partícipes, era castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y con la misma pena al que, en razón de su cargo o de la función que desempeñaba, tomaba conocimiento del delito de lavado de activos y, por beneficio de cualquier naturaleza, omitía denunciarlo a la autoridad correspondiente, u ocultaba, alteraba o destruía cualquier tipo de prueba del mismo o de sus partícipes. En fin, la nueva ley incluía como delito la conspiración para cometer los delitos que ella contenía, que además, eran sancionados como consumados desde que había principio de ejecución.

En segundo lugar, en lo penal formal, la Ley 19.366 introdujo la cooperación eficaz (Art. 33), como circunstancia atenuante para la determinación de la pena, entendiendo como tal al suministro de datos o informaciones precisos verídicos y comprobables, que contribuyeren necesariamente al esclarecimiento del delito y responsables penales (autor, cómplice y encubridor). Disponía el secreto de la etapa de investigación (Sumario), castigando como delito su violación; introducía, como novedad, al agente encubierto, definiéndolo como aquel funcionario policial que, debidamente autorizado por sus superiores, ocultaba su identidad oficial y se involucraba o introducía en las organizaciones delictivas simulando ser parte de ellas o estar interesado en la comisión del delito que se investigaba, con el propósito de identificar a los partícipes o recoger las pruebas que servirían de base al proceso penal y lo distinguía del informante, es decir, aquel sujeto (civil) que suministraba antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes habían participado en él, o al sujeto que, sin tener la intención de cometerlo, y con conocimiento de dichos organismos, participaba como si fuese agente encubierto. Por último, se consagraba como nuevo método de valoración de la prueba las reglas de la sana crítica.

En tercer lugar, por primera vez se castigaba –he aquí un giro drástico del derecho chileno de drogas– el consumo como delito. En realidad, distinguía el consumo como figura delictiva, según varias hipótesis.

En el caso del cultivo, si se justificaba que las especies vegetales estaban destinadas al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, el consumidor quedaba sujeto al régimen de las faltas (sobre este punto se volverá enseguida).

Si el consumidor (sorprendido como tal) era funcionario de Gendarmería de Chile o de la Policía de Investigaciones de Chile, en acto de servicio o se tra-

taba de algún oficial o personal de Gente de Mar[9] de dotación de buques de la marina mercante, de naves especiales y de artefactos navales que, a bordo o en el cumplimiento de sus funciones, eran sorprendidos consumiendo alguna droga (de las mencionadas en el artículo 1) o en circunstancias que hacían presumir que acababan de hacerlo, se exponían a ser sancionados con la pena de presidio o reclusión menores en sus grados medio. La misma sanción se aplicaba a quienes eran sorprendidos, en idénticas circunstancias, portando dichas substancias para su exclusivo uso personal. La única excepción aceptada era la justificación del uso, consumo, porte o tenencia en virtud de prescripción médica.

La principal regulación del consumo como conducta delictual se produjo por la introducción en la Ley 19.366 del régimen de faltas. Siempre en torno a las drogas estupefacientes y sicotrópicas que se mencionaban en el artículo 1, se dispuso bajo multa (por primera vez se utilizaba la Unidad Tributaria Mensual) o asistencia obligatoria a programas de prevención, el consumo de drogas en lugares públicos o abiertos al público o en establecimientos o de capacitación y lo mismo ocurría con el tenedor o portador para su consumo personal próximo y exclusivo en el tiempo. Pero la ley fue más lejos, incluso que los tratados internacionales arriba mencionados, pues también castigaba a los consumidores concertados para ello en lugares o recintos privados y si el consumo era realizado en lugares de detención, recintos militares o policiales o en establecimientos educacionales por quienes tenían la calidad de docentes o eran funcionarios o trabajadores, la sanción pecuniaria se aplicaba en su máximo. Además, al que quebrantaba la condena o hubiese sido reincidente en aquellas faltas, era sancionado con las dos penas antes mencionadas o con el duplo de una de ellas o con prisión en su grado mínimo a medio. Y la pena de prisión también era aplicada al moroso. En materia procesal penal, se consagraba que si el inculpado negaba los cargos que se le formulaban se aplicaba el procedimiento sobre faltas regulado en el Código de Procedimiento Penal, que era más inquisitivo, que el dispuesto entre los artículos 41 y 48 de la Ley 19.366. La única prueba admitida era la justificación de la tenencia, porte o consumo por prescripción médica.

9 También era sancionado como delito el consumo de drogas respecto de militares y personal aeronáutico, pero las normas que regulaban esos delitos eran los Arts. 299 bis del Código de Justicia Militar y 193 del Código Aeronáutico, en realidad este último código prohibía desempeñar la función bajo la influencia de drogas estupefacientes o sicotrópicas. Bajo el imperio de la Ley 20.000, consumir, guardar y portar droga, cometida alguna de esas conductas por personal militar (incluyendo a los conscriptos), de la Policía de Investigaciones, de Gendarmería y aeronáutico constituye un delito regulado por el Art. 14. La única excepción al respecto se verifica cuando el sujeto justifica la atención de un tratamiento médico.

La mutación que sufrió el tratamiento jurídico del consumo vuelve a ser tema legislativo con la dictación de la Ley 20.000, vigente al tiempo de redactarse este artículo, cuyas principales características se describen a continuación.

La Ley 20.000[10], concebida para mejorar los problemas que planteaba la anterior legislación, incluyó una llave maestra que se utilizaría para distinguir entre traficantes y consumidores, basándose en un criterio central: la cantidad. No hay que olvidar que durante la discusión legislativa se tuvo en cuenta que existía una tendencia judicial a considerar como consumidores a los portadores o tenedores de bajas cantidades de drogas (entre 20 y 30 gramos) o, lisa y llanamente, a no castigar esa conducta por las elevadas penas contempladas en la norma respectiva y que el "microtráfico" (tráfico de pequeñas cantidades de droga) no estaba regulado legalmente. En efecto la Ley 19.366 contemplaba penas para el tráfico de drogas sin distinguir si se trataba de grandes o pequeñas cantidades. En suma, la nueva ley tendría como misión regular el tráfico de pequeñas cantidades en un delito específico, que permitiera sancionar con efectividad este tipo de conductas, las cuales, en opinión del legislador[11], se habían transformado en la forma de operación más importante que tenían muchos de los traficantes. Además, se intentaría poner fin a cierta tendencia judicial en orden a estimar que el porte de drogas lo era para el consumo. En pocas palabras, la mayor justificación para modificar la Ley 19.366 (derogarla) e instalar en el derecho chileno de drogas la Ley 20.000, que se publicó en el Diario Oficial 16 de febrero de 2005, fue el problema del "microtráfico" de drogas. Otro hito que marca la existencia de la nueva ley es que ella comienza a operar bajo el nuevo sistema procesal de rasgos acusatorios.

La nueva ley de 76 artículos, los distribuyó en 6 títulos. El título I (Arts. 1 a 22) regula los delitos (incluyendo el de tráfico de pequeñas cantidades) en un párrafo 1, las circunstancias agravantes en un párrafo 2 y consideró un párrafo 3 dedicado exclusivamente a la cooperación eficaz; el título II (Arts. 23 a 25), sobre técnicas de investigación, comprende en un párrafo 1° las entregas vigiladas o controladas, en un párrafo 2° trata la restricción de las comunicaciones y otros medios técnicos de investigación y en un párrafo 3° regula al agente encubierto, agente revelador e informante; el título III (Arts. 26 a 49), que trata la competencia del Ministerio Público, comprende en un párrafo 1° normas sobre investigación, en un párrafo 2° las medidas de protección a testigos,

10 La Ley 20.000 está complementada por el Reglamento de Drogas contenido en el Decreto N° 867 de fecha 19 de febrero de 2008, que, por primera vez, considera a la cannabis en la lista I, esto es, como una sustancia o droga productora de dependencia física o síquica capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. También se instala como novedad que en la ley y reglamento se deje de utilizar el término salud pública y se refiera como bien jurídico protegido únicamente a la salud.

11 Véanse las páginas 2 y 13 del informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que sustituía la Ley Nº 19.366 (Boletín N° 2439-20).

peritos, agentes encubiertos, reveladores, informantes y cooperador eficaz, en un párrafo 3° las medidas para asegurar el mejor resultado de la investigación y en un párrafo 4° la cooperación internacional; en el título IV (Arts. 50 a 54) regula las faltas, distinguiendo faltas comunes en un párrafo 1°, especiales en un párrafo segundo y aplicación de pena en el párrafo 3°; en el título V (Arts. 55 a 60) comprende las normas que se refieren a precursores y sustancias químicas esenciales y, por último, en el título VI almacena disposiciones varias.

En lo relativo a los delitos regulados en la Ley 20.000 no hubo grandes variaciones con relación a la ley anterior, salvo, que la disminución en grado para las conductas relativas a "drogas blandas" podía efectuarse sólo en uno y, como ya se ha señalado, aparece en ella la consagración del delito de tráfico de pequeñas cantidades (Art. 4), que se verá más adelante junto al consumo. Como novedad se introduce la circunstancia agravante de formar parte, el sujeto activo del delito, de una agrupación o reunión de delincuentes. Así, se pretende intensificar la pena a quien forma parte de una organización para traficar que por su escasa complejidad, sin embargo, no alcanza a configurarse como asociación ilícita. Por otro lado, se prohíbe considerar a la reparación celosa del mal causado como una circunstancia atenuante y se reconfiguró la cooperación eficaz, como aquella que permite atenuar la pena cuando conduce al esclarecimiento de los hechos investigados, permite la identificación de los responsables del delito o que sirve para prevenir la perpetración de otros delitos de igual o mayor gravedad.

Las principales modificaciones legales llegaron por la vía de identificar en ella "técnicas de investigación" y, entonces, regular las entregas vigiladas (aquellas que se realizan con seguimiento policial sin intervenir el ámbito de custodia de la droga) y las entregas controladas (aquellas que se realizan con seguimiento policial interviniendo el ámbito de custodia de la droga: se sustituye la droga por una sustancia inocua, por ejemplo) con el propósito de individualizar a los responsables del delito respectivo, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de drogas y la comprobación del delito correspondiente. Dentro de las "técnicas de investigación", por primera vez se utiliza la figura del agente revelador, es decir, aquel funcionario policial o individuo (informante) que simula ser comprador o adquirente, para sí o terceros, de drogas, con el propósito de lograr que se manifieste la droga o su incautación. Por otro lado, distingue la norma entre aquel informante que suministra antecedentes a la policía acerca de la preparación o comisión de un delito o de sus responsables en él (informante delator) y el que, sin tener la intención de cometer delito y con conocimiento de dichos organismos, participa como lo haría un agente encubierto o revelador (informante infiltrado). Dentro de las normas que regulan la competencia del Ministerio Público, dedica la Ley 20.000 un profuso procedimiento administrativo para el tratamiento de las especies incautadas, así como una norma relativa a la cooperación internacional, que consiste básicamente en que el Ministerio Público, puede requerir y otorgar

cooperación y asistencia internacional destinada al éxito de las investigaciones por infracción a la Ley 20.000. Además, se establece que los delitos regulados por ella son susceptibles de extradición, tanto activa como pasiva, aun en ausencia de reciprocidad o de tratado.

Tal cual se anticipara, la decisión legislativa más importante, y a la que debe su existencia la Ley 20.000 y su desaparición la Ley 19.366, es la incorporación del artículo 4 que, por un lado, regula el tráfico de pequeñas cantidades y, por otro, lo que merece mayor atención, es que establece la frontera entre la conducta de consumo atípica y la de tráfico. En esa disposición se consagra como norma general castigando como responsable de tráfico al que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas (sin distinción acerca de la peligrosidad de ellas) y al que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro.

La norma general presenta dos excepciones, es decir, quedan a salvo de responder como traficantes, de una parte, el que justifica la atención de un tratamiento médico; de otra parte, el que justifica el uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Pero esta última excepción presenta una contra excepción, que se divide en dos, es decir, no vale la justificación de consumo personal, en primer lugar, cuando la calidad o pureza[12] de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito. Y, en segundo lugar, tampoco vale la justificación de consumo personal, cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título. En suma, en el caso de coincidir la conducta del agente con la norma general o con la contra excepción, debe responder como traficante bajo pena de presidio menor en su grado mínimo a medio. En cambio, si opera la excepción, el consumidor queda, sin embargo, sujeto al régimen de faltas de la forma que pasa a describirse.

La Ley 20.000, ya se ha dicho, distingue entre faltas comunes y faltas especiales. Lo que permite hacer la diferencia entre ambas es el sujeto activo, lugar en que se comete la falta y la pena. La falta común, que consiste en el consumo o tenencia o porte de droga (para fin personal exclusivo y próximo en el tiempo)

12 Actualmente el artículo 43 –que alude al protocolo de análisis químico respectivo– ha servido, en algunos casos, para justificar sentencias absolutorias, cuando el objeto material del delito por no contener el grado de pureza, no le ha permitido al juez afirmar que sea capaz de producir los efectos de dependencia, toxicidad y daño considerable a la salud (bien jurídico protegido).

en lugar público o abierto al público o en establecimiento educacional o de capacitación o consumo en lugares o recintos privados, si ha existido concierto para tal propósito, está sancionada con alguna de las siguientes penas: 1. Multa de 1 a 10 UTM; 2. Asistencia obligatoria a programas de prevención o tratamiento o rehabilitación; 3. Participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad o en cursos de capacitación. En cambio, la falta especial es aquella en que el consumo, tenencia o porte (para fin personal exclusivo y próximo en el tiempo) se comete en un lugar de detención, recinto militar o policial por personas ajenas a él o en un establecimiento educacional o de salud por quienes se desempeñen como docentes o trabajadores[13]. Aquí la pena pecuniaria se eleva al máximo.

Bajo la existencia de la Ley 20.000 los únicos consumidores a salvo del derecho penal son aquellos que consumen drogas en un lugar o recinto privado sin que se hayan puesto de acuerdo para ello o cuando el consumo, porte o tenencia se encuentra justificado por tratamiento médico. Sin embargo, ni siquiera esos consumidores se encuentran fuera del alcance del *ius puniendi*, cuando conducen cualquier vehículo bajo la influencia de sustancias sicotrópicas o estupefacientes (Arts. 110 y 196 de la Ley de Tránsito).

En resumen, hacia fines de los 70 el consumo era totalmente atípico y también permanecían alejados del derecho penal quienes adquirían, sustraían, portaban consigo, importaban, exportaban, transportaban o guardaban drogas si era notorio que ello era exclusivamente para uso personal. La situación cambió el año 1973, puesto que el consumo sólo era permitido si era notorio o se justificaba un tratamiento médico o el uso personal exclusivamente, pero exponía al consumidor, mientras no se declarara judicialmente la justificación o notoriedad, al rigor del procedimiento penal, incluyendo un examen de adicción con posibilidad de internación para tratamiento médico si aparecía habitualidad. Ese mismo criterio se mantuvo hasta 1985, pero a partir de ese año, el consumidor de cannabis quedaba excluido del examen de dependencia, acercando al derecho penal, bajo medida de internación, únicamente a los consumidores de "drogas duras". El consumo como delito, propiamente tal, es un fenómeno que aparece recién en los últimos cinco años del siglo pasado e introducido como tal régimen en el derecho chileno de drogas se consolidó en el siglo actual con la dictación de la Ley 20.000, vigente al tiempo de redactarse este artículo.

13 La Ley 20.000 eliminó la prisión para el caso de quebrantamiento, reincidencia o morosidad.

ELABORACIÓN ILEGAL DE DROGAS, DESVÍO DE PRECURSORES QUÍMICOS Y TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES COMO FIGURAS PENALES AUTÓNOMAS

Lorena Rebolledo Latorre[1]

I. Aspectos generales

Parte de la doctrina[2] entiende al tráfico ilícito de drogas como una figura penal de emprendimiento o empresa criminal, distinguiendo por tanto diferentes fases comisivas integradas por las conductas sancionadas en la Ley de Drogas, considerándolas parte del llamado "ciclo del tráfico ilícito de drogas", como formas de favorecimiento del tráfico. Ahora bien, se las ha calificado como actos preparatorios especialmente punibles, revistiendo la característica que conforman un conjunto de actividades encaminadas a la propagación indeterminada de la droga.

A su turno, la jurisprudencia como veremos más adelante, en un intento de clarificar estas construcciones doctrinarias ha entendido que esta anticipación del castigo penal se justifica en la medida de que se trata de conductas capaces de generar graves daños a la salud y, por tanto, acciones que independientemente consideradas son peligrosas, tesis a la cual adscribimos, considerando que la Ley N°20.000 parte de la base de castigar acciones típicas que, individualmente consideradas se diferencian en cuanto a su faz objetiva y subjetiva. Por ello, no satisface nuestra postura, estimar que estaríamos frente a actos preparatorios especialmente punibles.

A continuación, mostraremos las figuras penales de la Ley N° 20.000, elaboración ilegal de drogas (Art. 1°), desvío de precursores químicos (Art.2°) y tráfico ilícito de estupefacientes (Arts. 3° y 4°), verificando en cada caso los requisitos particulares observados, tanto en sus elementos objetivos como subjetivos.

1 Abogada de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial.* 3ª ed., Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2015, Tomo II, págs. 419 y 420.

II. ¿Por qué la Ley N°20.000 describe y sanciona como delitos autónomos, la elaboración ilegal de drogas, el tráfico ilícito de estupefacientes y sicotrópicos, y el desvío de precursores químicos?

1. Elaboración ilegal de drogas

Este delito tiene su origen en los artículos 313 y 314 del Código Penal, de 12 de noviembre de 1874[3], dentro del párrafo relativo a los crímenes y simples delitos contra la salud pública. Tales artículos, hoy sustituidos, eran del siguiente tenor:

"Artículo 313. El que, sin hallarse competentemente autorizado, elaborare sustancias o productos nocivos a la salud o traficare en ellos, estando prohibidos su fabricación o tráfico, será castigado con reclusión menor en su grado medio i multa de ciento a quinientos pesos".

"Artículo 314. El que hallándose autorizado para la fabricación o tráfico de las sustancias o productos expresados en el artículo anterior, los fabricare o expendiere sin cumplir con las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos, sufrirá las penas de reclusión menor en su grado mínimo i multa de ciento a trescientos pesos".

Posteriormente, el tipo penal especial de elaboración ilegal fue consagrado en la Ley de Drogas, N°17.934[4], de fecha 16 de mayo de 1973, denominada "Reprime Tráfico de Estupefacientes", cuya descripción es similar a la vigente,

3 Título VI "De los crímenes i simples delitos contra el órden i la seguridad públicos cometidos por particulares". Párrafo 14 "Crímenes i simples delitos contra la salud pública". CHILE, Código Penal, 1874 [en línea]. Disponible en: http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-10118.html

4 "Artículo 1°. Los que, contraviniendo las prohibiciones o restricciones legales o reglamentarias, elaboren, fabriquen, preparen o extraigan substancias estupefacientes de aquellas que el reglamento respectivo considere como productora de graves efectos tóxicos o de daños considerables a la salud pública, serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de diez a cien sueldos vitales.
Si se tratare de otras substancias estupefacientes, especificadas también en el reglamento respectivo pero no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, el Tribunal podrá rebajar la pena hasta en tres grados.
Tratándose de menores de 18 años de edad que no estén exentos de responsabilidad penal y que se encuentren en alguna de las situaciones descritas en los incisos precedentes, el Tribunal, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del hechor, podrá imponer las penas ya mencionadas o la de relegación menor en cualquiera de sus grados o la de arresto domiciliario hasta por dos años y, en estos dos últimos casos, la medida de colaboración con la autoridad, por el tiempo que dure la condena.
Se presumirá que son autores del delito sancionado en este artículo los que, sin contar con la competente autorización, tengan en su poder elementos o instrumentos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación o extracción de las substancias estupefacientes a que se refieren los incisos anteriores.

manteniéndose inclusive la numeración de la época. El Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado[5] expresó la motivación que tuvo el Ejecutivo para modificar la antecesora legislación sobre drogas, Ley N°17.155[6] a sólo dos años de su dictación, revelando "(…) la inoperancia de las normas recién dictadas para enfrentar con éxito el problema de la elaboración y tráfico de los modernamente llamados "psicotrópicos". Desde hace largo tiempo, nuestro país ostenta el no envidiable carácter de ser uno de los puntos más importantes del globo en estas materias (…)"

En la actualidad, la descripción típica es la siguiente:

Art. 1°, Ley N° 20.000: "Los que elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, sin la debida autorización, serán castigados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, podrá rebajarse la pena hasta en un grado.

Incurren también en este delito, quienes tengan en su poder elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de las sustancias o drogas a que se refieren los incisos anteriores".

El comportamiento lo constituyen una pluralidad de hipótesis alternativas, elaboración, fabricación, transformación, preparación y extracción.

Un reglamento que dictará el Presidente de la República determinará, para todos los efectos legales, qué substancias se consideran estupefacientes y especificará cuáles de ellas producen graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública. Dicho reglamento podrá ser adicionado o modificado por el Presidente de la República; pero las adiciones o modificaciones entrarán en vigor sólo 60 días después de publicadas en el Diario Oficial".

5 Historia Ley N° 17.934. Informe Comisión de Constitución de fecha 29 de marzo de 1972. Cuenta en Sesión 03, Legislatura Extraordinaria 1971 – 1972. Disponible en: https://www.leychile.cl

6 La Ley N° 17.155 modificó el Código Penal respecto de los delitos contra la salud pública y Códigos de Procedimiento Penal y Sanitario. El delito de elaboración ilegal se describía en los siguientes términos: "Art. 319 a). El que elaborare, fabricare, extrajere o prepare sustancias estupefacientes contraveniendo (sic) las prohibiciones y restricciones legales o reglamentarias, será penado con presidio mayor en su grado medio y multa de diez a cien sueldos vitales. Para todos los efectos legales, se considerarán sustancias estupefacientes las que sean calificadas como tales en el reglamento que dictará el Presidente de la República, el que podrá ser adicionado o modificado por esta misma autoridad".

Como un elemento negativo del tipo legal aparece la exigencia de la "debida autorización"[7].

Se trata de una figura dolosa, que no contempla elementos subjetivos de intención transcendente, como por ejemplo, que se elabore con la finalidad de cometer actos de tráfico.

El objeto material de este delito está conformado por sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, según se trate de las llamadas drogas "duras" o "blandas" respectivamente.

Por último, el inciso final castiga la conducta de la simple posesión de elementos, instrumentos ordinariamente destinados a la producción de drogas en forma ilícita.

En nuestro país, la autorización para elaborar una droga debe ser otorgada por el Instituto de Salud Pública de Chile (ISP). En este punto, nos remitiremos a los Reglamentos de Estupefacientes, N°404, y de Sicotrópicos, N°405, pues son éstos los que regulan dicha autorización[8].

2. Desvío de precursores químicos

Con la dictación de la Ley Nº 19.366[9], anterior "Ley de Drogas", aparece por primera vez este tipo penal en Chile, sancionándose el desvío de precursores y sustancias químicas esenciales con fines ilícitos, a sabiendas de su utilización con tal objeto. Luego, con la dictación de la Ley Nº 20.000, la figura delictiva se modifica, conteniendo el tipo penal doloso, un elemento subjetivo, en orden a que el sujeto activo del delito debe actuar con el objetivo de destinar los precursores y sustancias químicas esenciales a la preparación de drogas, para ejecutar dentro o fuera del país alguno de los hechos considera-

7 Considerado asimismo como un elemento normativo del tipo. MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p.427.

8 Véase el Reglamento de Estupefacientes, Decreto N°404, 20 de febrero de 1984. Ministerio de Salud, y el Reglamento de Productos Psicotrópicos, Decreto N°405, 20 de febrero de 1984. Ministerio de Salud.

9 Se hizo indispensable contar con una legislación especial que permita un control efectivo en la fabricación, distribución, exportación e importación de las sustancias decomisadas "precursores químicos". Historia de la Ley 19.366, Primer Informe Comisión Especial de Droga, p. 33. De esta forma, nuestra legislación antidrogas al tipificar el delito de desvío de precursores químicos, se ajustó a las recomendaciones de los organismos internacionales. La Convención de las Naciones Unidas, de Viena de 1988, en su artículo 3.1 a) iv) impone a los Estados parte, la obligación de sancionar penalmente la fabricación, el transporte o la distribución de los denominados precursores, esto es, aquellos equipos, materiales y sustancias indispensables para el cultivo, producción y fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas.

dos como delitos en esta ley. El tipo subjetivo doloso exige que el sujeto activo deba actuar con el objetivo de destinar los precursores y sustancias químicas esenciales a la preparación de drogas para el tráfico ilícito; resultando posible asimismo, su comisión imprudente, desconociendo el autor el destino de los precursores por negligencia inexcusable.

De esta forma, el delito de desvío de precursores se describe y sanciona en el artículo 2° de la Ley Nº 20.000, de acuerdo al siguiente tenor:

> "La producción, fabricación, elaboración, distribución, transporte, comercialización, importación, exportación, posesión o tenencia de precursores o de sustancias químicas esenciales, con el objetivo de destinarlos a la preparación de drogas estupefacientes o sustancias sicotrópicas para perpetrar, dentro o fuera del país, alguno de los hechos considerados como delitos en esta ley, será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.
>
> Si alguna de las conductas descritas en el inciso anterior se hubiere realizado sin conocer el destino de los precursores o de las sustancias químicas esenciales por negligencia inexcusable, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a medio"10.

El comportamiento consiste en hipótesis alternativas tales como producción, fabricación, transporte, distribución, comercialización, posesión, etcétera.

El cuanto al aspecto subjetivo, se trata de un delito de intención y además, de resultado cortado, porque el tipo exige una finalidad o motivo, que va más allá de la realización del hecho típico, y que el sujeto no precisa alcanzar para la consumación del delito. En efecto, se exige que el sujeto activo deba actuar con el objetivo de destinar los precursores y sustancias químicas esenciales a la preparación de drogas para el tráfico ilícito; resultando posible asimismo, su comisión imprudente, desconociendo el autor el destino de los precursores por negligencia inexcusable.

Ahora bien, este tipo legal (inciso 1°, Art. 2° Ley N° 20.000) no requiere que el sujeto activo actúe únicamente con dolo directo como sucedía en la antecesora Ley de drogas Nº 19.366. En efecto, con la dictación de la Ley N° 20.000 el legislador amplió las posibilidades de imputación subjetiva del delito, admitiéndose cualquier clase de dolo e incluso un tipo imprudente, en la medida que ahora se sanciona el desconocimiento originado en una negligencia inexcusable por parte del autor de la utilización ilícita de dichos precursores.

10 Con la dictación de la Ley N° 20.000 se incluyó la posesión o tenencia de precursores químicos, y un tipo penal imprudente, respecto de las conductas previstas en el inciso primero del artículo 2°, con una pena de presidio menor, en sus grados, mínimo a medio.

Respecto del objeto material, se ha considerado a esta norma como una ley penal en blanco que se complementaría, a través del Reglamento contenido en el Decreto N° 1.358/2007, cuyo artículo 2° establece un listado de sesenta y cinco sustancias catalogadas como precursores y sustancias químicas esenciales, tales como acetona, amoníaco, ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, permanganato de potasio, seudoefedrina y tolueno, por nombrar algunas de las más conocidas.

Esta figura presenta una diferencia importante con el delito de tráfico de drogas no sólo en cuanto a la forma en que pone peligro del bien jurídico protegido, sino que también en cuanto al objeto material. Ello, porque a diferencia del delito de tráfico de drogas, aquí no se trata de una sustancia estupefaciente o sicotrópica ilícita, en la medida que el objeto material del delito de desvío de precursores está constituido por una sustancia de naturaleza lícita que posee variados usos en la industria química, farmacéutica e inclusive en el ámbito doméstico.

3. Tráfico Ilícito de Drogas

Tal como ocurrió con el delito de elaboración ilegal de drogas, la figura de tráfico tiene su origen en los art. 313 y 314 –redacción original– del Código Penal.

Hoy, la figura básica se contiene en el artículo 3° de la Ley N° 20.000, y, con la dictación de esta ley se incorpora en el artículo 4°, una figura penal privilegiada, que contiene en su estructura típica una cláusula regulativa[11] en el objeto material, cual es: "(…) pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas (…)". Por lo tanto, el dotar de contenido a la expresión pequeña cantidad, quedó entregado a los jueces de la instancia[12].

Este elemento cuantitativo presente en la estructura típica del artículo 4° y ausente en el artículo 3° constituye un elemento de juicio a considerar al momento de determinar si estamos ante uno u otro tráfico, junto a otras cir-

11 Henkel distingue principios normativos y regulativos. El principio normativo lo entiende como "(…) aquel que lleva en sí misma una medida de valor y una norma de juzgamiento, y por principio regulativo, una cláusula neutra, formal y desprovista de contenido, que no anticipa normas con que resolver el caso concreto y únicamente brinda al juez una directriz u orientación para que elabore él mismo la regla adecuada a ese caso…". HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad o Inexigibilidad como Principio Jurídico Regulativo.* Argentina, Buenos Aires, Editorial B de F, 2005, p. 19.

12 En este sentido las sentencias de la Excma. Corte Suprema: ROL N° 1990-05, de 26 de junio de 2005; ROL N° 2005-05, de 19 de julio de 2005; ROL N° 5853-05, de 4 de abril de 2006, y ROL N° 1509-07, de 2 de enero de 2007.

cunstancias de comisión del delito, y aún, servirá para descartar la causal de justificación contenida en el inciso final del artículo 4°: "consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo".

Así, la figura básica de tráfico se describe de la siguiente manera:

Art. 3°, Ley N°20.000: "Las penas establecidas en el artículo 1º se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias.

Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas".

Y la figura privilegiada de tráfico, es del siguiente tenor:

Art. 4°, Ley N°20.000: "El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro.

Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título".

Ambas normas contienen la expresión "cualquier título", por lo tanto, perfectamente podría estar dentro de las conductas de tráfico, por ejemplo la donación, y entendemos además que bajo este amplio concepto se excluye en consecuencia la necesidad de acreditar un elemento subjetivo especial como sería el ánimo de lucro.

El objeto material lo constituyen aquellas sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, "drogas duras

y blandas", respectivamente, cuyo listado taxativo se contiene en el Reglamento de la Ley de Drogas, Decreto N° 867 del año 2008.

Como un elemento negativo del tipo de tráfico, aparece, la ausencia de la autorización competente.

Finalmente indicaremos que el artículo contiene dos causales de justificación que podrían ser invocadas: Tratamiento médico y consumo personal.

III. Jurisprudencia reciente que reconoce la autonomía de las figuras penales de elaboración ilegal, tráfico ilícito de drogas y desvío de precursores químicos

1. Condena por los delitos de Elaboración Ilegal y Tráfico Ilícito de Drogas

En este acápite, daremos revista a la reciente sentencia condenatoria por los delitos de elaboración ilegal y tráfico ilícito de drogas, tipificados en los artículos 1° y 3° de la Ley N° 20.000, respectivamente, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes, y ratificada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso[13].

En el juicio, se logró probar más allá de toda duda razonable[14], la concurrencia de las hipótesis de tráfico, en su modalidad de transporte, posesión, porte y guarda; como asimismo la conducta de elaboración ilegal de drogas.

13 RUC 1400391817-4, RIT 64-2015, de fecha 24 de junio de 2016. ROL I.C.A. Valparaíso N° 1165, 16 de agosto de 2016. Otra condena interesante es la dictada bajo el RUC 0500602093-5, RIT 19-2007, de fecha 14 de abril de 2007. La sentencia sancionó a uno de los acusados (C.E.F.N.) por los delitos de tráfico de drogas del artículo 3° de la Ley N°20.000 y la figura de elaboración ilegal del inciso final del artículo 1° de la misma ley: "tenencia de elementos destinados a la elaboración de drogas". Véase también RUC 0510007329-5, RIT124-2006, de fecha 17 de julio de 2007. El tribunal al dar aplicación a la norma de la reiteración (se reconocieron dos desvíos) en relación al concepto doctrinario de delito de emprendimiento, arguye al tráfico como una empresa en que varias personas ejecutan acciones que se engloban en una sola actividad ilícita, pero estimando que se trata de un concepto marco, entendiendo al narcotráfico como actividad de una criminalidad organizada y aspirándose por lo tanto, a la punición de todos los actos del ciclo de la droga. Considerando decimoctavo.

14 Considerando octavo: "**Hecho acreditado**. *Desde el* año 2013 aproximadamente, se seguía investigación en conjunto con autoridades argentinas relativas a determinadas personas que se dedicaban permanentemente al ingreso de droga al país a través del Paso Fronterizo Los Libertadores y otros lugares. Por la investigación en la cual se solicitaron y autorizaron tanto en Chile como Argentina diversas técnicas especiales de investigación de las contempladas en la Ley 20.000, entre ellas designaciones de agente encubierto y entregas controladas, se estableció que uno de los proveedores de la droga en Argentina era el ciudadano P.A., ex policía condenado en Chile por tráfico de drogas que una vez obtenida su libertad, continuó ejerciendo dicha actividad.

En lo medular, se trató de la importación, transporte y posesión de grandes cantidades de marihuana prensada ingresada desde Argentina hacia Chile, por el Paso Fronterizo Los Libertadores. Luego, a propósito de la consumación de este delito, se logra el hallazgo de un laboratorio artesanal, incautándose al efecto 60 kilos 756 gramos brutos de cocaína base, 90 kilos 774 gramos de cocaína clorhidrato, 29 kilos 660 gramos de bicarbonato de sodio, 3 kilos 042 gramos de cafeína y 1 bidón de 10 litros de ácido sulfúrico, sustancias utilizadas para la elaboración, fabricación, transformación, y pre-

Posteriormente, en días previos al 21 de abril de 2014 y con las técnicas autorizadas, ingresa la droga al país, cuyo transporte y recepción se coordina para la fecha antes dicha en horas de la mañana. Por tal motivo se monta un dispositivo especial de vigilancia sobre los investigados, estableciéndose que desde Santiago viajan a Los Andes a retirar la droga en 3 vehículos, un Subaru PPU xxx, un Peugeot PPU xxx y una camioneta Nissan PPU xxx, donde se movilizaban parte de los imputados que tras realizar las coordinaciones necesarias y chequeos de seguridad correspondiente, ingresan a un Restaurant ubicado en las cercanías del casino Enjoy. Se logró verificar que el Subaru era conducido por F.M.V., luego ingresa el Peugeot conducido por A.M. y tripulado por V.M.M. y R.V., para posteriormente ingresar al lugar la camioneta Nissan conducida por L.D. y tripulada por J.R.. Es en ese lugar, que estas personas toman contacto con la droga, la cual reciben, siendo guardada la sustancia en el portamaletas del automóvil Subaru conducido por F.M. para posteriormente salir los vehículos en dirección a la comuna de Los Andes, instantes en que son controlados por la policía, incautándose en el vehículo Subaru, 8 cajas contenedoras de marihuana prensada paraguaya, la cual estaba dispuesta en 169 paquetes, con un peso neto de 134 kilos 391 gramos de marihuana prensada paraguaya, deteniéndose de esta forma a los importadores, transportadores, portadores y poseedores de esta droga, A.A.M.G., F.A.M.V., V.A.M.M., R.E.V.Y., L.A.D.M. y J.A.R.P..

Enseguida, en igual fecha, la policía debidamente autorizada al efecto, ingresa a los domicilios ubicados en calle xxx, donde se detiene a A.C.G.Q., ya que en la casa que ella utilizaba como lugar de residencia se incautan 90,68 gramos netos de marihuana elaborada. En la misma propiedad pero en casas distintas, se incautaron 11 kilos, 80 gramos brutos de cocaína base, 135 gramos de cocaína clorhidrato; una pistola marca CZ, serie XB1554, calibre 9 milímetros con 2 cargadores y 42 cartuchos del mismo calibre; además de 8 cartuchos de escopeta calibre 12 y 8 cartuchos de escopeta calibre 16, que poseía en su domicilio el acusado A.M.G.; además de dinero y otras especies vinculadas al tráfico de drogas.

De igual forma se ingresa al inmueble ubicado en xxx, lugar de residencia de F.A.M.V. donde se encuentra en una bodega 59 contenedores de cocaína base, 3 sacos contenedores de 85 paquetes contenedores de cocaína clorhidrato; además de 5 paquetes rectangulares de cocaína, una bolsa con fragmentos de cocaína en forma rocosa; además se incautó una serie de insumos, precursores y sustancias químicas esenciales para la elaboración de droga. En definitiva lo allí incautado fueron 60 kilos 756 gramos brutos de cocaína base, 90 kilos 774 gramos de cocaína clorhidrato, 29 kilos 660 gramos de bicarbonato de sodio, 3 kilos 042 gramos de cafeína y 1 bidón de 10 litros de ácido sulfúrico, sustancias utilizadas para la elaboración, fabricación, transformación, y preparación de droga pasando de la fase base a la fase clorhidrato de la cocaína, además de aumentar la misma con las sustancias ya señaladas, acciones todas que efectuaba F.M.V., ayudado por terceras personas, en el laboratorio montado en el inmueble antes descrito que le servía de residencia a él y su familia".

> paración de droga pasando de la fase base a la fase clorhidrato de la cocaína, además de aumentar la misma con las sustancias ya señaladas.
>
> Corresponde ahora hacernos cargo de lo razonado por el TJOP a propósito de la independencia de las figuras penales en estudio a la luz de la concepción dogmática delito de emprendimiento, que atribuye parte de la doctrina como ya lo señalamos, al delito de tráfico.
>
> En el considerando noveno expresa lo siguiente: "(…) los acusados mencionados ejercieron acciones destinadas a traficar la droga, que conforme a la ley, posibilita su punibilidad al tratarse de un delito de emprendimiento en que las diversas acciones ejecutadas se presume están siempre destinadas al mismo fin, el tráfico o transacción de la droga propiamente tal (…)"

A su turno, agrega, al fundar la conducta de elaboración: " (…) En este caso, la ley no otorga un tratamiento especial o privilegiado al tratamiento de esta conducta que pudiere calificarse como preparatoria, especialmente punible. Ello porque supone siempre la adquisición previa y la posesión de materias primas o las sustancias que se elaboran, fabrican, transforman o preparan, hecho en sí constitutivo de tráfico, entendido como actividad criminal destinada a poner a disposición de consumidores finales tales sustancias. Así, lo cierto e innegable es que la ley contempla un ilícito diverso, independiente y especial, atendida su específica descripción en un articulado distinto de la figura base del artículo 3.

Su énfasis dice relación con la mayor eficiencia que esta modalidad implica en la consecución de su finalidad, dado que su fiscalización se hace aún más ardua para las autoridades administrativas y policiales porque con una mínima cantidad de materia prima que se ingrese o importe de una nación productora en forma subrepticia, puede llevar a que el producto se multiplique varias veces tornando en incontrolable su difusión y subsiguiente resultado lesivo para la salud de la nación. Así se presenta como especialmente importante lograr un efecto preventivo general a través de esta técnica legislativa.

Al igual que la figura típica de tráfico del artículo 3 igualmente tiene la calidad de delito de emprendimiento que no significa otra cosa que la imposibilidad de condenar sucesivamente a una misma persona por cada acción que se ejerza de las descritas en cada una de las descripciones típicas, sino que por la ocurrencia de una sola de ellas, llámese, elaboración, fabricación o preparación (…)".

Como podemos observar el Tribunal distingue claramente las figuras penales de tráfico y elaboración, haciendo énfasis en el mayor disvalor que puede significar la elaboración ilegal que permite una mayor eficiencia a la hora de evaluar la capacidad de difusión incontrolada de la sustancia ilícita que se pueda preparar, transformar, adulterar, etcétera.

Se trata de delitos independientes, con verbos rectores y modalidades comisivas diversas, y que atendida la peligrosidad que encierra la conducta desplegada, el legislador optó por tipificar en forma autónoma cada una de ellas.

Finalmente, el imputado de iniciales F.A.M.V., fue sancionado por elaboración y tráfico de drogas. Respecto a la determinación judicial de la pena, el Tribunal estima más beneficioso la aplicación de la regla de reiteración de delitos de la misma especie del artículo 351 del Código Procesal Penal, respecto de la regla concursal de acumulación de penas, contenida en el artículo 74 del Código Penal, por lo que impone la pena de 15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo.

Por su parte, la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo de un recurso de nulidad interpuesto por la Defensa del referido imputado, por la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en el cual sostiene que las conductas de elaboración y tráfico deben ser castigadas con una única pena, por infracción al artículo 3° de la Ley de Drogas, por constituir parte de un único emprendimiento esto es el tráfico de drogas, ratifica la condena impuesta, argumentando al rechazar el respectivo recurso, la existencia de conductas delictivas que satisfacen íntegramente cada una de las exigencias legales para configurar un delito autónomo. Asimismo, resulta, de suyo interesante, el análisis que realiza en torno al delito de tráfico de drogas como delito de emprendimiento en orden a que esta construcción doctrinaria no puede significar que todos los actos que se realicen y que se encuadren dentro de los tipos penales de la Ley 20.000 deban ser calificados como un solo hecho, por tratarse de un delito de emprendimiento. De esta forma, la Iltma. Corte expresó:

Considerando décimo cuarto: "(…) la sola circunstancia que una persona decida dedicarse al tráfico de drogas, no puede significar que todos los actos que realice al efecto, y que se encuentren tipificados en la Ley N°20.000, sin límite alguno, deban ser calificados como un solo hecho, por tratarse de un delito de emprendimiento. Lo anterior llevaría al absurdo que una vez condenado un sujeto por el delito previsto en el artículo 3° de la Ley N°20.000, nunca más se le podría sancionar por traficar, aunque repitiera la conducta de vender droga, por estar ésta cubierta por la unidad subjetiva del autor y, por ello, indisolublemente enlazada con su conducta anterior ya sancionada, dando lugar a una especie de derecho penal de autor, pero esta vez favorable al delincuente. Lo mismo podría decirse del privado de libertad con motivo de una investigación por tráfico de drogas que se dedique a vender sustancias estupefacientes a sus compañeros de celda, quedando esta última conducta vinculada indisolublemente a la primera, por su sola voluntad de traficar. Lo anterior pone en evidencia que para que actos ilícitos diversos, puedan ser considerados como un delito de emprendimiento y ser sancionados como una unidad, deben relacionarse fácticamente, más allá de la mera afinidad de dolo,

lo que hace necesario su revisión caso a caso. Es por esto que la Excelentísima Corte Suprema a manera de ejemplo, en los antecedentes 10.162-2010, sanciona a una misma persona como autora de dos delitos de micro tráfico, descartando la presencia de un delito de emprendimiento, porque sus acciones se encuentran desvinculadas, fueron descubiertas en días distintos, con diversos involucrados y constituyen cada una de ellas un particular atentado al bien jurídico protegido".

2. Condena por los delitos de Desvío de precursores químicos y Tráfico Ilícito de Drogas

Otra sentencia actual que merece nuestra atención, es la condena por los delitos de desvío de precursores químicos y tráfico ilícito de drogas, tipificados en los artículos 2° y 3° de la Ley N° 20.000, respectivamente, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, y ratificada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta[15].

En el juicio se logró probar la concurrencia de las hipótesis de tráfico, en su modalidad de posesión; como asimismo la conducta de posesión y tenencia de precursores químicos[16].

Respecto del delito de tráfico, los acusados fueron sorprendidos poseyendo dieciocho paquetes enhuinchados contenedores de 19.016,67 gramos de cocaína base, sustancia que por sus características, cantidad, forma de ocultamiento y de transporte estaba destinada a su comercialización a terceros. Y en relación al delito de desvío de precursores químicos, se logró acreditar la posesión y tenencia por parte de los acusados de 40.000 mililitros de ácido clorhídrico y 10.000 gramos de hidróxido de sodio, dispuestos precisamente para tratar la cocaína base encontrada en poder de los mismos.

El TJOP desestima la tesis absolutoria de la Defensa la cual sostiene que el delito de tráfico es uno de emprendimiento por lo que debe entenderse el delito de desvío subsumido en el delito de tráfico.

Por mayoría, el Juzgador sostiene la autonomía e independencia del delito de desvío frente al tráfico; argumenta al respecto: "(…) si bien el delito de tráfico contemplado en el artículo 3 de la ley 20.000 es un delito de emprendimiento, no es menos cierto que nuestro legislador adoptó la decisión de sancionar en forma independiente o autónoma la conducta de tráfico de precursores y sustancias psicotrópicas, ya que dicha conducta se produce con posterioridad a la conducta de tráfico ilícito de estupefacientes, al menos en lo que se refiere

15 RUC 1400881881-K, RIT 150-2015, de fecha 28 de septiembre de 2015. ROL I.C.A. Antofagasta N° 303, 05 de noviembre de 2015.

16 Dada la extensión de los hechos acreditados, éstos no se serán transcritos (Considerando vigésimo cuarto).

a sus verbos rectores de posesión, transporte, guarda o porte consigo. Sólo una vez que se ha incurrido en dicha conducta, es posible con posterioridad poseer o tener precursores o sustancias químicas esenciales con la finalidad de destinarlos a la preparación de aquellas para su comercialización, en este caso para aumentar el volumen de la pasta base que se trafica o para transformar aquella en clorhidrato de cocaína (…)"[17]

Tal como ocurre con la sentencia comentada anteriormente, el Tribunal reconoce la independencia de las figuras penales de tráfico y desvío, haciendo énfasis en el mayor disvalor que puede significar el desvío de precursores, dado que la utilización de éstos para aumentar el volumen de la cocaína o transformarla del estado de base a clorhidrato constituye simplemente un mayor plus de injusto, un mayor peligro para la salud pública al aumentar la cantidad de la sustancia traficada, y con ello, el número de dosis y de consumidores finales potenciales a los que puede llegar esa sustancia[18].

Finalmente, 5 de los acusados fueron condenados por ambos delitos, tráfico ilícito de drogas y desvío de precursores químicos, aplicándose al efecto las reglas del concurso material o real contenida en el artículo 74 del Código Penal.

A su turno, la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, conociendo de un recurso de nulidad interpuesto por la Defensa de dos imputados (J.H.S. y J.D.B.), por la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal por cuanto existiría un concurso de leyes penales, en el que por el principio de consunción el delito de tráfico ilícito de estupefacientes "consume" al delito de tenencia de precursores, solicitando la aplicación de una pena única respecto de ambos condenados, confirma el castigo impuesto, argumentando al rechazar el respectivo recurso, jurisprudencia de la misma Corte que reconoce la autonomía de las figuras de tráfico y desvío, agregando que se trata de figuras de peligro abstracto, pues suponen un peligro, siendo suficiente por tanto la peligrosidad de la conducta[19]. De esta forma, la Iltma. Corte expresó:

Considerando octavo: "(…) es posible concluir que la sentencia en alzada no ha incurrido en el vicio denunciado al estimar la mayoría del Tribunal que si bien el delito de tráfico contemplado en el artículo 3 de la Ley N°20.000, es un delito de emprendimiento, debe ser sancionado en forma independiente o autónoma de la conducta de tráfico de precursores y sustancias sicotrópicas, pues dicha conducta es posterior al tráfico ilícito de estupefacientes, al menos en lo que se refiere a sus verbos rectores de posesión, transporte, guarda o porte consigo (…)"

17 Considerando vigésimo séptimo.

18 Considerando vigésimo séptimo.

19 En el mismo sentido: Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N°132, de 12 de julio de 2015 y Rol N°173, de 21 de julio de 2015.

IV. Conclusiones

Como corolario de lo ya expuesto, comentaremos a modo conclusivo nuestra postura final.

1. Los tipos penales de la Ley N° 20.000, "Elaboración Ilegal de Drogas", "Desvío de Precursores Químicos" y "Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas", constituyen figuras penales autónomas, cuya estructura típica presenta marcadas diferencias entre unas y otras, tales como los verbos rectores que la conforman, y constituyen un individual atentado contra el bien jurídico protegido "Salud Pública".

2. Carece de relevancia considerar al tráfico ilícito de drogas como un delito de emprendimiento, en el caso que converjan tipos penales diversos de la Ley N° 20.000, y se haya alcanzado el estándar probatorio suficiente para derribar cualquier duda razonable respecto de la concurrencia fáctica de otras figuras penales de esta ley.

3. Caso a caso el tribunal deberá determinar si estamos en presencia de una o varias figuras de la Ley 20.000, según sus diferencias fácticas, no obstante compartir autores, lugar, tiempo y objeto jurídico tutelado.

4. Los delitos de la Ley de Drogas distintos al tráfico ilícito como son, la elaboración ilegal y el desvío de precursores químicos, estimamos que no son actos preparatorios especialmente punibles, dado que aparecen descritos como figuras diversas, tanto en su faz objetiva como subjetiva; siendo improcedente por tanto considerar unidad jurídica de acción respecto al tráfico de drogas al alero de la construcción doctrinaria del delito de emprendimiento. A modo de ejemplo podemos señalar que, es perfectamente posible desviar insumos químicos en forma posterior al tráfico ilícito, tal como sucedió en la segunda sentencia condenatoria comentada, respecto de la cual la sustancia traficada se aumentaba con químicos sujetos a control y, a su vez, se transformaba al estado de clorhidrato (cocaína).

UNIDAD DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

EXTRADICIÓN PASIVA Y ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

Álvaro Hernández Ducos[1]

I. Introducción

La extradición es un procedimiento complejo que permite la entrega entre Estados de personas que son buscadas para ser juzgadas por los tribunales del país requirente o para cumplir condenas a penas privativas de libertad en sus propios establecimientos penales, constituyendo un mecanismo de cooperación internacional.

Subyace la idea que se trata de una persona específica que se encuentra en el territorio de un Estado diferente al del Estado cuyos tribunales pretenden juzgar u obligarlo a cumplir una condena penal. Y en ambos casos, se trata de obtener entonces una entrega forzosa.

Nuestra Corte Suprema, la ha definido como "*el acto mediante el cual el Estado en cuyo territorio se ha refugiado una persona, la entrega al Estado donde delinquió, para su juzgamiento o cumplimiento de la pena, en su caso, con el objeto de evitar la impunidad de los delitos y hacer efectivo el principio de auxilio mutuo que deben prestarse las naciones, para la consecución del señalado fin*"[2].

Históricamente las extradiciones surgieron como una forma de colaboración entre Estados para la entrega de personas sospechosas de haber cometido delitos políticos[3], pero ese objeto cambió radicalmente con el transcurso del tiempo y hoy en día se acepta únicamente sobre la base de delitos comunes, excluyéndose los delitos políticos, militares, religiosos y, en algunos países, también los delitos tributarios o fiscales.

En el mundo globalizado en que nos encontramos hoy en día y especialmente ante la existencia de una compleja trama de criminalidad internacional, la extradición aparece como una figura central para evitar la impunidad de los delitos por el solo hecho que los posibles autores de un hecho delictivo se trasladen o fuguen hacia otros países. En este sentido, se le asocia frecuentemente con las modalidades de asistencia legal o judicial mutua o recíproca en materia penal.

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

2 Corte Suprema, 25 de junio de 2012, Rol N° 2510-2012.

3 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición.* Nueva York, septiembre de 2012.

En el lenguaje de las extradiciones, se denomina "*Estado requirente*" a aquel que solicita la entrega, sea para juzgamiento o cumplimiento de condena; y "*Estado requerido*" (o de refugio) al del país en que materialmente se encuentra el individuo buscado. A este último se le denomina "*persona requerida*", sin perjuicio que se mencione también como inculpado, imputado, acusado, encartado, etc.

Atendiendo al impulso inicial para el comienzo de este procedimiento, se habla de "*Extradición Activa*" y "*Extradición Pasiva*". Será activa cuando el Estado A inicia el procedimiento legal nacional para requerir a un Estado B la entrega de una persona. Será pasiva cuando el Estado B recibe la petición o demanda de extradición de parte del Estado A y resuelve conforme a su propio derecho nacional si la acoge, total o parcialmente. En definitiva, las extradiciones activa y pasiva son dos caras de una misma moneda, en la que se requiere la entrega de una persona específica y que se desarrolla en dos países distintos, conforme a sus propias regulaciones.

Los procedimientos de extradición pueden contemplar una o dos fases, sin que sea obligatorio cumplir con ambas. La primera, que es de ejercicio eventual, se denomina "*solicitud de detención previa o preventiva con fines de extradición*"[4], la que en algunos países es suplida por una decisión administrativa denominada "notificación roja" y responde al sistema de cooperación de INTERPOL. La segunda, que es obligatoria, es propiamente el procedimiento formal de extradición. Ambas fases serán analizadas más adelante.

Por otra parte, existen diferencias entre los Estados en cuanto al **estándar probatorio exigido** para resolver acerca de la entrega de una persona requerida en extradición. Existen básicamente tres sistemas a nivel internacional[5]: el primero, que generalmente corresponde a los países de tradición jurídica continental, se denomina "***sin pruebas***" y en él basta con que el Estado requirente aporte una declaración sobre el delito, la pena aplicable, los hechos, la imputación a la persona requerida, la existencia de una orden de detención y otros antecedentes objetivos, limitándose el Estado requerido a verificar la existencia de esos antecedentes, en una suerte de *check-list*. Este sistema se encuentra presente en los países de la Unión Europea, especialmente con la aparición de la llamada "euro-orden"[6].

4 No confundir con la medida cautelar de prisión preventiva.

5 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición.* Nueva York, septiembre de 2012.

6 Mecanismo instituido en junio de 2002 por el Consejo de Europa en el Acuerdo Marco sobre Orden de Detención Europea y Procedimiento de Entrega, que establece un procedimiento judicial entre los países que integran la Unión Europea, para la detención y entrega de personas en plazos breves y con menores formalidades y exigencias que el proceso clásico de extradición (se elimina la exigencia de reciprocidad y en algunos casos incluso la doble incriminación).

El segundo sistema, llamado ***anglosajón***, es más cercano a los países de tradición del common law, y exige un estándar de causa probable, que consiste básicamente en que deben existir pruebas suficientes de imputación para sospechar que la persona buscada ha cometido el presunto delito (tratándose de la hipótesis de juzgamiento).

El tercer sistema, que no es más que una derivación del anterior, se denomina "***prima facie***", y exige presentar pruebas reales a las autoridades del Estado requerido para que se puedan formar una opinión sobre la seriedad de la imputación que se formula en contra de la persona requerida. El sistema de extradición pasiva chileno corresponde a esta modalidad, como será explicado latamente en este trabajo.

Sin embargo, no hay que perder de vista que los procedimientos de extradición no están destinados a pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de las personas requeridas, sino que a determinar si un Estado debe o no entregar forzosamente a un individuo requerido por el sistema de justicia de otro Estado. Entonces, el estándar probatorio a que se refieren los párrafos anteriores tiene que ver con la verificación o evaluación de los antecedentes aportados por el Estado requirente, en función de los requisitos establecidos en la legislación interna, los tratados internacionales y los principios de derecho internacional en la materia; y no sobre aspectos de fondo referidos a la culpabilidad de la persona o a circunstancias eximentes o modificatorias de responsabilidad penal.

II. Regulación general de las extradiciones

Fuentes internas

En nuestro sistema jurídico, la extradición está regulada en el Libro IV del Código Procesal Penal, como uno más de los procedimientos especiales, después del juicio simplificado, el procedimiento de acción penal privada, el juicio abreviado, el desafuero de ciertas autoridades y la querella de capítulos. El Título VI de este Libro IV se refiere a la Extradición como tal, para lo cual se divide en un Párrafo 1° (artículos 431 a 439) dedicada a la Extradición Activa y un Párrafo 2° (artículos 440 a 454) a la Extradición Pasiva.

El artículo 485 inciso segundo del Código Procesal Penal, establece que las normas anteriores tendrán aplicación respecto de solicitudes de extradición pasiva y detención previa que formulen los Estados extranjeros a partir del 16 de junio de 2005, respecto de hechos ocurridos en el extranjero con posterioridad a la entrada en vigencia de este Código en la Región Metropolitana de Santiago.

Entonces, al igual que las normas sobre entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal para la determinación del procedimiento aplicable, co-existirán dos procedimientos distintos de extradición: uno regido por el Código de Procedimiento Penal y otro regido por el Código Procesal Penal. En este artículo nos referiremos sólo a este último.

Así, por ejemplo, dos solicitudes de extradición relevantes de los últimos años fueron tramitadas conforme al procedimiento antiguo, por corresponder los hechos que se imputaban a fechas anteriores al 16 de junio de 2005: nos referimos a la extradición del ex – Presidente peruano Alberto Fujimori (2007), solicitada por la República de Perú por situaciones ocurridas durante su mandato, y a la del ex – juez argentino Otilio Romano (2013), por causas vinculadas a Derechos Humanos durante la última dictadura en ese país, solicitada por la República Argentina. Ambas extradiciones fueron concedidas por la Corte Suprema y en ellas no intervino el Ministerio Público.

Fuentes externas

El artículo 449 letra c) de nuestro Código Procesal Penal, establece que debe tratarse de delitos respecto de los cuales los tratados internacionales sobre la materia y, a falta de ellos, a los principios de derecho internacional, autoricen la extradición. Con esto, nuestra legislación interna reconoce plena validez a esas dos fuentes de derecho internacional.

Sobre el particular, es necesario observar que en los tratados más antiguos de extradición se establecía un listado de delitos que eran extraditables, quedando excluidos aquellos que no figuraban expresamente. Esta técnica, de *numerus clausus*, está en abandono, por cuanto no admite nuevas formas de criminalidad, aun cuando todavía continúan vigentes algunos respecto de Chile.

Así, por ejemplo, el tráfico ilícito de drogas no está contenido en el listado de los delitos extraditables contenido en el tratado entre Chile y los Estados Unidos de América[7] y tampoco en el tratado entre Chile y Colombia[8], pues se trata de un fenómeno delictual más moderno. En ambos casos, se puede invocar la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1988, en la que todos estos países son Estados parte.

Los tratados más modernos, en cambio, establecen que será extraditable cualquier delito, con tal que tenga asignada una penalidad determinada, en general, más de un año de privación de libertad, lo cual será explicado más

7 Suscrito el 17 de abril de 1900.

8 Suscrito el 16 de noviembre de 1914.

adelante. Los tratados multilaterales, por su parte, han establecido criterios aún más amplios, como que todos los ilícitos penales que contemplan son extraditables[9].

Existe una amplia regulación de la materia en el Derecho Internacional, básicamente a través de instrumentos internacionales específicos sobre extradición o en tratados que tienden a perseguir o a reprimir ciertas formas de criminalidad y que contienen normas referidas a extradición. Muchos de estos tratados son de carácter bilateral (obligan a dos Estados específicos) o multilateral (suscritos por más de dos Estados). Entre estos últimos, destacan aquellos suscritos al amparo de una organización internacional, como las Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos.

1. Tratados internacionales

Entre Chile y Perú existe un tratado específico sobre extradición, que fue suscrito en Lima el 5 de noviembre de 1932 y, que luego de ser ratificado por ambos países, fue publicado en el Diario Oficial de Chile el 27 de agosto de 1936. Con Bolivia también tenemos un tratado específico, que fue suscrito el 15 de diciembre de 1910 y que fue publicado en nuestro Diario Oficial el 26 de mayo de 1931.

Nuestro país además ha suscrito tratados bilaterales de extradición con los siguientes países: Ecuador, Uruguay, Brasil, Colombia, Paraguay, Venezuela, Nicaragua, Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos de América, España, Australia y Corea.

Con Argentina no existe un tratado bilateral específico de extradición, pero sí contamos con un instrumento multilateral denominado *Convención sobre Extradición*, que fue suscrito en Montevideo (República Oriental del Uruguay) el 26 de diciembre de 1933 y, que tras ser ratificado por los países firmantes, fue publicado en nuestro Diario Oficial el 19 de agosto de 1935. Este mismo tratado fue suscrito además por Honduras, Estados Unidos de América, El Salvador, República Dominicana, Haití, Venezuela, Uruguay, Paraguay, México, Panamá, Bolivia, Guatemala, Brasil, Ecuador, Nicaragua, Perú y Cuba.

Además del anterior, nuestro país es signatario de otros dos importantes instrumentos multilaterales específicos de extradición: el Código de Derecho Internacional Privado, también conocido como Código de Bustamante, y el Tratado de Extradición entre los Países del Mercosur, la República de Chile y la República de Bolivia.

9 La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1988, en su artículo 6, establece en forma muy precisa esta modalidad.

El primero de ellos fue suscrito en La Habana, Cuba, el 20 de febrero de 1928 y en su Libro IV, denominado Derecho Procesal Internacional, en el Título III llamado De la Extradición, existen normas específicas sobre esta materia. Este instrumento multilateral vincula a nuestro país con Perú, Uruguay, Panamá, Ecuador, México, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Bolivia, Venezuela, Colombia, Honduras, Costa Rica, Brasil, Argentina, Paraguay, Haití, República Dominicana, Estados Unidos de América y Cuba.

El otro, llamado comúnmente "del Mercosur", fue suscrito en Río de Janeiro, Brasil, el 10 de diciembre de 1998. Curiosamente, Argentina, que es uno de los Estados Parte del Mercosur (junto a Brasil, Paraguay y Uruguay), no ha ratificado este tratado, por contener normas que estiman que son contrarias a las de su derecho interno en la materia. Y por otro lado, se han incorporado países que no forman parte de esa entidad, como son Chile, Bolivia y Ecuador.

Pero además Chile ha suscrito diversos instrumentos internacionales que buscan reprimir ciertas actividades criminales en ámbitos específicos, y que contienen normas sobre los procedimientos de extradición entre los Estados Parte.

Entre ellos, podemos mencionar la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrita en Palermo, Italia, el 15 de noviembre de 2000 y que luego de ser ratificada por nuestro país fue publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2005. Asimismo, la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico de Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, adoptada el 20 de diciembre de 1988 y publicada en nuestro Diario Oficial el 20 de agosto de 1990; y la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en la Organización de Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 y ratificada por Chile el 22 de septiembre de 1998.

2. Principios generales de Derecho Internacional sobre extradiciones

Se encuentran recogidos en su gran mayoría por los diversos instrumentos internacionales bilaterales y multilaterales, como los anteriormente indicados, y en nuestro sistema jurídico suplen la falta o ausencia de tratados o convenciones en la materia.

De esta manera, **no es necesario ni imprescindible que exista un tratado de extradición** con otro país para que opere esta institución entre ambos, tanto en sus modalidades activa como pasiva. En los últimos años hemos tenido experiencias exitosas en ambos sentidos con países europeos, con los cuales no tenemos instrumentos internacionales de extradición, tales como la Federación Rusa, la República Federal de Alemania, el Reino de Dinamarca y la República Francesa.

Nuestra Corte Suprema ha establecido que dichos principios generales están contenidos en dos tratados multilaterales de extradición que han sido suscritos por nuestro país y que sirven de base jurídica para regular procesos de extradición pasivos con Estados con los cuales Chile no tiene ningún instrumento internacional sobre la materia[10]. No se trata que dichos instrumentos internacionales se hagan aplicables a Estados que no los han suscrito (como los mencionados en el párrafo anterior), sino que los principios contenidos en ellos se entienden de universal aplicación.

En concreto se trata de la Convención de Extradición de Montevideo, de 1933; y del Código de Derecho Internacional Privado, de La Habana, de 1928, a los cuales ya hemos hecho referencia.

Y los Principios Generales a los cuales se alude son básicamente los siguientes:

a) **Cumplimiento de requisitos formales**:

Siendo la extradición una institución que vincula a Estados, las comunicaciones que se hagan en relación con esta materia son de carácter formal y a través de conductos diplomáticos.

En el Derecho Internacional moderno, especialmente en los tratados internacionales multilaterales, se ha creado la figura de la Autoridad Central, que es la entidad nacional encargada de recibir oficialmente todas las comunicaciones de otros Estados, para darles cumplimiento o para transmitirlas a las autoridades competentes, conforme a su derecho interno. Y a su vez, para remitir todos los antecedentes y comunicaciones en respuesta a las anteriores.

En nuestro sistema jurídico nacional, es el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de su Dirección de Asuntos Jurídicos, quien oficia como Autoridad Central en todos los instrumentos internacionales suscritos por Chile en materia de extradición. Por tanto, todas las solicitudes de detención preventiva con fines de extradición, así como las demandas de extradición, se hacen hacia y desde este organismo, tanto respecto de las extradiciones activas como pasivas.

Generalmente las comunicaciones las hace la embajada o representación diplomática acreditada, quien formula la solicitud de detención preventiva y la demanda de extradición que le ha hecho llegar la autoridad nacional competente de su país, remitiendo una Nota Verbal dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado respectivo.

10 Corte Suprema, 9 de agosto de 2011, Rol N° 4282-2011; Corte Suprema, 9 de julio de 2012, Rol N° 8687-2011; Corte Suprema, 2 de mayo de 2016, Rol N° 37.531-2015.

Además de especificar el canal de comunicación, el Estado requirente debe cumplir con la entrega de una serie de antecedentes mínimos para que pueda iniciarse el procedimiento.

Para las solicitudes de detención previa o preventiva con fines de extradición, el Estado requirente debe acompañar necesariamente una orden de detención dictada en contra del individuo por parte de sus tribunales nacionales, junto a un ofrecimiento o compromiso de pedir formalmente la extradición dentro de un plazo determinado, que generalmente no puede exceder de sesenta días.

Para las solicitudes de extradición propiamente tales, se exige igualmente una orden de detención judicial emanada de los tribunales nacionales del Estado requirente y una individualización precisa de la persona requerida.

En cualquiera de los casos antes señalados, debe tratarse de un tribunal ordinario con competencia penal del Estado requirente, establecido con anticipación a la comisión de los hechos por los cuales se pide la extradición y no un tribunal ad-hoc o una entidad administrativa.

Tratándose de una extradición con fines de cumplimiento de una sentencia condenatoria, una copia auténtica de la sentencia ejecutoriada. Tratándose de una extradición para fines de juzgamiento, se exige una relación precisa del hecho imputado, una copia de las leyes penales aplicables (tipificación y pena), así como de las normas legales referidas a la prescripción de la acción penal o de la pena.

b) Cooperación internacional o auxilio mutuo[11]

La extradición, lo hemos dicho, es ante todo un mecanismo de cooperación internacional entre Estados, con el objeto de evitar la impunidad de los delitos. En efecto, al tener la generalidad de los Estados una base territorial en la cual rigen sus leyes penales y procesales penales, en principio no pueden detener ni trasladar forzosamente las personas buscadas por sus propios sistemas judiciales y que se encuentran por cualquier causa en el territorio de otro Estado.

Así, los Estados se obligan a entregar personas que son buscadas para ser juzgadas por su posible participación en delitos específicos o para cumplir efectivamente penas privativas de libertad por delitos en los que fueron ya condenados. Y la detención y entrega que se hace en estos casos se hace sobre la base del respeto y el reconocimiento a las sentencias judiciales dictadas en un país extranjero, sin entrar a evaluar ni menos a revisar o modificar sus contenidos.

11 Corte Suprema, 3 de julio de 2012, Rol N° 2081-2012; Corte Suprema, 25 de julio de 2016, Rol N° 28.599-2016.

Una consecuencia de este principio, es que el Estado requerido puede resolver soberanamente si acoge o deniega el pedido de extradición, pero si está dispuesto a aceptar la demanda de extradición, no puede determinar si la persona requerida para juzgamiento es de antemano culpable o inocente, o si se le deben o no aplicar causales eximentes o modificatorias de responsabilidad penal, pues esa será labor de los tribunales del Estado requirente. En el caso de las extradiciones para cumplimiento de sentencias penales, tampoco puede pretender recalificar el delito o el grado de participación que le cupo al extraditable, o determinar si le corresponden beneficios alternativos o carcelarios.

La única limitación a lo anterior proviene de la aplicación de los principios internacionales sobre Derechos Humanos, que plantean exigencias en torno a la forma de juzgamiento, a la prohibición sobre la aplicación de tortura y de ciertas penas[12] [13] [14].

c) Reciprocidad[15]

Constituye un principio básico de actuación en todo orden de materias entre Estados y ciertamente también tiene efectos en materia de extradición, en particular respecto de países que no han suscrito un tratado internacional en la materia o que no forman parte de un instrumento internacional multilateral que lo contemple.

La reciprocidad se refiere tanto a situaciones que puedan haber ocurrido en el pasado como a las promesas u ofrecimientos que se hagan formalmente a futuro.

Sin embargo la ausencia de reciprocidad en materia de extradición no constituye un obstáculo insalvable para situaciones actuales o futuras, y deberá ser ponderada caso a caso, particularmente cuando existan promesas de entrega mutua entre los Estados requirentes y requeridos.

12 La Convención de Extradición de Montevideo, de 1933, en su artículo XVII, letra c), impone al Estado requirente no aplicar la pena de muerte al extraditado.

13 El Tratado Interamericano de Extradición, adoptado por la OEA en 1981, en su artículo 9°, establece que *"los Estados Parte no deberán conceder la extradición cuando se trate de un delito sancionado por el Estado requirente con la pena de muerte, con la privación de libertad por vida o por penas infamantes"*, a menos que existan garantías que esas penas no serán ejecutadas.

14 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Manual de asistencia judicial recíproca y extradición. Nueva York, septiembre de 2012.

15 Corte Suprema, 2 de agosto de 2012, Rol N° 5276-2012.

d) Doble incriminación[16]

El principio de doble incriminación exige que los hechos por los cuales se solicita la extradición sean punibles en ambos Estados. Es decir, ambas legislaciones deben tener tipificada la conducta. Y lo que importa es que el contenido o el núcleo de esos hechos descritos sea equivalente.

No tiene ninguna importancia el nombre que se le dé al delito en cada país, ni las circunstancias accesorias. Tampoco tiene relevancia la penalidad asignada, que puede ser muy distinta en un país o en otro.

En concreto, lo que configura la doble incriminación son los hechos imputados y no las calificaciones jurídicas de la legislación penal de cada Estado.

Así, por ejemplo, el artículo 361 del Código Penal chileno establece el delito de violación, que es equivalente al del artículo 119 del Código Penal argentino, que recibe el nombre de abuso sexual con penetración, y al revisar el contenido de estos tipos penales nos encontramos con que son prácticamente iguales, más allá de su denominación.

e) Mínima gravedad[17]

El principio de mínima gravedad determina que la pena asignada al delito deba ser de al menos una cierta entidad.

Tratándose de **extradición para juzgamiento**, la mayor parte de los tratados de extradición exige que la pena sea de un año o más de privación de libertad. Así, a título de ejemplo, el tratado de extradición de Montevideo, de 1933, exige una pena mínima de un año de privación de libertad; el tratado de extradición y asistencia judicial en materia penal entre la República de Chile y el Reino de España señala que los hechos deben ser sancionados con una pena privativa de libertad cuya duración máxima no sea inferior a un año; el tratado de extradición del Mercosur, establece una pena privativa de libertad superior a dos años.

Al igual que en el caso de la doble incriminación, no tiene importancia el nombre que la legislación de cada país le asigne a la pena. Así, podrá llamarse prisión, cárcel, reclusión, confinamiento, presidio o cualquier otro término equivalente. Lo único importante es que la naturaleza de la pena sea la privación total de libertad en un establecimiento penitenciario.

Las demás penas asignadas al tipo penal no tienen relevancia, sea que fueren complementarias o accesorias: multas, inhabilitaciones, prohibiciones, etc.

16 Corte Suprema, 21 de septiembre de 2007, Rol N° 3744-2007; Corte Suprema, 24 de agosto de 2016, Rol N° 30.972-2016.

17 Corte Suprema, 12 de agosto de 2016, Rol N° 20.060-2016.

Sin embargo, no cumple con la exigencia de gravedad la pena privativa de libertad que sea alternativa a otras penas o sanciones. Así, por ejemplo, una pena de dos años de prisión **o** multa, no reúne la gravedad necesaria.

La pena debe ser siempre considerada en abstracto para efectos de extradición, lo cual se desprende de la naturaleza de antejuicio del procedimiento de extradición. Y debe estar considerada dentro del marco de la pena asignada al delito. En este sentido, una pena de seis meses a cinco años de privación de libertad cumple con el principio de mínima gravedad.

En efecto, dependerá del juego de las circunstancias modificatorias por parte del tribunal del Estado requirente que en definitiva juzgue al extraditable conforme a su propio derecho interno, quien resolverá la pena efectiva a aplicar. En este sentido, al anticipo o pronóstico de la pena que efectivamente se llegará a aplicar por el Estado requirente no tiene ninguna relevancia: basta con que se trate de una pena privativa de libertad en abstracto superior a un año.

Tampoco tiene relevancia alguna la existencia de mecanismos legales de cumplimiento alternativo de penas que pudieren existir en el Estado requirente como en el Estado requerido, tales como la remisión condicional, la suspensión de la pena, la reclusión nocturna, la libertad vigilada u otras modalidades de ejecución.

Tratándose de una **extradición para cumplimiento de condena**, en general se exige que el tiempo efectivo que reste por cumplir sea de al menos seis meses de privación de libertad.

f) Delitos comunes

La extradición es un mecanismo de cooperación para entregarse entre Estados a personas que deban ser juzgadas o cumplir condenas por delitos comunes, sin importar que los tipos penales estén contenidos en códigos penales, en leyes penales específicas o se trate de normas penales contenidas en otros cuerpos legales.

El derecho extradicional moderno rechaza por completo la posibilidad de entrega tratándose de delitos políticos, militares o religiosos. Sin embargo, los atentados contra la vida de un Jefe de Estado o Gobierno no se reputan delitos políticos para ningún efecto y son por ende extraditables[18].

18 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición.* Nueva York, septiembre de 2012.

g) Persecución penal vigente

Los delitos que se imputan deben ser actualmente perseguibles por los tribunales del Estado requirente.

En este sentido, no procede la extradición respecto de delitos o personas que hayan sido amnistiados, indultados, o sobreseídos definitivamente.

En extradiciones para juzgamiento, la acción penal debe encontrarse vigente y no estar prescrita. En extradiciones para cumplimiento de condena, la pena no debe estar prescrita.

Por esta razón es que se exige como requisito formal al momento de presentar una demanda de extradición que se acompañe una copia de los textos legales del Estado requirente con las normas sobre prescripción de las acciones penales y de las penas.

h) Principio de especialidad[19]

El principio de especialidad es una consecuencia del otorgamiento de un acto soberano por parte del Estado requerido, mediante el cual autoriza la entrega de un individuo al Estado requirente para su juzgamiento por hechos específicos o para el cumplimiento de una pena específica.

Constituye ciertamente una limitación al ejercicio de la soberanía del Estado requirente, en el sentido que no podrá juzgar a la persona entregada más que por los hechos específicamente contenidos en la demanda de extradición y no le podrá aplicar otra condena que la específicamente invocada al pedir la extradición.

En este sentido, el sujeto extraditado goza de una cierta inmunidad de jurisdicción respecto de otros hechos penales que pudieran imputársele por parte del Estado requirente.

Este principio explica en parte la existencia de un mecanismo denominado "extradición simplificada o voluntaria", mediante el cual un sujeto requerido en extradición consiente en ser entregado, pues de alguna manera obtendrá inmunidad respecto de otras persecuciones penales de las que podría ser sujeto pasivo en el Estado requirente.

Sin embargo, siempre será posible que el Estado requirente solicite la "***ampliación de una extradición***", para hacerla extensible a otros hechos acaecidos en fecha anterior a la del pedido original de extradición, para lo cual deberá tramitarla como si se tratara de un nuevo pedido, conforme a las mismas reglas y principios.

19 Corte Suprema, 14 de septiembre de 2011, Rol N° 6334-2011.

En este caso, nos encontramos en la situación que una persona ya fue extraditada desde el Estado A al Estado B. Y el Estado B quiere juzgar a la persona entregada por delitos diversos a aquellos por los cuales el Estado A otorgó la extradición. Pues bien, en esta situación la persona requerida goza de inmunidad frente a las nuevas pretensiones penales de las autoridades del Estado B. La única forma en que el Derecho Internacional permite que el Estado B pueda entonces juzgar a la persona que ya fue extraditada y que se encuentra en su propio territorio, será solicitando del Estado A una ampliación de extradición. Y sólo en la medida que el Estado A consienta en esa "ampliación", total o parcial, el Estado requirente entonces podrá juzgar o aplicar pena por los nuevos hechos. Constituye un verdadero requisito de procesabilidad.

En definitiva, este principio demuestra que la extradición implica que un Estado "*pide permiso a otro*" para ejercer jurisdicción respecto de un individuo determinado que ya se encuentra en su territorio. Y que ese "permiso" está acotado o limitado a la petición concreta y a lo que en definitiva se concede.

III. Etapas del procedimiento de extradición

Como se adelantó en el capítulo introductorio, pueden existir dos etapas o fases en un proceso de extradición pasiva: la solicitud de detención previa o preventiva con fines de extradición y la solicitud formal de extradición.

La **solicitud de detención previa o preventiva con fines de extradición** es de ejercicio eventual y corresponde a una petición de carácter urgente que formula el sistema judicial de un Estado en orden a que se detenga o prive de libertad a una persona que se sabe de alguna manera que está en el territorio del Estado requerido, respecto de la cual se pedirá posteriormente y de manera formal su extradición. Sus formalidades son mínimas, suele venir en forma de una Nota Verbal que emite una embajada del Estado requirente acreditada en el Estado requerido de no más de dos o tres páginas, en el cual se hacen las menciones mínimas que establecen los tratados de extradición, a saber que exista una orden de detención formulada por un tribunal competente en el Estado requirente, que se individualice a la persona requerida y que se contenga una breve relación de los hechos que se le imputan. Y junto a eso, una promesa u oferta en el sentido que el Estado requirente formalizará dentro de un corto plazo (no más allá de sesenta días corridos) un pedido formal de extradición.

En tratados de extradición antiguos incluso se menciona que esta solicitud puede ser transmitida por vía telegráfica, dando cuenta de la informalidad de la comunicación.

La etapa de "*detención previa con fines de extradición*" dura un tiempo determinado, contado desde que se comunica al Estado requirente que la persona ha sido detenida. Este plazo suele ser de sesenta días corridos o incluso de cua-

renta en algunos casos. Vencido el plazo, sin que se presente el pedido formal de extradición, se levantan todas las medidas cautelares existentes en contra de la persona requerida, quedando en libertad absoluta, pudiendo incluso abandonar el territorio nacional.

Si el pedido formal de extradición llega dentro de ese plazo, el procedimiento muta o se transforma a uno propiamente de extradición. Y si la persona ha estado sujeta a medidas cautelares, debe llevarse a cabo una audiencia de revisión de esas medidas, para adecuarlas al procedimiento correspondiente a esta nueva etapa.

Existe un mecanismo administrativo y no judicial, denominado "notificación o alerta roja"[20] [21], a través de INTERPOL. Para poder crear o "subir" una notificación roja, existe un protocolo al interior de este organismo internacional que fija un estándar mínimo de antecedentes que permitan crearla. Lo interesante de este mecanismo es que muchos Estados le asignan un rol equivalente a una solicitud de detención previa con fines de extradición y si la persona requerida es habida al interior de un país, al cruzar un paso fronterizo, al ser detenido por un control de identidad o al ser privado de libertad por cualquier motivo, se le detiene o se amplía el plazo de privación de libertad, en espera que el Estado requirente formule un pedido formal de extradición.

En nuestro país las notificaciones rojas no son auto-ejecutables, por disposición expresa de nuestra Constitución Política y de nuestro sistema jurídico, que exigen para la detención de una persona la existencia de una orden judicial expresa o de una situación de flagrancia. Una notificación roja es una orden de carácter administrativo y no judicial; y ciertamente no existe ninguna hipótesis posible de flagrancia cuando los hechos denunciados han sido cometidos en territorio extranjero.

En este sentido, cuando una persona sobre la cual pesa una notificación roja es detectada en nuestro país, se comunica de inmediato la situación al Estado requirente para que formule entonces un pedido de detención previa con fines de extradición, por conductos diplomáticos.

20 El Reglamento de INTERPOL sobre Tratamiento de Datos, en su artículo 82, establece que: *"Las notificaciones rojas se publicarán a petición de una Oficina Central Nacional o de una entidad internacional dotada de competencias en materia de investigación y enjuiciamiento penal para solicitar la localización de una persona buscada y su detención o limitación de desplazamientos con miras a su extradición, entrega o aplicación de otras medidas jurídicas similares".*

21 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición.* Nueva York, septiembre de 2012.

La **solicitud o demanda formal de extradición**, en cambio, está recubierta de mayores formalidades y exige un contenido muy superior. Al igual que el mecanismo antes descrito, debe hacerse llegar por conductos diplomáticos y suele remitirse por parte de una embajada extranjera acreditada en el Estado requirente a través de una Nota Verbal dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores.

Puede hacerse llegar después de una solicitud de detención previa o sin que exista primero esa petición.

IV. Naturaleza jurídica de la extradición pasiva en nuestro derecho

La extradición, como hemos señalado, es un acto de cooperación internacional entre Estados y, por ende un acto soberano.

Cuando observamos desde el punto de vista de una extradición activa, el ordenamiento jurídico interno establece una serie de requisitos y procedimientos que tienden a establecer la necesidad que el Estado exprese de una manera formal y generalmente rodeado de una serie de compromisos internacionales, frente a otros Estados, su deseo y voluntad que le sean entregadas personas individuales para ejercer sobre ellas actos de poder estatal, tales como el juzgamiento penal o el cumplimiento forzoso de una pena.

Y cuando nos posicionamos desde el punto de vista de una extradición pasiva, el Estado requerido que acepta la entrega de una persona, renuncia a servir de refugio y acepta que una jurisdicción extranjera se haga cargo de juzgar o hacer cumplir una condena.

La idea de ser un acto soberano tiene diversas expresiones, según el Estado que se trate. Así, en prácticamente todos los países las comunicaciones referidas a una extradición se cursan a través de conductos diplomáticos.

Hay Estados en que el procedimiento de extradición se desarrolla y resuelve únicamente en sede judicial, limitándose las autoridades del Poder Ejecutivo (generalmente el Ministerio de Relaciones Exteriores o su equivalente) a conducir y a traducir los antecedentes a los Estados requeridos. En otros, en cambio, existe un procedimiento mixto, en que las autoridades del Poder Ejecutivo tienen algún grado de participación en la decisión final.

En Chile, los procedimientos de extradición activa y pasiva son exclusivamente judiciales, asumiendo el Ministerio de Relaciones Exteriores y su red de embajadas a lo largo del mundo, un rol limitado a la comunicación formal de los documentos y decisiones, sin intervención alguna de parte del Poder Ejecutivo.

Pero por ejemplo en Perú, la extradición es considerada un acto de gobierno, en el cual el Comité de Ministros del Gobierno, previo informe favorable de la Corte Suprema, resuelve si la concede o no[22]. Y una vez aceptada, el acto aprobatorio debe ser publicado en el Monitor Peruano, que es el equivalente a nuestro Diario Oficial.

En Argentina, el Poder Ejecutivo también dispone de facultades para denegar una extradición que ha sido concedida por sus tribunales[23].

a) Antejuicio y estándar de acusación

En nuestro Derecho interno, la extradición pasiva ha sido definida como un "***antejuicio de mérito***", en el cual los tribunales no se pronuncian sobre la eventual culpabilidad o inocencia en los hechos que se le imputan a una persona específica, ni sobre la concurrencia de circunstancias eximentes o modificatorias de responsabilidad penal, ni sobre los mecanismos alternativos o beneficios de cumplimiento de condena. Su función radica únicamente en determinar si se cumplen o no los requisitos que establece nuestro sistema legal, los tratados internacionales suscritos por Chile en la materia o los principios generales de derecho internacional, en su defecto. Y resolver entonces sobre la entrega o no de la persona requerida para afrontar el sistema judicial del Estado requirente.

Existen numerosos fallos de nuestra Corte Suprema en este sentido y ya constituye un elemento pacífico dentro de nuestra jurisprudencia[24].

Pretender que los tribunales de un país debieran determinar la culpabilidad o inocencia de una persona en el marco de una extradición pasiva, significaría aceptar que una persona pudiera ser juzgada dos veces por los mismos hechos penales que se le imputan, primero en el Estado requerido y luego en el Estado requirente, lo cual sería contrario a los principios del Estado de Derecho.

---

22 La Constitución Política de la República de Perú (1993) establece lo siguiente: "*Artículo 37.- Extradición. La extradición sólo se concede por el Poder Ejecutivo previo informe de la Corte Suprema, en cumplimiento de la ley y de los tratados, y según el principio de reciprocidad*".

23 El artículo 36 de la Ley sobre Cooperación Internacional en Materia Penal (N° 24.767) de la República Argentina, establece que: "*Sin perjuicio de que el tribunal hubiese declarado procedente la extradición, el Poder Ejecutivo resolverá su denegatoria si las circunstancias en ese momento hicieran aplicables las causas previstas en los artículos 3° y 10, o cuando haga lugar a la opción del nacional en el caso previsto por el último párrafo del artículo 12. El Poder ejecutivo podrá delegar esta facultad en el ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto*".

24 Corte Suprema, 31 de marzo de 2011, Rol N° 716-2011; Corte Suprema, 30 de enero de 2012, Rol N° 9726-2012; Corte Suprema, 20 de noviembre de 2012, Rol N° 7959-2012; Corte Suprema, 21 de agosto de 2013, Rol N° 2700-2013; Corte Suprema, 25 de julio de 2016, Rol N° 28.599-2016.

Pero como lo señalábamos más arriba, nuestro país posee un procedimiento de extradición del grupo llamado "*prima facie*", en el cual es necesario que el Estado requirente ponga a disposición todos los antecedentes que permitan imputar a una persona su participación en la comisión de un delito, de manera seria y fundada, para que sean los tribunales nacionales competentes en la materia los que puedan apreciar y evaluar esa condición. En efecto, en el procedimiento nacional de extradición pasiva el estándar de aceptación o rechazo debe considerar el bagaje probatorio aportado por el Estado requirente, para establecer únicamente la concurrencia de los requisitos exigidos para cursar la extradición de la persona reclamada por el Estado requirente, ante cuyos tribunales, de acuerdo a las leyes de esa nación, habrá de desarrollarse el proceso penal propiamente tal.

Así, el artículo 449 letra c) del Código Procesal Penal, señala que se concederá la extradición cuando de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen. Esta norma nos obliga remitirnos inmediatamente a la contenida en el artículo 248 letra b) del mismo cuerpo legal, que establece que el fiscal del Ministerio Público que investiga hechos con caracteres de delito procederá a formular una acusación en tanto la misma arroje un fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado.

En definitiva, se hace un ejercicio hipotético que consiste en imaginar que si los hechos hubieran ocurrido en nuestro país, un fiscal del Ministerio Público pudiera estar en condiciones de cerrar su investigación y formular entonces acusación en contra del imputado sobre la base de los antecedentes de los que dispusiere.

Sin embargo, el texto legal es incluso menos exigente, puesto que lo plantea en términos extremadamente condicionales: "*pudiera presumirse que en Chile se deduciría*" En este sentido, no es ni siquiera necesario que materialmente nos encontremos en la situación en que efectivamente esté cerrada la investigación y menos que el fiscal ya haya presentado acusación.

Y esto es algo bastante importante en muchos casos, en los que el imputado se fuga o abandona el país en el que cometió los hechos punibles cuando recién existe una denuncia penal y no se ha podido todavía desarrollar una investigación completa.

Esta situación es particularmente relevante en países como Argentina, que representa un tercio del total de los pedidos de extradición formulados hacia nuestro país[25], en cuyo procedimiento penal es de vital importancia obtener una declaración del imputado para poder proceder a desarrollar la investiga-

25 Ver más abajo en VI Síntesis Estadística.

ción en su contra[26], tal como lo era la llamada "declaración indagatoria" en nuestro antiguo sistema de procedimiento penal. Si bien la Corte Suprema de Chile ha concedido extradiciones a ese país de personas que no han prestado aún declaración ante sus tribunales[27], en estos casos los antecedentes que se presentan para sostener un pedido de extradición generalmente no están completos.

La jurisprudencia de Corte Suprema ha resuelto en varias oportunidades que los antecedentes aportados por el Estado extranjero **deben ser graves y de consideración**, lo cual sin embargo no importa en caso alguno llegar a tener la plena convicción que se obtendrá una sentencia condenatoria en el juicio penal que posteriormente se verifique. El estándar se cumple cuando los antecedentes emanados de la investigación de un ilícito determinado vinculen directamente en la ocurrencia de los hechos a la persona imputada del delito. La imputación que formula el Estado requirente no supondrá jamás certeza de condena, pero sí la existencia de una imputación seria, fundada en los antecedentes de la carpeta de investigación que sea lo suficientemente importante para llevar a juicio al requerido[28].

Cabe destacar que el principal argumento que usa la defensa de las personas requeridas, tanto de parte de los abogados de la Defensoría Penal Pública como de abogados particulares, tanto en la audiencia misma de extradición como al momento de presentar recursos de apelación en contra de las sentencias de los Ministros Instructores que acogen la extradición solicitada, es precisamente la insuficiencia de seriedad o gravedad de los antecedentes presentados por los Estados requirentes.

b) Procedimiento especial

Como lo señalamos en el capítulo introductorio, la extradición pasiva está considerada como un procedimiento especial dentro del Código Procesal Penal y está regulada por los artículos 440 al 454, dentro del Párrafo 2º llamado precisamente "Extradición Pasiva", en el Título VI del Libro IV.

Este articulado se refiere en forma muy concisa a diversos elementos de este instituto, a saber: la procedencia de la extradición pasiva, sus modalidades

26 El artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación (Argentina) prescribe que: *"Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procederá a interrogarla: si estuviere detenida, inmediatamente, o a más tardar en el término de veinticuatro horas desde su detención".*

27 Corte Suprema, 19 de enero de 2012, Rol N° 12.561-2011. Corte Suprema, 9 de diciembre de 2011, Rol N° 8.829-2011.

28 Corte Suprema, 10 de enero de 2012, Rol N° 9.471-2012. Corte Suprema, 26 de marzo de 2012, Rol Nº 11.754-2011. Corte Suprema, 26 de junio de 2012, Rol N° 4.039-2012. Corte Suprema, 3 de julio de 2012, Rol N° 2.081-2012.

para enjuiciamiento y aplicación de condena, la designación de un tribunal de primera instancia y la citación a audiencia de extradición, las medidas cautelares personales, el mecanismo de detención previa (no confundir con la prisión preventiva), la representación legal a través del Ministerio Público o el otorgamiento de patrocinio y poder a un abogado particular, el ofrecimiento y producción de pruebas, la declaración del imputado, la modificación, revocación o sustitución de medidas cautelares, la audiencia de extradición pasiva y su ritualidad, el fallo de extradición, el régimen de recursos, los efectos de la sentencia que concede la extradición y la que la deniega, el desistimiento del Estado requirente y el procedimiento de extradición pasiva simplificada.

A su vez, reconoce expresamente las normas contenidas en tratados internacionales suscritos por Chile y, en forma supletoria, los principios generales del derecho internacional en la materia.

La Corte Suprema ha determinado que **el procedimiento de extradición pasiva es un procedimiento especial que no constituye un juicio oral y no puede regirse, ni siquiera en forma supletoria, por las normas que el mismo Código Procesal Penal establece para ese procedimiento ordinario**. Así, la Sala Penal de la Corte Suprema anuló un fallo que denegaba la extradición de una persona requerida por la República de Colombia, señalando básicamente lo siguiente[29]:

"*TERCERO: Que durante la vista de la causa y su estudio posterior, este tribunal de alzada logró convicción respecto a la existencia de un error procesal básico y que, a su juicio, debe remediarse en forma previa al análisis y solución del asunto controvertido. Tal error consistió, en lo sustancial, en aplicar a esta extradición pasiva el procedimiento propio de un juicio oral, en circunstancias que el código respectivo contiene uno especial, el que ni siquiera contempla la aplicación supletoria de aquél en caso de existir algún vacío normativo, como ocurre en otras situaciones procesales, todo ello en atención a la naturaleza jurídica de la extradición y sobre la cual existen ya variados pronunciamientos jurisdiccionales.*

CUARTO: Que, en efecto, esta Excma. Corte Suprema ha calificado expresamente como "ante-juicio" el procedimiento de extradición, distinción que no es inoficiosa, toda vez que en los "juicios orales" la actividad de los intervinientes y, en especial, la del juzgador, se encamina a determinar la inocencia o culpabilidad del requerido. En cambio, en los ante-juicios (desafueros, extradiciones pasivas, entre otros), que también son procedimientos, sólo se determina la concurrencia de ciertos requisitos previstos por el legislador, por lo que la naturaleza jurídica del procedimiento que interesa responde en esencia a un acto estatal de cooperación penal internacional, y en ningún caso, a un proceso para lograr el juzgamiento de una persona. Lo anterior conlleva una consecuencia lógica, cual es de la que ningún requerido puede ser

29 Corte Suprema, 31 de marzo de 2011, Rol N° 716-11.

juzgado dos veces por los mismos hechos, y es por ello que si el procedimiento de extradición pasiva es tramitado y calificado como un juicio oral de extradición -destinado a establecer inocencia o culpabilidad- se llegarían a producir, en el evento de ser extraditado el requerido, dos enjuiciamientos sobre la base de los mismos hechos: uno, en el Estado requerido (Chile), y otro, en el Estado requirente (Colombia), cuando se materialice la entrega, lo que resulta inaceptable.

OCTAVO: Que la gestión de solicitud de extradición pasiva no constituye propiamente un juicio, pues no persigue acreditar la existencia del delito y determinar la persona del delincuente para imponerle una pena o absolverlo, sino que consiste en un mero procedimiento destinado a establecer la concurrencia de los requisitos que la hacen procedente, cuales son los expresados anteriormente en lo relativo al sujeto extraditable, al delito y la naturaleza y extensión de la sanción aplicable (SCS, 21.06.2010, Rol N° 1858-2010).

NOVENO: Que, al respecto, en la Comisión de la Cámara de Diputados se dijo: "No es función de la Corte, ni del ministerio público, hacer un juicio de culpabilidad completo de la persona antes de conceder extradición. La extradición es una especie de juicio de mérito: determina si tiene o no tiene fundamento la petición de extradición para que el otro tribunal lo juzgue. No tiene sentido acreditar si es culpable o inocente".

UNDÉCIMO: Que el Libro IV del Código Procesal Penal, al regular los procedimientos especiales, en donde se incluyen, entre otros, el simplificado, el de acción penal privada, el abreviado y la extradición, sólo autorizó a que en tres de ellos se pudieran utilizar, de manera supletoria, las normas del Libro II del Código Procesal Penal.

DÉCIMO QUINTO: Que esta Corte ha dicho, además, que el procedimiento de extradición no es un "juicio oral", y tampoco una audiencia (la del art. 448) donde pueda "prepararse" el juicio oral que se desarrollará en el país requirente, pues en él no se ejerce labor de juzgamiento alguna, sino que es más bien un "ante-juicio de mérito".

c) Tribunales competentes

La regulación sobre la materia es bastante particular: actuará como tribunal unipersonal de primera instancia un ministro de la Corte Suprema, al que se le asigna el nombre de Ministro Instructor. Para estos efectos, la Corte Suprema ha establecido un turno entre todos sus ministros, pudiendo asumir un proceso de esta naturaleza cualquiera de ellos.

En caso de ausencia o impedimento para una actuación específica, lo subroga legalmente otro ministro de la misma Corte Suprema.

Y actúa como tribunal de segunda instancia, tanto para la apelación de medidas cautelares como para conocer de un recurso de apelación o de nulidad en contra de una sentencia, la Sala Penal del Máximo Tribunal.

En el procedimiento penal antiguo, actuaba como tribunal de primera instancia el Presidente de la Corte Suprema.

V. Rol del Ministerio Público en extradiciones pasivas

El rol del Ministerio Público en el procedimiento de extradición pasiva difiere casi completamente del general y habitual que existe respecto de los hechos con caracteres de delito que se conocen en el país.

En efecto, por mandato constitucional y por lo establecido en su Ley Orgánica Constitucional, las funciones distintivas de esta institución consisten básicamente en investigar en forma exclusiva los hechos, ejercer la acción penal pública y otorgar protección a las víctimas y a los testigos. Y los llamados a ejercer dichas funciones son básicamente los fiscales asignados a esas causas.

Tratándose de los procesos de extradición pasiva, las actuaciones y roles son radicalmente diferentes, conforme a lo previsto por nuestro Código Procesal Penal.

Esto se explica, en primer lugar, porque los hechos que se invocan en una demanda de extradición han sido llevados a cabo en el territorio de otro país. Luego, porque la investigación de ellos y la imputación a personas determinadas ha sido desarrollada por los órganos de justicia penal de esos países[30]. Y por último, por cuanto la naturaleza del procedimiento de extradición, según lo explicamos en el párrafo anterior, es la de un antejuicio y no la de un juicio tendiente a determinar la inocencia o culpabilidad de una persona.

Trataremos de explicar, entonces, las acciones y funciones que desarrolla el Ministerio Público en el marco de un proceso de extradición pasiva.

a) Impulso inicial

Como hemos señalado, la existencia de un procedimiento de extradición supone que un individuo buscado por un Estado se encuentra en territorio de otro. Entonces, es necesario primero localizar y determinar la presencia de una persona en un país, cuando no ha sido habido en el que se desarrollaron los hechos.

30 Se usa esta expresión por cuanto en algunos países la investigación penal está a cargo de la policía, en otros de la fiscalía y en algunos casos por jueces de instrucción.

Usualmente esa búsqueda se hace por canales policiales, especialmente a través de la Organización Internacional de Policía Criminal, llamada INTERPOL, que tiene oficinas en casi todos los países del mundo. En nuestro país, INTERPOL es una unidad operativa de la Policía de Investigaciones de Chile.[31]

Pero muchas veces la localización de una persona buscada en otro país se hace a través del mecanismo de asistencia legal mutua o recíproca, cuya entidad de ejecución en Chile es precisamente el Ministerio Público, para la generalidad de los tratados internacionales en la materia. Y cuando ello ocurre, es precisamente esta institución, a través de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional (en adelante, UCIEX), la que informa a los órganos competentes de los Estados extranjeros de la presencia en nuestro país de una persona buscada para juzgamiento o para cumplimiento de condena, así como de las modalidades y características de nuestro sistema de extradición pasiva.

En otras oportunidades, lo que se requiere es la realización de otro tipo de diligencias de investigación a través del sistema de asistencia legal mutua, tales como la toma de declaración como indagatoria, a veces con presencia de fiscales o agentes de policía extranjeros, pero que en definitiva entrañan la idea de iniciar posteriormente un proceso de extradición. Y en todos estos casos, usualmente la sugerencia que formula UCIEX es más bien iniciar una extradición o un procedimiento de detención previa y no alertar con una diligencia de investigación normal al imputado sobre el inicio de una investigación en su contra en otro país.

Entonces, el Ministerio Público, a través de UCIEX, cumple un rol de asesoría técnica en el impulso para que un sistema de justicia extranjero inicie un mecanismo de detención previa con fines de extradición o derechamente una demanda de extradición.

b) Función de representación

El Código Procesal Penal establece lo siguiente:

"*Artículo 443.- Representación del Estado requirente.*

El ministerio público representará el interés del Estado requirente en el procedimiento de extradición pasiva, lo que no obstará al cumplimiento de lo dispuesto en su ley orgánica constitucional.

31 No confundir con Policía Internacional, que es otra unidad que también depende de Policía de Investigaciones de Chile.

En cualquier momento, antes de la audiencia a que se refiere el artículo 448, el Estado requirente podrá designar a otro representante, caso en el cual cesará la intervención del ministerio público".

En nuestro sistema legal, entonces, el Ministerio Público asume la representación legal de los Estados extranjeros en la tramitación de un procedimiento de extradición pasiva.

La Comisión del Senado que analizaba el proyecto de Código Procesal Penal introdujo esta norma, que no se contemplaba ni en el Anteproyecto ni en el Mensaje, y que tampoco había sido discutida en la Cámara de Diputados. En el segundo informe de esta Comisión se consignó lo siguiente[32]:

"Nos hizo mucha fuerza a los integrantes de la Comisión los antecedentes que nos proporcionó el Ministerio de Relaciones Exteriores, en cuanto a las quejas que ha recibido de diversos Estados requirentes de extradiciones a nuestro país, en orden a que la legislación nacional no contempla el hecho de que sean representados en la tramitación por un órgano público, de manera que, si la importancia o complejidad del caso así lo exige, deban contratar los servicios profesionales de un abogado para que defienda, en circunstancias que, cuando es Chile quien les requiere una extradición, existe un organismo público que insta por ella ante las autoridades respectivas. Entendemos que hay un principio de reciprocidad que conviene respetar en este caso.

Consideramos, al respecto, que el órgano en quien debería recaer naturalmente esa misión es el ministerio público, porque guarda la relación más cercana con las finalidades constitucionales de este nuevo órgano de persecución penal. Haciéndonos cargo de las aprensiones del Sr. Fiscal Nacional (Sr. Piedrabuena), consagramos la representación legal del Estado requirente, con dos prevenciones: que ella no obstará el cumplimiento del principio de objetividad que establece su Ley Orgánica Constitucional, en cuanto debe investigar con igual celo lo favorable y lo desfavorable, y otra que cesa de inmediato su intervención si el Estado requirente designa otro representantes. Creemos que, de esta forma, se logra equilibrar los compromisos internacionales de Chile, los intereses del Estado requirente en la extradición y un principio medular que orienta la actuación del ministerio público".

"Respecto del papel que, de acuerdo a los tratados y prácticas internacionales, debería cumplir el ministerio público en la extradición pasiva, se señaló que en la práctica actual, son escasos los gobiernos extranjeros que designan un apoderado para que los represente en los juicios de extradición, ello sólo ocurre cuando el delito que motiva la solicitud es de una particular relevancia económica o política para el Estado requirente, por el alto costo que significa para dichos Estados la contratación de un abogado local.

32 LONDOÑO, Fernando, et al. *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias.* Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003, Tomo III, págs. 344-346.

Por otra parte, se indicó que el Código de Procedimiento Penal vigente contempla en la extradición pasiva la figura del 'encargado de las gestiones para la extradición' que puede ser un funcionario diplomático o consular, no necesariamente letrado, quien puede comparecer para ser oído y presentar pruebas. Sin embargo, las misiones diplomáticas tampoco recurren a esta representación con lo cual se ven impedidas de realizar cualquier gestión útil en el transcurso de la causa, lo que se traduce en un notable desbalance entre la defensa del interés del Estado requirente y la del imputado, en beneficio de éste.

Estos antecedentes la necesidad de adoptar una práctica de reciprocidad con otros Estados que asumen la representación de los intereses de la parte requirente, aconsejan asignar al ministerio público la calidad de representante del Estado requirente en la extradición pasiva.

Cuestionó el Sr. Fiscal Nacional (señor Piedrabuena) el que se designe al ministerio público como representante del Estado solicitante, porque a su juicio el ministerio público defiende los intereses del Estado y del sistema jurídico chileno, pero si ocurre que estima que no procede la extradición, no podría sustentarla.

A este respecto la Comisión fue partidaria de incorporar la norma en comento".

En efecto, según ha señalado el Ministerio de Relaciones Exteriores, la inmensa mayoría de los procesos de extradición pasiva en el sistema procesal penal antiguo eran rechazados, principalmente porque no existía un órgano de persecución penal público que se hiciera cargo de representar los intereses de los Estados extranjeros y que tendiera hacia su obtención.

Entonces, al ingresar un pedido de detención previa con fines de extradición o derechamente un pedido formal de extradición a la Corte Suprema, al asignársele rol de ingreso y designar a uno de sus integrantes como Ministro Instructor, el Fiscal Nacional del Ministerio Público presenta un escrito haciéndose parte del proceso y designando como abogados patrocinantes a los que integran la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones (UCIEX), y se establece como forma de comunicación los correos electrónicos institucionales de esos abogados.

Esta representación legal engloba el conjunto de acciones tendientes a lograr la extradición pasiva, asegurar la comparecencia de la persona requerida a los actos del procedimiento, la solicitud y modificación de medidas cautelares, la participación en todo tipo de audiencias judiciales ante los Ministros Instructores, la interposición de todo tipo de recursos procesales, la comparecencia a alegar ante la Sala Penal de la Corte Suprema, las coordinaciones necesarias para la obtención de pruebas en caso que se resuelva el juzgamiento del requerido en Chile y todo lo relacionado con los trámites de entrega material de la persona requerida a las autoridades extranjeras.

Incluye también la comunicación con las autoridades competentes del Estado requirente, tanto las de carácter judicial, policial y las del órgano de persecución penal en esos países. Y ciertamente también las comunicaciones con los representantes diplomáticos y consulares del Estado requirente acreditados en nuestro país y que se relacionen con el pedido de extradición.

Esta representación incluye también las comunicaciones con fiscales y funcionarios del Ministerio Público que pudieran verse concernidos con el proceso de extradición, así como con las policías, en particular con la Oficina Central Nacional de INTERPOL, especialmente cuando se está tratando de localizar a la persona requerida al inicio del procedimiento, así como cuando incumple medidas cautelares y no logra ser ubicada en territorio nacional.

Como se aprecia, esta representación es amplísima, pero tiene básicamente dos limitaciones. La primera, que analizaremos en el párrafo siguiente, es el respeto al principio de objetividad de las actuaciones del Ministerio Público. La segunda es de carácter interno y ha sido establecida en el Oficio FN Nº 658, de 5 de septiembre de 2014 del Fiscal Nacional, que prohíbe el desistimiento de la petición de extradición por parte de los funcionarios del Ministerio Público, a menos que exista una instrucción precisa y clara en ese sentido por parte de los órganos competentes del Estado requirente.

En cuanto a la posibilidad que el Estado requirente contrate un abogado en Chile para que represente sus intereses, según la norma antes indicada cesará de inmediato la representación del Ministerio Público. En otros países esto no es así. Por ejemplo, en Argentina, en un caso similar, seguirán actuando tanto el representante del Ministerio Público Fiscal como el apoderado particular[33].

No disponemos de información que dé cuenta si desde el inicio de vigencia del actual Código Procesal Penal, esta situación se haya producido en alguna oportunidad. En los casos en que tenemos registro, ha sido el Ministerio Público, a través de los abogados de UCIEX, quien ha representado a los Estados extranjeros en procesos de extradición pasiva.

En el sistema procesal antiguo, en algunos casos específicos los Estados requirentes contrataron abogados privados para sostener sus demandas de extradición ante la Corte Suprema. Por ejemplo, ocurrió con la solicitud de extradición que formuló la República de Perú en contra del ex - Presidente de ese país, Sr. Alberto Fujimori, ocasión en que el Estado requirente contrató los servicios profesionales del distinguido profesor y penalista chileno don Alfredo Etcheberry.

33 El artículo 25 de la Ley sobre Cooperación Internacional en Materia Penal (N° 24.767) de la República Argentina, establece que: "*El ministerio público fiscal representara en el trámite judicial el interés por la extradición.* ***Sin perjuicio de ello****, el Estado requirente podrá Intervenir como parte en el trámite judicial por medio de apoderados*".

c) Comparecencia en audiencias judiciales

La función de representación impone a los abogados de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional la comparecencia material en todas las audiencias judiciales que tengan que ver con el proceso de extradición, tanto ante el Ministro Instructor como ante la Sala Penal de la Corte Suprema.

Usualmente habrá una audiencia judicial al inicio de una solicitud de detención previa con fines de extradición y otra distinta al momento de formalizarse el pedido de extradición. Suele haber varias otras audiencias, en las cuales se discute sobre imposición o revisión de medidas cautelares. Y finalmente está la audiencia contemplada en el artículo 448 CPP, que constituye propiamente el juicio de extradición. Cualquiera sea el resultado, las partes pueden recurrir para ante la Sala Penal de la Corte Suprema y es deber concurrir a los alegatos correspondientes.

Al inicio de la audiencia judicial respectiva, el abogado del Ministerio Público debe individualizarse y expresar que viene en representación legal de los intereses del Estado requirente.

d) Principio de objetividad

Como se mencionó anteriormente, quizás la limitación más seria a la representación legal del Ministerio Público en los procesos de extradición pasiva, proviene del principio de objetividad que debe regir sus actuaciones y que se consagra en el artículo 3 de su ley orgánica constitucional, que señala expresamente:

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

Una consecuencia de esta norma es la que contiene el artículo 448 del Código Procesal Penal, que prescribe la forma de llevar a cabo la audiencia en que se debatirá sobre la extradición pasiva y que señala que el representante del Estado requirente dará al inicio una breve cuenta de los antecedentes en que se funda el pedido de extradición. Agrega que "*si fuere el ministerio público, hará saber también los hechos y circunstancias que obraren en beneficio del imputado*".

Este es sin duda el elemento que mayor dedicación y contactos con los sistemas jurídicos extranjeros y con los representantes diplomáticos de los Estados requirente se produce al interior de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones (UCIEX) de la Fiscalía Nacional.

En efecto, dado que nuestro país adscribe al sistema denominado "*prima facie*" y a la naturaleza jurídica de "antejuicio de mérito" que posee nuestro procedimiento de extradición pasiva, los abogados de UCIEX deben contactarse desde el inicio del procedimiento (incluso antes que se inicie formalmente) con los operadores de justicia penal extranjeros y con sus representantes diplomáticos acreditados en nuestro país, para requerir la remisión de los antecedentes necesarios para sostener en forma seria el pedido de extradición ante nuestra Corte Suprema, a saber: los informes periciales (tanatológicos, de medicina forense, balísticos, psicológicos o psiquiátricos, etc.), las declaraciones de las víctimas y testigos, las fijaciones fotográficas o las tomas de video del sitio del suceso o que permitan identificar al imputado, etc.

Como ya se ha señalado, la mayor parte de los países latinoamericanos y europeos occidentales, tienen sistemas de "tipo continental", en los cuales basta con una síntesis o una simple mención de los antecedentes de imputación para fundar el pedido formal de extradición. Más aún, algunos Estados requirentes sólo remiten como antecedentes una copia de las resoluciones judiciales dictadas en el proceso penal en sus países de origen, como una orden de detención, el auto de procesamiento, la declaración de reo contumaz o en rebeldía y otras semejantes, o simplemente informes policiales que resumen o hacen referencia a diligencias de investigación.

Pero como vimos anteriormente, nuestro sistema legal y la abundante jurisprudencia en la materia elaborada por nuestra Corte Suprema, exige poder contar con las pruebas o con los resultados propiamente tales de las diligencias de investigación, para poder evaluarlas y determinar entonces si son o no lo suficientemente serias y graves como para pensar que en Chile se deduciría o no acusación en contra de la persona requerida.

Existiendo plazos acotados entre el inicio del procedimiento y la fijación de la audiencia para debatir sobre el pedido de extradición (audiencia del artículo 448 CPP), esta labor se hace muy compleja y a contratiempo.

Siempre se les informa a los Estados requirentes sobre el estándar exigido por nuestro sistema jurídico y sobre la posibilidad de contratar un abogado particular, que no tendría las limitaciones que impone el principio de objetividad que pesa sobre los abogados del Ministerio Público. Pero como hemos señalado, esa alternativa es prácticamente inexistente en la realidad.

En este sentido, UCIEX ha asumido con mucha responsabilidad esta función de representación de los intereses de Estados extranjeros y los desafíos que emanan del principio de objetividad. Así, como se ha mencionado, se hace un importante esfuerzo en contactar a los operadores de justicia extranjeros y a sus representantes diplomáticos. Pero en contadas ocasiones, en las cuales las solicitudes de extradición no contienen los elementos mínimos que permitan sustentar los pedidos de extradición en forma seria, y bajo la cubierta

del principio de objetividad que regula nuestras actuaciones, los abogados de UCIEX han debido dar cuenta de la insuficiencia de los antecedentes aportados en audiencia ante los Ministros Instructores, lo cual ha conducido inequívocamente al rechazo o al archivo de los pedidos de extradición.

e) Facultad de investigar

Lo que constituye el rasgo quizás más distintivo de los fiscales, esto es, investigar los hechos con caracteres de delito y determinar la participación culpable en ellos de personas determinadas, no lo es en materia de extradición pasiva.

En el anteproyecto del código procesal penal se establecía un mecanismo similar al de los delitos cometidos en Chile, imponiendo a los fiscales el deber de investigar. En el artículo 503 original, se imponía la obligación de los fiscales de investigar para comprobar la identidad del imputado, establecer si el delito que se imputaba era de los que autorizaban los tratados internacionales o los principios del derecho internacional y acreditar si concurrían los requisitos para formalizar una instrucción.

Sin embargo, durante la discusión parlamentaria, se determinó una solución completamente opuesta, que quedó plasmada en el informe de la Comisión, que señaló que "*no era función de la Corte ni del ministerio público hacer un juicio de culpabilidad completo de la persona antes de conceder la extradición. La extradición es una especie de juicio de mérito: determina si tiene o no tiene fundamento la petición de extradición para que el otro tribunal lo juzgue. No tiene sentido acreditar si es culpable o inocente*"[34].

En el segundo informe, la Comisión fue más explícita:

"No estuvimos de acuerdo con el papel que el proyecto le asignaba al ministerio público de realizar una investigación referida a tres materias.

Estimamos que el proceso de extradición no puede estar ajeno al cambio sustancial que se introduce en este Código, en el sentido que no es propio de los tribunales investigar ni dirigir la investigación, sino conocer de una causa a la luz de las pruebas que le rindan las partes, y aplicar derecho en consecuencia.

Tal premisa dio lugar a un análisis de la Comisión acerca de si era preciso realizar labores de investigación, y en caso afirmativo, si debería tenerlas a su cargo el ministerio público.

Reparamos en que dos de los aspectos que deberían ser investigados de acuerdo al proyecto eran, por una parte, la identidad del imputado y, por otra, si el delito es de

34 LONDOÑO, Fernando, et al. *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias*. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003, Tomo III, págs. 347-350.

los que autorizan la extradición. Se confundía, entonces, una supuesta investigación con la necesidad de que se acrediten la concurrencia de esos hechos ante el tribunal, prueba que, por cierto, debe recaer en el Estado que solicita la extradición.

Un tercer aspecto a investigarse era más complejo, porque suponía pronunciarse previamente respecto de conservar el criterio de requerir pruebas sobre culpabilidad del imputado, o reemplazarlo por el otro sistema que reconoce el derecho comparado, en que basta acreditar el cumplimiento de las condiciones previstas en el tratado o la legislación interna, en un examen formal. Después de un largo debate, nos inclinamos por la idea que inspira el sistema vigente.

Pero, en todo caso, también respecto de esta circunstancia estamos en presencia de un aspecto que deberá ser acreditado ante el tribunal, de modo que conste entre los antecedentes. Si no se logra probar, deberá simplemente denegarse la extradición, sin que sea preciso efectuar investigación complementaria alguna. Por ello, en reemplazo de las normas que contemplaban una investigación por el ministerio público, incorporamos una disposición en virtud de la cual se prevé que el tribunal concederá la extradición 'si estima comprobada la existencia de las circunstancias ante dichas'

Respecto de la norma en comento, se indicó a la Comisión que la investigación que puede realizarse en Chile respecto de un delito cometido en el extranjero es mínima, ya que los antecedentes deben ser proporcionados por el Estado requirente".

Como hemos explicado en los párrafos anteriores, es esta severa restricción a la facultad de investigar lo que provoca que el Ministerio Público deba casi siempre contactarse con los operadores de justicia del Estado requirente y con sus representantes diplomáticos, para poder reunir un cúmulo de antecedentes que permita fundar de manera sólida, seria y grave un pedido de extradición.

En efecto, tratándose de hechos cometidos en el extranjero, lugar donde se encuentra gran parte sino todo el material probatorio, resulta ilusorio además de inconcebible que el Ministerio Público pueda desarrollar una investigación. Así, la investigación y prueba de la comisión del delito y de la participación culpable de los imputados y especialmente de la persona requerida, sólo puede provenir de los antecedentes que sirven de fundamento al pedido de extradición.

Pero existe un pequeño margen de maniobra para investigar situaciones que tienen que ver con hechos o situaciones acaecidas en Chile y cuya fuente legal proviene de la necesidad de cautela y del principio de objetividad.

Así, por una parte el Ministerio Público colabora con el Ministro Instructor en la localización de las personas requeridas, tanto al inicio del procedimiento, durante su desarrollo y al término del mismo, en caso de fuga o incumplimiento de medidas cautelares, sea impartiendo instrucciones directas a la policía (informes migratorios, registros de identidad, obtención de certificados sobre estado civil, etc.) o presentando solicitudes de diligencias que

por afectar garantías constitucionales requieren de autorización judicial previa, tales como allanamientos, interceptaciones telefónicas, órdenes de entrada y registro, etc.

Pero además requiere ante las autoridades competentes certificados de antecedentes penales pretéritos y órdenes de detención vigentes. Y en los casos que las personas requeridas se encuentren cumpliendo condenas en nuestro país, se solicita a los tribunales competentes la documentación pertinente sobre ellas, tanto las sentencias condenatorias como la certificación del tiempo de cumplimiento, etc.

En definitiva, las facultades de investigación del Ministerio Público en la materia son mínimas, se refieren únicamente a hechos acaecidos en Chile y que no guarden relación directa con las conductas delictuales y la participación por las cuales se solicita la extradición[35].

f) Órdenes de detención y medidas cautelares

Desde el mismo momento en que se inicia un proceso de detención previa con fines de extradición o derechamente un proceso de extradición formal, el Ministerio Público puede solicitar la detención de la persona requerida ante el Ministro Instructor, para que sea forzado a comparecer a una audiencia en que se debata sobre la aplicación de medidas cautelares. Y en cualquier momento del procedimiento, se puede debatir sobre la aplicación, modificación, sustitución o revocación de las medidas cautelares, tal cual lo establecen los artículos 446 y 447 del Código Procesal Penal.

Durante la fase de detención previa con fines de extradición, sólo debería aplicarse una medida de privación total de libertad en un recinto carcelario, como da a entender el nombre de esa institución. Sin embargo, por creación jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, se ha establecido que pueden aplicarse cualquiera de las medidas del artículo 155 CPP. Lo que sí, el estándar necesario para ello no es el del artículo 140 CPP, sino que uno mucho más bajo, en consonancia con los principios que inspiran este instituto.

En cambio, durante la fase de juicio de extradición propiamente tal, se ha entendido que existe una suerte de equivalencia funcional con la etapa de formalización en un juicio ordinario, por lo cual se aplica el estándar del artículo 140 CPP, pudiendo el Ministro Instructor aplicar prisión preventiva o cualquiera de las demás medidas cautelares previstas en el artículo 155 CPP.

Resulta particularmente relevante que a la persona requerida se le imponga, al menos, la medida de arraigo nacional, pues si abandona nuestro país deja de tener relevancia el procedimiento de extradición.

35 Corte Suprema, 26 de marzo de 2012, Rol N° 11.754-2012.

La imposición, denegación, sustitución o revocación de medidas cautelares puede ser apelada por parte del Ministerio Público o de la defensa de la persona requerida, para ante la Sala Penal de la Corte Suprema.

g) Recursos

Como se ha señalado, en contra de las decisiones del Ministro Instructor que concede, deniega, sustituye o revoca medidas cautelares, procede el recurso de apelación ordinario, tanto del representante del Estado requirente como de la defensa de la persona requerida.

Y la resolución final del Ministro Instructor que concede total o parcialmente la extradición o derechamente la deniega, también es recurrible por el representante del Estado requirente o por la defensa, según el caso. El artículo 450 CPP admite el recurso de apelación y también el recurso de nulidad, pudiendo interponerse ambos en un mismo escrito, uno en subsidio del otro, dentro del plazo previsto para el recurso de apelación.

El Ministerio Público, a través de los abogados de UCIEX, debe determinar si procede o no presentar un recurso ante una resolución desfavorable a los intereses que representa y, en todo caso, comparecer ante la Sala Penal de la Corte Suprema para alegar los recursos que se presentaren.

h) Criterios de actuación del Ministerio Público

El Fiscal Nacional, a través de su Oficio FN N° 658, de 5 de septiembre de 2014, impartió criterios generales de actuación del Ministerio Público, en actuaciones y diligencias de carácter internacional. En ese documento, en su Capítulo II se establecieron criterios de actuación en el procedimiento de extradición.

En lo que se refiere a la extradición pasiva, se señala básicamente que:

- La detención de las personas requeridas debe controlarse ante el Juzgado de Garantía respectivo, con presencia del fiscal de turno.
- Si se trata de detenidos extranjeros, se debe verificar que se le hayan informado su derecho de contactar al cónsul de su país.
- Si la Corte Suprema deniega la entrega de la persona requerida en función de su nacionalidad chilena, será la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte la que deberá investigar y llevar a juicio a los imputados, en virtud del principio *aut dedere, aut iudicare*.[36]

36 Máxima latina que puede traducirse como "entregar o juzgar". Este principio debe entenderse como la obligación alternativa del Estado requerido de entregar a una persona para que sea juzgado por los tribunales del Estado requirente o de no entregarlo y proceder en cambio a su juzgamiento por sus propios tribunales.

- Los abogados de UCIEX que concurran a las audiencias de extradición no pueden desistirse de los pedidos de extradición, a menos que exista una petición expresa en ese sentido formulado formalmente por el Estado requirente.
- Se instruye que los antecedentes fundantes del pedido de extradición no sean ofrecidos como prueba en caso alguno.
- Sólo podrán ofrecerse como pruebas las que emanen de las diligencias mínimas de investigación que desarrolle el Ministerio Público, en las cuales debe prevalecer el principio de objetividad.
- En caso que las víctimas de los delitos por los cuales se solicita la extradición se encuentren en Chile, se les deberá dar protección conforme a las normas generales sobre la materia.

VI. Síntesis estadística

A continuación se exponen algunos datos estadísticos de las extradiciones pasivas que han sido asumidas por el Ministerio Público en representación de los Estados requirentes[37]:

ESTADO	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Total
ALEMANIA				1	1		2
ARGENTINA	2	11	7	6	10	5	41
BÉLGICA		2	1	1			4
BOLIVIA			1	2			3
BRASIL					1	1	2
COLOMBIA	1		1		1		3
DINAMARCA	2	3					5
ECUADOR		1	1	1	1	2	6
ESPAÑA	1	2		3	2	1	9
ESTADOS UNIDOS	1	2		1	1		5
FRANCIA	2	1				1	4
HONDURAS				1	1		2
PERÚ		5	2	7	6	3	23
RUMANIA			1				1
SUECIA				1		1	2
TOTAL GENERAL	9	27	14	24	24	14	112

37 Datos extraídos del sistema informático de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones, Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile.

Las cifras anteriores incluyen algunos casos que ingresaron inicialmente al Ministerio Público, pero en los que posteriormente se tuvo que declarar incompetente, por corresponder a situaciones que, conforme a lo prescrito por el artículo 485, inciso segundo del Código Procesal Penal, correspondían a la regulación del Código de Procedimiento Penal. En concreto, se trata de una solicitud de Colombia, una de Perú, dos de Argentina, una de Brasil y dos de España.

Por otra parte, es interesante señalar que la inmensa mayoría de las solicitudes de extradición tienen por objeto el juzgamiento de las personas requeridas y sólo 17 han estado destinadas al cumplimiento de una condena penal.

En cuanto a los delitos por los cuales se ha solicitado extradición pasiva, los principales han sido los siguientes:

TIPO DE DELITO	N° CASOS
Homicidio	25
Tráfico de drogas	23
Robos	17
Delitos sexuales	14
Estafas	6
Otros delitos	27
TOTAL	112

UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

REVISIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA IMPROCEDENCIA DE LA FIGURA DEL DELITO CONTINUADO EN DELITOS SEXUALES

Maurizio Sovino Meléndez[1]

Introducción

La institución del delito continuado tiene su origen en la doctrina y jurisprudencia comparadas[2], sin que exista disposición alguna dentro del ordenamiento jurídico chileno que la consagre. Esto hace que su eventual aplicación sea dificultosa, tanto respecto a la construcción de sus elementos, como a su significado y efectos[3].

Dado lo anterior, no son pocos los autores que han estimado que esta construcción teórica no puede aplicarse en el país. Entre ellos se encuentra el profesor Eduardo Novoa, quien siempre fue enfático en señalar que "*no hay concepto penal más confuso y anárquico*" que el de delito continuado[4], principalmente por los desacuerdos en la doctrina respecto a su naturaleza y requisitos. Incluso el mismo Novoa indicó que del análisis jurisprudencial aparecía de manifiesto que, por regla general, no se reconocía la figura, por lo que no sería posible utilizar algunos fallos para apoyar su existencia en la práctica chilena[5]. Así, la aceptación del delito continuado implicaría "*introducir una cuña a la reserva de la ley penal*"[6].

Sin perjuicio de las opiniones de la doctrina y jurisprudencia en contra de la posibilidad de calificar como continuados la comisión reiterada de delitos que afecten a determinados bienes jurídicos, el tema sigue siendo objeto de debate. Esta problemática adquiere una mayor relevancia ante la presencia de

1 Abogado de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Cabe hacer presente que en general la doctrina le atribuye esta institución a los glosadores y prácticos italianos (especialmente a Farinaccio), quienes, por razones piadosas, la hicieron aplicable para evitar la pena de muerte ante la comisión de tres hurtos distintos (cfr. CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General.* 7ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 654 y NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General.* 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, Tomo II, p. 236).

3 Cfr. ARÉVALO CUNICH, Javier y ORTÍZ QUIROGA, Luis. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2013, págs. 321 - 322.

4 NOVOA MONREAL, ob. cit., p. 236.

5 Cfr. NOVOA MONREAL, ob. cit., p. 246.

6 ARÉVALO CUNICH y ORTÍZ QUIROGA, ob. cit., p. 331.

diversos hechos que afectan la libertad o indemnidad sexual de una persona, por sus especiales características y la lesión a bienes de índole personalísima.

Es por esto que se ha considerado procedente revisar algunos aspectos de esta figura doctrinaria, junto a los fundamentos por los que se estima su inaplicabilidad en delitos sexuales, a través de la revisión de fallos recientes de los Tribunales Superiores de Justicia[7]. Asimismo, se abordará el uso que se ha hecho de esta institución en casos de dificultad para la determinación precisa de las fechas en que se cometieron cada una de las conductas enjuiciadas.

Valoración conjunta, fraccionamiento necesario y bien jurídico afectado

El Código Penal establece en su artículo 74 que a cada acción (u omisión) delictiva le corresponde una pena, salvo cuando se señala una excepción (art. 75 del Código Penal o art. 351 del Código Procesal Penal). De esta manera, para el intérprete sólo existen dos alternativas frente a la comisión reiterada de un mismo tipo penal[8]: casos en los que cada conducta constituye un nuevo hecho delictuoso, estando en presencia de un *concurso real homogéneo*, lo que *"justifica la aplicación múltiple de la respectiva norma de sanción"*[9]; o aquellos para los que la pluralidad o repetición de los actos descritos es indiferente (por ejemplo la falsificación de una o más monedas –art. 162 del Código Penal–), siendo absorbidos como un conjunto por una sola norma penal.

A pesar de esto, y con el objeto de evitar una posible afectación al principio de proporcionalidad, es factible aplicar la institución del delito continuado ante la reiteración de un mismo tipo de hecho punible, desconociendo la aplicación de las reglas concursales como factor penológico, en el caso de que "*dos o más de sus instancias de realización puedan ser unificadas, en la forma –valga la redundancia– de una única realización ("compleja") del tipo en cuestión*"[10].

Esta vulneración a la proporcionalidad se debe a que, ante ciertos casos, es necesario asumir una valoración conjunta de las diferentes conductas para

7 En el presente artículo se incluyen –sin pretender ser un análisis jurisprudencial exhaustivo– extractos de sentencias dictadas en los últimos años por la Corte Suprema y distintas Cortes de Apelaciones, conociendo de recursos de nulidad y apelación.

8 Cfr. NOVOA MONREAL, ob. cit., p. 242.

9 MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. "La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena". En: *Política Criminal*, Vol. 10, Nº 20, Diciembre 2015, Art. 3, págs. 498 - 527, p. 501.

10 MAÑALICH RAFFO, ob. cit., p. 501.

"*una comprensión más acabada y precisa de lo ocurrido*"; es decir, existe una "*relación de interferencia (o insignificancia) respecto de los sucesos de base que lo conforman*"[11].

En este sentido, Enrique Cury, adoptando la teoría de la valoración unitaria del injusto, define el delito continuado como "*una pluralidad de acciones, cada una de las cuales satisface todas las características de un tipo legal, pero que han de ser valoradas conjuntamente, porque constituyen la violación, necesariamente fraccionada, de una misma norma de deber*". Así, las conductas deben encontrarse en un nexo de necesidad: no era posible la consumación sino en forma fraccionada. En el caso de que la consumación instantánea sea posible, pero el autor fracciona la conducta para no ser descubierto, no cabe apreciar un delito continuado, sino mera reiteración[12].

Alfredo Etcheberry también apunta al fraccionamiento al señalar que "*no hay más que una acción, cuyo aspecto interno (voluntad finalista) es único, y cuyo aspecto externo (proceso ejecutivo) se ha fraccionado por razones circunstanciales*"[13]. En el mismo sentido, López y Bertot definen el delito continuado como una "*unidad delictiva en sentido real u óntico de tal suerte que los distintos actos que en el orden formal lucen como infracciones independientes, en realidad carecen de sustancia típica autónoma y no son más que el reflejo de la ejecución fragmentada de una real y única resolución delictiva que conlleva a una simple intensificación cuantitativa del injusto*"[14].

De esta manera, para verificar la concurrencia de un delito continuado, cabe preguntarse "*si hipotéticamente la totalidad de lo ocurrido podría haberse logrado con un solo acto (o con varios, pero sin solución de continuidad, en un solo contexto de acción), en las circunstancias idealmente más favorables para el hechor*"[15]. Si esto no ocurre, hay que rechazar la concurrencia de la figura en el caso concreto.

Según lo expuesto, cobra vital importancia la caracterización del bien jurídico afectado, dado que es requisito que acepte una lesión fraccionada: lo que existe

11 MALDONADO FUENTES, Francisco. "Delito continuado y concurso de delitos". En: *Revista de Derecho (Valdivia),* vol. XXVIII, n° 2, diciembre 2015, págs. 193 - 226, págs. 219 - 222.

12 Cfr. CURY URZÚA, ob. cit., págs. 656 - 657.

13 ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal: Parte General.* 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, Tomo II, p.113. Como puede apreciarse, Etcheberry exige de manera principal la verificación de un elemento subjetivo: unidad de propósito o determinación.

14 LÓPEZ ROJAS, Dayan Gabriel y BERTOT YERO, María Caridad. "El delito continuado y la prohibición de persecución penal múltiple". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n° 3, págs. 725 - 751, p. 728.

15 ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ob. cit., p.112.

es una única lesión al bien jurídico protegido y no varias[16]. Es por esto que, según José Luis Guzmán, sólo cabe en tipos que describen "*ofensas graduales o fraccionables a bienes jurídicos, como en el hurto, la apropiación indebida, la estafa, las injurias, los daños, el peculado o, precisamente, el fraude a entes públicos*"[17].

Esto explica que el desarrollo de la teoría del delito continuado haya ido ligado de forma casi exclusiva a los delitos contra la propiedad. Los clásicos ejemplos del malversador que se apropia de a poco de las sumas que tiene a su cargo o del encargado de una tienda de vestuario que hurta un traje *una prenda a la vez*, son ilustrativos para la comprensión de la figura.

Por el contrario, esta figura no sería procedente en el caso de bienes jurídicos personalísimos, dado que –tal como señala Mario Garrido– "*hay numerosas acciones prohibidas con la finalidad de amparar bienes altamente personales, como la libertad sexual, la vida y otros; la acción dirigida a atacar bienes de esa clase, junto con satisfacer el tipo respectivo, lo colman, de manera que no puede haber delito doloso continuado de homicidio*"[18]. Guillermo Oliver y Luis Rodríguez-Collao, sin perjuicio de su opinión al respecto, remarcan que la doctrina siempre se ha manifestado contraria a la admisibilidad de esta institución en los delitos que atentan contra bienes jurídicos de carácter personalísimo, haciendo extensivo este planteamiento a los delitos sexuales[19] [20].

En particular, Cristián Aguilar estima que no es posible apreciar la concurrencia de un delito continuado ante la reiteración de conductas que lesionen la indemnidad o libertad sexuales, dado que son bienes jurídicos personalísimos, que se ven vulnerados con cada ataque de que son objeto. Por ende, en este caso falta un requisito básico "*consistente en la violación única, pero necesariamente fraccionada, de una misma norma de deber*"[21].

16 Cfr. MALDONADO FUENTES, ob. cit., p. 217 y 222.

17 GUZMÁN DALBORA, José Luis. "Sobre el delito continuado". En: CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2011.* Santiago, Chile, Defensoría Penal Pública, 2012, págs. 151 - 157, p. 155.

18 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal: Parte General.* 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, Tomo II, p. 340.

19 Cfr. OLIVER CALDERÓN, Guillermo y RODRÍGUEZ-COLLAO, Luis. "Aplicabilidad de la figura del delito continuado en los delitos sexuales. Comentario a un fallo". En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 16, n° 1, 2009, págs. 251 - 264, p. 257.

20 RODRÍGUEZ-COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales.* 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2015, págs. 357 - 358.

21 AGUILAR ARANELA, Cristián. *Delitos sexuales: tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2012, págs. 55 - 57. Otro argumento de este autor para postular el rechazo de la aplicación de la figura en este tipo de ilícitos es que implicaría un "*trato benévolo*" y "*una suerte de perdón estatal por todas las conductas punibles*

Esta interpretación ha sido sostenida en diversos fallos de Cortes de Apelaciones[22]:

Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de diciembre de 2013, Rol N° 2610-2013, RUC N° 100577980-K:

Considerando 2°: "(…) *En primer lugar cabe precisar que el delito continuado –que es una figura doctrinaria pero que la jurisprudencia ha adoptado en determinados casos– no tiene aplicación en los delitos por los que se ha condenado al acusado. Tanto el delito de abuso sexual como el delito de estupro son delitos simples, según la clasificación que distingue entre éstos y los delitos habituales y continuados, porque requieren de un hecho único para su perfeccionamiento, traduciéndose en un resultado singular (Cousiño).* (…) *el bien jurídico debe ser susceptible de este fraccionamiento que no obste a su unidad y, ello no se presta al caso de delitos en que cada lesión ha de mirarse como un resultado diferente –como en los delitos sexuales– porque es un bien inherente a la autodeterminación de las personas y ésta no puede ser violada de manera conveniente al dolo del agente*".

Corte de Apelaciones de Temuco, 5 de junio de 2013, Rol N° 351-2013, RUC N° 1210024493-2:

Considerando 6°: "(…) *se acepta que el delito continuado puede recaer en bienes jurídicos de contenido patrimonial, y por ende, es aplicable, entre otros, a los ilícitos de apropiación, a los de daños materiales y a aquellos que pueden lesionar la fe pública. Con todo se ha establecido, por el contrario, que no hay continuidad en aquellos casos en que se verifican infracciones a bienes jurídicos personalísimos* (…)".

que perpetren con posterioridad a la primera", lo que constituye una invitación a reiterar las conductas dado que, si sólo habrá de imponerse la pena por una sola de las acciones cometidas, el sujeto queda libre de volver a realizar el hecho mientras no sea condenado. Este resultado sería inaceptable debido a la mayor antijuridicidad material del actuar del autor en el caso de la comisión de conductas reiteradas en el tiempo.

22 Cabe destacar que esta posición también ha sido seguida por las Cortes Supremas de otros países latinoamericanos. Por ejemplo, la Corte Suprema de Colombia ha manifestado que en ningún caso puede observarse continuidad delictiva en vulneraciones a bienes jurídicos personalísimos, por "*mandatos de protección constitucionales*". Cualquier excepción en esta materia comportaría un tratamiento punitivo que desnaturaliza dichos bienes jurídicos, tal y como sucede frente a la libertad sexual. Esto traería consigo no respetar el orden de valoración e importancia político criminal que el ordenamiento les ha otorgado (cfr. POSADA MAYA, Ricardo. "El delito continuado". En: *Revista digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n° 3, 2022, págs. 71 - 126, p. 93). Por su parte, el máximo tribunal del Perú reguló la materia a través de un acuerdo plenario, indicando que no todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, "*sólo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva* (...). *No tiene cabida allí donde el injusto se agote necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados bienes personalísimos* (…)" (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Acuerdo Plenario n° 8-2009/cj-116. La prescripción de la acción penal en el art. 46°-A y art. 49° del CP.*, 13 de noviembre de 2009, considerando 7°).

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 11 de junio de 2012, Rol N° 558-2012, RUC N° 1000243580-8:

Considerando 3°: "(…) *acá se trata de un delito de abuso sexual infantil, que atenta contra el bien jurídico indemnidad sexual de un niño, tratándose de un delito formal o de mera actividad el cual se consuma al realizarse una acción sexual distinta del acceso carnal con el ofendido, por lo que el tipo penal se colma en cada oportunidad en que el sujeto activo, en distinto contexto situacional, incurre en una conducta de esa índole. De lo que se ha expuesto se sigue que dada la naturaleza del tipo penal en referencia, no cabe suponer que el autor se representara que su acción abusiva no era posible consumarla sino en forma fraccionada. Por tanto, las circunstancias invocadas por el recurrente como fundamento de su pretensión de nulidad, consistentes en que la pluralidad de conductas de carácter homogéneas se hubieran sucedido en el transcurso de varios años, respecto de la misma víctima, que todas las resoluciones delictivas obedecieran a circunstancias externas semejantes, por cuanto aquella vivía en el mismo domicilio del hechor por ser éste pareja de su madre, solamente dan cuenta que aquel tuvo la intención de vulnerar el tipo penal una y otra vez, mas no de realizar un solo delito fraccionado por necesidad*".

Corte de Apelaciones de Coyhaique, 5 de agosto de 2011, Rol N° 57-2011, RUC N° 1000551737-6:

Considerando 9°: "(…) *la doctrina ha entendido que existe delito continuado en situaciones de afectación de bienes jurídicos de carácter patrimonial pero no en aquellos que son de carácter personalísimo, como ocurre en el presente caso* [delitos de violación y abuso sexual agravado]".

Corte de Apelaciones de Arica, 26 de julio de 2011, Rol N° 144-2011, RUC N° 1000189961-4:

Considerando 10: "(…) *En el caso de los delitos de autos* [abusos sexuales y violaciones reiteradas], *el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, cuyo carácter es personalísimo, por lo que si ellos se consuman en diversos tiempos, deben considerarse en todos los casos como delitos reiterados, toda vez que el bien jurídico en referencia se vulnera con cada ataque del sujeto activo de los delitos, lo que se explica en los tipos penales de que se trata se satisfagan con cada conducta atentatoria en contra de los menores, no pudiendo en ningún caso, el bien jurídico de la autodeterminación sexual fraccionarse en diversos actos, no pudiendo considerarse como un único atentado a su libertad sexual, por lo que no cabe sino estimar las conductas del acusado como delitos reiterados y en consecuencia, tal como lo hizo el tribunal a quo, procedió a sancionarlos de la manera como lo hizo conforme al artículo 351 del Código Procesal Penal*".

Corte de Apelaciones de La Serena, 18 de marzo de 2011, Rol N° 29-2011, RUC N° 0700156576-6:

Considerando 5°: "*Que la argumentación dada por el recurrente acerca de que se está ante un "delito continuado", sin embargo, no tiene cabida en este caso por cuanto, según se aprecia claramente de los hechos narrados, el imputado con su conducta, o acción humana, lesionó bienes jurídicos de naturaleza personalísima* (…)".

Es posible encontrar opiniones en contrario, fundadas principalmente en razones piadosas, en los votos de minoría de algunas sentencias:

Corte de Apelaciones de Temuco, 1 de agosto de 2016, Rol N° 592-2016, RUC N° 1401093802-4. Voto de minoría del abogado integrante Marcelo Neculman Muñoz:

Considerando 9°: "(…) *el delito continuado nació como una reacción jurisprudencial y doctrinal para obtener una salida a las penas extremadamente desproporcionadas establecidas en la legislación, de manera que el fundamento de la institución no se vincula con la naturaleza del bien jurídico afectado, sino con la necesidad de evitar un trato desproporcionado para la persona que ha actuado en más de una oportunidad en contra del mismo bien jurídico*".

Corte de Apelaciones de Antofagasta, 19 de febrero de 2010, Rol N° 21-2010, RUC N° 0801003646-2. Voto de minoría del Ministro Oscar Clavería Guzmán:

Considerando 1°: "(…) [negar la aplicación del delito continuado por la naturaleza del bien jurídico afectado] *implica desde un punto de vista, violar el principio non bis in idem y desde el otro, hacer discriminaciones no reconocidas por el legislador, desde que tratándose de estos bienes jurídicos, el legislador ha sido más riguroso en la designación abstracta de la pena y por lo tanto, no tiene por qué tener además un régimen distinto en la teoría general del delito. Lo cierto es que al concurrir los presupuestos del delito continuado, no cabe sino humanizar la pena, actitud jurisprudencial que viene de la edad media, justamente por la sensibilidad racional que debe tenerse frente a una pluralidad de acciones, referidas al mismo delito con unidad de resolución*".

Otros criterios para la exclusión de la figura

Si bien la consideración respecto al bien jurídico afectado en los delitos sexuales ha sido recogida ampliamente por la jurisprudencia para efectos de estimar improcedente la continuidad delictiva en estos casos, existen tribunales que acuden a otras razones para excluir su aplicación. Dentro de estos criterios se encuentran:

1. Falta de consagración expresa

En concordancia con lo expresado al comienzo del presente artículo, es posible encontrar fallos de Cortes de Apelaciones que descartan de plano la procedencia de la continuidad delictiva, por la inexistencia de una norma que la consagre en el ordenamiento penal:

Corte de Apelaciones de Temuco, 1 de agosto de 2016, Rol N° 592-2016, RUC N° 1401093802-4:

Considerando 16: "(…) *hay que considerar como un primer elemento básico y determinante para decidir sobre su procedencia, la falta de reconocimiento positivo que presenta la figura del delito continuado en nuestro ordenamiento jurídico, pues su única fuente se encuentra en la doctrina y cierta jurisprudencia minoritaria.*

Partiendo de esta premisa resulta impropio construir sobre la base de una tesis jurídica, -como es la figura del delito continuado-, un caso de errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, superponiéndola una institución jurídica reconocida por el ordenamiento jurídico positivo, -como acontece con la figura del delito reiterado-, que los jueces no pueden obviar en el conocimiento y juzgamiento del ilícito que es materia de éste procedimiento, razón más que suficiente para rechazar ab inicio el recurso de nulidad, ya que no puede reprocharse la actuación de los jueces por haberse apartado de una hipótesis sin imperio, quedando destruida por ello la base del recurso".

Considerando 17: "(…) *Además si se aceptará* [sic] *que el delito continuado es una figura susceptible de hacerse extensiva a todo tipo de delitos, ello respondería sin duda a un supuesto antojadizo, no racional, ni democrático y que supone un intromisión en otro Poder del Estado, como lo es sostener "que la figura del delito continuado debe aceptarse por lo excesivamente alto de las penas" (del delito que se trate), afirmación que deja entrever el recurrente como uno de los fundamentos de su recurso y que no es posible recoger*".

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 24 de diciembre de 2013, Rol N° 162-2013, RUC N° 1200532721-9:

Considerando 2°: "*Que la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, exige que se precise la norma infringida para poder analizar su procedencia. El recurrente no lo ha determinado y ha reconocido que la figura del delito continuado no tiene asidero en nuestra legislación y su fuente se encuentra en la doctrina y por cierta jurisprudencia* (…)".

Corte de Apelaciones de San Miguel, 28 de mayo de 2012, Rol N° 575-2012, RUC N° 0900883527-3:

Considerando 7°: "*Que es dable señalar, que no obstante la antigua y actual discusión entre juristas, tratadistas, penalistas y una cautelosa y mínima jurisprudencia sobre la ficción que constituye calificar hechos punibles múltiples como continuados, ello no ha sido recogido por la ley penal*".

Considerando 8°: "*Que además, a juicio de estos sentenciadores, aparece arbitrario reunir en un solo hecho punible un conjunto de acciones típicas, en que cada una reúne los elementos exigidos por la ley para generar responsabilidad penal, solamente porque exista un designio previo único, puesto que tal propósito es ajeno a las normas que la regulan y por consiguiente resulta carente de justificación que un elemento extraño a dicha normativa pudiere modificarla introduciendo unidad donde los elementos objetivos y subjetivos claramente indican pluralidad* (…)".

Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de enero de 2012, Rol N° 625-2011, RUC N° 1000302626-K:

Considerando 3°: "*Que el delito continuado invocado por el abogado defensor no está establecido ni reglamentado de manera alguna en la legislación penal, y obedece a una creación doctrinaria y jurisprudencial, de manera que encontramos la primera valla que obsta a la aceptación de la causal de nulidad, ya que se fundamenta en un derecho creado por la doctrina y jurisprudencia y no en una disposición legal o reglamentaria, y lo que es peor, en un criterio no aceptado de modo unánime, y con la concurrencia de requisitos inamovibles que pudieren darle a través del tiempo cierta estabilidad jurídica, debiendo recordarse además que las fuentes provenientes de la doctrina y de la jurisprudencia no son vinculantes para el juez, y que en materia penal, el principio de legalidad rige sin contrapeso*".

2. Inexistencia de vínculo de conexión entre las conductas.

Si bien gran parte de la doctrina y jurisprudencia hace referencia a criterios objetivos para verificar o descartar la presencia de un delito continuado (como el fraccionamiento necesario para la ejecución), se ha exigido a su vez "*un factor aglutinante de índole subjetiva*"[23]. Tal como señalan Oliver y Rodríguez-Collao, para algunos este *vínculo de conexión* viene dado por un *propósito, designio o dolo único* del autor, el cual abarca todas las conductas parciales que llegue a cometer; en cambio una segunda postura apunta a la

23 OLIVER CALDERÓN y RODRÍGUEZ-COLLAO, ob. cit., p. 255. Un mayor análisis sobre los presupuestos del delito continuado y las discrepancias de la doctrina al respecto, en MALDONADO FUENTES, ob. cit., págs. 194 y sgtes.

llamada *homogeneidad del dolo*, el que se aprecia en la similitud de las circunstancias externas u ocasiones en que se comete cada hecho[24].

Utilizando estos criterios, los Tribunales Superiores han rechazado apreciar delitos continuados en casos de conductas contra la libertad o indemnidad sexual.

Corte de Apelaciones de Temuco, 1 de agosto de 2016, Rol N° 592-2016, RUC N° 1401093802-4:

Considerando 17: "(…) *aun en el evento muy hipotético caso de considerar la posibilidad de la concurrencia de un delito continuado para el caso de la especie* [abusos sexuales], *no se dan en el presente uno de los supuestos de éste, cual, es la unidad de intención o volitiva, toda vez que los hechos aparecen como unidades completa y claramente diferenciadas, así de los hechos acreditados no se desprende una unidad volitiva del hechor, sino que nos encontramos ante delitos reiterados en que cada uno de ellos cumple con todos los elementos del tipo penal, espaciados en el tiempo, y sin que los hechos nos demuestren que hubo una unidad y/o continuidad en la voluntad del hechor* (…)".

Corte de Apelaciones de Talca, 30 de mayo de 2016, Rol N° 290-2016, RUC N° 1500402699-0:

Considerando 6°: "(…) *se constata que los jueces del fondo efectuaron una errónea aplicación del derecho, esto es, de los artículos 351 del Código Procesal Penal y 74 de Código Punitivo, al sancionar la pluralidad de delitos acreditados a que se refiere el fundamento sexto del fallo en estudio* (…) *resulta evidente que en la especie no se cumple a cabalidad con el principio de conexión entre las acciones, ya que evidentemente no está justificada la unidad de ocasión según se desprende del tantas veces citado raciocinio sexto* [distintos tipos de conductas constitutivas de abuso sexual –tocaciones, besos en los genitales, etc.–, cometidos en diferentes dependencias del domicilio y en el trayecto hacia éste desde el colegio]".

Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de octubre de 2015, Rol N° 761-2015, RUC N° 1400733936-5:

Considerando 5°: "(…) *el delito continuado requiere entre sus requisitos, la existencia de una unidad de resolución delictiva, que obviamente no se configura en el caso de autos* [numerosos actos de relevancia y connotación sexual en contra de la víctima entre los años 2007 a 2009]. *Entender lo contrario, significa que la*

24 OLIVER CALDERÓN y RODRÍGUEZ-COLLAO, ob. cit., págs. 255 y 256. Como fue señalado anteriormente, representa a la primera corriente Etcheberry (ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ob. cit., p.112), mientras que la exigencia de ocasiones análogas es apreciada por Garrido (GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 339).

reiteración o concurso real de delitos quedaría reducida a la existencia de más de un ilícito, pero diversos y con víctimas también distintas".

Corte de Apelaciones de Chillán, 16 de enero de 2014, Rol N° 341-2013, RUC N° 1300020126-4:

Considerando 6°: "*Que si bien en principio los hechos referidos en el motivo séptimo del fallo que se analiza parecieren satisfacer una conducta típica única o de un continuo antijurídico, lo cierto es que éstos satisfacen –cada uno de ellos por separado– el tipo penal violación, desde que el acusado realizó conductas independientes, claramente delimitadas, en momentos y lugares diferentes, y en el que no se observa la presencia de un solo propósito, sino que la afectación del bien jurídico protegido, lo fue en cada hecho por separado*".

Corte de Apelaciones de Temuco, 5 de junio de 2013, Rol N° 351-2013, RUC N° 1210024493-2:

Considerando 4°: "(…) *no se advierte que con la comisión de cada conducta ilícita, acontecida cada una en diversa fecha, se pudiera alcanzar un objetivo adicional o final que justificara que cada atentado sexual tuviera que cometerse de manera estructurada, por episodios o como parte de un plan o proyecto para alcanzar un fin diverso y, de esta manera, estimarse que se está en presencia de un solo delito. Satisfecha la pretensión del autor del ilícito, consistente en atentar contra la indemnidad sexual de la menor, éste podía repetir o no su actuar delictuoso, sin que por su abstención comprometiera de algún modo la obtención de un designio único. Por ende, es evidente a este tribunal, que en el presente caso, los diversos atentados sexuales efectuados por el imputado contra su hija, realizados en distinto tiempo y encaminados en cada ocasión a consumar dicho ilícito, configuran en cada caso un delito independiente, que da lugar a la hipótesis del artículo 351 del Código Procesal Penal, y no a la del delito continuado*".

Considerando 5°: "(…) *aparece que la exigencia esencial no se cumple, ya que no ha habido una única conciencia colectiva, es decir, el agente no tuvo un propósito o determinación único, sino que por el contrario en él se observa una intención deliberada de afectar la indemnidad sexual de la menor en cada hecho por separado*".

Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de marzo de 2013, Rol N° 141-2013, RUC N° 1000923583-9:

Considerando 4°: "(…) *En la especie no ven los sentenciadores que en la comisión de los hechos punibles haya habido un único propósito delictivo, toda vez que una vez realizada la conducta ilícita con cada una de las niñas, la figura penal queda agotada totalmente sin que exista entre ellas el vínculo jurídico que permite calificarla como un solo hecho, que es la característica esencial del delito continuado*".

Corte de Apelaciones de Antofagasta, 14 de febrero de 2013, Rol N° 5-2013, RUC N° 1200705289-6:

Considerando 7°: "*Que atendidas las exigencias de la doctrina de unidad de autor, tipo penal, pluralidad de actos, mismo sujeto pasivo y unidad de propósito del agente, los dos hechos establecidos en el considerando decimocuarto del fallo recurrido, no cumplen la unidad de propósito exigida por ella, pues cada acto satisfizo el móvil lascivo del imputado, atendido el delito configurado*".

Corte de Apelaciones de Rancagua, 31 de enero de 2012, Rol N° 447-2011, RUC N° 1100049302-5:

Considerando 3°: "(…) *Un elemento de la esencia de los delitos continuados es que los rasgos comunes que debe existir entre los distintos hechos, se debe dar tanto desde un punto de vista objetivo, como la unidad de sujeto pasivo y de bien jurídico lesionado, sino que también en su aspecto subjetivo, es decir que exista unidad de resolución delictiva, esto es, que las distintas acciones estén conectadas desde un aspecto ideológico. De acuerdo a los hechos establecidos en la causa no resulta posible conectar cada uno de los comportamientos del hecho, en los delitos que cometió, atento que la verificación de los mismos se produjo por las circunstancias fácticas diversas dadas en cada acción delictiva, que si bien su núcleo es el atentado sexual, las forma de perpetración difieren en cada caso, lo que impide estimar que hay unidad de dolo*".

Corte de Apelaciones de San Miguel, 7 de diciembre de 2011, Rol N° 2247-2011, RUC N° 1000666819-K:

Considerando 3°: "*Que atendido a que el recurrente sostiene que los hechos de autos configuran un solo hecho, por lo que debe calificársele de delito continuado y no como delitos reiterados, que es lo que se sostiene en el fallo, es menester destacar que los actos revelan diferencias que permiten distinguir claramente entre una y otra de las violaciones sufridas por la víctima. Tales distingos son, el lugar físico en que ocurren los distintos hechos, como ser el asiento trasero del automóvil al cual obligaron a subir a la víctima, o el terreno, ya fuera del automóvil en un sector de la comuna de Pudahuel. Además, el que las diversas violaciones lo fueron por vías vaginal, anal o bucal, como también la alternancia de los sentenciados en la comisión de los diversos delitos, todo lo cual torna inaceptable la petición de considerarse que se trate de un solo hecho a calificar como delito continuado*".

Corte de Apelaciones de Coyhaique, 5 de agosto de 2011, Rol N° 57-2011, RUC N° 1000551737-6:

Considerando 9°: "(…) *existiendo conductas atentatorias por parte del hechor a la indemnidad sexual de la víctima en tres oportunidades, dentro del periodo que se indicó, esto es, entre enero y febrero de 2010 y, por ende, son hechos absolutamente distintos e independientes en espacio y tiempo, concurriendo un dolo específico para cada acción y conducta delictiva, de forma tal, que cada hecho, efectuado en distinto espacio, agotado y determinado, no pueden sino considerarse como conductas sepa-*

radas, una de la otra, es decir, únicas y divisibles y que deben calificarse legalmente como reiteradas y con dolo específico, para cada evento, lo que excluye se las estime como delito continuado el cual sólo puede tener lugar cuando el hecho delictivo es el mismo, sin agotarse en cada acto que se efectúa. (…) *se encuentra comprobado que el acusado, en forma reiterada, específicamente en tres ocasiones, resolvió sostener acceso carnal con una menor, actuando en estas tres oportunidades, diferentes y sucesivas, con dolo específico y donde cada una de las actuaciones dolosas se agotó en sí misma* (…)".

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 3 de julio de 2010, Rol N° 33-2010, RUC N° 0801009875-1:

Considerando 12: "*Que en consecuencia, al tener la sentencia por establecido hechos distintos en espacio y tiempo* [abusos sexuales cometidos en una fecha indeterminada dentro de la primera semana del mes de octubre del año 2008 y en las dos semanas siguientes], *y concurriendo un dolo específico para cada hecho espaciado, determinado y agotado, constituyen conductas únicas, separadas y divisibles, que se explican en derecho como reiteradas, y no pueden ser calificadas de delito continuado como lo insinúa la defensa* (…)".

Respecto a este punto, cabe hacer presente una opinión en contra del actual Ministro del Tribunal Constitucional, Nelson Pozo Silva, en un fallo de la Excelentísima Corte Suprema del año 2011:

Corte Suprema, 11 de mayo de 2011, Rol N° 2576-11, RUC N° 0900663872-1:

Considerando 5°: "*Que siendo los elementos del delito continuado la pluralidad de acciones, la unidad de la norma jurídica violada, el transcurso de un cierto lapso de tiempo entre la ejecución de cada acción, sumado al elemento subjetivo, la unidad de dolo o designio criminal, lo que algunos denominan dolo conjunto, o continuidad entre las diversas resoluciones, estos coinciden plenamente con las conductas desplegadas por la acusada* [constitutivas de los delitos de abuso sexual y producción de material pornográfico infantil] (…)".

Considerando 7°: "(…) *el sujeto activo requiere un trato más benévolo, ya que su actuación denota una menor reprochabilidad: el desvalor de acción justifica la valoración unitaria de las conductas delictivas ejecutadas, considerando que la diversidad de acciones es reflejo de una voluntad débil, la cual sucumbe ante análogas circunstancias motivadoras, ello fundamenta el tratamiento benévolo del delito continuado y coincide con la interpretación de éste a la luz del principio de legalidad*".

3. Las conductas deben afectar el mismo bien jurídico de forma semejante

Sólo se podría estar en presencia de un delito continuado ante la reiteración de hechos que atenten contra el mismo bien jurídico, mediante una forma de ataque similar. De esta manera, las conductas deben subsumirse en un mismo

tipo penal, incluyendo sus formas simples y agravadas[25] [26], siendo imposible su configuración ante la presencia de diferentes delitos (por ejemplo violación y abusos sexuales o abusos y producción de material pornográfico).

Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de octubre de 2015, Rol N° 2758-2015, RUC N° 1200976745-0:

Considerando 7°: "(…) *los antecedentes del proceso* [hechos constitutivos de violación, estupro y abusos sexuales] *dan cuenta de que el acusado incurrió en conductas independientes entre sí, refiriendo la víctima episodios claramente distinguibles en tiempo y espacio en un periodo sostenido de tiempo, circunstancias que en definitiva dan cuenta de diversos ataques a la indemnidad sexual de la ofendida, vulnerándose de esta manera el bien jurídico protegido en cada embestida del sujeto activo, todo lo cual conduce a desestimar la alegación de la defensa de tratarse de delito de carácter continuado, figura que, además, no se encuentra contemplada en nuestro sistema penal".*

Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de diciembre de 2013, Rol N° 2610-2013, RUC N° 100577980-K:

Considerando 2°: "(…) *Y no es atendible la moción de que el estupro (reiterado) se sancione en relación de concurso aparente de leyes penales con el delito (reiterado) de abuso sexual, primero porque la idea del concurso aparente es contraria a la del delito continuado que es una forma especial de concurso de delitos, y por cuanto ambas figuras penales se tipifican de modo diferente y los hechos establecidos soberanamente en el fallo, aplican a los respectivos tipos penales".*

4. Excepcionalidad

Ante bienes jurídicos personalísimos –como la libertad e indemnidad sexual–, es preferible que la aplicación de la figura "*se circunscriba a hipótesis excepcionales en las que realmente, conforme al sentido del tipo penal, la reiteración no incremente de modo sensible la intensidad de la afectación del bien jurídico*"[27]. En el mismo sentido Oliver y Rodríguez-Collao, quienes, si bien no ven inconvenientes en lo conceptual para aplicar el delito continuado en casos de delitos sexuales, reconocen que "*las situaciones en que ello puede ocurrir son francamente excepcionales*"[28].

25 Cfr. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ob. cit., p. 111.

26 Cfr. GUZMÁN DALBORA, ob. cit., p. 154.

27 COUSO SALAS, Jaime. "Comentario previo a los Arts. 44 y 75". En: COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (Dirs.). *Código Penal Comentado. Parte General.* Santiago, Chile, Abeledo Perrot, 2011, págs. 625 - 666, p. 640.

28 OLIVER CALDERÓN y RODRÍGUEZ-COLLAO, ob. cit., p. 257.

Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de octubre de 2015, Rol N° 761-2015, RUC N° 1400733936-5 y Corte de Apelaciones de Antofagasta, 31 de marzo de 2011, Rol N° 62-2011, RUC N° 1000051694-0 (considerandos 4° y 6°, respectivamente): "*Que si bien parte de la doctrina estima que el delito continuado tiene aplicación en la generalidad de los delitos sexuales, el profesor Rodríguez Collao, reconoce que las situaciones en que ello puede ocurrir, son francamente excepcionales, señalando al respecto que "tal vez la única situación imaginable sea la del sujeto que atenta en varias oportunidades en contra de una misma persona (sea a título de violación, estupro o abuso sexual), aprovechando durante toda la secuencia delictual, la persistencia de una misma situación de desvalimiento de la víctima". Tal situación podría darse, si se tiene a la víctima secuestrada por cierto tiempo*".

5. Debe existir unidad del sujeto pasivo en todas las instancias de comisión

Por último, existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia respecto a que es imposible apreciar continuidad en aquellos casos en que son dos o más las víctimas. Se apreciarán tantos delitos como víctimas existan, por la afectación a distintos bienes jurídicos[29].

Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de diciembre de 2013, Rol N° 2610-2013, RUC N° 100577980-K:

Considerando 2°: "(…) *Por otra parte, tampoco podría haberlo* [delito continuado]*, cuando como ocurre en la especie, hay diversidad de figuras delictivas y aun, respecto de víctimas distintas. Así, la sentencia ha tenido por configurados dos clases de delito penados en un mismo título: El abuso sexual de las dos niñas –hijastras del imputado– y el estupro de ambas, las dos figuras penales, en carácter de reiterado, como se ha dicho".*

Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de marzo de 2013, Rol N° 141-2013, RUC N° 1000923583-9:

Considerando 4°: "*Que consecuente con lo expresado, la Corte disiente del parecer de la defensa en cuanto sostiene que estamos ante un delito continuado pues, no existe unidad de sujeto pasivo que es uno de los elementos que deben presentarse para calificar los hechos como tal. En la especie* [diversos actos constitutivos de abuso sexual cometidos en contra de dos niñas menores de 14 años] *no ven los sentenciadores que en la comisión de los hechos punibles haya habido un único propósito delictivo, toda vez que una vez realizada la conducta ilícita con cada una de las niñas, la figura penal queda agotada totalmente sin que exista entre ellas el vínculo jurídico que permite calificarla como un solo hecho, que es la característica esencial del delito continuado*".

29 Por todos, cfr. CURY URZÚA, ob. cit., p. 658 y RODRÍGUEZ-COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2015, p. 358.

Corte de Apelaciones de La Serena, 18 de marzo de 2011, Rol N° 29-2011, RUC N° 0700156576-6:

Considerando 5°: "*Que la argumentación dada por el recurrente acerca de que se está ante un "delito continuado", sin embargo, no tiene cabida en este caso por cuanto,* (…) *en la especie hubo dos acciones "naturales" de abuso sexual que recayeron sobre las dos menores de 14 años, afectándose a dos personas distintas, no existiendo una acción continuada, ya que dos fueron las agredidas, presentándose en este caso, dos acciones, una en pos de la otra, los dos actos parciales claramente sentados alejan la totalidad unitaria querida por el recurrente*".

Aplicación del delito continuado ante dificultades probatorias

El motivo más habitual de aplicación de continuidad en delitos sexuales por parte de los tribunales, es la imposibilidad de establecer con exactitud la fecha en que fueron cometidas cada una de las conductas, principalmente en el caso de niños o niñas víctimas. Así lo deja en evidencia Etcheberry, al señalar que son numerosos los fallos que "*no invocan ningún precepto legal específico en apoyo del criterio sustentado, sino que generalmente afirman que no ha quedado acreditada la reiteración por la falta de precisión en cuanto a los sucesivos episodios delictivos, lo que obliga a sancionar como si se tratara de un solo delito*"[30].

Corte de Apelaciones de Temuco, 21 de julio de 2011, Rol N° 529-2011, RUC N° 0901005471-8:

Considerando 4°: "(…) *aceptando esta Corte, como lo aceptaron los jueces orales, la existencia de un delito continuado, donde los hechos no pueden ser determinados con precisión por el tiempo transcurrido entre uno y otro, estimándose en consecuencia como uno solo, no ha existido errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por lo que el recurso de nulidad planteado por la defensa del acusado será rechazado*".

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 22 de febrero de 2011, Rol N° 91-2011, RUC N° 0801091641-1:

Considerando 4°: "*Que, los hechos establecidos en la sentencia recurrida y que se han transcrito en el motivo que antecede, constituyen un conjunto de conductas ilícitas de un mismo sujeto, ejecutadas con el mismo propósito, en contra de la misma afectada, dentro de un mismo contexto y en un lapso de tiempo determinado, en la especie, entre el verano de 2004 y el 11 de enero de 2006, y que vulneraron el mismo bien jurídico*

30 ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ob. cit., págs.114 y 115. Sobre este tema puede consultarse GUZMÁN VALENZUELA, Karen, "Indeterminación temporal fáctica de la acusación, derecho a la defensa y hallazgos científicos en la investigación de los procesos de memoria en niños y niñas víctimas de delitos sexuales". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, Año 2013, Número 56, págs. 131 – 145.

protegido, la indemnidad sexual de la menor afectada, sin que se pueda precisar con certeza el número de ellas ni las fechas en que se realizaron, procediendo en consecuencia, aplicar la figura denominada delito continuado, sancionando los diversos hechos como un solo delito, y como consecuencia de esta falta de certeza, debe imponerse al acusado una penalidad más baja, como lo ha alegado su defensa".

Según Couso, dicha solución pragmática carece de todo fundamento. La existencia de pruebas fehacientes sobre la reiteración de hechos (aun cuando no conste precisamente la fecha de cada uno de ellos), debe conducir a condenar, a lo menos, por dos delitos en concurso real[31].

Es relevante tener presente que el uso de la institución para casos de "*indeterminación procesal*"[32] –también denominada como "*teoría de la realidad jurídica*"[33]–, fue común durante el siglo XX en países como Alemania y España, pero se abandonó dadas las críticas por generar serios problemas de inseguridad y falta de previsibilidad, afectando directamente el principio de legalidad. Es por esto que el Tribunal Supremo Español deja esta línea en la década de 1970[34]; mientras que el máximo tribunal alemán declaró su ilegalidad en 1994[35].

En el caso chileno, en cambio, es posible encontrar jurisprudencia que califica como continuadas diversas conductas cometidas en un determinado espacio temporal (por ejemplo, "hechos ocurridos en indeterminadas ocasiones entre los meses de octubre y diciembre" o "conductas cometidas durante el régimen de comunicación directa y regular entre la víctima y su padre en el año 2012"). La aplicación del delito continuado en estos casos, operaría como una forma de compensación por la evidente perturbación del derecho de defensa, debido a que sin conocer la fecha exacta de la comisión de un hecho, difícilmente se podrá alegar la imposibilidad de que el acusado fue el que llevó a cabo la conducta, por ejemplo, por no encontrarse en el lugar[36].

La Corte Suprema ha tenido la posibilidad de pronunciarse al respecto en los últimos años, estimando que la ausencia de exactitudes o precisiones respecto a las fechas de los distintos hechos no obsta a que el tribunal pueda adquirir la convicción, más allá de toda duda razonable, de la comisión de las conductas. Así, ya con apreciarse dos instancias de realización del tipo penal, es posible establecer que se está en presencia de una reiteración delictual. Por

31 Cfr. COUSO SALAS, ob. cit., p. 644.

32 ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ob. cit., p.114.

33 CEREZO MIR, José. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Argentina, Editorial B de F, 2008, p. 1012.

34 Cfr. CEREZO MIR, ob. cit., p. 1014.

35 Cfr. MALDONADO FUENTES, ob. cit., p. 203.

36 Cfr. OLIVER CALDERÓN y RODRÍGUEZ-COLLAO, ob. cit., p. 260.

su parte, las garantías del acusado no se ven afectadas por este hecho, pues la referencia a períodos de tiempo más laxos no hace *per se* ilusorio el ejercicio de su derecho a defensa.

Corte Suprema, 3 de abril de 2013, Rol N° 9573-12, RUC N° 1100293057-0:

Considerando 9°: "*Que en lo que atañe a la vulneración al principio de la imputación y acusación, que se esgrime también por la defensa en apoyo de la causal principal, de la sola lectura de los hechos imputados* ["a partir del mes de noviembre de 2007"; "en días y horas no precisadas"; "en reiteradas oportunidades"; y "en al menos dos oportunidades durante el año 2009"] *aparece que la acusación satisface los estándares que regla el artículo 259 letra b) del Código Procesal Penal, atendida la complejidad de los hechos denunciados, desde que la descripción aportada por el Ministerio Público comprende la información necesaria para situar el hecho en un contexto suficiente de tiempo y lugar, contenido y repetición*".

Considerando 14: "(…) *es necesario afirmar que de la sola lectura de la sentencia aparece que se establecieron las fechas de comisión de los tres hechos que se atribuyen al acusado, aunque ello se haya hecho en un margen más laxo del que ha esperado el defensor, pero el hecho concreto, en lo que atañe a esta causal en particular, es que las fechas están establecidas en el razonamiento quinto de la sentencia, siendo ellas, para el hecho N° 1: "en horas de la noche de un día no determinado del mes de enero de 2008"; para el hecho N° 2: "a mediados del año 2009"; y para el hecho N° 3: "a fines de noviembre del año 2009""*.

Corte Suprema, 6 de noviembre de 2012, Rol N° 6902-12, RUC N° 1101036526-2:

Considerando 12: "*Que de la revisión de la acusación anterior* ["desde el año 2007 hasta la fecha"], *no se advierte que los hechos previamente descritos en ella pudieran estar reseñados de forma tal que hicieran imposible la defensa del acusado, toda vez que se efectúa una clara referencia cronológica de la duración de los episodios investigados desde su inicio en 2007, hasta una fecha cercana a su formalización, describiendo claramente los momentos y comportamientos de connotación sexual desarrollados respecto de la ofendida y que le son imputados al acusado de autos, que son precisamente los extremos que la defensa deberá abarcar en su litigación*".

Corte Suprema, 31 de marzo de 2009, Rol N° 502-09, RUC N° 0500601116-2:

Considerando 12: "*Que la acusación sometida al conocimiento de los jueces, indica que los hechos se perpetraron "en el mes de noviembre de 2005 por última vez", atribuyéndoles el carácter de reiterados, y aunque no se indica la fecha de inicio, el concurso material sólo puede afirmarse respecto de varias conductas iniciadas con antelación a la señalada data, ya que en esta habría sido realizada la última de las acciones punibles.*

Del examen de la sentencia impugnada y aun cuando no se determina con claridad la fecha de comisión del hecho ilícito, se desprende que los jueces emitieron su decisión

de condena sólo por aquellos hechos que caen dentro de la esfera de su competencia, toda vez que al establecer los sucesos reiterados, en el ya citado razonamiento décimo indicaron que se cometieron en "días no precisados del segundo semestre del año 2005" periodo que se encuentra cubierto por la acusación y ciertamente dentro del período de vigencia del Código Procesal Penal, motivo por el cual el recurso tampoco podrá prosperar por esta causal".

Corte Suprema, 19 de agosto de 2008, Rol N° 3193-08, RUC N° 0700602516-6:

Considerando 9°: "*La ausencia de exactitudes o precisiones aritmético-cronológicas respecto de la ocurrencia de determinados hechos, no impide al tribunal, que opera en el plano normativo - penal sustantivo y penal adjetivo, apoyado en una realidad fáctica, formarse su íntima convicción sobre las características –típicas– de aquellos sucesos*" (…) "*Con la realización de dos conductas ofensivas para la indemnidad sexual de una menor, es suficiente para que surja la reiteración delictiva –que es una categoría normativa– y la consiguiente exasperación de la respuesta penal del Estado, prevista en los artículos 74 del estatuto punitivo y 351 del Código Procesal Penal*".

Asimismo, algunas Cortes de Apelaciones han fijado de manera más comprensiva el requisito de precisión en la determinación de las fechas y número de conductas reiteradas, principalmente debido a las condiciones del desarrollo de víctimas niños, niñas o adolescentes; las circunstancias de comisión de los hechos; y la relación entre el autor y el ofendido por el delito.

Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de diciembre de 2013, Rol N° 2610-2013, RUC N° 100577980-K:

Considerando 3°: "*Que, asimismo, la circunstancia de que no se haya logrado determinar con precisión las fechas de ocurrencia de cada ilícito, no se opone a la calificación de ser reiterados los delitos, porque basta que se identifique una pluralidad de actos delictivos en el tiempo aun sin esa precisión, ya que lo que importa es que cada delito simple esté configurado en sus elementos; la fecha misma es un dato extrínseco, si bien puede interesar para otros efectos*".

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 11 de junio de 2012, Rol N° 558-2012, RUC N° 1000243580-8:

Considerando 4°: "(…) *Cabe añadir que la falta de determinación de las fechas exactas en que acaecieron los ilícitos, así como del número preciso de eventos típicos, no es óbice para lo que se ha decidido, toda vez que en el aludido considerando quinto se describe claramente una repetición de conductas ejecutadas por el encausado en contra de la ofendida, no pudiendo ser un antecedente que favorezca al sentenciado el que la víctima no estuviera en condiciones de entregar toda la información adecuada para aclarar los aspectos que el recurrente reclama, dificultad que se entiende tanto por la corta edad en que G.A.S.S. empezó a sufrir los agravios como por el impacto que hechos de esta naturaleza producen en quienes los viven, máxime si son menores* (…)".

Corte de Apelaciones de Antofagasta, 28 de enero de 2012, Rol N° 365-2011, RUC N° 0900875326-9:

Considerando 4°: "(…) *atendida la naturaleza de los hechos y edad de la víctima no es posible la exigencia de precisión de día y hora considerando la extensión en el tiempo en que se produjeron los hechos, configurándose sin lugar a dudas la reiteración*".

Corte de Apelaciones de Coyhaique, 5 de agosto de 2011, Rol N° 57-2011, RUC N° 1000551737-6:

Considerando 9°: "*Que, en efecto, de los antecedentes existentes y de los hechos que los jueces dieron por acreditados, en especial de su motivo Cuarto, aparece de manifiesto y en forma cierta y concreta que el acusado accedió carnalmente con su pene y por vía vaginal a la menor Y.E.S.A., en tres oportunidades y, aunque las fechas no se encuentran fijadas con exactitud, consta también que estas tres oportunidades en que se accedió a la menor carnalmente fueron entre los meses de enero y febrero del año 2010, existiendo, por tanto, un grado de precisión y certeza en cuanto a las épocas o períodos en que dichos hechos acaecieron, encontrándose, entonces, comprobada la existencia de reiterados delitos de violación* (…)".

Corte de Apelaciones de Arica, 26 de julio de 2011, Rol N° 144-2011, RUC N° 1000189961-4:

Considerando 6°: "(…) *Sobre lo expuesto, conviene aclarar que no puede el tribunal exigirles a las personas que recuerden lo acontecido durante cuatro años el desarrollo de los eventos con una precisión absoluta* [sic]. *El parámetro que deben cumplir dichas declaraciones es otro diferente, en primer lugar deben ser creíbles, sus relatos deben ser lógicos, coherentes, persistentes en el tiempo y apegados a las máximas de la experiencia*".

Corte de Apelaciones de Antofagasta, 31 de marzo de 2011, Rol N° 62-2011, RUC N° 1000051694-0:

Considerando 5°: "(…) *La poca precisión, que según el sentenciador, existe en la especie, en cuanto al día, hora y lugar en que habrían ocurrido los hechos, en caso alguno puede llevar a concluir que se está en presencia de un delito continuado, menos aún, siguiendo lo expuesto en la audiencia por la defensa del acusado, en el sentido que tal imprecisión, podría llevar a establecer que las diversas penetraciones ocurrieron en una sola oportunidad. Si así fuera, estaríamos ante la existencia de un solo delito, pero no de uno continuado*".

Corte de Apelaciones de Arica, 9 de agosto de 2010, Rol N° 150-2010, RUC N° 0900751335-3:

Considerando 3°: "(…) *no existe duda razonable de que las violaciones fueron cometidas por el acusado, las que fueron reiteradas y no se puede pedir que se relate por la menor las fechas exactas, pero sí la menor al perito Christopher Martínez le*

relató que la fecha del último delito fue el 09 de agosto de 2009 a las 23:00 horas, lo que concuerda con el informe bioquímico; sin que pueda pretenderse que exista una indeterminación de tal entidad en las fechas que impidan el ejercicio de una defensa conforme a la ley, y tampoco exigirse el detalle que reclama el defensor atendido el contexto en que ocurren los hechos y dada la relación existente entre víctima y agresor (…)".

Corte de Apelaciones de San Miguel, 23 de marzo de 2010, Rol N° 163-2010, RUC N° 0800598281-3:

Considerando 3°: "*Que si bien es efectivo que no ha resultado posible establecer precisión de cada una de las fechas en que ocurrieron los hechos punibles, existe certeza en cuanto a que tales ilícitos se cometieron en domicilios distintos y por un mismo hechor, de tal modo que ciertamente debieron ocurrir a lo menos en dos oportunidades diversas, comprobándose así la independencia fáctica que constituye la reiteración*".

Consideraciones finales

La inexistencia de una norma que consagre la institución del delito continuado en el país, hace que su aplicación sea sumamente controversial, principalmente debido a la falta de acuerdo doctrinario y jurisprudencial sobre sus requisitos y alcances. Esta labor resulta aún más dificultosa ante la comisión reiterada de conductas que afectan bienes jurídicos personalísimos –caso de los delitos sexuales–, situaciones en las cuales, por regla general, sería improcedente verificar la concurrencia de la figura.

Cabe hacer presente que, incluso en legislaciones comparadas en las que se incluyen normas sobre la continuidad delictiva, el tema no es pacífico. A modo ejemplar, el artículo 74 del Código Penal Español establece una excepción extraordinaria y expresa en el sentido de permitir su aplicación –según el caso concreto– en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual que afecten al mismo sujeto pasivo. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido contradictoria en este tema y parte de la doctrina ha seguido sosteniendo su inaplicabilidad en el caso de los delitos sexuales: Cerezo Mir señala que la redacción del citado artículo, que deja al juez la posibilidad de determinar la concurrencia o no de un delito continuado atendiendo a "*la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva*", supone una "*infracción clara al principio de legalidad*"[37]; en el mismo sentido Fernández Ríos, hace presente que la discrecionalidad judicial con la que se ha aplicado la norma ha llegado a "*soluciones muy dispares y desproporcionadas*", lo que lleva a que esta figura no

37 CEREZO MIR, ob. cit., p. 1012.

deba ser aplicable a los delitos sexuales por la "*vulneración de la seguridad jurídica*" y por "*descender el rigor punitivo que merecerían este tipo de conductas por la importancia del bien jurídico que se lesiona*"[38].

De esta manera, y considerando que el legislador ya ha establecido soluciones a los casos de reiteración delictiva de conductas que afecten al mismo bien jurídico, hay que afirmar la imposibilidad de darle cabida a la teoría del delito continuado, por lo menos en lo que respecta a los delitos sexuales. Esta solución es coherente con lo resuelto mayoritariamente por los Tribunales Superiores de Justicia en los últimos años.

Mayor detención merece el uso de la institución ante la denominada *indeterminación procesal*. De la revisión jurisprudencial es posible concluir que la Corte Suprema y la gran mayoría de las Cortes de Apelaciones, reconocen que no existe impedimento para entender que se está ante la presencia de delitos reiterados en los casos de pluralidad de conductas delictivas en las que no se puede establecer con exactitud su fecha de comisión. Por ende, y sin perjuicio del deber del acusador de intentar precisar lo más posible cada una de las ocasiones[39], el derecho a defensa de una persona no se ve vulnerado sólo por el uso de rangos de tiempo en la imputación de los hechos.

Lo anterior es especialmente relevante ante casos que involucran a niños, niñas o adolescentes. Si bien excede del objetivo del presente artículo, cabe hacer presente que la evidencia científica sugiere que la memoria puede desvanecerse de manera más rápida en el caso de niños y niñas de menor edad[40] [41]. Sumado a lo anterior, tienen mayor dificultad para comprender el concepto del tiempo, e incluso los adolescentes no comprenden

38 FERNÁNDEZ RÍOS, Carmen. "El delito continuado en el caso de bienes eminentemente personales". En: *Derecho Penal Contemporáneo,* número 48, julio-septiembre 2014, págs. 101 – 120.

39 Este punto ha sido recogido en el Oficio FN N° 914/2015, Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos sexuales: *En virtud del criterio señalado, resulta particularmente relevante llevar a cabo todas las diligencias de investigación necesarias y pertinentes para la acreditación de las fechas de ocurrencia de los delitos y su lugar de comisión*". Disponible en: http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=23353&pid=187&tid=1&d=1 [fecha de consulta: 20 de octubre 2016].

40 LA ROOY, David, MALLOY, Lindsay y LAMB, Michael. "The Development of Memory in Childhood". En: LAMB, Michael, LA ROOY, David, MALLOY, Lindsay y KATZ, Carmit (Eds), *Children's Testimony: A Handbook of Psychological Research and Forensic Practice.* Londres, Reino Unido, John Wiley & Sons, 2011, págs. 49 – 68.

41 MANZANERO, Antonio y RECIO, María. "El recuerdo de hechos traumáticos: exactitud, tipos y características". *Cuadernos de Medicina Forense*, vol.18, n°1, ene./mar. 2012, págs. 19 – 25, págs. 20 – 21.

del todo algunos términos témporo-espaciales[42], presentando, en algunos casos, complicaciones para relacionar eventos vividos con fechas e hitos temporales[43].

Todos estos estudios permiten inferir que para este tipo de víctimas resulta especialmente difícil, y a veces imposible, diferenciar entre una multiplicidad de hechos pasados y, más aún, recordar con exactitud las fechas en que ellos ocurrieron. Es por esto que parece "*indispensable flexibilizar la exigencia de mayor precisión fáctica temporal de la imputación*"[44], con el fin de permitir un correcto acceso a la Justicia por parte de niños, niñas y adolescentes. Se espera que este criterio sea acogido de forma permanente por los tribunales, siguiendo el camino de algunos fallos antes mencionados.

Referencias bibliográficas

- AGUILAR ARANELA, CRISTIÁN. *Delitos sexuales: tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2012.
- ARÉVALO CUNICH, Javier y ORTÍZ QUIROGA, Luis. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2013.
- CEREZO MIR, José. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Argentina, Editorial B de F, 2008.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Acuerdo Plenario n° 8-2009/cj-116. La prescripción de la acción penal en el art. 46°-A y art. 49° del CP.*, 13 de noviembre de 2009, considerando 7°.
- COUSO SALAS, Jaime. "Comentario previos a los Arts. 44 y 75". En: COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (Dirs.). *Código Penal Comentado. Parte General.* Santiago, Chile, Abeledo Perrot, 2011, págs. 625 – 666.

42 LAMB, Michael, MALLOY, Lindsay y LA ROOY, David. "Setting Realistic Expectations: Developmental Characteristics, Capacities and Limitations". En: LAMB, Michael, LA ROOY, David, MALLOY, Lindsay y KATZ, Carmit (Eds), *Children's Testimony: A Handbook of Psychological Research and Forensic Practice.* Londres, Reino Unido, John Wiley & Sons, 2011, págs. 15-48.

43 FRIEDMAN, William y LYON, Thomas. "Development of temporal-reconstructive abilities". En: *Child Development*, Volume 76, Number 6, November - December 2005, págs. 1202 – 1216, p. 1212.

44 GUZMÁN VALENZUELA, ob. cit., p. 144.

- CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General.* 7ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal: Parte General, Tomo II.* 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- FERNÁNDEZ RÍOS, Carmen. "El delito continuado en el caso de bienes eminentemente personales". En: *Derecho Penal Contemporáneo,* número 48, julio-septiembre 2014.
- FRIEDMAN, William y LYON, Thomas. "Development of temporal-reconstructive abilities". En: *Child Development,* Volume 76, Number 6, November - December 2005, págs. 1202 – 1216.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal: Parte General, Tomo II.* 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis. "Sobre el delito continuado". En: CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2011.* Santiago, Chile, Defensoría Penal Pública, 2012, págs. 151 – 157.
- GUZMÁN VALENZUELA, Karen, "Indeterminación temporal fáctica de la acusación, derecho a la defensa y hallazgos científicos en la investigación de los procesos de memoria en niños y niñas víctimas de delitos sexuales" En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, Año 2013, Número 56, págs. 131 – 145.
- LAMB, Michael, MALLOY, Lindsay y LA ROOY, David. "Setting Realistic Expectations: Developmental Characteristics, Capacities and Limitations". En: LAMB, Michael, LA ROOY, David, MALLOY, Lindsay y KATZ, Carmit (Eds), *Children's Testimony: A Handbook of Psychological Research and Forensic Practice.* Londres, Reino Unido, John Wiley & Sons, 2011, págs. 15 – 48.
- LA ROOY, David, MALLOY, Lindsay y LAMB, Michael. "The Development of Memory in Childhood". En: LAMB, Michael, LA ROOY, David, MALLOY, Lindsay y KATZ, Carmit (Eds), *Children's Testimony: A Handbook of Psychological Research and Forensic Practice.* Londres, Reino Unido, John Wiley & Sons, 2011, págs. 49 – 68.
- LÓPEZ ROJAS, Dayan Gabriel y BERTOT YERO, María Caridad. "El delito continuado y la prohibición de persecución penal múltiple". En: *Revista Chilena de Derecho,* vol. 39, n° 3, págs. 725 – 751.
- MALDONADO FUENTES, Francisco. "Delito continuado y concurso de delitos". En: *Revista de Derecho (Valdivia),* vol. XXVIII, n° 2, diciembre 2015, págs. 193 – 226.

- MANZANERO, Antonio y RECIO, María. "El recuerdo de hechos traumáticos: exactitud, tipos y características". *Cuadernos de Medicina Forense*, vol.18, n°1, ene./mar. 2012, págs. 19 – 25.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. "La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena". En: *Política Criminal*, Vol. 10, Nº 20, Diciembre 2015, Art. 3, págs. 498 – 527.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo II*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo y RODRÍGUEZ-COLLAO, Luis. "Aplicabilidad de la figura del delito continuado en los delitos sexuales. Comentario a un fallo". En: *Revista de derecho Universidad Católica del Norte*, Año 16, n° 1, 2009, págs. 251 – 264.
- POSADA MAYA, Ricardo. "El delito continuado". En: *Revista digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n° 3, 2011, págs. 71 – 126.
- RODRÍGUEZ-COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales.* 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2015.

RE-VISIÓN DE LA ATENUANTE DE OBRAR POR ESTÍMULOS TAN PODEROSOS QUE NATURALMENTE HAYAN PRODUCIDO ARREBATO Y OBCECACIÓN EN EL DELITO DE FEMICIDIO, CON LENTES DE GÉNERO

Ivonne Sepúlveda Sánchez[1]

Well I'd rather see you dead, little girl	*Prefiero verte muerta, niña*
Than to be with another man	*A que estés con otro hombre*
You better keep your head, little girl	*Mejor que conserves tu cabeza, niña*
Or I won't know where I am	*O no sabré donde estoy*
You better run for your life if you can, little girl	*Mejor que corras por tu vida si puedes, niña*
Hide your head in the sand little girl	*Esconde tu cabeza en la arena, niña*
Catch you with another man	*Te pillo con otro hombre*
That's the end little girl	*Ese es el fin, niña*
Well you know that I'm a wicked guy	*Bueno, sabes que soy un chico malo*
And I was born with a jealous mind	*Y que nací con una mente celosa*
And I can't spend my whole life	*Y no puedo gastar mi vida completa*
Trying just to make you toe the line	*Intentando hacer que sigas la línea*
You better run for your life if you can, little girl	*Mejor que corras por tu vida si puedes, niña*
Hide your head in the sand little girl	*Esconde tu cabeza en la arena, niña*
Catch you with another man	*Te pillo con otro hombre*
That's the end little girl	*Ese es el fin, niña*
Let this be a sermon	*Que este sea un sermón*
I mean everything I've said	*Me refiero a todo lo que he dicho*
Baby, I'm determined	*Nena, estoy decidido*
And I'd rather see you dead	*Y prefiero verte muerta*
You better run for your life if you can, little girl	*Mejor que corras por tu vida si puedes, niña*
Hide your head in the sand little girl	*Esconde tu cabeza en la arena, niña*
Catch you with another man	*Te pillo con otro hombre*
That's the end'a little girl	*Ese es el fin, niña*
I'd rather see you dead, little girl	*Bueno, prefiero verte muerta, niña*
Than to be with another man	*A que estés con otro hombre*
You better keep your head, little girl	*Mejor que conserves tu cabeza, niña*
Or you won't know where I am	*O no sabré donde estoy*
You better run for your life if you can, little girl	*Mejor que corras por tu vida si puedes, niña*
Hide your head in the sand little girl	*Esconde tu cabeza en la arena, niña*
Catch you with another man	*Te pillo con otro hombre*
That's the end little girl.	*Ese es el fin, niña.*

(The Beatles, "Run for your life", Rubber Soul, 1965)

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

I. Introducción

La atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación, es una circunstancia atenuante de responsabilidad criminal invocada de manera frecuente por la defensa de los acusados por el delito de femicidio, fundando su concurrencia en los celos y/o en la existencia de una situación de infidelidad por parte de la víctima. Esto, a diferencia de lo que ocurre en los casos donde es la mujer quien mata a su cónyuge o ex cónyuge, conviviente o ex conviviente, pues el número de casos en los cuales esta atenuante es invocada es muy escaso.

Por esta razón, surge el cuestionamiento sobre el sentido y alcance que se le ha dado a la atenuante del artículo 11 N°5 del Código Penal, más aún si en varios femicidios esta atenuante ha sido reconocida y con ello se ha morigerado la pena del autor, mientras que en los pocos casos donde es la mujer la autora del parricidio, esta atenuante no se ha considerado. De esta forma, se puede señalar que, a partir de revisión de las 15 sentencias que se dictaron entre los años 2012 y 2014 sobre parricidio en que la autora es la mujer y la víctima varón su cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente, tan sólo en dos casos fue invocada y en ambos fue rechazada.

Para dar respuesta a la interrogante señalada, se propone realizar un breve estudio sobre la forma en que tradicionalmente la doctrina ha entendido esta atenuante, para luego analizar algunas de las sentencias en que se ha invocado esta circunstancia minorante de responsabilidad penal. Para finalizar, se revisará la figura bajo una mirada distinta a la que habitualmente se conoce.

II. Aspectos doctrinales tradicionales sobre esta atenuante

Gran parte de la doctrina chilena ha señalado que la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 5 del Código Penal forma parte del grupo de atenuantes denominadas "emotivas o pasionales", junto con las circunstancias minorantes de responsabilidad contenidas en los numerales 3 y 4 del referido artículo del Código punitivo[2]. Ello porque estas circunstancias contienen un factor común, que consiste en la existencia de hechos capaces de provocar una alteración emocional intensa en el sujeto activo del delito[3]. Como señala Cury,

2 De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 11 N° 3 de Código Penal, es una circunstancia atenuante "la de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido provocación o amenaza proporcionada al delito". Asimismo, de conformidad con el artículo 11 N°4 del referido Código, se atenúa la responsabilidad criminal al que ejecutó "el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos".

3 NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, Parte General, Tomo II, p. 24.

la ley concede una atenuación de la pena a quien ha obrado en circunstancias que, normalmente, provocan una perturbación anímica más o menos profunda –y, por eso, una formación de la voluntad anómala– o al que lo ha hecho efectivamente alterado de manera significativa por cualquier causa capaz de ocasionar ese estado[4].

No obstante lo anteriormente señalado, para Cury[5] y Garrido Montt, la denominación de las atenuantes señaladas como "pasionales (o emocionales)" puede inducir a error, pues en efecto la única que realmente respondería a la creación de un estado emotivo particular en el sujeto activo es la del N° 5, es decir, *obrar por estímulos poderosos*. Las dos restantes, esto es, cometer el delito en *vindicación próxima de una ofensa* o por haber *precedido inmediatamente provocación o amenaza,* responden a situaciones objetivas conforme a la visión del actor, que no necesariamente causan un estado emocional, sin perjuicio de que normalmente puedan provocarlo, cuestión que la atenuante no requiere[6].

En consecuencia, respecto de la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación, existe consenso en estimar que se trata de una atenuante de tipo emocional, pues para su configuración, han de existir estímulos de tal naturaleza que provoquen una alteración en el ánimo de la persona afectada[7].

A este respecto, en cuanto a dicha configuración, como manifiesta Garrido Montt, se requiere que concurran requisitos objetivos y subjetivos[8].

Respecto a las condiciones objetivas, están constituidas por el o los estímulos que recibe el sujeto activo. Es estímulo todo aquello que excita con viveza a la ejecución de un acto. El estímulo ha de ser, en consecuencia, un hecho o suceso ajeno al proceso volitivo normal del sujeto; ha de tener objetividad, en el sentido de que habrá de ser una circunstancia que el sujeto mire como extraña a su libertad de determinación y que sienta que lo impulsa, arrastrando su voluntad, a la ejecución del hecho[9].

Además se requiere que estos estímulos reúnan ciertas características. Deben ser *poderosos,* esto es, deben tener una envergadura, intensidad o magnitud aptos para provocar una seria alteración de naturaleza psicológica en el delin-

4 CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1992, Parte General, Tomo II, p. 108.

5 Ob. cit., p. 108.

6 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal*. 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1997, Parte General, Tomo I., p. 184.

7 Ob. cit., p. 187.

8 Ob. cit., p. 188.

9 NOVOA, ob. cit., p. 26.

cuente[10]. Junto con lo anterior, se requiere que el estímulo sea de aquellos que "naturalmente" provoquen arrebato u obcecación, esto es, que "normalmente" produzcan tales estados psicológicos en un hombre medio[11]. No se requiere que el estímulo sea próximo a la ejecución del delito, sino que su efecto perdure al momento de perpetrarse el hecho punible[12].

Se ha debatido por la doctrina y la jurisprudencia la necesidad de que existan móviles éticos en la alteración psíquica que presenta el agente. El ejemplo que ha promovido este debate es el caso del que da muerte a su concubina en el arrebato que le sobreviene al sorprenderla en infidelidad. Sobre este punto, hay quienes han sostenido que no procede la atenuación de responsabilidad ya que la causa del arrebato no obedece a móviles éticos. Otros autores, como Cury, sostienen que si se exige una procedencia lícita e, incluso, "digna de aprobación ético-social, se negaría la atenuante al que comete el delito poseído por los celos que le inspira su concubina a quien sorprende manteniendo relaciones con un tercero, y en otras situaciones semejantes"[13]. Por su parte Novoa refiere sobre este punto, que el legislador no estableció una diferencia en la naturaleza de los móviles, ni en su calidad ética, ni impone una valoración de ellos. En este sentido, simplemente manda que ante el hecho psíquico de un arrebato u obcecación, provocados naturalmente por estímulos muy poderosos, se reduzca la responsabilidad del agente. No es relevante si el estímulo es moral o jurídicamente ajustado o no, lo importante es que tenga la aptitud como para turbar al sujeto activo de manera tal que sus reacciones motoras no sean libres ni razonadas, sino que estén impulsadas por un ímpetu emotivo[14]. Con una visión distinta, Etcheberry, siguiendo a Anton y Rodríguez, manifiesta que la expresión "naturalmente" significa que los estímulos deben producir el efecto indicado en la generalidad de las personas, y esto es suficiente para excluir los motivos ética y socialmente reprobables, tales como la avaricia del usurero, la lascivia del violador o el odio del asesino, ya que no mueven a la generalidad de las personas en forma de arrebato y obcecación[15].

En cuanto a las condiciones subjetivas, es menester que el estímulo provoque en el sujeto activo un estado emocional especial: arrebato y obcecación[16]. El arrebato se define como un estado emocional que se presenta como un acceso súbito e intenso de pérdida de control de los actos propios como consecuen-

10 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 188.

11 Ob. cit., p. 188.

12 CURY, ob. cit., p. 117.

13 Ob. cit., p. 116.

14 NOVOA, ob. cit., p. 28.

15 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Parte General, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998, Tomo II, p. 21.

16 Ob. cit., p. 188.

cia, especialmente, de la ira o de la indignación. La obcecación corresponde a una ofuscación persistente de la razón, que priva del normal discernimiento respecto de la conducta que se ha de seguir[17].

Si bien el Código Penal utiliza las expresiones arrebato y obcecación de manera copulativa, en circunstancias que estas alteraciones anímicas son cualitativamente distintas y difícilmente irán conjuntamente, doctrinalmente se ha sostenido que el verdadero sentido de la ley ha de hallarse en la concurrencia alternativa de la una o la otra[18].

III. Análisis de sentencias en que se ha debatido sobre la concurrencia de la atenuante en el delito de femicidio

Como se adelantó, la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación, es una circunstancia invocada frecuentemente por la defensa de los acusados por el delito de femicidio, solicitando que se atenúe la responsabilidad penal de éstos, argumentando que el sujeto, al enterarse de una infidelidad o producto de los celos, acometió en contra de su mujer, y le causó la muerte.

Para ilustrar lo anterior se revisan algunas sentencias ejecutoriadas recaídas en el delito de femicidio en que se ha discutido la concurrencia de esta minorante de responsabilidad criminal[19].

a) Fallos en los que se acoge la atenuante

- Tribunal Oral de Angol, 29 de agosto de 2012, RUC N° 1101053696-2, RIT N° 54-2012: se indica en el considerando vigésimo segundo *"Que en convicción de estos Jueces, favorece al imputado la atenuante prevista en el artículo 11 Nº5 del Código Penal, aludida por la defensa, ya que como se fundamenta a continuación, obró por estímulos tan poderosos que naturalmente produjeron de su parte, un proceder con arrebato y obcecación.*

Antes que nada debemos dejar asentado que, sobre el particular, no se pretende justificar en manera alguna el proceder delictivo del acusado, sino que sólo para los efectos que esta aminorante ha de consignarse que resulta procedente atenuar su responsabilidad penal…

Así las cosas, conforme a los razonamientos precedentes, resulta procedente concluir que favorece al acusado la atenuante en referencia, puesto que si bien es cierto por

17 NOVOA, ob. cit., p. 26.

18 Ob. cit., p. 27.

19 Los pasajes destacados en las sentencias son de cargo de la autora.

una parte la víctima señala que luego de regresar del hospital en compañía del acusado, y antes de dormir no tuvo ninguna discusión con el acusado, y este por su parte indica que si la hubo, nos quedaremos con lo señalado por su hija L.N. contrastada por el Ministerio Público con su declaración fiscal en la señala que antes de dormir sus padres discutieron, no ahondó en el tema, sin embargo y ***aún no es posible señalar que dicha discusión se debiera a una conducta de infidelidad de la víctima****, puesto que dicha circunstancia no se acreditó en el juicio, si podemos concluir que existió una discusión en el acusado, que siguiendo en este punto a la doctrina antes el estado anímico del sujeto al momento de delinquir, provocado por un estímulo externo", Labatut manifiesta que la pasión si no va acompañada de un estado emocional violento, y ello se ve reflejado no solo en las lesiones provocadas a la víctima sino también en las lesiones auto inferidas, de ellas claramente se puede llegar a concluir que el acusado sin lugar a dudas se encontraba en un estado de shock provocado por razones que no se encuentran claras, pero que si el dolo se desprende de hechos externos, en este caso el arrebato y obcecación que se manifiesta en la conducta lesiva, claramente se desprende de una provocación de tal magnitud, en la persona del acusado que nos llevan a configurar la causal de atenuación".*

- Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, 26 octubre de 2012, RUC N° 1100816092-0, RIT N° 258-2012: como se señala en el considerando décimo primero "*En este caso se ha acreditado que el inculpado es un trabajador de la minería, desempeñando en la faena labores particularmente rudas, siendo analfabeto –conforme justificó su empleador Bernardo Tay– y que se encontraba además con una notoria ingesta alcohólica –según resultó de lo que expuso el propio señor Tay y de lo que advirtieron la ofendida, el testigo González y los funcionarios policiales Curiqueo y García–, lo cual permite concluir que conforme las peculiaridades de su persona* ***un estímulo como el enterarse de la infidelidad de su pareja –justificándose su existencia con la propia versión de la afectada, la cual no fue contradicha con prueba alguna en este punto–, con la consiguiente burla o escarnio de su círculo de amigos, resultó suficientemente poderoso pues provocó en él un descontrol súbito y no habitual de su voluntad****. A su vez y por lo dicho la reacción del imputado no puede entenderse tardía o extemporánea, pues obedeció simplemente a la dificultad en asimilar la información recibida conforme a su capacidad del momento –reiterándose aquí su consumo de alcohol y su carácter de analfabeto–, advirtiéndose que reaccionó de manera precipitada, esto es con arrebato, propinándole por lo demás una única puñalada a la ofendida, estimando que si hubiese querido proceder por venganza, habría perseverado en su conducta de atacar a la ofendida hasta darle efectiva muerte, conformándose con propinarle una sola puñalada, siendo esclarecedora la reacción posterior al hecho del inculpado, descrita por la misma víctima y ya aludida más arriba, en cuanto a que si ella se moría él también se moría, evidenciando con ello haber sopesado recién la gravedad de su obrar, actitud propia de quien ha incurrido en un proceder arrebatado".*

- Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, 5 de abril de 2016, RUC N° 1500715630-5, RIT N° 29-2016: los magistrados sostuvieron en el consi-

derando décimo cuarto *"Que tal como se dictaminó en la deliberación, se estimó concurrente en favor del sentenciado la atenuante de responsabilidad penal establecida en el artículo 11 N° 5 del Código Penal, esto es, la de haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente le hayan causado arrebato u obcecación, toda vez que de la prueba testimonial aportada se desprende que* ***en el momento previo a la agresión se había develado la infidelidad de su cónyuge,*** *con quien estaba casado hacía 15 años y mantenía dos hijos en común. Evidencia su obrar irracional, el que se desata con intensidad su agresión, al constatar la presencia de Carabineros, sin hacer amago alguno de disimular su actuar ante la concurrencia de la policía en su casa. Y hace más patente que su actuar fue empañado por ese estado emocional el que aún ante la presencia de un carabinero observando la agresión, quien le ordena de manera enérgica y en reiteradas ocasiones que detuviera su actuar, éste no cesó en su proceder, abandonando su accionar únicamente al escuchar el disparo que carabineros debió ejecutar a pocos metros del sujeto, actitud que hace evidente que este fuerte ruido, a pocos metros suyo, le hizo reaccionar sobre lo que estaba ejecutando".*

- Corte de Apelaciones de La Serena, 31 de mayo de 2016, RUC N° 1500715630-5, Rol N° 159-2016: "*Décimo Quinto: Que contrastados los hechos de que da cuenta el fallo recurrido, inamovibles para esta Corte, con los elementos que configuran la atenuante que pretende desvirtuar el recurrente, este Tribunal de Alzada debe reconocer que la subsunción que hacen los jueces del juicio en la sentencia recurrida de los hechos al derecho vigente en nuestro país es correcta y se condice con nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, lo que se ve refrendado por la doctrina conteste y jurisprudencia uniforme citada en el considerando precedente, de tal manera que no hay reproche que formular en este acápite, debiendo precisarse que los elementos fácticos de esta atenuante no forman parte del tipo penal en cuestión como tampoco que se encuentre proscrita de esta figura delictiva toda vez que cuando el legislador ha querido hacerlo lo ha dicho expresamente (por ejemplo, artículo 20 de la Ley 20.000, 197 Ley 18.290 y 450 bis del Código Penal)".*

En las sentencias de los Tribunales Orales en lo Penal de Angol y Antofagasta del año 2012, se evidencia la intención del sentenciador de dar por concurrente la circunstancia modificatoria discutida, pues incluso en el fallo de Angol los jueces no logran establecer una supuesta infidelidad de la víctima, sin embargo de igual manera estiman que al acreditarse una discusión, ésta tiene la envergadura de provocar un estado emocional tal en el imputado, que es capaz de disminuir su responsabilidad penal. En el caso de Antofagasta, al enterarse el imputado de una infidelidad *"con la consiguiente burla o escarnio de su círculo de amigos, resultó suficientemente poderoso pues provocó en él un descontrol súbito y no habitual de su voluntad"*, lo que revela que bastó en este caso, la existencia de una situación únicamente acreditada con los dichos de la propia víctima, que provocara menoscabo a la hombría del sujeto activo –la burla o escarnio en sus amigos– para dar por configurada la atenuante.

Tratándose de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, y de su ratificación por la Corte de Apelaciones de La Serena el año 2016, se tiene por acreditado este estado emocional por el solo hecho de haberse enterado momentos antes de la agresión, de una infidelidad de su cónyuge, lo que se ve demostrado por el actuar violento del imputado a pesar de la presencia de carabineros en el lugar.

b) Fallos en que se rechaza la atenuante por considerar que la develación de una infidelidad no tiene la entidad suficiente como para ser considerada un estímulo poderoso

- Tribunal Oral en lo Penal de Talca, 20 de noviembre de 2012, RUC N° 1101251664-0, RIT N° 158-2012: Se señala por los jueces en el considerando décimo, "*En lo tocante a la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato u obcecación, se ha decidido rechazarla, ya que de la redacción de su texto legal, aparece como necesario para configurar esta minorante, la existencia de un estímulo especialmente poderoso para causar profundos trastornos en el ánimo de una persona, elementos que, de la prueba aportada, no resultaron acreditados.*

Primeramente, no se logró formar convicción acerca de la existencia de una supuesta infidelidad de la víctima a su ofensor, ya que de la prueba incorporada, principalmente la hoja manuscrita, la tarjeta de navidad y la declaración de la perito documental caligráfico Ruth Pizarro, sólo se puede tener por establecido que la hoja de papel manuscrita que contendría la confesión de infidelidad fue escrita por misma persona que escribió la tarjeta de navidad aportada por la defensa.

Además no puede darse por establecido que la supuesta infidelidad aducida haya sido la detonante de la reacción violenta del agente. En efecto, de la prueba aportada, la única referencia a este punto aparece en la declaración del encartado, ya que si bien el perito fotográfico de la PDI declara que la hoja manuscrita fijada en la fotografía N° 31 se habría encontrado en la habitación donde comenzó la agresión, este solo hecho no permite establecer de manera inequívoca que ésta haya sido la causante de la acción criminal del ofensor.

Tampoco, se estima, que, en la especie, ***la develación de una supuesta infidelidad de antigua data haya tenido la entidad para constituirse como estímulo poderoso que produzca necesariamente obcecación en el hechor****.*

Tampoco se acreditó que efectivamente el encartado se haya encontrado en una situación de trastorno profundo de su ánimo al momento de cometer el hecho. Así queda de manifiesto con las declaraciones de Sandra Moglia Contreras, médico siquiatra del Hospital Horwitz quién señala que al momento de los hechos el acusado no tenía ningún tipo de alteración de la realidad ni de conciencia; y de Patricio Quiroga Barría, sicólogo del Hospital Horwitz, quién indica que en el momento

de la entrevista y de los hechos no hay antecedentes que permitan sostener que el acusado tenga juicio de realidad comprometido. Ambas aseveraciones quedan plasmadas también en la conclusión del peritaje siquiátrico y sicológico que practicaron al ofensor".

- Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, 31 de julio de 2012, RUC 1101014487-8, RIT 121-2012: en el considerando octavo, los sentenciadores manifestaron "*Que, asimismo, los sentenciadores rechazaron la atenuante contemplada en el artículo 11 Nº 5 del Código punitivo, esto es haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan provocado arrebato y obcecación, por cuanto la llamada atenuante pasional por la doctrina, requiere una serie de elementos para ser procedente, debe obrarse por estímulos poderosos, no basta cualquier estímulo, la infidelidad de una persona puede revestir en algunos casos dicho carácter, al respecto el tribunal no se encuentra en condiciones de saber en qué momento el acusado supo de esta situación de parte de su cónyuge, si lo fue el mismo día como lo señaló éste o fue un mes antes o menos como lo dijo su hija, siendo muy distinta la acción del estímulo en uno u otro caso, ya que de ser el mismo día el estímulo es más fuerte, que sí ha ocurrido en un tiempo previo, configurándose una primera dificultad para el cumplimiento del requisito, enseguida no puede olvidarse la presencia del adverbio "naturalmente", contemplado en el precepto legal, lo que está indicando que los estímulos deben medirse en relación a la reacción de la generalidad de las personas en un momento determinado y lo concreto con relación a* ***la infidelidad que puede detonar arrebatos no es provocar una herida mortal a la persona infiel, sino otras como las mencionadas por el defensor, agresiones con platos, lanzar las ropas por la ventana, expulsión de la vivienda de la persona infiel, etc****. Tampoco, pese a haber sido en general veraz en su declaración el acusado, pueden tenerse por establecidos los dichos ofensivos que refiere haber recibido al declarar en estrados de parte de la víctima como justificativos del desmedido arrebato que señala haber padecido, porque al respecto sólo existe su declaración y lo único que el tribunal está en condiciones de acreditar es un altercado previo entre víctima y victimario, como ya se señaló. El profesor Novoa Monreal define el arrebato, como "un estado emocional que se presenta un acceso súbito e intenso de pérdida de control de los actos propios, como consecuencia, especialmente, de la ira o de la indignación" (Op. Cit., Pág. 26), pero añade que el texto legal exige que arrebato y obcecación hayan sido producidos naturalmente por el estímulo de que se habla, "esto es que se trate de desarreglos psicológicos que de manera regular y común sucedan al estímulo" (Op. Cit., Pág. 26). No es por tanto un desarreglo psicológico que regular y comúnmente, al decir del autor, produzcan una reacción de tipo homicida, sino que como se indicó lo que comúnmente sucede son las otras reacciones ya indicadas...".*

- Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 10 de abril de 2015, RUC N° 1201045256-0, RIT N° 42-2015: Considerando duodécimo: "*Luego esta circunstancia atenuante será desestimada por dos motivos, el primero, puesto que tal como fue expuesto, la prueba de la defensa fue insuficiente para acreditar que el imputado al momento de los hechos hubiera estado en una situación de exigibi-*

lidad disminuida, dado que el trastorno de personalidad constatado, no altera su juicio de la realidad y su capacidad de determinación, tal como a propósito de las otras circunstancias alegadas se señaló. El segundo, porque tampoco se cumple con este precepto, específicamente con el término "naturalmente". Al respecto, la doctrina concuerda en que tal expresión dice relación a que los estímulos deben ser tan poderosos que en un hombre medio, es decir en la generalidad de las personas, de manera general o común pueda producir arrebato u obcecación. Cuestión que en la especie, conforme a las máximas de experiencia, es posible establecer que no se cumplen.

En tal sentido el profesor Eduardo Couture en su obra Fundamentos del Derecho Procesal Civil (Editorial B de la F, Buenos Aires 2010, Cuarta Edición, pág. 189) define las máximas de experiencia como "normas de valor general, independientes del caso específico, pero que, extraídas de cuanto ocurre generalmente en múltiples casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie". Es decir, las máximas de experiencias son el conocimiento que se tiene de la cotidianidad, de lo común, de lo acostumbrado. ***Y tal sentido, es evidente, que ante el conocimiento que un "hombre medio", pueda tener de la infidelidad de su cónyuge, incluso considerando la forma en la que él se da cuenta de aquello (al ver los mensajes en la Tablet) y con independencia de la reacción que tenga ésta, no maltrata, no golpea, ni actúa con la extrema violencia de G.V., quien sí podía controlar su actuar, accionar que provocó la muerte de su cónyuge.***

Conforme a lo anterior, al no cumplirse las exigencias de esta circunstancia, la misma será desestimada".

En los tres fallos reseñados, se cuestiona que el hecho de enterarse de una infidelidad por parte del acusado constituya un estímulo de entidad suficiente para configurar este especial estado emocional y, además, si este estímulo "naturalmente" pueda provocarlo, esto es, si el conocimiento de una infidelidad conlleva para la generalidad de las personas, un actuar violento de tipo femicida, concluyendo que un "hombre medio" frente a una situación de develación de infidelidades debiera actuar de manera diferente y no buscar causar la muerte de su pareja.

c) Fallo en que se rechaza la atenuante por consideraciones de género

- Tribunal Oral en lo Penal de Angol, 27 de julio de 2016, RUC N°1501141588-9, RIT N° 70-2016: en el considerando décimo quinto, señalan los magistrados: *"Para resolver sobre la cuestión, el Tribunal ha considerado que el estímulo que produce el arrebato u obcecación, debe consistir en: (a) provocar un estado de alteración de la voluntad, producto de la pasión, que coloque al individuo en un estado emocional falto de control, (b) que provenga de causas externas a él y (c) que tenga un motivo justificable.*

Cabe consignar que en este caso, ese estímulo es la infidelidad de la víctima, conforme a la declaración de la perito Verónica Acuña Pérez, lo que provocó en el acusado la

decisión de atentar en contra de su vida. Sin embargo, este motivo o estímulo no es de aquellos que justifiquen su arrebato y obcecación.

La declaración de J.E.E.P. y G.V.E.P., hijas de la víctima y el victimario, dan cuenta que la relación de pareja entre sus padres ya no existía, que dormían en piezas separadas, que existían problemas de violencia doméstica de carácter verbal y ya aparecían las primeras evidencias de violencia física; todo ello motivado por los celos de H.J.E.O.. También, el testimonio del funcionario de Carabineros, David Hernández Olave da cuenta de esta situación, quien, antes del día de los hechos ya había concurrido al inmueble por un problema de violencia y cursó una denuncia al Juzgado de Letras de Victoria por actos de violencia intrafamiliar, pese a que M.P.C. no quería que a su cónyuge se le ordenara salir del hogar común. Además, una de las hojas cuadriculadas, que fue leída por el acusado, y escrita por él, da cuenta que había visto un hombre conversando con su mujer en la plaza; y, que, según sus dichos, había aparecido ropa interior de color rojo de hombre en el lavado, la misma que vio en la foto que miraba la víctima en su celular el día de los hechos.

La supuesta infidelidad de la víctima, no fue descubierta por el acusado ese día, 29 de noviembre de 2015, sino que estaba presente desde hacía un tiempo y los celos se habían vuelto una fuente de problemas de convivencia para la pareja y sus hijas.

No se acreditó que alguno de los dos teléfonos recogidos en el sitio del suceso, hubiere contenido las fotografías eróticas de que dice el acusado haber visto a 30 centímetros por la ventana y nada dijeron los testigos sobre la existencia de ropa íntima de hombre o una relación paralela sentimental o sexual de la víctima con otra persona… En síntesis, se descarta, por el Tribunal, que la infidelidad haya existido realmente y sea el motivo del arrebato u obcecación, considerando además que el acusado no presenta una inimputabilidad disminuida, conforme a la pericia de la defensa…

Por último, la inexistencia de vida marital o de pareja y una relación amorosa paralela (si ello hubiere existido) porque no fue acreditado, no es motivo de justificación para matar a la cónyuge.

Todo lo anterior, ha llevado al Tribunal a descartar que hubiere existido el estímulo tan poderoso para producir naturalmente arrebato y obcecación en el acusado y por ello se desecha la concurrencia de la circunstancia atenuante del artículo 11 N°5 del Código Penal.

Más y aún en la tesis de la defensa la atenuante invocada no tiene sustento.

Consignemos, en primer lugar, que nos resulta ineludible señalar que nos encontramos ante un caso que denuncia violencia de género, en el que el varón aparece ejerciendo todo su poder en relación a una víctima mujer a la que intimida y trata con violencia, en virtud de la relación vital en que se halla.

Y lo anterior no es baladí si consideramos que nuestra legislación con arráigame* (sic) *en tratados internaciones, prohíbe todo tipo de violencia contra la mujer. A

nivel supranacional existe la "Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer" (más conocida como la "Convención de Belém Do Pará"), ratificada por Chile, que plantea como objetivos promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia, y específicamente a preservar su "integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial".

La citada Convención de Belém Do Pará en su preámbulo afirma que "la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades" y preocupados "porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres" establece como deberes de los Estados, condenar todas las formas de violencia contra la mujer, debiendo actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso "b") y tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer (art. 7 inc. e).

Así las cosas, hemos de señalar que una de las particularidades de la violencia contra la mujer, es el tiempo de victimización, porque a diferencia de otros delitos "aquí la víctima sufre reiterados comportamientos agresivos, una escalada de violencia cada día o semana más agravada y de mayor riesgo", caracterizada por su duración, multiplicidad y aumento de gravedad (MARCHIORI, Hilda, Los comportamientos paradojales de la Violencia Conyugal-Familiar, p. 212, 213, Serie Victimología, nº 8, Violencia familiar/ conyugal, Encuentro Grupo Editor, Córdoba, 2010).

En consecuencia, en escenarios que revelan violencia de género no se puede aceptar que aún el hecho que una mujer sea "descubierta" por su marido agresor manteniendo conversaciones electrónicas con algún otro varón u observando sus fotografías o la "case en un supuesto acto de infidelidad", ello pueda funcionar como una ofensa inferida por la víctima mujer al ánimo de su cónyuge, autor de la agresión y que denote una menor culpabilidad cuando su relación marital se encontraba signada por los malos tratos hacia M.P.C. y por los rasgos celópatas del propio E.O..

En efecto y como quedara consignado, las hijas del matrimonio, esto es, las testigos J.E. y G.V., ambas E.P., como también el funcionario policial, Hernández Olave, dieron cuenta de múltiples episodios de violencia física y malos tratos ejercidos por el acusado en contra de la víctima, reveladores que el imputado se hallaba atravesado por actitudes tradicionales, según las cuales consideraba a su cónyuge como subordinada, atribuyéndole funciones estereotipadas que, en los términos convencionales "perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción".

De justificar la acción del encartado en el sentido de considerar disminuida su culpabilidad, presupondría la aceptación como legítima de los actos de violencia anterior proferidos por el hombre a la mujer y el premio de una pena menor para quien fuera autor de tratos que niegan el derecho humano de ella al goce de una vida libre de violencias.

Así las cosas, el estado de emoción violenta (ya sea por arrebato u obcecación) que alega la defensa debe ser analizado a partir del citado marco fáctico toda vez que el hecho se perpetró en un escenario que revela un contexto de agresión en contra de la mujer.

Conforme lo expuesto y a fin de determinar si la circunstancia atenuante alegada por la defensa puede llegar a constituir un motivo provocador válido que aminore la culpabilidad del encartado, es necesario que aquel no sólo se encuentre conmocionado en su ánimo, sino que además, resulta esencial que las circunstancias que lo producen o causan se encuentren fuera del sujeto y resulten eficientes para provocar la crisis emotiva, análisis que reiteramos, no puede, bajo ningún motivo, prescindir del entorno de violencia en el cual vivía la víctima a merced del acusado.

En efecto, las hijas de la víctima, expusieron que debido a los malos tratos su mamá ya no hacía vida marital con su padre, dormían en camas separadas y no tenían vida de pareja. Palmarios son los dichos de J.E. quien indicó que el acusado le tiraba el pelo a su madre, le daba palmazos, siendo innumerables las ocasiones en las que tanto ella como su hermana debieron intervenir (sujetándole las manos o evitando que le lanzara cosas) para que su padre no agrediera a su madre. Más, G.V. dijo que la relación entre sus padres estaba marcada por las peleas, que el ambienta era intolerable y que incluso, un día antes del asesinato, su madre le señaló que estaba muy asustada por las reacciones de su padre, añadiéndole que días atrás había visto a su padre afilar un cuchillo. Más, indicó que su padre celaba constantemente a su madre y que debido a los celos que sentía su padre en una ocasión se reunieron (como familia) y le explicaron que la persona de la que sentía celos era sólo un amigo de su madre.

En síntesis, entre acusado y víctima existió una relación sentimental marcada por la violencia de E. hacía la señora P.C. y si aun en el caso que ésta última haya decidido iniciar una nueva relación de amistad o de pareja con otro varón, era una situación que E. conocía al igual que la decisión de la ofendida de terminar unilateralmente su relación con el encartado debido a los malos tratos que le daba. Y esto último era lo que precisamente E. no aceptaba ni toleraba.

Con tal base probatoria, se puede concluir con evidencia que la supuesta conmoción psíquica que alega el imputado al momento del hecho no fue provocada por una situación que lo tomara por sorpresa y de la que fuera totalmente ajeno; antes bien, las circunstancias señaladas dan cuenta de un proceder deliberado, compatible con la alteración provocada por sus rasgos celopatas y por la relación sentimental finalizada y que lesionaba su "derecho de dueño, en su calidad de varón" sobre la víctima.

En consecuencia, es correcto concluir con certeza, pues, que aún en el evento que efectivamente hubiese confirmado "sus sospechas" de infidelidad no existió una conmoción violenta y excusable de su ánimo sino una reacción, aunque emotiva, producto de su equivocada creencia que le asistían todos los derechos sobre la persona de la víctima. *Esta valoración se fortalece más aún si se atiende a los continuos malos tratos y molestias que el imputado le infringía a la víctima no sólo durante la relación de pareja que ambos mantuvieron, sino incluso después de concluida.*

Así es dable concluir que la conducta violenta del acusado no encontró su origen en una ofensa inferida por la víctima y que resultara ajena a él, para así atenuar su culpabilidad, todo lo contrario, ***el hecho motivador y provocador de su comportamiento criminal fue su propio temperamento agresivo y dominador, lo cual lo llevó a incrementar su trato violento hasta causarle la muerte a aquélla****".*

Este reciente fallo implica un salto importante en materia de violencia contra las mujeres, pues al incorporar la mención a tratados internacionales sobre la materia y su fenomenología, desarrolla elementos que proporcionan una nueva visión sobre la forma en que debe analizarse esta atenuante.

IV. Re-visión de la atenuante con perspectiva de género

Tal como se señaló al inicio de este artículo, lo que llama la atención de la aplicación de esta atenuante, es que mayoritariamente ha sido utilizada en delitos en los que un hombre mata –o intenta hacerlo– a una mujer con la que se encuentra vinculado sentimentalmente, motivado por los celos y/o la infidelidad de su víctima.

Al analizar los aspectos doctrinales de esta atenuante, se pudo establecer que, para algunos autores, un caso que ejemplifica la concurrencia de esta circunstancia es el de aquel –hombre– que *"comete el delito poseído por los celos que le inspira su concubina a quien sorprende manteniendo relaciones con un tercero"*[20]. Incluso, para ilustrar la falta de exigencia de inmediatez, Matus cita a Fuensalida quien pone como ejemplo de quien no ha podido obrar inmediata ni próximamente a la ofensa, al marido que mata a su esposa convencido de su infidelidad[21]. De esta manera, aparece de manifiesto que en su origen fue pensada para atenuar la responsabilidad de los maridos que mataban a sus mujeres[22].

20 CURY, ob. cit., p. 116.

21 MATUS Jean Pierre, en POLITOFF Sergio y QUIROGA Luis. *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, Tomo I, Libro I, Parte General, p. 177.

22 Al respecto, hasta 1953 existía una eximente de responsabilidad criminal para quien asesinaba a consecuencia de sorprender in fraganti en adulterio a su mujer. Esta eximente se encontraba en el original Código Penal chileno, en el artículo 10 N°11 y rezaba: "el

A partir de este desarrollo cabe preguntarse, ¿es esta norma neutral en términos de género?, ¿se aplica de igual manera a hombres y mujeres?

Para responder esta interrogante, se propone revisar esta norma con lentes de género, para lo cual se harán algunas precisiones sobre lo que se entiende por género.

El término "género", traducción del idioma inglés del vocablo "gender", hace referencia a la dicotomía sexual que es impuesta socialmente a través de roles y estereotipos, que hacen aparecer a los sexos como diametralmente opuestos[23]. Así, los conceptos de sexo y género son distintos, aun cuando en el pasado fueron utilizados indistintamente. El sexo se refiere a los aspectos biológicos que diferencian a hombres y mujeres. Es una característica biológica determinada por elementos físicos que cada uno trae consigo, como los genitales, hormonas, cromosomas y caracteres sexuales secundarios[24].

Género en cambio, es una construcción social, no biológica, y por ello nos permite entender que muchas de las diferencias entre hombres y mujeres no tienen que ver con lo biológico, sino con la forma en que se construye la sociedad en torno a lo que se espera de un hombre y una mujer. Así, de una mujer se espera que sea madre, que se ocupe de la casa, de sus hijos, mientras que se espera que el hombre sea el proveedor de esa casa y de sus hijos. De esta manera surgen roles y estereotipos[25] asignados a los sexos, que lejos de ser "naturales", constituyen constructos sociales y culturales, y por ello son esencialmente mutables.

Así, el género aparece como una categoría de análisis desarrollada para el estudio de las relaciones entre mujeres y hombres y la comprensión de los factores estructurales que influyen en el comportamiento, representaciones y valoraciones que la cultura identifica como masculinas o femeninas[26]. Permite visibilizar las diferencias e inequidades entre hombres y mujeres en las sociedades y formaciones socioeconómicas dadas. Atraviesa toda la estructura

marido que en el acto de sorprender a su mujer infraganti en el delito de adulterio, da muerte, hiriere o maltrata a ella y a su cómplice; con tal que la mala conducta de aquél no haga excusable la falta de ésta. Si sólo diere muerte, hiriere o maltratare a uno de ellos, subsistirá no obstante la exención de responsabilidad criminal respecto del marido, a menos de constar que intencionalmente obró así o que las circunstancias del hecho lo revelen". Fue derogado por el artículo 4° de la Ley N°11.183, de 10 de junio de 1953.

23 FACIO, Alda. *Cuando el género suena, cambios trae*, San José, Costa Rica, ILANUD, 1992, p. 39.

24 GUZMÁN, Laura. Elementos conceptuales y metodológicos para la investigación de Derechos Humanos con Perspectiva de Género [en línea]. Disponible en: http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/docente/pd-000126.pdf. [fecha de consulta: 30 de agosto de 2016].

25 Son estereotipos de género, las creencias socialmente compartidas acerca de ciertas cualidades que le son asignadas a la persona en razón de su sexo.

26 GUZMÁN, Laura ob. cit., p. 5.

social y puede ser aplicada a todas las áreas del desarrollo social: a lo político, lo económico, lo ambiental, lo social, lo cultural, lo institucional y lo comunitario[27].

El género, como categoría de análisis, exige profundizar en el examen de las relaciones entre los hombres y las mujeres, pone el énfasis en los elementos socioculturales sobre los que se han construido esas relaciones, e identifica las desigualdades e inequidades que emergen de estos patrones. Permite observar, analizar, cuestionar y transformar los modelos que sostienen y perpetúan las desigualdades entre hombres y mujeres[28]. Asimismo, asume la existencia en nuestras sociedades de desigualdades entre hombres y mujeres producto de relaciones patriarcales fundadas en la dominación de los primeros sobre las segundas[29].

Como bien señala Marcela Lagarde, "el género es más que una categoría, es una teoría amplia que abarca categorías, hipótesis, interpretaciones y conocimientos relativos al conjunto de fenómenos históricos construidos en torno al sexo. El género está presente en el mundo, en las sociedades, en los sujetos sociales, en sus relaciones, en la política y en la cultura. El género es la categoría correspondiente al orden sociocultural configurado sobre la base de la sexualidad: la sexualidad a su vez definida y significada históricamente por el orden genérico"[30].

A continuación, utilizando los lentes de género para revisar esta atenuante, se tomará como marco de referencia los seis pasos de la metodología que ofrece Alda Facio[31] para analizar al Derecho[32].

27 FUNDACIÓN Juan Vives Suriá de la Defensoría del Pueblo. *Serie Derechos Humanos. Género y Derechos de las Mujeres. Nº 1 Lentes de género. Lecturas para desarmar el patriarcado*, Caracas, Venezuela, Fundación Editorial El perro y la rana, 2010, p. 30.

28 Ob. cit., p. 32.

29 GUZMÁN, Laura, ob. cit., p. 6.

30 LAGARDE Marcela. *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*, Madrid, España, Editorial horas y HORAS, 1996, p. 26.

31 Alda Facio es abogada feminista, ha escrito una gran cantidad de artículos sobre derechos humanos y la condición de las mujeres. También ha participado en el diseño de diversas leyes sobre violencia contra las mujeres y fue una de las primeras mujeres en denunciar el androcentrismo en la teoría y práctica de los derechos humanos y en el derecho en general.

32 Para analizar con mayor profundidad esta metodología, ver el texto de Alda Facio "Cuando el género suena cambios trae", ya citado. Esta metodología realiza un análisis crítico sobre cómo los juristas tradicionalmente han conceptualizado el fenómeno jurídico, dándole importancia a cuestiones que la mayoría de ellos no considera. Parte con un marco teórico, que sirve de contexto para el análisis posterior de los seis pasos, y en el cual se explica qué es la perspectiva de género y fundamenta una concepción más amplia del Derecho.

1. Primer paso

El primer paso de la metodología propuesta por Facio es tomar conciencia de que las mujeres, por su sexo, ocupan un lugar subordinado en la sociedad, mientras que el hombre ocupa un espacio privilegiado. De acuerdo a esta autora, esta forma de mirar la realidad, en la que se explicitan los privilegios del hombre, puede incomodar, pues estamos tan acostumbrada/os a ver el mundo desde la óptica masculina, que presentado desde la visión de quien no goza de esta situación privilegiada, puede parecer una percepción específica o sesgada, en circunstancias que lo que se pretende con esta perspectiva es lo contrario, es decir, ampliar las miradas.

2. Segundo paso

El segundo paso consiste en profundizar en la comprensión de lo que es el sexismo y las formas en que se manifiesta, identificando y cuestionando los elementos de la doctrina jurídica, de los principios y fundamentos legales, y de las investigaciones que fundamentan esos principios y esas doctrinas, que excluyen, invisibilizan o subordinan a las mujeres.

Al respecto, el sexismo es la creencia, fundamentada en una serie de mitos y mistificaciones, en la superioridad del sexo masculino, creencia que resulta en una serie de privilegios para ese sexo que se considera superior[33] [34].

Una de las formas en que se manifiesta el sexismo es el **androcentrismo**, que implica tomar al hombre como la medida de todo, por lo tanto, cuando se elabora un estudio o se dictan leyes, se hace tomando en consideración las necesidades, experiencias y preocupaciones masculinas.

Para identificar si el texto es androcéntrico, como dice Alda Facio[35], se pueden formular las siguientes preguntas: ¿quién es el prototipo, paradigma o modelo de este texto?, ¿de quién son las necesidades que se pretender llenar?, ¿se da igual importancia a la experiencia femenina que a la masculina?, ¿cuántas páginas o reglones le dedican a la experiencia femenina en relación a la masculina?, ¿qué valores promueve esta ley, o qué valores sostiene el o la autora?, ¿quién es el autor o autora?, ¿está presente o invisible?, ¿presenta sus opiniones como universales?, ¿neutrales?

33 FACIO, Alda, ob. cit., p. 23.

34 Como explica Facio en su texto, Margrit Eichler identifica siete manifestaciones de sexismo: el **androcentrismo, la sobregeneralización y/o sobreespecificación, la insensibilidad al género, el doble parámetro, el deber ser de cada sexo, el dicotomismo sexual** y **el familismo**. En este trabajo, se considerarán aquellas que se estiman presentes en la atenuante en comento, dejando el análisis del familismo para ser abordado en el paso 4 de la metodología.

35 FACIO, Alda, ob. cit., p. 79.

A la luz de lo señalado, la atenuante objeto de este estudio es un claro ejemplo del androcentrismo. Si bien el derecho en general es androcéntrico, pues ha sido creado en su mayoría por hombres y para hombres, en este caso resulta más patente esta característica puesto que esta norma busca cubrir las necesidades de los hombres que requerían atenuar su responsabilidad penal cuando actuaban arrebatados u obcecados por los celos o por haberse enterado de una infidelidad marital. Ello se demuestra en el tratamiento que mayoritariamente le da la doctrina tradicional a la concurrencia de esta atenuante, al poner como ejemplo clásico al hombre que encuentra a su mujer con otro y no a la mujer que ve al marido o pareja con otra.

Esto refleja que la norma no es neutral, que tiene un significado implícito que hace que desde la doctrina y la jurisprudencia se piense en el hombre cuando se quiere utilizar.

Otra manifestación del sexismo que se advierte en esta ley es la **insensibilidad al género**, lo que significa que se ignora al sexo como variable social importante[36]. Muchas de las leyes que en principio serían "genéricas", invisibilizan a las mujeres. Así, esta minorante de responsabilidad penal está pensada para ser utilizada por hombres, y no por mujeres, cuestión que se demuestra al ser una norma frecuentemente utilizada por los femicidas, y no por las mujeres parricidas.

En cuanto al **doble parámetro** o **doble moral**, que consiste en evaluar, valorar o medir de distinta manera o con distintos parámetros una misma conducta o situación, dependiendo del sexo que se tenga, es el caso de la circunstancia modificatoria en estudio. La infidelidad de una mujer versus la de un hombre, se aprecia de distinta manera, pues la sociedad castiga severamente a la mujer infiel, disculpando las reacciones iracundas del hombre que ve agraviada su masculinidad. Así, aparece el hombre-víctima, que es atormentado por una mujer que lo humilla ante el resto. Esta situación se aprecia mayoritariamente en la jurisprudencia analizada, pues en algunos casos bastó con mencionar la existencia de una supuesta infidelidad, para dar por concurrente la atenuante, mientras que en los pocos casos en que fue una mujer la que la invocó, no fue reconocida.

Muy vinculado con la anterior manifestación de sexismo, está el **deber ser para cada sexo**, que consiste en señalar que existen conductas o características humanas que son más apropiadas para un sexo que para el otro[37]. Esto se relaciona estrechamente con los estereotipos de género, y se identifica con los denominados mandatos de género, que se traducen en el cumplimiento de lo

36 GUZMÁN, Laura, ob. cit., p. 9.

37 FACIO, Alda, ob. cit., p. 91.

que el orden simbólico establece como lo que debe ser, lo que se espera de las mujeres y lo que se espera de los hombres.

Al revisar esta atenuante, resulta relevante lo que señala José Antonio Ramos Vásquez en torno a determinar qué protege el Derecho en estas situaciones de violencia masculina. Ciertamente no protege la integridad física de los hombres, sino su imagen, sobre la que tantas exigencias sociales existen. Entonces, resguardar la imagen de masculinidad, es un motivo particularmente poderoso cuando la mujer es sexualmente infiel, o es sospechosa de serlo[38]. Así, en su momento, era esperable que un hombre reaccionara agrediendo o matando a su mujer si sospechaba o sabía que le era infiel, por cuanto una reacción de este tipo, formaba parte del deber ser masculino.

Por último, también se advierte la existencia del **dicotomismo sexual**, que consiste en tratar a los sexos como diametralmente opuestos o absolutamente diferentes, en vez de tratarlos como sujetos con diferencias y semejanzas. Un ejemplo de ello es el estereotipo habitual de señalar que los hombres son objetivos y racionales, mientras que las mujeres son subjetivas y emocionales.

Comprender esta manifestación por quienes operan con el ordenamiento jurídico, es importante, pues justamente aquellas características que se le atribuyen al hombre, son aquellas que se le atribuyen al Derecho. De esta forma, el Derecho es visto como objetivo, racional y universal, al igual que el hombre, respecto del cual sus necesidades y experiencias son consideradas como universales, o bien, válidas para todos y todas.

Debido a que la circunstancia modificatoria del art. 11 N° 5 del Código Penal forma parte de este Derecho objetivo, racional y universal, se puede hacer un paralelo con las características que se atribuyen al hombre, por lo tanto, cuando los y las operadores/as jurídicos/as aplican esta norma, lo hacen considerando aquello que para el hombre resulte importante y no lo que las mujeres requieren.

Como concluye Facio, el doble parámetro, el dicotomismo sexual y el deber ser de cada sexo, son manifestaciones del sexismo que se relacionan estrechamente con el llamado proceso de sociabilización patriarcal, en el que se le atribuyen características contrapuestas a cada sexo (dicotomismo sexual) y se las jerarquiza, considerándose superiores a los que están del lado masculino (doble patrón), y se forman expectativas de conducta para cada sexo basadas en ese dualismo (deber ser)[39].

38 RAMOS, José Antonio. "Provocación femenina, violencia masculina y la mitología del feminicidio pasional", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, España, Thomson Reuters ARANZADI, enero-abril de 2012, Núm. 27, págs. 320 y 321.

39 FACIO, Alda, ob. cit., p. 94.

3. Tercer paso

El tercer paso consiste en "identificar cuál es la mujer que la ley está contemplando como "el otro" del paradigma de ser humano que es el hombre, y analizar sus efectos en las mujeres de distintos sectores, razas, orientaciones sexuales, discapacidades visibles, edades, etc."[40]. No todas las mujeres son iguales, por lo que es indispensable considerar todas las variables socioculturales para no caer en un prototipo de mujer que intente abarcar a todas las mujeres.

Al revisar el texto legal, podemos cuestionarnos si se está privilegiando o excluyendo a un tipo de mujer, pues lo que se pretende es identificar a cuál mujer-persona (entre las mujeres personas de distinta clase social, etnia, edad, religión, nacionalidad, etc.) va dirigida la norma jurídica, o bien a cuál invisibiliza o margina al entenderla implícita en el texto.

Así las cosas, la atenuante en comento no se dirige a ninguna mujer en particular, pues la idea de mujer se encuentra implícita en la norma.

4. Cuarto paso

El cuarto paso consiste en buscar la concepción de mujer que sirve de sustento al texto con el fin de encontrar soluciones prácticas a la exclusión, a los problemas y necesidades de las mujeres, que no impliquen la institucionalización de la desigualdad.

La idea es identificar si la norma se refiere a la mujer-madre, mujer-reproductora, mujer-objeto sexual, etc. La identificación de la mujer-persona con mujer-familia es una forma en que se manifiesta el familismo, donde familia y mujer son sinónimos por tener las mismas necesidades.

En el caso de la atenuante que se analiza, aparece –aun estando invisibilizada la mujer– el concepto de mujer-familia, y más específicamente el de mujer-esposa. Cada vez que se invoca en un caso de femicidio, está en la base, implícito, el familismo, pues se está mirando al hombre como jefe de familia y a la mujer como quien debe cuidar de ella; de allí que un comportamiento infiel sea visto como un hecho mucho más grave si es cometido por una mujer que por un hombre, más aún si con ello existe la posibilidad de llevar hijos al matrimonio que no son del marido.

5. Quinto paso

El quinto paso implica analizar el texto reconceptualizando lo que entendemos por Derecho, ampliando el concepto e incluyendo otros aspectos, como

40 Ob. cit., p. 95.

los que determinan cuándo, cómo y quién accede a la administración de justicia. Entonces, desde esta visión ampliada del ordenamiento jurídico, se pueden identificar los tres componentes del Derecho: formal-normativo (la norma formalmente promulgada), el estructural o derecho judicial (normas que surgen del proceso de selección, interpretación y aplicación de las leyes), y el político-cultural (reglas informales que determinan quién, cuándo y cómo se tiene acceso a la justicia[41].

A continuación, se revisarán estos tres componentes en la atenuante de responsabilidad penal de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación.

a. Respecto al componente formal-normativo, como bien señala Alda Facio, cuando nos enfrentamos a una norma jurídica y analizamos su redacción, es relevante formular las siguientes preguntas: ¿es verdaderamente un derecho lo que se está otorgando?, si es un derecho, ¿por qué sólo se otorga a la mujer?, ¿qué estereotipos se refuerzan con este "derecho"?, ¿quién es el modelo o paradigma del sujeto de obligaciones y derechos que otorga esta ley?, ¿contempla esta ley las diferencias entre hombres y mujeres?, ¿qué otras leyes regulan esta misma conducta o conducta similar?, ¿hay contradicciones?, ¿está confundiendo esta ley a la mujer con la familia?, ¿es verdaderamente neutral en términos de género?[42]

   A primera vista, la atenuante analizada parece una norma que no hace distinción alguna en cuanto a quiénes puede beneficiar, pues no otorga algún derecho específicamente al hombre, de modo que la pregunta clave es: ¿es neutral en términos de género?, esto es, ¿afecta de la misma manera a mujeres y a hombres?

   Para dar respuesta a esta interrogante, es necesario dar un paso para analizar los otros dos componentes que anota Alda Facio.

b. En cuanto al componente estructural, debemos indagar sobre quiénes interpretan y aplican la ley, por lo tanto, algunas de las dudas que pueden surgir son: ¿quiénes son?, ¿cuál ha sido su comportamiento respecto a la conducta regulada?, ¿tienen alguna actitud frente al sexismo? Luego, también debe problematizarse sobre el acceso que tienen las mujeres a la administración de justicia.

   ¿Cómo se comporta este componente en esta atenuante?

   Como ya se ha señalado, la forma en que se ha aplicado la atenuante ha sido distinta cuando quien la invoca es un hombre o una mujer.

41 FACIO, Alda. "Con los lentes del género se ve otra justicia". En: *Revista El Otro Derecho*, Número 28, ILSA, Bogotá D.C., Colombia, julio de 2002, p. 86.

42 FACIO, Alda, *Cuando el género suena, cambios trae*, ob. cit, p. 101.

Si bien parte de la base de que las relaciones de pareja se desenvuelven en un plano de igualdad y plenitud de derechos, como ya se ha visto, las relaciones entre hombres y mujeres –y especialmente las de pareja– están en un plano de subordinación de unas respecto de los otros. De esta manera, cuando una de las partes impone su voluntad a través de métodos violentos, y ésta es aceptada, se legitima y perpetúa la desigualdad y la violencia de género.

En los casos de femicidio, se pretende "neutralizar" la violencia contra la pareja femenina, buscando excusarla, justificarla o trivializarla, lo que en definitiva ha ocurrido porque quienes aplican las leyes son receptivos a este tipo de excusas y justificaciones[43].

En este camino de neutralización o búsqueda de comprensión hacia el comportamiento masculino, resultan relevantes los estereotipos de género, pues permean la sociedad y se transforman en verdaderos estándares jurídicos que contribuyen a excusar e incluso a justificar los femicidios[44]. Aparece la mala mujer, que con su comportamiento impúdico causa daño a la familia y a su marido, a quien por ser el jefe de familia, debe respeto y sumisión, mientras que el hombre enceguecido por los celos y/o por el adulterio, pierde el control al ver mancillada su hombría, que no es otra cosa que la imagen que se tiene de él en la sociedad. Por ello es que la infidelidad femenina aparece como imperdonable y por tanto, cualquier acción que se ejecute para castigarla parece justificable. De esta manera, se configura el paradigma "hombre inocente/mujer culpable", que legitima las formas de dominación y violencia masculina.

Es muy importante no olvidar que estos estereotipos están presentes en la sociedad, e influencian a todos y todas. Los jueces y las juezas son personas de carne y hueso que viven en un mundo que tradicionalmente ha abrazado estas concepciones sexistas, de modo que no debe asombrar que aparezcan –más bien veladas que de manera explícita– al momento de fallar.

Sin perjuicio de lo señalado, es posible destacar que existen magistrado/as que tienen conciencia de género, y que han incorporado en sus fallos esta perspectiva, como ocurre en la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Angol de 2016, ya reseñada[45].

43 RAMOS, José Antonio, ob. cit., p. 319.

44 Ob. cit., p. 319.

45 Sobre este punto, vale la pena señalar que frente a la aplicación de una norma muy similar a la nuestra, el Tribunal Supremo Español en Sentencia TS Español nº 754/2015 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 27 de noviembre de 2015, sobre el delitos de lesiones, otro de homicidio intentado y un tercero de amenazas señala: *"Hemos dicho reiteradamente que los celos no pueden justificar la atenuante de obrar por un impulso de estado pasional, pues a salvo*

c. Finalmente en lo relativo al componente político-cultural, las interrogantes que surgen son de tres tipos, las relativas a quienes redactaron la norma, las que dicen relación con la doctrina jurídica que sirve de sustento, y las que se relacionan con las leyes no formalmente promulgadas.

En cuanto al primer punto, podemos preguntarnos a modo de ejemplo: ¿quiénes participaron en la redacción de esta ley?, ¿había mujeres participando de ello?, ¿había hombres y/o mujeres con conciencia de género?, ¿qué se quería proteger?, ¿qué privilegios se mantienen, modifican o eliminan?

En el caso de la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 5 del Código Penal, podemos señalar que es una norma original del Código punitivo, que no ha sufrido modificaciones desde su entrada en vigencia el 1 de junio de 1874.

Como se puede suponer, en 1874 ninguna mujer participó en la elaboración del Código Penal y como se observa, el lenguaje es absolutamente androcéntrico, pues en la redacción de prácticamente todos los tipos penales se utiliza al hombre como medida o parámetro de todo.

En cuanto a la doctrina, de acuerdo a lo reseñado al inicio de este artículo, la mayoría de los autores chilenos tradicionales –y se insiste en "los" autores porque se mencionan sólo hombres, ya que la mayoría lo son– ponen como ejemplo, para ilustrar distintos aspectos de esta circunstancia minorante de responsabilidad, el caso del marido que sorprende en infidelidad a su cónyuge. Así lo vimos cuando analizamos los móviles éticos en la alteración psíquica que presenta el/la agente, y también se menciona para ilustrar la falta de exigencia de inmediatez, en que Matus cita a Fuensalida quien pone como ejemplo de aquel que no ha podido obrar inmediata ni próximamente a la ofensa, al marido que mata a su esposa convencido de su infidelidad[46].

Así, podemos concluir que para la mayor parte de la doctrina tradicional, el hecho de matar a una mujer por parte de su cónyuge o conviviente cuando ésta le es infiel, es una situación que merece un menor reproche penal, pues permite disminuir la responsabilidad penal de su autor.

los casos en que tal reacción tenga una base patológica perfectamente probada, de manera que se disminuya sensiblemente la imputabilidad del agente, las personas deben comprender que la libre determinación sentimental de aquellas otras con las que se relacionan no puede entrañar el ejercicio de violencia alguna en materia de género.
En el caso enjuiciado, no hay base fáctica para apreciar su concurrencia. Los celos no constituyen justificación del arrebato u obcecación (STS 904/2007, de 8 de noviembre). El desafecto o el deseo de poner fin a una relación conyugal o de pareja no puede considerarse como un estímulo poderoso para la parte contraria y no tiene eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebato u obcecación" (SSTS 1424/2004, de 1 de diciembre y 201/2007, de 16 de marzo).

46 En POLITOFF Sergio y QUIROGA Luis. Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, Tomo I, Libro I, Parte General, p. 177.

No obstante lo anterior, poco a poco, la doctrina extranjera ha ido desarrollando análisis sobre esta circunstancia atenuante, que incorpora otras miradas. De esta manera, en España Rosa Salvador, en su texto "Análisis Jurisprudencial de la atenuante de arrebato en el delito de violencia doméstica", controvierte la posibilidad de que esta atenuante pueda tener cabida en casos de violencia doméstica contra las mujeres, pues sostiene que el acaloramiento o agitación psicológica es inherente a cualquier agresión en este contexto y, además, porque estima que de aceptarse en este tipo de casos, se contraría el objeto y razón de ser de los tipos penales que persiguen sancionar la violencia de género. Agrega que "la consideración de esta atenuante en el enjuiciamiento del delito de violencia doméstica provocaría una desprotección hacia las víctimas, ya que si el autor se sitúa en ese plano al que alude la jurisprudencia de injustificable prepotencia y superioridad, característico como sabemos de la violencia que describe la acción punible, no se puede pretender que posteriormente, en la determinación de la pena, su conducta se vea beneficiada por un reconocimiento de la disminución de culpabilidad por la apreciación de una atenuante cuyo principal elemento constitutivo es el que precisamente justifica el reproche penal reconocido a la violencia ejercida. Como ya se ha reconocido de manera insistente por la jurisprudencia, los presupuestos de la atenuación deben ser lícitos y acordes con las normas de convivencia, de ahí que no pueda aceptarse como digna de protección una conducta que no hace sino perpetuar una desigualdad de género. De lo contrario, estaríamos privilegiando injustificadas reacciones coléricas que, si bien se mira, son expresivas de un espíritu de dominación que nuestro sistema jurídico no puede beneficiar con un tratamiento atenuado de la responsabilidad criminal"[47].

Por último, sobre las leyes no formalmente promulgadas, cabe formularse varias preguntas relativas a la actitud de la mayoría de las personas con respecto a la conducta que se pretende regular, a la forma en que se diferencian hombres y mujeres, si la norma descansa en mitos, si hay otras normas sociales, religiosas, etc., que regulen la conducta, entre otras.

Al respecto, cabe reiterar lo señalado sobre la existencia, hasta 1953, de una eximente de responsabilidad criminal para aquel cónyuge hombre que mataba a su cónyuge mujer cuando era sorprendida en adulterio. Aun cuando esta norma está derogada, puede subsistir en las conciencias de

47 SALVADOR, Rosa. "Análisis Jurisprudencial de la atenuante de arrebato en el delito de violencia doméstica". En: *Revista de Estudios Jurídicos* N°12/2012 (segunda época), Universidad de Jaén, España, págs. 11 y 12 [en línea]. Disponible en www.rej.ujaen.es [fecha de consulta: 30 de agosto de 2016].

algunos/as que la trasladan hacia esta circunstancia que, si bien no exime de responsabilidad penal, sí la atenúa. De esta forma, está presente en el ideario colectivo –o jurídico al menos– que este hecho, que antes eximía de responsabilidad a su autor, ahora la morigera.

6. Sexto paso

El sexto paso implica colectivizar el análisis no sólo para que pueda ser enriquecido por la mirada de mujeres y hombres, sino porque esto permite continuar tomando conciencia de que las mujeres son subordinadas y discriminadas.

V. Instrumentos internacionales con perspectiva de género

De todo el análisis anterior, y siguiendo la metodología propuesta por Alda Facio, se puede concluir que la normativa analizada es sexista y, por tanto, discriminatoria.

Si esta ley es discriminatoria y además es utilizada en casos de violencia contra las mujeres, es posible recurrir a dos cuerpos normativos internacionales fundamentales en materia de no discriminación y violencia de género. Estos instrumentos internacionales son la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer o CEDAW y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará.

1. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)

Esta convención desarrolla un concepto de discriminación contra la mujer en su artículo 1: *"A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".*

Esta definición, y concordando con Alda Facio[48], es de suma importancia por tres razones: primero, porque según esta definición, una ley será discriminatoria no solamente cuando tenga por objeto discriminar a la mujer, sino cuando tenga *por resultado* su discriminación, aunque nunca haya tenido esa intención. Por ello, si una ley trata de igual manera a hombres y mujeres, pero tiene por

48 FACIO, Alda, *Cuando el género suena, cambios trae*, ob. cit, p. 17.

resultado el menoscabo, la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio por las mujeres de sus derechos humanos y de sus libertades fundamentales, es discriminatoria.

Si lo llevamos al plano de la atenuante estudiada, nos damos cuenta que esta norma si bien no tiene por objetivo discriminar a las mujeres, resulta discriminatoria para éstas.

También es importante, porque al ser una definición contenida en un instrumento internacional ratificado por nuestro país en 1989, en virtud del artículo 5 de la Constitución Política, es ley de la República, y determina lo que legalmente debe entenderse por discriminación, de modo que, si existen conceptos más restrictivos, debe preferirse el de la Convención.

Por último, es importante porque se establece que la discriminación puede darse en todas las esferas en que se desenvuelven las mujeres al señalar "*en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*".

De esta manera, CEDAW brinda una nueva conceptualización sobre igualdad, y específicamente sobre igualdad entre los sexos, pues parte de la base de que hombres y mujeres somos igualmente diferentes. No se pretende que a las mujeres se las trate igual que a los hombres, sino que se las trate tomando en consideración sus propias necesidades, de allí que si una ley trata de igual manera a hombres y mujeres pero ese trato deja en inferioridad a las mujeres, es discriminatoria[49].

2. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará)[50]

Ya en el preámbulo de la Convención se establece que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y limita total o parcialmente a la mujer en el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades. A continuación señala que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

49 El Comité de la CEDAW, en las Observaciones Finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, exhorta a nuestro Estado a que "adopte una definición jurídica general de todas las formas de discriminación contra la mujer que abarque tanto la discriminación directa como la indirecta, y establezca en su Constitución y/o en otra legislación el principio de igualdad entre la mujer y el hombre, de conformidad con el artículo 2a) de la Convención, con miras a lograr una igualdad formal y sustantiva entre la mujer y el hombre" (Párrafo 11).

50 Para un análisis de la Convención con mayor profundidad ver SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, Ivonne. "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer: Comentarios y algunos ejemplos de su incipiente reconocimiento jurisprudencial", En: *Revista Jurídica del Ministerio Público,* N° 60, Santiago de Chile, Ministerio Público, 2014.

Esto resulta sumamente relevante, pues deja claramente establecido que la violencia contra las mujeres constituye una manifestación de las relaciones de poder asimétricas y desiguales entre hombres y mujeres que históricamente se han dado.

En su artículo 1 define violencia contra la mujer como "*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*". Este concepto incorpora distintos tipos de violencia, como la física, sexual o psicológica y, además, indica que estos tipos de violencia pueden ser ejercidos tanto en el ámbito público como en el privado.

En el artículo 6 se señala que "*el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:*

a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y

b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación".

Este último artículo resulta sumamente relevante, primero, porque establece que la discriminación contra las mujeres constituye una forma de violencia y, segundo, porque señala que los estereotipos basados en la inferioridad o subordinación de la mujer al hombre, son una forma de violencia contra la mujer. Debido a que Chile ratificó esta Convención en 1996, es deber del Estado chileno erradicar toda forma de discriminación y eliminar estos patrones estereotipados.

Entonces, como se concluyó que la atenuante es discriminatoria y en su aplicación se advierten estereotipos, nuestro Estado –en el que por cierto se incluye al Poder Judicial y al Ministerio Público– no puede dar una interpretación a la ley que tenga por resultado la discriminación contra la mujer y se base en estereotipos que subordinan a la mujer frente al hombre, como ocurre en este caso.

Asimismo, de acuerdo al artículo 7 de la Convención, el Estado de Chile está obligado, entre otros deberes, "a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; a incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer" (…); y "a tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para **modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer"** [51].

51 El destacado es de la autora.

La primera de estas obligaciones impone al Estado un estándar que debe cumplir cuando se investiga y sanciona la violencia contra las mujeres. De este modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "*esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos*"[52].

En este contexto, la presencia de estereotipos de género puede influir de forma negativa en las investigaciones de casos de violencia contra las mujeres y afectar el derecho de acceso a la justicia. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos "*ha constatado la existencia y la persistencia de patrones y comportamientos socioculturales discriminatorios que obran en detrimento de las mujeres, que impiden y obstaculizan la implementación del marco jurídico existente y la sanción efectiva de los actos de violencia, a pesar que este desafío ha sido identificado como prioritario por los Estados americanos. El ritmo de los cambios legislativos, políticos e institucionales en las sociedades americanas ha excedido el avance de los cambios en la cultura de hombres y mujeres ante la violencia y la discriminación, y este problema se refleja en la respuesta de los funcionarios judiciales ante actos de violencia contra las mujeres*"[53].

En el mismo sentido, "*la CIDH también ha verificado la influencia de un conjunto de valores socioculturales y nociones basadas en la inferioridad de las mujeres, por sus diferencias biológicas y capacidad reproductiva, que afectan negativamente el procesamiento de sus casos dentro de los sistemas judiciales, e influyen en la percepción del problema como no prioritario y perteneciente al ámbito privado. Estos patrones socioculturales discriminatorios afectan las actuaciones de los abogados, fiscales, jueces y funcionarios de la administración de la justicia en general, así como de la policía. La Convención de Belém do Pará y la CEDAW han afirmado el vínculo que existe entre la violencia contra las mujeres y la discriminación, y la forma en que ciertos estereotipos y prácticas sociales y culturales basados en el concepto de*

52 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C Nº 4, párr. 166 [en línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].

53 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 2007, p. 4 [en línea]. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/default.asp. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].

que las mujeres son inferiores a los hombres, pueden influenciar negativamente las acciones de los funcionarios públicos"[54].

En el caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la discriminación basada en el género incidió, señalando que *"es preocupante el hecho de que algunos de estos crímenes parecen presentar altos grados de violencia, incluyendo sexual, y que en general han sido influenciados, tal como lo acepta el Estado, por una cultura de discriminación contra la mujer, la cual, según diversas fuentes probatorias, ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta de las autoridades frente a éstos"*[55].

Por su parte el MESECVI, mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará, ha enfatizado sobre la necesidad de dar seguimiento a la aplicación del femicidio y sus agravantes por las y los jueces y fiscales en la región, sobre todo en cuanto a la valoración de los motivos de género presentes en varias de las definiciones legales de femicidio. Agrega que dicho seguimiento debe incluir la remoción de los obstáculos judiciales que pueden impedir a los familiares de las víctimas obtener justicia, como por ejemplo las reducciones de pena para el agresor cuando alegue haber actuado bajo el imperio de una "emoción violenta"[56].

Del mismo modo, el Comité de Expertas del MESECVI en la "Declaración sobre el femicidio", manifestaron que "*la mayoría de los femicidios quedan impunes debido, entre otras causas, al limitado acceso de las mujeres a la justicia, así como a los prejuicios de género durante los procesos judiciales, policiales y fiscales. Estos casos o son archivados por una supuesta falta de pruebas, o son sancionados como homicidios simples con penas menores, donde en muchas ocasiones se aplican los atenuantes de "emoción violenta" para disminuir la responsabilidad del victimario"*[57].

54 Op. cit., p. 64.

55 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso González y otras (Campo algodonero) vs México, Sentencia del 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párr. 164 [en línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2016].

56 Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI). Segundo Informe Hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém Do Pará, abril de 2012, p. 33 [en línea]. Disponible en: http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeHemisferico-ES.pdf. [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2016].

57 COMITÉ DE EXPERTAS DEL MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ (MESECVI).Declaración sobre el Femicidio, 2008, p. 7 [en línea]. Disponible en http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/DeclaracionFemicidio-ES.pdf. [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2016].

VI. Conclusiones

Mayoritariamente, la doctrina tradicional, ha entendido como un ejemplo de la utilización de la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación, el caso del cónyuge varón que se entera de una infidelidad de su cónyuge mujer, y por ello actúa matándola. Esta concepción doctrinaria tradicional invisilibiza la situación de desigualdad en que se encuentran las mujeres respecto de los hombres, y naturaliza y normaliza el hecho de apropiarse del cuerpo y la vida de una mujer.

La mayor parte de la jurisprudencia recoge los conceptos tradicionales ya señalados, sin cuestionar el trasfondo de esta circunstancia. No obstante en este trabajo se destaca una sentencia que considera la perspectiva de género y alude a la Convención de Belém do Pará y, en base a lo que este instrumento internacional señala en su preámbulo y en el art. 7, concluye que en casos de violencia de género no se puede aceptar el que una mujer sea descubierta por su marido agresor en un supuesto acto de infidelidad, pueda operar como un estímulo que faculte el actuar del agresor, y que además ello importe una menor culpabilidad, más aun si la víctima vivía inmersa en una vida de malos tratos del autor hacia ella.

En virtud de lo anterior, y la re-visión realizada, se propone una nueva forma de analizar esta circunstancia minorante de responsabilidad criminal, con enfoque de género, a partir de la idea de que lo femenino y lo masculino responden a construcciones culturales que van más allá de la frontera entre los sexos de carácter puramente biológica. La perspectiva de género permite un análisis que aborda la construcción cultural y social de la diferencia sexual entre hombres y mujeres, de suerte que pone de relieve dos principios filosóficos básicos: la diversidad humana y la igualdad de los diferentes, por cuanto no se persigue que todas las mujeres sean iguales a los hombres ni que todas las mujeres sean iguales entre sí, sino que se respeten y se reconozcan las diferencias propias de unos y otras.

De esta manera la re-visión de esta atenuante con lentes de género, nos invita a re-pensar la forma en que se aborda el Derecho, ampliando la mirada desde la tradicional postura androcéntrica para incorporar nuevos elementos. Estos elementos fueron recogidos por Alda Facio al crear una metodología para analizar al Derecho que, como se analizó, permite ampliar la noción del ordenamiento jurídico.

A partir de la aplicación de este modelo, es posible concluir que la atenuante en comento posee un carácter sexista, androcéntrico, en el que se invisibiliza al género. Asimismo se valora de acuerdo al doble parámetro o doble moral, se encuentra presente el deber ser para cada sexo y responde a las nociones del dicotomismo sexual. Asimismo, se evidencia además que en el texto legal hay un tipo de mujer implícito, pues se dirige a la mujer- familia, mujer- esposa.

Del mismo modo, esta forma de analizar lleva a una re-conceptualización de lo que se entiende por Derecho, ampliando el concepto, de manera que puede ser categorizado en tres aspectos: el formal-normativo (la norma formalmente promulgada), el estructural o derecho judicial (normas que surgen del proceso de selección, interpretación y aplicación de las leyes) y el político-cultural (reglas informales que determinan quién, cuándo y cómo se tiene acceso a la justicicia). Del análisis de la atenuante estudiada se concluye que en cuanto al componente formal-normativo, en apariencia no existe distinción sobre el sujeto merecedor de la rebaja punitiva, pero al analizar los otros dos componentes, la conclusión es distinta. Así, en el componente estructural se aprecia que la norma se aplica de manera distinta a hombres y a mujeres, mientras que en el componente político-cultural, se da cuenta de una visión sexista en la doctrina y en leyes que, aunque están derogadas, todavía permean la forma de entender el Derecho.

En consecuencia, la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación en el delito de femicidio, tiene un carácter sexista y por tanto, discriminatorio.

En este contexto no deben olvidarse los instrumentos internacionales claves en el análisis de esta atenuante: CEDAW y Convención Belém do Pará, ambas leyes de la República, de modo que su uso y aplicación es obligatorio para todas las personas, y más aún para los agentes del Estado, como fiscales, fiscalas, magistrados y magistradas.

CEDAW proporciona una definición de discriminación en la que lo relevante es que considera que una ley es discriminatoria si tiene por resultado la discriminación hacia las mujeres. De modo que, si esta atenuante tiene por resultado aquello, se está violando una norma internacional.

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, señala que la violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder asimétricas y desiguales entre hombres y mujeres que históricamente se han dado, y menciona entre los deberes de los Estados el de actuar con la debida diligencia, pero también que el Estado se obliga a modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer, como ocurre en la especie.

A la luz de lo anterior, cada vez que la defensa de un femicida alegue que actuó motivado por los celos o por haberse enterado de la infidelidad de su mujer, cabe argumentar que la aplicación de la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación no sería procedente porque, de aplicarse, se discrimina a la mujer y se perpetúan estereotipos que respaldan o toleran la violencia contra las mujeres y se estaría infringiendo lo dispuesto en la CEDAW y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

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

EL DESTINO DE LOS BIENES DECOMISADOS EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO: TAREAS PENDIENTES EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LAS VICTIMAS.

Camila Guerrero Martínez[1]

SUMARIO

I. Introducción; II. Marco conceptual; 1. Concepto de comiso; 2. Naturaleza jurídica del comiso; 2.1. Teorías monistas; 2.2. Teorías dualistas; 2.3. Tipos de procedimientos; III. Comiso en el derecho penal español; 1. Regulación del destino de los bienes decomisados en España; 2. Reforma del Código Penal Español de 2015; IV. Destino de los Bienes decomisados en Chile; 1. Destino de los bienes decomisados en la legislación ordinaria; 2. Destino de los bienes decomisados en materia de lavado de dinero; V. Conclusiones

I. Introducción[2]

Los fenómenos económicos y sociales que surgieron bajo el alero de la globalización han favorecido la aparición de modernas formas de criminalidad, caracterizadas por ser organizadas, frecuentemente transnacionales y con un gran poder económico[3]. En este contexto y en respuesta al surgimiento de este paradigma de criminalidad que persigue el lucro económico a gran escala y que se impulsa desde estructuras complejas[4], el derecho penal ha debido adaptar sus normas y creaciones dogmáticas tradicionales, utilizando herramientas que tengan por objeto atacar el patrimonio criminal[5]. Se ha reconocido en este sentido, la coexistencia de dos modelos de sistema penal: un derecho penal clásico y un derecho penal global[6] o de la globalización.

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

2 Agradezco a Marcelo Contreras, Subdirector de Lavado y Crimen Organizado de ULDDECO, por sus valiosos comentarios y sugerencias que contribuyeron a dar forma y sentido al presente trabajo. Los errores que persistan son, por supuesto, propios.

3 CARNEVALI, Raúl. "La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación". En: *Revista Ius et Praxis*, año 16, Nº 2, 2010, p. 276.

4 CHOCLÁN, José. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de ganancias*. Madrid, España, Editorial Dickinson, 2001. p. 15.

5 BACIGALUPO, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*. Madrid, España, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2002, p. 3.

6 Cfr. GRACIA, Luis. *El derecho penal ante la globalización económica* [en línea], 2011. Disponible en: http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lec-

Durante las últimas décadas, la acumulación de capital generada por algunos mercados ilícitos, alcanzó tales proporciones que dio lugar al nacimiento de una nueva forma de comiso que se ha convertido en una pieza central de la estrategia global[7] destinada a proteger la economía lícita y reducir los mercados ilícitos: el comiso de ganancias o del producto del delito[8]. Esta nueva institución, implicó una modificación del entendimiento respecto de las sanciones patrimoniales, al pasar a ocupar un lugar tan relevante como las que recaen sobre la persona del autor, dejando de ser sólo una medida de aseguramiento o un elemento para facilitar la prueba en juicio[9].

Por otro lado, con la reforma procesal penal, la víctima pasó a tener un lugar fundamental dentro del proceso penal chileno y las instituciones se han

turas/Ensayo%20El%20Derecho%20Penal%20ante%20la%20globalizaci%C3%B3n%20econ%C3%B3mica.pdf [fecha de consulta: 23 septiembre 2016]; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, España, Civitas Ediciones, 1999. p. 87.

7 Recomendación nº4 y nº38(1), de las 40 Recomendaciones del GAFI (actualizadas en febrero de 2012) [en línea]. Disponible en: http://www.gafisud.info/documentos/esp/Las_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

8 Esta nueva modalidad del comiso tendría su origen en un fenómeno legislativo transversal a las legislaciones locales desde mediados del siglo XX.: Cfr. ANANÍAS, Ignacio. *El comiso de ganancias en el Código Penal chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2012, p. 4; Aunque para otros autores este fenómeno mundial tiene un origen claro en la influencia indirecta de EE.UU. Cfr. VERVAELE, J. El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos [en línea], 1997, págs. 1-3. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_37.pdf [fecha de consulta: 23 septiembre 2016]: "...*Esta influencia procedente de los Estados Unidos no es directa, sino que se hace por medio de normas internacionales y europeas, basadas también en la política orientada hacia el botín, que conducen los Estados Unidos. Pienso a estos efectos en la Convención de Naciones Unidas de Viena, en la Convención de Estrasburgo y en la Directiva europea sobre el blanqueo (…)...en 1970 se dio un paso en dirección a la confiscación penal en dos leyes federales relativas al crimen organizado y a la droga: la ley relativa al Raketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO) y la ley relativa a la Continuing Criminal Enterprise (CCE). Enseguida se aprobaron en otras leyes federales disposiciones análogas en materia de confiscación, como en la Money Laundering Control Act 1986 (MLCA)…".* En este mismo sentido, Cfr: JORGE, Guillermo. *El decomiso del producto del delito. Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires, Argentina, Editoriales del Puerto [en línea], 2008, p. 3. Disponible en: http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNADN854.pdf: *"...El desarrollo ha sido progresivo pero veloz. La ley R.I.C.O. introdujo el concepto en los Estados Unidos en los años 70, y lo extendió al criminalizar el lavado de activos en 1986. A fines de los 80s, en plena internacionalización de la "guerra contra las drogas", la Convención de Viena introdujo el decomiso del producto del delito como herramienta para reducir el narcotráfico. Por esa vía se introdujo en la mayoría de las legislaciones y, en los últimos años, su alcance se fue ampliando a prácticamente todos los delitos que producen ganancias…".*

9 ANANÍAS, Ignacio. *El comiso de ganancias en el Código Penal chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2012, p. 34.

debido adecuar para hacer frente a este nuevo sujeto procesal. Pese a ello, aún existen materias que no están resueltas en los ordenamientos jurídicos internos, o bien que –estando reguladas– no dan una solución efectiva. Tal es el caso del destino de los bienes decomisados provenientes de ganancias ilícitas.

El problema del destino de los bienes se comienza a producir de forma paulatina, por la reciente incorporación de nuevos delitos base del delito de lavado de dinero en los cuales es posible ver víctimas determinadas. Con la Ley 19.366 el delito de lavado sólo estaba vinculado a los casos de la Ley de Drogas; posteriormente en el año 2003 se amplió a otros delitos base; con la Ley 20.507 se incorporó el delito de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, finalmente, la Ley 20.818 introdujo varios delitos económicos, además del delito de asociación ilícita. Muchos de los delitos base de lavado recientemente incorporados tienen en común precisamente la afectación de bienes jurídicos individuales.

A partir de lo anterior, resulta fundamental clarificar cuál es la regulación que se está dando actualmente al destino del comiso en la legislación comparada, especialmente si consideramos que la Convención de Palermo de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional contempla de manera indirecta en su artículo 14(2) (a propósito del producto del delito o de los bienes decomisados), que los bienes decomisados pueden ir en beneficio de la reparación de las víctimas, en la medida en que lo permita el derecho interno de cada Estado:

"Artículo 14(2). Al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte con arreglo al artículo 13 de la presente Convención, los Estados Parte, en la medida en que lo permita su derecho interno y de ser requeridos a hacerlo, darán consideración prioritaria a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al Estado Parte requirente a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del delito o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos".

En Chile, si bien existe consenso en la adjudicación prioritaria de los bienes decomisados por parte del Estado cuando el delito base del lavado es el tráfico de drogas[10], no resultaba satisfactoria la solución dada para el destino de

10 Lo anterior, si se entiende que el bien jurídico afectado es la salud pública, que como bien jurídico colectivo no conlleva víctimas propiamente tales que se hagan parte dentro de un proceso –es el interés del Estado el que resultaría afectado–. En contra de la salud pública como bien jurídico protegido en delito de tráfico de drogas, se encuentra el profesor Gonzalo Medina, para quien el bien jurídico protegido sería la salud individual, que el Estado pretende amparar por la vía de la tipificación del delito de tráfico ilícito de estupefacientes (prohibición de la autolesión). Apuntes recogidos de clases de pregrado y posgrado del profesor Gonzalo Medina en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

los bienes cuando el delito base del delito de lavado sea cualquier otro delito que, por su naturaleza, implique la afectación de víctimas. Con la reciente modificación de la Ley 20.818 a la Ley 19.913 se introdujo un nuevo artículo 36 en el que el legislador propone un mecanismo para establecer otro destino a los bienes decomisados en materia de lavado. Sin embargo, dicha modificación no soluciona totalmente el problema, según veremos más adelante.

El presente documento tiene por objeto el estudio del comiso, en lo referido al destino de los bienes decomisados, para efectos de determinar si es posible destinar todo o parte del comiso a la reparación de las víctimas del delito base de lavado o, si por el contrario, este debe ir destinado al Estado o algunas de sus instituciones (al igual que en el comiso de efectos e instrumentos). Todo lo anterior, advirtiendo desde ya, que no se pretende exponer un estudio acabado de todos los aspectos o factores relacionados con el comiso de ganancias, sino que más bien, se busca generar un diagnóstico inicial de la regulación chilena sobre el destino de los bienes decomisados.

II. Marco conceptual

1. Concepto del comiso

Para referirse al comiso, usualmente la doctrina recurre a la caracterización de Naciones Unidas que lo concibe como "*un arma estratégica, un desincentivo económico total de la delincuencia organizada con el fin de obtener ganancias, y un medio de identificar y de eliminar las ventajas financieras, y el consiguiente poder de la conducta antisocial*"[11]. La normativa internacional, mediante tratados internacionales, ha definido al comiso como la "*privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente*"[12] o como "*toda pena o medida dictada por un tribunal a raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tenga como consecuencia la privación definitiva de algún bien*"[13].

La doctrina, sin embargo, suele incluir el destino de los bienes dentro de la definición, estableciendo en la mayoría de los casos que el adjudicatario es el Estado. Así, por ejemplo, Blanco ha señalado que el comiso es la *"privación de*

11 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. "Prevención del delito y la justicia penal en el contexto del desarrollo: realidades y perspectivas de la cooperación internacional". En: *Revista Internacional de política criminal* (Nº41), 1993, p. 15.

12 Art.2 (g) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Art. 2(g) de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción.

13 Art.1, Decisión marco 2005/212 del Consejo de la Unión Europea (24 febrero 2005), relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

los beneficios obtenidos de sus actividades delictivas y su asignación al Estado"[14] y Bacigalupo, utilizando la controvertida noción de confiscación[15], sostiene que el comiso sería una *"confiscación de una cosa que proviene de un delito o que ha sido utilizada para su ejecución, privando de ella a su titular o detentador para ser adjudicada al Estado"*[16].

A nivel nacional, en base a los términos de los artículos 21 y 31 del Código Penal, Hernández sostiene que el comiso es una pena pecuniaria accesoria consistente en *"la perdida de los efectos provenientes del delito y de los instrumentos con que se ejecutó"*[17]. Complementando lo anterior Suárez señala que el comiso puede ser definido como *"la pérdida de los efectos que provengan de un delito o falta y de los instrumentos con que el mismo se ejecutó, impuesta al responsable en la correspondiente sentencia condenatoria que pone término al juicio o procedimiento"*[18].

A partir de la definición, podemos distinguir dos formas básicas de comiso, entre otras: el comiso de instrumentos y el comiso de los efectos del delito. La doctrina nacional ha señalado tradicionalmente que "*son instrumentos del delito (instrumenta sceleris) las herramientas que fueron usadas para cometerlo, como armas, llaves o ganzúas, pero también vehículos, entre otros, con la condición de que efectivamente se haya hecho uso de ellas"*[19], existiendo en general un consenso en cuanto a la definición, naturaleza jurídica y alcances del comiso de instrumentos. Sin embargo, respecto de los efectos del delito existen distintas interpretaciones doctrinarias a nivel nacional, que serán abordadas en el apartado IV. Una de ellas es precisamente la que considera que el término "efectos del delito" podría ser asimilable a la noción de ganancias en el derecho penal general.

14 BLANCO, Isidoro. "Comiso ampliado y presunción de inocencia". En: PUENTE ABA, Luz María. (ed.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*. Granada, España, Editorial Comares, 2008, p. 70.

15 Sobre el carácter controvertido de la noción de confiscación: Cfr. SUÁREZ, Christian. "Análisis constitucional y legal de las penas de confiscación y comiso en el Código Penal y en la ley de estupefacientes". En: POLITOFF, Sergio; y MATUS, Jean (Coord.). *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes.* Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2000; BONESANA, Cesare. *Tratado de los delitos y las penas*. Buenos Aires, Argentina, Valletta Ediciones, 2004, págs. 67 y 68.

16 BACIGALUPO, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*. Madrid, España, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2002, p. 80.

17 HERNÁNDEZ, Héctor. "Comentario al artículo 31". En: COUSO/HERNÁNDEZ (Coords.). *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia*. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, 2011, p. 482.

18 SUÁREZ, Christian. "Análisis constitucional y legal de las penas de confiscación y comiso en el Código Penal y en la ley de estupefacientes". En: POLITOFF, Sergio; y MATUS, Jean (Coord.). *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes.* Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2000, p. 497.

19 HERNÁNDEZ, Héctor. "Comentario al artículo 31". En: COUSO/HERNÁNDEZ (Coords.). *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia*. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, 2011, p. 483.

En las líneas que siguen, analizaremos la naturaleza jurídica del comiso de ganancias, su regulación en el derecho español, el destino del comiso de ganancias, para posteriormente volver sobre la regulación chilena del comiso tanto en la legislación penal ordinaria como en materia de lavado de dinero.

2. Naturaleza jurídica del comiso de ganancias

Para entender los efectos del comiso de ganancias en un ordenamiento jurídico determinado –especialmente en lo referido a su destino– es fundamental el análisis de su naturaleza jurídica. En este apartado, me remitiré a señalar las posturas legales y doctrinales que se han dado para esta modalidad del comiso, dejando fuera (según ya se advirtió), lo que se ha dicho a propósito de la naturaleza jurídica del comiso de efectos e instrumentos[20], por no ser el objeto principal de este trabajo.

A diferencia de la multa, la naturaleza jurídica del comiso es bastante controvertida, más aún tratándose del comiso de ganancias. Para abordar este punto, seguiremos la distinción formulada por Guzmán Dálbora sobre las distintas posturas doctrinarias que han surgido, dividiéndolas entre teorías monistas y dualistas[21].

2.1. Teorías monistas

Las teorías monistas son aquellas que *"reconocen en el comiso una índole unitaria y, por lo tanto, independiente del carácter de los objetos en que incide"*[22]. Dentro de estas teorías se encuentran quienes consideran que el comiso tiene naturaleza de pena, de medida de seguridad y de consecuencia civil.

Para quienes sostienen que el comiso sería una pena accesoria de naturaleza patrimonial, como Teresa Aguado[23] y Silvina Bacigalupo[24], el comiso se tra-

20 Para algunos autores el comiso de efectos e instrumentos sería una medida de naturaleza penal, cuyo fundamento no es ni la culpabilidad ni la peligrosidad criminal del sujeto activo, sino la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales, o de sujetos que se vuelven peligrosos al momento de entrar en contacto con ellos. Cfr.: FARALDO, Patricia. "La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos en los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales,* núm. 20, 2008, p. 50.

21 GUZMÁN DÁLBORA, José. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago, Chile, LegalPublishing, 2008. p. 264.

22 GUZMÁN DÁLBORA, José. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago, Chile, LegalPublishing, 2008. p. 264.

23 AGUADO, Teresa. "Embargo preventivo y comiso en los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: presente y ¿futuro?". *Revista Estudios penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, págs. 265-320.

24 BACIGALUPO, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*. Madrid, España, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2002.

taría de una medida indudablemente penal, por ser accesorio a la pena y por desempeñar una función preventiva, restitutoria y compensatoria. Lo anterior[25], por no encontrarse inserto el comiso en el título relativo a la responsabilidad civil derivada de los delitos; por su indudable finalidad preventiva (tendría un rol disuasivo por afectar el patrimonio de las organizaciones criminales); por ser impuesta por un órgano penal; por estar prevista en la ley penal, y, por encontrarse unido a la imposición de una pena. Una consecuencia de su configuración como pena es el sometimiento del comiso al principio de personalidad de las penas y, por consiguiente, a su imposibilidad de dirigirse contra terceros ajenos al delito o falta. La declaración de responsabilidad penal de un sujeto sería un requisito necesario para que el comiso opere sobre bienes de su titularidad[26]. Para Isidoro Blanco[27], este sistema estaría obsoleto, ya que no sirve para luchar contra el fenómeno del crimen organizado. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina mayoritaria en Chile estima que el comiso es indudablemente una pena. Para Mir Puig[28], por su parte, quien aborda el tema a propósito de las "consecuencias accesorias" en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el comiso (en España y previo a la reforma del año 2015) podría ser calificado como una medida de seguridad especial basada en la peligrosidad objetiva de carácter instrumental.

Como contrapartida de ambas hipótesis, para quienes cuestionan el carácter de pena del comiso, la idea de proporcionalidad del delito, la divisibilidad e incluso el principio de culpabilidad no se reflejarían como debieran en esta institución jurídica[29] especialmente en aquellas legislaciones en que este se impone con independencia de quien tenga la cosa[30]; por su parte, contra la idea de comiso como medida de seguridad, se ha señalado que los fines de mejora y reeducación, propias de las medidas de seguridad sólo se alcanzan

25 ANANÍAS, Ignacio. *El comiso de ganancias en el Código Penal chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2012, p. 38.

26 RIBAS, Eduardo. "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria". En: *Revista estudios penales y criminológicos,* Nº 24, 2002-2003, p. 526.

27 BLANCO, Isidoro. "Comiso ampliado y presunción de inocencia". En: PUENTE ABA, Luz María. (ed.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*. Granada, España, Editorial Comares, 2008, p. 105.

28 MIR PUIG, Santiago. "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004 [en línea]. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf [fecha de consulta: 28 agosto 2016].

29 MANZANARES, J. El comiso y la caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal [en línea], 1984, p. 4. Disponible en: file:///C:/Documents%20and%20Settings/cguerrerom/Mis%20documentos/Downloads/1984_1342.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

30 GRACIA, Luis. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2006, p. 562.

mediante medidas personales en sentido estricto[31], por lo que el comiso sería una medida distinta independientemente de la denominación escogida por el legislador[32].

De esta manera, algunos han planteado que el comiso sería una figura jurídica muy próxima a la responsabilidad civil, ya que esta tendría como fundamento la prohibición del enriquecimiento injusto proveniente del delito[33], y su aplicación no respondería ni a los fines preventivos ni retributivos del sistema penal. También se ha considerado al comiso de ganancias ilícitas como una medida civil de compensación con fines retributivos pues impide que el delito sea un título legítimo de adquisición de bienes o ganancias[34], es más, en algunos países, como Holanda o Suecia, el comiso del producto del delito está vinculado a la idea de la restitución al estado anterior (una suerte de justicia restaurativa), tanto hacia las víctimas como, más genéricamente, a la idea de que "el crimen no debe pagar"[35].

2.2. Teorías dualistas

Las teorías dualistas, por su parte, son aquellas que "*se inclinan por una estructura ambivalente o de doble naturaleza: cuasipenal, si se dirige contra objetos que pertenecían al culpable de un delito, y de medida de seguridad, si se toma como referencia las cosas afectadas antes que su mal origen o titularidad*"[36].

31 Para Roxin, el derecho penal –obligado al principio de culpabilidad– requiere la segunda vía de las medidas de seguridad: "la autolimitación del poder de injerencia del Estado que se deriva de la vinculación a la medida de culpabilidad, si bien por regla general posibilita una compensación adecuada entre los requerimientos de protección estatales y los intereses de libertad de los sometidos al derecho, en el caso particular, la peligrosidad de un autor para la generalidad puede ser tan grande que la pena, según la culpabilidad, no sea suficiente a la generalidad de sus ataques…". Cfr. ROXIN, Claus. "Fin y justificación de las penas y las medidas de seguridad" En: ROXIN, Claus. *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 1992, p. 43.

32 MANZANARES, J. El comiso y la caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal [en línea], 1984, p. 4. Disponible en: file:///C:/Documents%20and%20Settings/cguerrerom/Mis%20documentos/Downloads/1984_1342.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

33 MAPELLI, Borja. "Las consecuencias accesorias en el nuevo código penal". En: *Revista Penal*, N°1, 1997, p.50.

34 GARCÍA, Percy. 2006. "Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal peruano". En: *Revista de derecho. Universidad de Piura*. V (7), p. 115 [en línea], 2006. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_81.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

35 JORGE, Guillermo. *El decomiso del producto del delito. Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires, Argentina, Editoriales del Puerto [en línea], 2008, p. 7. Disponible en: http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNADN854.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

36 GUZMÁN DÁLBORA, José. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago, Chile, LegalPublishing, 2008, p. 265.

Quienes son partidarios de esta postura sostienen que el comiso no tendría un propósito punitivo, es decir, imponer un mal que sea sentido como tal y con algunas de las finalidades que pueda darse a una verdadera pena: retribución, prevención general o prevención especial[37]. No se prevé como una amenaza destinada a disuadir de la comisión de un delito, ni como castigo merecido por el delito y tampoco buscaría prevenir otros hechos del sujeto peligroso, por lo que al ser su única finalidad el privar al sujeto de las ganancias obtenidas ilícitamente, sería una medida de seguridad peculiar de naturaleza *sui generis*, con rasgos propios de las penas. El comiso adquiere mayor flexibilidad en su imposición, ya que puede afectar bienes cuya titularidad corresponde a terceros penalmente irresponsables[38]. Se trataría de una nueva consecuencia del delito, no sometida a principios de personalidad o culpabilidad, característicos de la sanción penal.

A raíz de lo anterior, se ha considerado al comiso, como perteneciente a una tercera clase de sanciones[39], ya que es una condición necesaria para su imposición la realización del supuesto de una norma de sanción, que deriva de la necesidad de[40]:

- petición expresa del ente acusador;
- controversia durante el proceso; y
- pronunciamiento específico del adjudicador en la sentencia respecto de su imposición.

Estas posturas han encontrado acogida en el código penal alemán, que concedió un puesto autónomo al comiso, a continuación de las penas y las medidas de seguridad. Para Guzmán Dálbora, en cierto sentido esta teoría resuena en las "consecuencias accesorias" de los códigos penales de España y Perú (artículo 102) y en la "pérdida de instrumentos, productos o ventajas" del código penal portugués (artículos 109 a 111)[41].

37 MIR, Santiago. "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas" [en línea]. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf [fecha de consulta: 28 agosto 2016].

38 RIBAS, Eduardo. "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria". En: *Revista estudios penales y criminológicos,* Nº. 24, 2002-2003, p. 529.

39 RIBAS, Eduardo. "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria". En: *Revista estudios penales y criminológicos*, Nº 24, 2002-2003, p. 540.

40 ANANÍAS, Ignacio. *El comiso de ganancias en el Código Penal chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2012, p. 36.

41 GUZMÁN DÁLBORA, José. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago, Chile, LegalPublishing, 2008, p. 265.

2.3. Tipos de procedimientos

Para quienes cuestionan la regulación tradicional del comiso, la *praxis* jurídica evidenciaría además lo inadecuado de la normativa procesal penal general para su aplicación eficaz. Por lo anterior, en cuanto al procedimiento que lo debiese regular, los sistemas que se suelen proponer, pueden ser sub-clasificados en dos[42]:

Por un lado, **aquellos que sostienen que el comiso es una consecuencia accesoria y contemplan un procedimiento accesorio**. Se trata de un procedimiento separado dirigido a la privación de las ventajas ilegalmente obtenidas, pero ligado directamente al procedimiento penal sustantivo, ya que sólo una condena penal puede accionar un procedimiento dirigido a decretar el comiso.

Ejemplos:

- Holanda. Código Penal Neerlandés[43]: El comiso está regulado en artículo 36(e) del Código Penal Neerlandés y tiene un procedimiento accesorio pero dependiente del procedimiento principal, regulado en los artículos 511b-511i del Código de Procedimiento Criminal, a partir de una reforma del 1 de marzo de 1993 al referido código.
- España. Código Penal Español de 2015: La reforma del Código Penal de 2015 incluyó una regulación del procedimiento de comiso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal[44].

Por otro lado, se encuentran **aquellos que sostienen que el comiso es una consecuencia accesoria y contemplan un procedimiento autónomo e independiente del penal *(in rem)***. Este procedimiento se dirige a privar de la propiedad de los bienes de origen delictivo, sin plantearse cuestiones relacionadas con la responsabilidad criminal de los sujetos.

42 No permite adecuadamente una investigación profunda para privar a delincuentes de su riqueza ilícita y normalmente el órgano judicial se concentra más en la determinación de la responsabilidad criminal, dejando de lado cuestiones de naturaleza patrimonial (para respetar estrictos principios procesales).

43 BLANCO, Isidoro. "Comiso ampliado y presunción de inocencia". En: PUENTE ABA, Luz María. (ed.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*. Granada, España, Editorial Comares, 2008, p. 88.

44 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (PCPE), 4 de octubre de 2013, p. 10 [en línea]. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

Ejemplos:

- EE.UU. *Us Code*, Título 18, Capítulo 46, secciones 981 y ss., con las modificaciones introducidas por la *Civil Asset Forfeiture Reform Act* del año 2000[45]: Establece el decomiso civil "*in rem*", basado en la ficción de que la cosa es la que delinque, como resultado de la aplicación de la teoría de la personificación, según la cual un objeto inanimado es imbuido de una personalidad que lo hace responsable por sus acciones. La acción persigue el objeto independientemente de su propietario[46].
- Colombia[47]. Ley 793 de 2002: Contempla un procedimiento autónomo de extinción de dominio (pérdida del derecho de propiedad a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular).
- Perú. Decreto Legislativo Nº 992 de julio de 2007: Instituyó el proceso de pérdida de dominio originalmente en términos similares al de la legislación colombiana; siendo posteriormente sustituido por la Ley Nº 29.212 de abril de 2008[48].

En este mismo sentido, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) mediante el "Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe", elaboró el año 2011 la "Ley Modelo sobre extinción de dominio"[49] que consagra la extinción de dominio como instituto jurídico de política criminal enfocado exclusivamente en la persecución de toda clase de activos que integran la riqueza derivada de la actividad criminal. En la parte introductoria de esta ley modelo, se señala que se compone por nueve capítulos y que "*es de naturaleza regional en tanto fue diseñada*

45 Estados Unidos. *Civil Asset Forfeiture Reform Act*. [en línea]. Disponible en: https://www.congress.gov/106/plaws/publ185/PLAW-106publ185.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

46 PÉRES BLANCO, Ricardo. Determinación de la naturaleza jurídica del decomiso. Su incidencia sobre el alcance objetivo y subjetivo de la medida [en línea], Montevideo, Uruguay. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Naturaleza%20Juridica%20del%20Decomiso.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

47 BLANCO, Isidoro. "Comiso ampliado y presunción de inocencia". En: PUENTE ABA, Luz María. (ed.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*. Granada, España, Editorial Comares, 2008, p. 106.

48 Perú. Ley 29.212, que modifica el decreto legislativo N° 992 que regula el proceso de pérdida de dominio [en línea]. Disponible en: http://www.sunat.gob.pe/legislacion/nor_graf/2008/abril/nl20080418.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

49 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAD CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). Ley Modelo sobre extinción de dominio, de mayo de 2011 [en línea]. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf [fecha de consulta: 16 septiembre 2016].

siguiendo la tradición civil de los países hispanohablantes de Latinoamérica que pudieran acoger la iniciativa". Por lo mismo, se habría adoptado el nombre de "extinción de dominio"[50] por tratarse de la denominación más común en la región y no, por ejemplo, el de "decomiso sin condena"[51] que es un término utilizado en otros ámbitos internacionales.

En Chile, el comiso es una pena accesoria a la pena principal de privación de libertad. El Código Procesal Penal establece en el artículo 469 CPP que, si el tribunal aplica la pena de comiso en la sentencia definitiva, los bienes respectivos que no sean dineros o valores serán vendidos en pública subasta por la Dirección General de Crédito Prendario. Sin perjuicio de ello, por no haber en la practica un procedimiento especialmente regulado para llevar a cabo la venta, se han detectado falencias para la ejecución del proceso de enajenación de bienes incautados y decomisados de la manera en que el legislador tuvo en vista al momento de redactar la Ley 20.000 y posteriormente la Ley 19.913. En el año 2014, durante la elaboración de un proyecto de reforma a la Ley 20.000 se constató que no se había logrado vender ningún inmueble por Ley 20.000 y el número de autos en aparcaderos públicos y privados aumentaba sin flujo de venta. Lo anterior, motivó la creación de una "Mesa Técnica (interinstitucional) de bienes incautados y decomisados"[52] para abordar el tema, lo que probablemente culmine con una propuesta de ley que establezca un procedimiento sobre comiso, especialmente regulado.

50 En su artículo 2°, se define la extinción de dominio en los siguientes términos:
"Articulo 2. Concepto. La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna.
La extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real en cuanto se dirige contra bienes, y se declara a través de un procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso".

51 Sobre el denominado "decomiso sin condena", Cfr.: BLANCO CORDERO, Isidoro. "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)". En: CAPARRÓS, Fabian; ONTIVEROS, Miguel; y RODRÍGUEZ, Nicolás (Directores). *El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la Corrupción*. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ubijus Editorial S.A. de C.V., 2012.

52 A inicios de 2015, dentro de los principales logros de la mesa destacan la enajenación de inmuebles decomisados mediante subasta púbica por la DICREP, lo que no se había concretado desde el inicio del nuevo sistema procesal penal, y también algunos avances en el remate de vehículos decomisados. Cfr.: Oficio FN Nº 324-2016 de 31 de mayo de 2016, que reactiva la mesa técnica de bienes incautados y decomisados e informa que la coordinación estará a cargo del Ministerio Público.

III. Comiso en el derecho penal español

Del mensaje del Código Penal chileno vigente y de la exposición de motivos del proyecto de reforma del Código Penal chileno de 2014[53], se colige que nuestro ordenamiento tradicionalmente ha visto con buenos ojos las instituciones reguladas por el ordenamiento español. Esto no sólo por un antecedente histórico y similitud de su sistema jurídico con la mayoría de los ordenamientos de los países latinoamericanos, sino por la notable evolución que ha experimentado el derecho penal español últimamente en materia de regulación de la criminalidad organizada. Por lo anterior, en las próximas líneas se desarrollará el tratamiento que se da al destino de los bienes decomisados en su ordenamiento, y las reformas que se han implementado en el último tiempo en la materia.

1. Regulación del destino de los bienes decomisados en España antes del 2015

La postura mayoritaria en la jurisprudencia y parte de la doctrina española sostenía la hipótesis del comiso como consecuencia accesoria de naturaleza penal. Basaban sus planteamientos en que con la vigencia del Código Penal de 1995, el comiso cambió su naturaleza jurídica desde la calidad de pena accesoria establecida en el artículo 27 del Código Penal de 1973, a la de consecuencia accesoria[54] del artículo 127 del Código Penal de 1995.

A raíz de la modificación introducida por la LO 15/2003 al Código Penal español[55], la regulación del destino de los bienes decomisados que provenían del delito de lavado del artículo 301 CPE se armonizó en cierta medida con lo establecido en la regulación general del comiso del artículo 127 del CPE, contemplando el destino de los bienes decomisados en el art. 127(5) CPE, en los siguientes términos:

> *"Artículo 127(5): (…) Los que se decomisaren se venderán, si son de lícito comercio,* ***aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa*** *y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán" (Énfasis agregado).*

53 Proyecto de ley, iniciado en mensaje de S. E. el Presidente de la República, que establece un nuevo Código Penal chileno (PCPCH), boletín n° 9274-07, p. 8.

54 ANANÍAS, Ignacio. *El comiso de ganancias en el Código Penal chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2012, p. 35.

55 España. Documento BOE-A-2003-21538 [en línea]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-21538 [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

Así, la normativa general distinguía en primera instancia si los bienes decomisados eran de lícito comercio o no, contemplándose su utilización para cubrir las responsabilidades civiles sólo en el primer caso y siempre que la ley no dispusiere otra cosa. Si los bienes decomisados eran de ilícito comercio, debía seguirse lo que dispusiere la normativa especial, contenida en los reglamentos o se inutilizarían en caso contrario.

La licitud comercial era una noción discutible en doctrina[56], y para algunos tenía que ver con la existencia de ciertas prohibiciones en torno a la transmisión del objeto derivadas de sus propias características[57]. Así, si la prohibición se refería a la necesidad de contar con una autorización para la enajenación o tenencia del bien tendría una ilicitud relativa y se le daría al bien el destino que le correspondería como si fuese cualquier otro de lícito comercio. Por otro lado, un sector de la doctrina consideraba que, si el bien estaba sujeto a limitaciones y prohibiciones o no era de transmisión libre, era de ilícito comercio y no cabría por tanto, destinar los bienes decomisados a las responsabilidades civiles por el hecho delictual[58]. Esta es la razón por la que en el caso del tráfico de drogas se preveía otro destino a los bienes decomisados, no existen victimas determinadas.

Ahora bien, un presupuesto de la aplicación de esta norma era el hecho de que "la ley no dispusiere otra cosa", razón por la cual era necesario detenernos en la regulación específica que contemplaba el derecho español para el comiso en el caso del lavado de activos. El artículo 301 del CPE –que establece el delito de lavado– regulaba el destino de los bienes decomisados, distinguiendo dos casos. En primer lugar, cuando los bienes provengan de la comisión del delito base de tráfico de drogas y, en segundo lugar, cuando los bienes tengan otro delito base distinto del tráfico de drogas.

Así el primer caso estaba tratado en el artículo 301(1), que establecía en su inciso segundo:

"Articulo 301(1): (…) La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas,

56 Guardando las proporciones, las discusiones doctrinales que se han dado en España al respecto, podrían homologarse a las que se han dado en Chile en torno al alcance del objeto ilícito en la enajenación de las cosas enumeradas en el artículo 1464 del CC. Si las prohibiciones contempladas en las leyes son de modo absoluto, los bienes serían de ilícito comercio pero si pueden venderse mediando ciertas autorizaciones, la norma sería imperativa de requisitos y los bienes por tanto de lícito comercio.

57 VARGAS, Patricia. El comiso del patrimonio criminal. Tesis doctoral. Salamanca. Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 2012 [en línea], p. 280. Disponible en: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121429/3/DDPG_VargasGonzalezPatricia_Tesis.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

58 AGUADO, Teresa. "Artículos 127 y 128". En: *Comentarios al Código Penal*. Valladolid, España, 2010, p. 508.

estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código" (énfasis agregado).

Este último establece que:

> *Art. 374(4) del Código Penal español[59]: "Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado" (énfasis agregado).*

Por otro lado, el segundo caso –referido al destino de los bienes en comiso procedentes de delitos/bases distintos del tráfico de drogas–, se encuentra tratado en el artículo 301(5), que se remite expresamente a la normativa general, en los siguientes términos:

> *"Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código" (énfasis agregado).*

Todo lo anterior nos permite concluir que, aun antes de la reforma del año 2015, el derecho español contemplaba expresamente la posibilidad de destinar el comiso de ganancias (de los delitos base de lavado), a la indemnización de las víctimas afectadas con su comisión (pese a que se hablaba de "cubrir las responsabilidades civiles del penado" más que indemnización propiamente tal). Eso sí, mientras concurriesen las siguientes condiciones[60]:

- Que el delito base del lavado no haya sido tráfico de drogas;
- Que los bienes provengan de lícito comercio;
- Que la ley no prevea otra cosa[61];
- Que exista una sentencia condenatoria por lavado de activos;
- Que el autor del delito haya obtenido ganancias, y
- Que existan víctimas derivadas de la comisión del delito base.

2. Código Penal Español de 2015

Considero relevante abordar la reciente reforma del Código Penal español, atendido a que en el proyecto de ley de Nuevo Código Penal chileno del año 2013 (boletín n° 9274-07) se ha señalado que se tuvo a la vista como antece-

59 España [en línea]. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&tn=1&p=20121228&vd=#a374 [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

60 Meramente enunciativas y en base al razonamiento seguido previamente.

61 En cuanto al delito base ya que, respecto al delito de lavado, la normativa se remite a la regla del artículo 127.

dente en materia de legislación extranjera –entre otros– el Anteproyecto de modificación del Código Penal español de 2012[62]. Al respecto, según se mencionó en el numeral anterior, la normativa especial de lavado sobre el destino de los bienes decomisados –cuando el delito base no es el tráfico de drogas– se remite a la regulación general del artículo 127, por lo que creo interesante abordar la modificación que se introdujo al referido artículo con la reforma del Código Penal Español de 2015[63].

El nuevo artículo 127 prevé un importante cambio en la regulación del destino de los bienes en comiso. Se trata de una unificación de las distintas regulaciones que tenía el Código Penal sobre el comiso[64], dejando sin efecto la doble regulación consagrada en el artículo 127 (comiso en general), y en el artículo 374 (comiso especial para los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales derivado de estas actividades delictivas)[65].

Para efectos del presente trabajo, los cambios más relevantes que se realizaron al artículo 127 son los siguientes:

1) Se creó el artículo 127 *bis*[66] que modifica la regulación del comiso ampliado de ganancias derivadas del delito, obtenidas por la persona condenada durante un período anterior a la condena, en los siguientes términos:

> *"Artículo 127 bis: El Juez o Tribunal ordenará también el comiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los*

62 Proyecto de ley, iniciado en mensaje de S. E. el Presidente de la República, que establece un nuevo Código Penal chileno (PCPCH), boletín n° 9274-07, p. 8.

63 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (PCPE), 4 de octubre de 2013 [en línea]. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

64 Cfr. COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. 2012. Informe sobre el texto del Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 157; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal [en línea], 2013. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Informe_del_Consejo_General_del_Poder_Judicial_al_Anteproyecto_de_Reforma_del_Codigo_Penal [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

65 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal. 2013, p. 113 [en línea]. Disponible en: file:///C:/Documents%20and%20Settings/cguerrerom/Mis%20documentos/Downloads/INFORME%20ANTEPROYECTO%20CP%202012%20%208-enero-2013.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

66 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (PCPE), 4 de octubre de 2013 págs. 49-50 [en línea]. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:

(…) i) Delitos de blanqueo de capitales" (énfasis agregado).

2) Se introduce un artículo 127 *octies* numeral 3[67] que regula el destino de los bienes en comiso con dos importantes novedades en esta materia. En primer lugar, se refiere expresamente a su utilización para el pago de indemnizaciones a las víctimas, modificando la regulación (que habla de responsabilidad civil del penado) y, en segundo lugar, elimina el criterio sobre bienes de lícito o ilícito comercio, previendo además su adjudicación al Estado, cuando no sean destinados al pago de las indemnizaciones de las víctimas:

"Artículo 127 octies (3): Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente" (énfasis agregado).

La reforma ha tenido buena acogida, especialmente en lo que se refiere a la inclusión del catálogo de delitos señalados en el artículo 127 bis, dentro de los cuales se encuentra el blanqueo de capitales. Eso sí, durante la tramitación parlamentaria del proyecto surgieron recomendaciones[68] dirigidas a que se garantice que su uso se destine a apoyar la asistencia, la protección y la indemnización de las víctimas, en los términos establecidos por la normativa internacional[69], y hacer realmente efectivo su derecho a la compensación, res-

67 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (PCPE), 4 de octubre de 2013, p. 51 [en línea]. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

68 AMINISTÍA INTERNACIONAL. 2014. Recomendaciones de Amnistía Internacional al Proyecto de Ley de reforma del Código Penal, págs. 30-31 [en línea]. Disponible en: https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/Documento%20AI%20C%C3%B3digo%20Penal%20abril%202014?CMD=VEROBJ&MLKOB=32894895213 [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

69 Cfr. Convención de Palermo de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, 2000:
"Artículo 14. Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados: (2) Al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte con arreglo al artículo 13 de la presente Convención, los Estados Parte, en la medida en que lo permita su derecho interno y de ser requeridos a hacerlo, darán consideración prioritaria a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al Estado Parte requirente **a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del delito** o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos". (énfasis agregado); Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, parr. (13): "En la lucha contra la trata de seres humanos deben aprovecharse plenamente los instrumentos en vigor sobre

titución y reparación[70]. Las críticas, en cambio, que se han formulado al artículo 127 *bis* sobre comiso ampliado de bienes, se dirigen a la presunción de su origen ilícito por el hecho de que su valor sea desproporcionado en relación con los ingresos obtenidos legalmente por la persona (sobre la que se acuerda el comiso), y sostienen que debiese sustituirse por una acreditación plena[71].

IV. Destino de los bienes decomisados en Chile

Luego de revisar en términos generales la regulación española, corresponde ahora analizar la regulación del destino de los bienes decomisados en Chile. Para ello, me referiré en primer lugar a la regulación penal general, para luego analizar la normativa en materia de lavado de dinero, especialmente a la luz de las recientes modificaciones a la Ley 19.913 del 18 de febrero de 2015.

1. Destino de los bienes decomisados en la legislación ordinaria

Es necesario distinguir, en primer lugar, entre el ***comiso de crímenes y simples*** delitos, *"que puede extenderse ilimitadamente[72] a los bienes que han servido como instrumentos para la ejecución del delito o que son efectos del mismo"*[73], del ***comiso de falta***, que sólo se extiende a los bienes indicados en los numerales del artículo 499 CP[74].

embargo y decomiso de los productos del delito, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, el Convenio del Consejo de Europa, de 1990, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, la Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito y la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Debe fomentarse el uso de los instrumentos y productos procedentes de las infracciones embargados y decomisados a que hace referencia la presente Directiva, **para apoyar la asistencia y la protección a las víctimas, incluida la indemnización de las mismas** y las actividades policiales transfronterizas de lucha contra la trata en la Unión" (énfasis agregado).

70 AMINISTÍA INTERNACIONAL, ob. cit. (nota 27), p. 31.

71 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, ob. cit. (nota 23), págs. 143-145.

72 El artículo 281 CP establece excepcionalmente un límite para el comiso en materia de infracciones de las leyes y reglamentos referentes a loterías, casas de juego y de préstamo de prendas, de hasta 10 UTM.

73 SUÁREZ, Christian. "Análisis constitucional y legal de las penas de confiscación y comiso en el Código Penal y en la ley de estupefacientes". En: POLITOFF, Sergio; y MATUS, Jean (Coord.). *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes.* Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2000, p. 499.

74 Artículo 499 CP: "Caerán en comiso:
1°. Las armas que llevare el ofensor al hacer un daño o inferir injuria, si las hubiere demostrado;
2°. Las bebidas y comestibles deteriorados y nocivos;

El artículo 31 del Código Penal constituye la regla general en materia de comiso de crímenes y simples delitos en la legislación chilena y tiene su origen[75] en el artículo 59 del Código Penal español de 1850[76]. Dicha norma contempla el comiso en los siguientes términos:

> *Artículo 31 Código Penal: "Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan* ***y*** *de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito".*

Según se mencionó en el apartado II, son instrumentos aquellos medios con los que se ejecutó el delito, comprendiendo únicamente los que fueron empleados o se encuentran relacionados con las acciones a las que son objetivamente imputables la realización del delito (por principio de proporcionalidad)[77]. Para Ananías[78], "*el uso del vocablo* ***'y'*** *(en el artículo 31 CP) determina que todo instrumento nunca es efecto",* por lo que habría que precisar qué debe entenderse por "efectos" para estimar si podría considerarse dentro de este concepto la noción de ganancias. El autor distingue cinco posturas en la doctrina chilena al respecto:

1. Aquellos que equiparan la noción de "efecto del delito" a "objeto material del hecho": sostienen que efecto del delito serían "*los objetos o el dinero de que se apropió el delincuente*". En este sentido, Labatut[79].

3°. Los efectos falsificados, adulterados o averiados que se expendieren como legítimos o buenos;
4°. Los comestibles en que se defraudare al público en cantidad o calidad;
5°. Las medidas o pesos falsos;
6°. Los enseres que sirvan para juegos o rifas;
7°. Los efectos que se empleen para adivinaciones u otros engaños semejantes".

75 Cfr. GUZMÁN DÁLBORA, José. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago, Chile, LegalPublishing, 2008, p. 266.; HERNÁNDEZ, Héctor. "Comentario al artículo 31". En: COUSO/HERNÁNDEZ (Coords.). *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia*. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, 2011, p. 482.

76 Artículo 59 del Código Penal Español de 1850 establecía: "Toda pena que se imponga por un delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecute. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero, no responsable del delito".

77 Cfr.: ANANÍAS, Ignacio. "El comiso de ganancias". En: *Revista de Estudios de la Justicia,* N°21, Santiago, Chile, 2014, p. 183; quien señala al respecto que "si se admitiera el comiso de bienes inmuebles (procedente en materia de lavado de activos, y tráfico de drogas, por lo demás) debería procederse al decomiso del laboratorio de anfetaminas, mas no al de local donde frecuentemente se hacia la tradición de las dádivas al funcionario público".

78 ANANÍAS, Ignacio. "El comiso de ganancias". En: *Revista de Estudios de la Justicia,* N°21, Santiago, Chile, 2014, págs. 183 y sgtes.

79 LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal*. 8ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1979, Tomo I, p. 293.

2. Aquellos que sostienen que efectos del delito es equivalente a *producta sceleris,* es decir, son exclusivamente aquellas cosas "que provienen directamente del delito en el sentido de que no existían antes de él, tales como el documento falso, los alimentos adulterados o el arma prohibida fabricada"[80]. Excluyendo en este sentido el objeto material del delito (*objectum sceleris*) y la ganancia obtenida con el (*sceleri quoesita*), lo que explicaría que la ley en algunos casos haya ordenado especialmente el comiso de objetos de este tipo (como el artículo 45 de la Ley 20.000), excluyendo al objeto del delito (*objectum sceleris*). En este sentido, Guzmán Dalbora[81], Hernández[82] y Suárez[83].

3. Aquellos que sostienen que los "efectos del delito" son los objetos materiales sobre los cuales haya recaído la acción delictiva o que sea producto de ella ("que de él provengan"), es decir, extienden el ámbito de aplicación posible de los *producta sceleris* más allá de aquellos objetos cuyo origen material o su estructura actual es atribuible al hecho punible. En este sentido Etcheberry[84], Cury[85], Garrido Montt[86], Novoa[87] y Politoff[88].

4. Posición jurisprudencial que incluyó dentro del alcance del artículo 31 CP a las ganancias[89]. Para Ananías, en el referido caso, la Corte Suprema "(sostuvo) que el artículo 31 CP incorpora dentro de su

80 HERNÁNDEZ, Héctor. "Comentario al artículo 31". En: COUSO/HERNÁNDEZ (Coords.). *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia*. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, 2011, p. 483.

81 GUZMÁN DÁLBORA, José. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago, Chile, LegalPublishing, 2008, p. 336.

82 HERNÁNDEZ, Héctor. "Comentario al artículo 31". En: COUSO/HERNÁNDEZ (Coords.). *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia*. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, 2011, p. 484.

83 SUÁREZ, Christian. "Análisis constitucional y legal de las penas de confiscación y comiso en el Código Penal y en la ley de estupefacientes". En: POLITOFF, Sergio; y MATUS, Jean (Coord.). *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes.* Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2000, págs. 494 y 502.

84 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal.* 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1988, Tomo II, p. 167.

85 CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 751.

86 GARRIDO, Mario. *Derecho Penal Parte General.* Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2001, Tomo I, p. 300.

87 NOVOA, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General.* 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, Tomo II, p. 344.

88 POLITOFF, Sergio. *Texto y comentario del Código Penal chileno. Libro I-Parte General. Artículo 1º al 105*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, Tomo I, p. 286.

89 C. Suprema. Recurso de casación en el fondo, contra Carlos Silva Leiva y otros. Rol N° 7840-2010, de 25 de junio de 2012 (considerando 24 y 25).

ámbito de aplicación a los efectos provenientes del delito y a las utilidades que hubiera originado, cualquiera sea su naturaleza jurídica o a las transformaciones que hubiera experimentado, por lo que su explicación en el artículo 27 de la ley 19.366 (hoy ley 20.000) deviene en superflua, pues se encuentran comprendidas dentro de las reglas generales"[90].

Por otro lado, el artículo 31 CP debe relacionarse además con los artículos 76 CP[91] y 348 inciso tercero CPP[92] y con el artículo 469 CPP. Este último establece el destino de las especies decomisadas en general, en los siguientes términos:

"Articulo 469 CPP: Destino de las especies decomisadas. Los dineros y otros valores decomisados se destinarán a la ***Corporación Administrativa del Poder Judicial****.*

Si el tribunal estimare necesario ordenar la destrucción de las especies, se llevará a cabo bajo la responsabilidad del administrador del tribunal, salvo que se le encomendare a otro organismo público. En todo caso, se registrará la ejecución de la diligencia.

Las demás especies decomisadas se pondrán a disposición de la Dirección General del Crédito Prendario para que proceda a su enajenación en subasta pública, o a destruirlas si carecieren de valor. El producto de la enajenación tendrá el mismo destino que se señala en el inciso primero.

En los casos de los artículos 366 quinquies, 374 bis, inciso primero, y 374 ter del Código Penal, el tribunal destinará los instrumentos tecnológicos decomisados, tales como computadores, reproductores de imágenes o sonidos y otros similares, al Servicio Nacional de Menores o a los departamentos especializados en la materia de los organismos policiales que correspondan".

Al respecto, podemos señalar que no existe consenso en doctrina nacional acerca de si efectivamente la legislación penal ordinaria contempla la institución del comiso de ganancias. A nivel jurisprudencial, sin embargo, se ha tendido a interpretar que el término "efectos" es asimilable a la noción de ganancias o utilidades provenientes de la comisión de un delito, en los términos que en Chile ha sostenido Ananías.

90 ANANÍAS, Ignacio. "El comiso de ganancias". En: *Revista de Estudios de la Justicia,* N° 21, Santiago, Chile, 2014, p. 187.

91 Artículo 76 CP: "Siempre que el tribunal imponga una pena que lleve consigo otras por disposición de la ley, según lo prescrito en el párrafo 3 de este título, condenará también al acusado expresamente en estas últimas".

92 Artículo 348 inciso tercero CP: "(…) La sentencia condenatoria dispondrá también el comiso de los instrumentos o efectos del delito o su restitución, cuando fuere procedente (…)".

2. Destino de los bienes decomisados en materia de lavado de dinero: reforma de la Ley 20.818[93]

Pese a que en el actual sistema de penas del Código Penal las consecuencias jurídicas impuestas al patrimonio por la realización de actividades ilícitas desempeñan un rol de naturaleza accesoria[94], la ley que regula el lavado de activos en Chile muestra una notable evolución, al incorporar expresamente dentro del catálogo punitivo el comiso de ganancias.

En materia de reglas de procedencia, alcance y destino del comiso en materia de lavado de dinero, antes de la reforma de la Ley 20.818 del 18 de febrero de 2015, se debía atender a la remisión expresa del artículo 33 letra d) de la Ley 19.913 a la Ley 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes[95], específicamente a los artículos 45[96] y 46[97]. Por su parte, tratándose de casos en que hubieren

93 Sobre el contexto y vicisitudes de los 9 años de tramitación del proyecto de ley en el Congreso, Cfr.: FERNÁNDEZ MONTALBÁN, Mauricio. "Recientes reformas legales en Chile en lavado de dinero. La ley 20.818". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°62, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2015, págs. 177-205.

94 ANANÍAS, Ignacio. *El comiso de ganancias en el Código Penal chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2012, p. 3.

95 Artículo 33 de la Ley 19.913: "Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, serán aplicables respecto de los delitos establecidos en los artículos 27 y 28, todas las normas de la ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y substancias psicotrópicas, y las que contenga cualquier otra ley que la sustituya o modifique (hoy Ley 20.000), que se refieran a las siguientes materias: d) Juzgamiento y cumplimiento de la sentencia: … procedencia del comiso, alcance de éste y destino de los bienes decomisados..." (énfasis agregado).

96 El artículo 45 establece la procedencia y alcance del comiso de ganancias: *"Artículo 45.- Sin perjuicio de las reglas generales, caerán especialmente en comiso (…) los efectos que de ellos provengan y las utilidades que hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, o las transformaciones que hubieren experimentado, como, asimismo, todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas del destino u origen de los mismos"* (énfasis agregado).

97 Los incisos 1, 2 y 3 del artículo 46 regulan los efectos de los bienes decomisados en los siguientes términos:
"Artículo 46.- Los bienes decomisados en conformidad a esta ley serán enajenados en subasta pública por la Dirección General del Crédito Prendario, la que podrá, además, ordenar su destrucción, si carecieren de valor.
El producto de la enajenación de los bienes y valores decomisados y los dineros en tal situación ingresarán a un fondo especial del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, con el objetivo de ser utilizados en programas de prevención del consumo de drogas, tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción. Un reglamento establecerá la forma de distribución de los fondos, así como los mecanismos que garanticen la transparencia de los actos tendientes a su traspaso.
Igual aplicación se dará al monto de las multas impuestas en esta ley y al precio de la subasta de las especies de que hace mención el artículo 470 del Código Procesal Penal. Se exceptúan de esta disposición las armas de fuego y demás elementos a que se refiere la ley Nº 17.798, sobre Control de Armas" (énfasis agregado).

delitos base del lavado de dinero distintos del tráfico ilícito de estupefacientes, se recurría al inciso quinto del artículo 46 de la Ley 20.000 que establece que "*en lo no contemplado en esta ley, regirán las reglas generales contenidas en el Párrafo 2º del Título VIII del Libro Cuarto del Código Procesal Penal*". Así, antes de la Ley 20.818, cuando el delito base del delito de lavado de dinero no era el tráfico ilícito de estupefacientes, se debía recurrir a la remisión que esta norma realizaba entre otros, al artículo 469 CPP señalado en el apartado anterior.

La Ley 19.913, que regula el lavado de activos en Chile, no establecía distinciones entre el destino de los bienes decomisados por el delito de lavado cuando éstos no procedían de un delito base de tráfico de drogas, sino que sólo se remitía a la Ley 20.000 en esta materia. La Ley 19.913 tampoco se remitía al artículo 31 del Código Penal que regula el comiso de manera general[98] (como sí lo hacía la normativa española sobre lavado al remitirse al artículo 127 del CPE en caso de un delito base distinto del tráfico de drogas); y tampoco establecía una regulación conjunta en los términos expuestos a propósito del artículo 127 bis y 127 octies (3) del Código Penal Español de 2015.

Con la Ley 20.818 del 18 de febrero de 2015, se introdujeron una serie de cambios a la Ley 19.913 que inciden directamente en la materia del presente estudio. En lo que aquí interesa, dentro de las principales modificaciones podemos destacar las siguientes:

- Modifica el artículo 27 que tipifica el delito de lavado:
  - i) Se incorporan nuevos delitos base o precedentes del lavado de activos: se incluyen las hipótesis más graves de contrabando aduanero y piratería (infracciones a la Ley de Propiedad Intelectual); los delitos tipificados en la LOC del Banco Central (por ejemplo fabricación o circulación de billetes de curso legal falsos); el delito tributario contenido en el art. 97 Nº 4 inciso 3º (obtención indebida de devoluciones de impuesto por maniobras fraudulentas); la asociación ilícita del Código Penal (arts. 292 y siguientes); la producción de material pornográfico infantil y comercialización, exportación, importación, distribución, difusión, almacenamiento o adquisición de material pornográfico infantil; el delito de estafa del artículo 468 CP y fraude de subvenciones del artículo 470 Nº 8 CP, en sus hipótesis más dañosas (cuando el valor de lo defraudado o apropiado de manera indebida excediere de las 400 UTM)[99].

98 El artículo 31 del Código Penal regula de manera general el comiso como pena accesoria en los siguientes términos: *"Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito"*.

99 Se elimina como delito base el delito de abuso sexual tipificado en el art. 366 quáter del Código Penal (incluido por error de referencia el año 2003).

ii) Se amplía la figura culposa de lavado de dinero a las conductas descritas en la letra b) del artículo 27 (adquisición, posesión, tenencia y uso de bienes), abarcando el tipo culposo actual las conductas descritas en las letras a) y b) del artículo 27.

iii) Se introduce una norma de determinación de la pena en concreto, en virtud de la cual, al momento de establecer la pena por el delito de lavado de dinero, se le impide al juez imponer la pena mayor que la ley asigna al autor del crimen o simple delito base. Con ello, sin quitarle autonomía al tipo penal de lavado de dinero, el legislador reconoce la distinta naturaleza, lesividad y marco punitivo de los distintos delitos base y su impacto en la sanción por el lavado de activos relacionado.

– Crea un nuevo artículo 36, que introduce la posibilidad de destinar bienes incautados y decomisados al control del delito de lavado de dinero y ya no sólo a la prevención y rehabilitación del consumo de drogas (SENDA), en los siguientes términos:

> *"Artículo 36 Ley 19.913: Los bienes incautados o el producto de los decomisados en investigaciones por lavado de activos podrán ser destinados, en los términos que establecen los artículos 40 y 46 de la ley 20.000, en todo o parte, a la persecución de dicho delito" (énfasis añadido).*

– Crea un nuevo artículo 37, que introduce por primera vez en nuestra legislación, la posibilidad de incautar, disponer medidas cautelares reales (congelar) y decomisar bienes por valor equivalente, lo que exige determinar previamente el monto de lo lavado, y la imposibilidad de incautarse o congelarse por actos u omisiones del imputado. Además, exige determinar otros bienes sobre los cuales se pueda hacer efectiva la medida, con excepción de aquellos que la ley declara inembargables.

> *"Artículo 37 Ley 19.913: Durante la investigación de los delitos contemplados en los artículos 27 y 28 de esta ley, en aquellos casos en que como consecuencia de actos u omisiones del imputado no pudiera decretarse la incautación o alguna medida cautelar real sobre los bienes que sean objeto o producto de los mismos, el tribunal con competencia en lo penal que corresponda podrá decretar, a solicitud del fiscal y mediante resolución fundada, la incautación o alguna de las medidas cautelares reales establecidas en la ley, sobre otros bienes que sean de propiedad del imputado por un valor equivalente a aquel relacionado con los delitos, con excepción de aquellos que declara inembargables el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil.*
>
> *Asimismo, ante una solicitud de autoridad competente extranjera, realizada en virtud de un requerimiento de asistencia penal internacional por alguno de los delitos señalados en el inciso anterior,*

> *se podrá decretar, en los mismos términos expresados en el inciso precedente, la incautación o medidas cautelares reales de bienes por un valor equivalente a aquellos relacionados con el delito investigado.*
>
> *En el evento de dictarse sentencia condenatoria, y no habiéndose incautado o cautelado bienes relacionados con el delito sino sólo aquellos de un valor equivalente, el tribunal con competencia en lo penal que corresponda podrá, en la misma sentencia, decretar el comiso de aquellos bienes incautados o cautelados de conformidad a lo establecido en el inciso primero".*

El artículo 36 de la Ley 19.913 introduce un cambio en el destino de los bienes decomisados en materia de lavado de dinero. A diferencia de la regulación previa al año 2015, en que el producto de la enajenación iba destinado a SENDA o a la CAPJ, dependiendo del tipo de delito (tráfico ilícito de estupefacientes en el primer caso), el artículo 36 de la Ley 19.913 establece que el producto de los bienes decomisados por lavado de activos podrá ser destinado a la persecución de dicho delito (lavado). Cabe entonces preguntarnos si es posible que este nuevo destino contemple indemnizaciones a las víctimas y la respuesta necesariamente parece ser que no. Desde ya habría que advertir, eso sí, que es necesario que exista un reglamento para que pueda ser ejecutable este nuevo destino, y este aún no se ha dictado.

Pese a lo anterior, si nos guiamos por el tenor literal de la norma, el artículo 36 de la Ley 19.913 habla de "persecución" del ilícito del lavado de dinero en los términos de los artículos 40 y 46 de la Ley 20.000, que en lo que aquí interesa, establecen que los efectos incautados de los delitos podrán ser destinados previa solicitud del Ministerio Publico, a una Institución del Estado o a una institución privada sin fines de lucro (previa caución) que tenga como objetivo la prevención, tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas (¿por el delito de lavado?, al parecer no es muy claro). Sin embargo, esto nos permite sostener que el actual marco normativo no admite destinar los bienes decomisados a la reparación de las víctimas por los delitos base de lavado, ya que el tenor literal del artículo 36 de la Ley 19.913 en relación con los artículos 40 y 46 de la Ley 20.000 dan a entender que las instituciones a las que podría destinarse el producto de las enajenaciones están enfocadas en el autor del delito y en la erradicación de la criminalidad organizada, más que en la propia víctima.

Sin perjuicio de esto, si se considerara que el comiso de ganancias, al menos en materia de lavado de dinero y en algunas leyes especiales, tiene en general la naturaleza jurídica de una consecuencia accesoria *sui generis*, este constituiría una manifestación en sede penal del principio de la prohibición del enriquecimiento sin causa (transversal a todo el ordenamiento jurídico) y cabría estimar que es procedente el ejercicio de una *actio in rem verso* de las víctimas, pero habría que efectuar las modificaciones legales pertinentes al referido artí-

culo 36, que lo permitan para efectos de certeza jurídica. Lo anterior, guarda plena sintonía con el artículo 6 del CPP que establece el principio de protección de las víctimas (rector del proceso penal), y según el cual el Ministerio Público debe promover, durante el curso del procedimiento, los mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima, sin que importe el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponder a la misma.

Todo lo anterior no resultaría problemático si se tipificara el delito de lavado como uno que persigue acabar con la criminalidad organizada, contemplando exclusivamente delitos base de un acotado catálogo cuyos bienes jurídicos son necesariamente colectivos: cohecho, financiamiento del terrorismo, tráfico ilícito de estupefacientes, etc. Sin embargo, si se mira los delitos que paulatinamente se han ido incorporando a nuestro catálogo de delitos base, podemos apreciar que no son pocos los que implican la afectación de bienes jurídicos individuales y, por ende, que tienen víctimas concretas asociadas a la perpetración de los delitos, por ejemplo, los delitos en contra de la propiedad intelectual en su tipo penal más grave; los delitos de secuestro y sustracción de menores; el delito de producción de material pornográfico; el delito de promover la prostitución infantil; la comercialización de material pornográfico; la trata de migrantes y de personas; el delito de estafas, cuando el valor de la cosa defraudada supera las 400 UTM. De hecho, el problema se agrava si, por ejemplo, nos encontramos frente a un sujeto culpable que carece de bienes suficientes para cubrir sus responsabilidades pecuniarias, y las víctimas solicitaran la aplicación del artículo 48 CP, que establece una prelación para tal efecto.

A nivel jurisprudencial el problema ya se ha comenzado a plantear. Sin ir más lejos, en la causa RUC 1100591305-7 (el denominado caso "la Polar")[100] se condenó por lavado de dinero con delitos base contenidos en la Ley de Mercado de Valores y Ley General de Bancos. La parte querellante (entre los que se encontraban administradoras de fondos de pensiones y accionistas minoritarios) planteó que existiendo bienes afectos a cautelares reales y habiendo sido decretadas penas de multa y de comiso, "*a la luz del artículo 48 del Código Penal deben imputarse dichos bienes conforme al orden de prelación allí establecido lo cual resulta concordantes con tratados internacionales, así como a las modificaciones introducidas en el Código Penal español, entre otros*". Al respecto, el 2° Juzgado de Garantía de Santiago, por sentencia del 18 de diciembre de 2015 en procedimiento abreviado, señaló en su considerando 19°, que si bien el artículo 48 CP establece una suerte de prelación tratándose de la ejecución de una sentencia en el evento de falta o insuficiencia de bienes, dado que la causa concluyó conforme a las reglas del juicio abreviado no le correspondía emitir

100 2° Juzgado de Garantía de Santiago, 18 de diciembre de 2015, RUC N° 1100591305-7, considerandos 18° y sgtes.

pronunciamiento alguno de la demanda civil que hubiere sido interpuesta. Sin perjuicio de ello, señaló que "*a la luz de lo anterior y realizando un análisis sistemático de la normativa aplicable, aparece a todas luces inoficiosa la presente discusión pues tratándose en la especie de un procedimiento abreviado donde no se ha determinado responsabilidad civil alguna, el tribunal una vez ejecutoriada la sentencia debe procurar en un plano pecuniario la satisfacción de las multas impuestas, así como los comisos en los términos del artículo 468 y ss. CPP, con las modificaciones del artículo 46 de la ley 20.000 aplicable por mandato expreso de la ley 19.913*" (la sentencia es previa a la modificación legal de la Ley 19.913).

Problemas similares se han planteado a propósito de los casos de trata de personas y podrían surgir en el mediano plazo en materia de delitos económicos, por ejemplo, a propósito del incremento en el último tiempo de investigaciones por estafas piramidales que eventualmente podrían dar origen a investigaciones por lavado de dinero. En el caso "La Polar S.A.", sin perjuicio de que la Fiscalía tenía incautada una gran cantidad de bienes sólo solicitó el comiso respecto de una parte de ellos, con el objeto de que el resto pudiere servir para las acciones que habían interpuesto las víctimas del delito. Esta solución es relevante, ya que la fiscalía no usó el criterio que se utiliza generalmente en las investigaciones de tráfico ilícito de estupefacientes, en las cuales todos los bienes vinculados al delito/base son incautados y posteriormente decomisados. Mientras no exista norma expresa que contemple la posibilidad de destinar el producto de los decomisados a la indemnización de las víctimas en materia de lavado de dinero, esta podría ser una alternativa para proceder.

V. Conclusiones

El destino que la actual normativa chilena da a los bienes decomisados cuando el delito base del lavado es el tráfico de drogas se condice con la normativa internacional y con la finalidad de la punibilidad de este tipo de crímenes, ya que por lo general existe consenso a nivel doctrinal en que se protegen bienes jurídicos colectivos como la salud pública o la seguridad. Por el contrario, no parece ser adecuado el tratamiento que el ordenamiento jurídico interno confiere al destino del producto de los bienes decomisados, en aquellos casos en que existan víctimas afectadas por un delito base de lavado que no sea el tráfico ilícito de estupefacientes.

Las recomendaciones internacionales apuntan a considerar el destino de los bienes decomisados para la reparación de las víctimas de los delitos base de trata[101] y extenderlo a los demás delitos base de lavado en que haya víctimas involucradas. Un gran paso para lograr este objetivo lo constituye el artículo

101 Cfr. Amnistía Internacional y la Opinión del grupo de expertos sobre Tráfico de personas de la Comisión Europea en conexión con la conferencia "Tráfico de personas: políticas y mejores prácticas en Europa", del 11 de octubre de 2005.

138 de la regulación general del comiso contenido en el Proyecto del Código Penal chileno de 2013[102] y que contempla expresamente, la posibilidad de que la acción de la víctima del delito se ejerza sobre los bienes decomisados. Sin embargo, esta medida debiese ser complementada con modificaciones legales a la Ley 19.913 y al Código Procesal Penal. Para la coherencia interna y la unificación de la regulación del comiso de ganancias, sería necesario introducir una modificación al artículo 31 del Código Penal que modifique la regulación del comiso con un catálogo determinado de delitos, estableciendo además que en materia de destino de los bienes en comiso, éstos sean adjudicados al Estado, salvo que deban ser destinadas al pago de las indemnizaciones a las víctimas, en términos similares a los establecidos en la reciente modificación del Código Penal español.

Todo lo anterior, junto con introducir en el Código Procesal Penal un procedimiento especial (accesorio) para la tramitación del comiso y que se active una vez que exista una sentencia condenatoria acerca del delito base, en los términos en que está regulado en el ordenamiento de los Países Bajos. Sólo de esta manera se podría hacer tangible el principio de protección de las víctimas en el ámbito de la criminalidad organizada, y garantizar que éstas tengan una reparación eficaz y efectiva.

102 Art. 138 PCP: "Acción civil de la víctima. La acción civil de la víctima del delito podrá ejercerse sobre los bienes decomisados conforme a las disposiciones de los Párrafos 2 y 3 de este título".

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO, Teresa. "Artículos 127 y 128". En: *Comentarios al Código Penal*. Valladolid, España, , 2010, págs. 501-510.

AGUADO, Teresa. "Embargo preventivo y comiso en los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: presente y ¿futuro?". En: *Revista Estudios penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, págs. 265-320.

ANANÍAS, Ignacio. *El comiso de ganancias en el Código Penal chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2012.

ANANÍAS, Ignacio. "El comiso de ganancias". En: *Revista de Estudios de la Justicia,* N° 21, Santiago, Chile, 2014, págs. 153-196.

BACIGALUPO, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*. Madrid, España, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2002.

BLANCO, Isidoro. "Comiso ampliado y presunción de inocencia". En: PUENTE ABA, Luz María. (ed.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*. Granada, España, Editorial Comares, 2008, págs. 69-106.

BLANCO CORDERO, Isidoro. "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)". En: CAPARRÓS, Fabián; ONTIVEROS, Miguel; y RODRÍGUEZ, Nicolás (Directores). *El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la Corrupción*. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ubijus Editorial S.A. de C.V., 2012.

BONESANA, Cesare. *Tratado de los delitos y las penas*. Buenos Aires, Argentina, Valletta Ediciones, 2004.

CARNEVALI, Raúl. "La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación". En: *Revista Ius et Praxis*, año 16, Nº 2, 2010, págs. 273-330.

CHOCLÁN, José. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de ganancias*. Madrid, España, Editorial Dickinson, 2001.

CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal.* 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica ,Tomo II, 1988.

FARALDO, Patricia. "La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos en los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales,* núm.20, 2008, págs. 139-186.

FERNÁNDEZ MONTALBÁN, Mauricio. "Recientes reformas legales en Chile en lavado de dinero. La ley 20.818". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 62, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2015, págs. 177-205.

GARCÍA, Percy. "Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal peruano". *Revista de derecho. Universidad de Piura.* V (7), 2006, p. 115 [en línea]. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_81.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

GARRIDO, Mario. *Derecho Penal Parte General.* Santiago, Chile, Editorial Jurídica , 2001, Tomo I.

GRACIA, Luis. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2006.

GRACIA, Luis. *El derecho penal ante la globalización económica* [en línea], 2011. Disponible en: http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20El%20Derecho%20Penal%20ante%20la%20globalizaci%C3%B3n%20econ%C3%B3mica.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

GUZMÁN DÁLBORA, José. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago, Chile, Legal Publishing, 2008.

HERNÁNDEZ, Héctor. "Comentario al artículo 31". En: COUSO/HERNÁNDEZ (Coords.). *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia*. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, 2011.

JORGE, Guillermo. *El decomiso del producto del delito. Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires, Argentina, Editoriales del Puerto [en línea], 2008. Disponible en: http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNADN854.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

MANZANARES, José. El comiso y la caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal [en línea], 1984. Disponible en: file:///C:/Documents%20and%20Settings/cguerrerom/Mis%20documentos/Downloads/1984_1342.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

MAPELLI, Borja. "Las consecuencias accesorias en el nuevo código penal". En: *Revista Penal*, N° 1, 1997, págs. 43-53.

MIR PUIG, Santiago. "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004 [en línea]. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf [fecha de consulta: 28 agosto 2016].

NOVOA, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General.*, 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, Tomo II.

LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal*. 8ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1979, Tomo I, p. 293.

PERES BLANCO, Ricardo. Determinación de la naturaleza jurídica del decomiso. Su incidencia sobre el alcance objetivo y subjetivo de la medida [en línea], Montevideo, Uruguay. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Naturaleza%20Juridica%20del%20Decomiso.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

POLITOFF, Sergio. *Texto y comentario del Código Penal chileno. Libro I-Parte General. Artículo 1º al 105*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002,Tomo I.

RIBAS, Eduardo. "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria". En: *Revista estudios penales y criminológicos,* Nº 24, 2002-2003, págs. 517-564.

ROXIN, Claus. "Fin y justificación de las penas y las medidas de seguridad". En: ROXIN, Claus. *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 1992, págs. 15-49.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, España, Civitas Ediciones, 1999.

SUÁREZ, Christian. "Análisis constitucional y legal de las penas de confiscación y comiso en el Código Penal y en la ley de estupefacientes". En: POLITOFF, Sergio; y MATUS, Jean (Coord.). *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes.* Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2000.

VARGAS, Patricia. El comiso del patrimonio criminal. Tesis doctoral. Salamanca. Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 2012 [en línea]. Disponible en: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121429/3/DDPG_VargasGonzalezPatricia_Tesis.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

VERVAELE, J. El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos, 1997 [en línea]. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_37.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

Informes

AMINISTÍA INTERNACIONAL. Recomendaciones de Amnistía Internacional al Proyecto de Ley de reforma del Código Penal, 2014 [en línea]. Disponible en: https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/Documento%20AI%20C%C3%B3digo%20Penal%20abril%202014?CMD=VEROBJ&MLKOB=32894895213 [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Informe sobre el texto del Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 2012.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal, 2013 [en línea]. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Informe_del_Consejo_General_del_Poder_Judicial_al_Anteproyecto_de_Reforma_del_Codigo_Penal [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, 2013 [en línea]. Disponible en: file:///C:/Documents%20and%20Settings/cguerrerom/Mis%20documentos/Downloads/INFORME%20ANTEPROYECTO%20CP%202012%20%208-enero-2013.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. "Prevención del delito y la justicia penal en el contexto del desarrollo: realidades y perspectivas de la cooperación internacional". En: *Revista Internacional de política criminal*, Nº41, 1993.

UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO (UAF). III Informe de tipologías y señales de alerta de lavado de activos en Chile. Análisis de las sentencias definitivas condenatorias 2007-2015, 2015.

Normativa

Chile. Ley 19.913, 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.

Chile. Ley 20.000, sustituye la ley Nº 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Diario Oficial del 16 de febrero de 2005.

Chile. Ley 20.818, perfecciona los mecanismos de prevención, detección, control, investigación y juzgamiento del delito de lavado de activos. Diario Oficial del 18 de febrero de 2015.

Chile. Proyecto del Código Penal chileno de 2013.

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [en línea]. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

España. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (PCPE), 4 de octubre de 2013 [en línea]. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

Estados Unidos. *Civil Asset Forfeiture Reform Act*. [en línea]. Disponible en: https://www.congress.gov/106/plaws/publ185/PLAW-106publ185.pdf [Fecha de consulta: 20 septiembre 2016]

Perú. Ley 29.212, modifica el decreto legislativo N° 992 que regula el proceso de pérdida de dominio [en línea]. Disponible en: http://www.sunat.gob.pe/legislacion/nor_graf/2008/abril/nl20080418.pdf [fecha de consulta: 20 septiembre 2016].

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Convención de Naciones Unidas contra la corrupción.

Decisión marco 2005/212 del Consejo de la Unión Europea, 24 febrero 2005.

Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Ley Modelo sobre extinción de dominio, de mayo de 2011 [en línea]. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf [fecha de consulta: 16 septiembre 2016].

UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN NECESARIAS EN EL DELITO DE ROBO

Luz María Fernández Saldías[1]

El robo con violencia o intimidación es la forma tradicional del robo, por oposición al hurto. Se encuentra tipificado en el artículo 436 inciso 1 del CP. La conducta típica consiste, al igual que en el hurto, en apropiarse de cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, sin la voluntad de su dueño pero, a diferencia de aquella, requiere el empleo de los medios comisivos de amenaza, coacción psicológica o fuerza física. El delito está estructurado como una figura subsidiaria respecto del robo calificado contenido en el artículo 433 del CP, ya que comprende todas las formas de violencia o intimidación que no constituyan algunas de las hipótesis contempladas para este último delito, según la mencionada disposición. Además, la ley equipara la violencia con la intimidación como medios de ejecución del delito y contempla, asimilándolas al robo con violencia, ciertas hipótesis de apropiación mediante engaño, denominadas por la doctrina violencia ficta, consistentes en obtener la entrega de las especies alegando orden falsa de alguna autoridad o dándola por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público.

Existe consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, que esta figura penal constituye un delito pluriofensivo, que además de afectar la propiedad afecta otros bienes jurídicos, aunque no es pacífico cuales sean éstos. La doctrina chilena sostiene diversas posiciones. Así, el profesor Etcheberry plantea que los bienes jurídicos afectados son la vida, la integridad corporal y la salud[2]. El profesor Garrido Montt sostiene que dichos bienes jurídicos son la vida, la salud y la libertad personal[3]. Los profesores Matus y Ramírez plantean que los otros bienes jurídicos afectados son la integridad y seguridad de las personas[4]. Por último, se ha planteado en nuestra doctrina el concepto de que la pluriofensividad del robo con violencia o intimidación en las personas radica en la afectación, además de la propiedad, de la libertad de actuación de la víctima. Así el profesor Bascuñán, expone que la regulación chilena de la figura del robo acoge la concepción moderna del robo como delito de coacción, luego de analizar esta concepción y fundado en los ante-

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

2 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal,* Parte Especial. 4ª ed. revisada y actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998, Tomo III, p. 335.

3 GARRIDO, Mario, *Derecho Penal,* Parte Especial, 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, Tomo IV, p. 182.

4 MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte Especial, 3ª ed., Santiago, Chile, Legal Publishing, Tomo II, p. 76.

cedentes históricos de los procesos de codificación de los cuales nuestro país es tributario, plantea que el robo es un delito de coacción grave[5]. El profesor Oliver Calderón en la misma línea explica "… que en el robo simple (artículo 436 inc. 1° CP) y, por lo tanto, en el núcleo de todo robo con violencia o intimidación en las personas, además de verse afectados intereses patrimoniales, el único bien jurídico contra el que necesariamente se atenta, es la libertad de actuación (autodeterminación) de la víctima. En efecto, la estructura de este delito permite considerarlo como una forma de coacción. A la luz de la definición legal de violencia o intimidación (artículo 439) puede colegirse que tales medios de comisión no son sino formas de constreñir la voluntad del titular de una cosa para que realice una acción que no desea ejecutar (que la entregue o manifieste el lugar en que se encuentra o para que no realice una acción que desea ejecutar, que no se resista o se oponga a la apropiación de una cosa). De dicha definición legal se desprende que no es necesario que se afecte la integridad de las personas, ya que después de mencionar los malos tratamientos de obra y las amenazas, alude a *cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega.* La violencia y la intimidación, entonces, no se conciben como formas de afectación de la seguridad física de las personas, sino como medios coactivos de apropiación"[6-7].

Esta última posición respecto de los bienes jurídicos protegidos en la figura del robo con violencia o intimidación ha encontrado cierta recepción en nuestros tribunales, observándose menciones a la libertad o más específicamente a la libertad de determinación como uno de los bienes jurídicos protegidos en esta figura[8], (aunque en no pocas ocasiones se hace conjuntamente con la de otros bienes jurídicos tales como la vida, la salud, la seguridad, etc.).

5 BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. "El Robo como Coacción". En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N°1, Santiago, Chile, 2002.

6 OLIVER, Guillermo. *Delitos contra la Propiedad.* 1ª ed., Santiago, Chile, Legal Publishing, 2013, p. 276.

7 La concepción del robo simple como delito de coacción tiene una serie de consecuencias dogmáticas. Ver Bascuñán Rodríguez, ob. cit., págs. 81 y siguientes.

8 En este sentido encontramos **la SCS de 5 de abril de 2006, Rol N° 4515-2005**, que señala en su considerando quinto: "Y como lo define la ley, el robo es la apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, usando la intimidación en las personas y esta cualidad, a su turno, importa una coerción de índole psicológico, no material, pero consistente en la amenaza de violencia física dirigida a presionar la voluntad de la víctima o impedir su capacidad de defensa, permitiendo de este modo el apoderamiento de la cosa mueble deseada por el sujeto activo. Representa así y como se ha enseñado doctrinariamente un tipo complejo, pluriofensivo, constituido por dos agresiones: la acción de apropiación y la coerción, entre las cuales es indispensable que exista un nexo objetivo y subjetivo y constituyan a su vez una unidad". **La SCS, de 1 de junio de 2006, Rol N° 5007-03,** que en su considerando quinto, dispone: "Que lo que, en cambio, es común a todas las hipótesis de robo con violencia e intimidación, es más bien, que cualquiera de ellos presupone, además del ataque contra la propiedad, una lesión de la libertad del ofendido, cuya voluntad se doblega, sea ejerciendo sobre él

Las defensas recurrentemente alegan la falta de idoneidad de la conducta en el caso concreto para lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos vida, salud, integridad física, que se estiman protegidos además de la propiedad, apuntando a excluir mediante interpretación teleológica la antijuridicidad por falta de lesividad en los casos concretos, y especialmente con el fin de calificar la conducta como un delito diferente, sin embargo no suele ser un argumento acogido por los tribunales.

El legislador chileno ha previsto para el delito de robo una sanción severa, asignándole una pena de presidio mayor en grado mínimo a máximo, esto es desde 5 años y un día a 20 años. La razón de la mayor gravedad asignada a este delito respecto de otros que protegen el bien jurídico propiedad radica, precisamente, en que éste afecta además otro u otros bienes jurídicos, como se ha señalado, variando la explicación que se da según los bienes jurídicos que se estiman afectados. Para el profesor Etcheberry, la mayor gravedad del delito radica en el debilitamiento de la defensa privada que supone a través de una situación de lesión o peligro para los otros bienes jurídicos, que estima afectados, la vida, la integridad corporal o la salud de la víctima, los que también necesitan de protección. En efecto, considera que la víctima se encuentra imposibilitada de resistir sea por el efecto directo de la energía física desplegada, sea por la reacción de temor que en ella provoca la amenaza directa e inmediata[9]. Para los profesores Matus y Ramírez, el robo con violencia o intimidación puede verse como una figura agravada de las violencias o lesio-

la violencia física, sea infundiéndole el temor de ser objeto de tal violencia, sea haciéndole creer que la entrega o manifestación de la cosa le está impuesta imperativamente por autoridad con derecho a exigirla (artículo 439 in fine), sea aprovechándose de la confusión que le causa lo sorpresivo de la agresión, en el caso del tipo privilegiado contemplado en el artículo 436 inciso segundo del Código Penal. Curiosamente este criterio de justificación de la pena agravada del robo, generalmente puntualizado por la literatura española (véase, por sólo citar alguno, José María Rodríguez Devesa, Derecho Penal Español. Parte especial, Madrid, 1980, página 432, y Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal. Parte especial, Sevilla, 1985, página 209, quien cita también otros bienes jurídicos vulnerados, tales como la "integridad física, la honestidad, etc."), entre nosotros tan sólo pareciere haber sido vislumbrado por Garrido Montt (Derecho Penal, Santiago, 2000, tomo IV, 94.5, página 18)".

SCA Talca, de 19 de febrero de 2010, Rol N° 55-2010, considerando QUINTO: Que en lo que concierne al delito de robo con intimidación, se hace necesario precisar que la "intimidación" es toda violencia psíquica basada en la amenaza de un mal inminente y cierto, para conseguir que la víctima realice una conducta determinada: debe ir dirigida a conseguir el apoderamiento de la cosa robada, debe ser el medio empleado para conseguir el fin. La intimidación debe ser seria: que exista un acto que amenace y grave: que el mal con el que se amenaza debe provocar una afección al bien jurídico protegido. El bien jurídico protegido en esta clase de delito no es sólo el patrimonial, también lo son la libertad, vida, seguridad, personal, salud individual, que tienen una mayor entidad que el bien jurídico patrimonio".

9 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal,* Parte Especial. 4ª ed. revisada y actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998, Tomo III, p. 335.

nes ejercidas o amenazas proferidas, en atención a su especial relación con el móvil abyecto perseguido por el agente: la apropiación de cosas ajenas[10]. Para otros en cambio, el fundamento de la mayor gravedad del delito en comparación con el hurto, está en la reunión en un mismo hecho, del injusto de éste último delito y el injusto de la coacción, en concordancia con su planteamiento de que este delito afecta además del bien jurídico de la propiedad o el patrimonio, la libertad de actuación o autodeterminación de la víctima[11].

En atención a la gravedad del delito que nos ocupa, reviste particular interés para su persecución penal analizar los elementos que, desde el punto de vista de nuestra doctrina y jurisprudencia, constituyen la violencia o intimidación necesarias para calificar el delito como robo y que sirven para deslindarla de otras figuras, particularmente del robo por sorpresa, permitiendo a su vez, analizar a la luz de tales elementos ciertos fenómenos delictivos como el apedreamiento de vehículos en circulación para apropiarse de especies muebles que se encuentran en su interior y los denominados "turbazos", que es lo que pretendemos desarrollar a continuación.

Debemos partir señalando que el artículo 439 proporciona un concepto amplio de los medios comisivos para configurar este delito, cuando dispone que "…se estimarán por violencia o intimidación en las personas los malos tratamientos de obra, las amenazas ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega". Tanto la doctrina como la jurisprudencia, según veremos, han entendido estos conceptos de manera amplia, guiándose por la definición legal antes transcrita[12].

1. Concepto de violencia

Existe consenso en la doctrina en cuanto a que debe entenderse por violencia la energía o fuerza física o material que se despliega o aplica sobre el cuerpo de una persona[13]. Por regla general, aunque no necesariamente, esta persona es la víctima. Para el profesor Etcheberry la violencia supone el empleo efectivo de fuerza física. "Hay violencia en la persona cuando se emplea energía física directamente sobre la persona de la víctima: v. gr., se le golpea, se le ata, se le amordaza, se le sujeta, se le hiere, se le da muerte por un medio vulnerante". Acota que "Puede emplearse también un medio, por ejemplo un animal, una trampa que produzca los mismos efectos", y que también es vio-

10 MATUS, Jean Pierre, y RAMIREZ, Cecilia, ob. cit. Pág. 76.

11 OLIVER, Guillermo. Ob. cit., p. 276. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, ob. cit., p. 58.

12 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 335.

13 OLIVER, ob. cit., p. 279.

lencia...el empleo sobre sobre la víctima de una energía lesionadora que no la alcanza (disparo que yerra en el blanco)"[14].

Por su parte, el profesor Garrido Montt, en términos genéricos señala que se trata del empleo de fuerza material en contra de la víctima aunque no se le lesione. Los malos tratos de obra, el castigo físico que no deja marcas en la víctima son acometimientos físicos que constituyen violencia[15].

Para los profesores Matus y Ramírez, la violencia es la energía o fuerza física empleada sobre la víctima, los malos tratos de obra para hacer que se manifiesten o entreguen las cosas o para impedir la resistencia a que se quiten[16].

Cabe señalar que también es pacífico que no constituye violencia la fuerza aplicada a las cosas, aunque el profesor Oliver precisa que si esa fuerza sobre las cosas incide en el proceso deliberativo de la víctima, podría constituir intimidación. Asimismo, acota que en circunstancias excepcionales, una energía que se dirija en contra de cosas podrá ser considerada violencia cuando ellas constituyen una extensión del cuerpo humano necesaria para mantener la vida, como un respirador artificial u otro aparato para seguir viviendo[17].

La aplicación de fuerza sobre la persona para constituir la violencia, ha sido un elemento relevante en la jurisprudencia para determinar la calificación del delito como robo con violencia, discriminándola de la figura del robo por sorpresa, principalmente cuando se trata de la apropiación de objetos que las personas llevan consigo.

La doctrina ha dicho respecto de este último delito, previsto en el artículo 436 inciso 2, en su modalidad de ejecución mediante sorpresa, en términos generales, que requiere un actuar rápido, repentino, en que se aprovecha el estado de desprevención de la víctima, que no hay clandestinidad y que si bien se emplea fuerza, ésta se aplica sobre la especie y sólo tiene por objeto separarla de la persona que la porta consigo, rompiendo la esfera de resguardo. La fuerza aplicada además no alcanza a constituir normativamente la necesaria para configurar la violencia del robo simple. Se acepta por la doctrina que como consecuencia de la acción se produzcan lesiones leves[18].

La jurisprudencia, fallando recursos interpuestos por la defensa para obtener la recalificación de estos delitos, resuelve que se trata de delito de robo con

14 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 335.

15 GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial.* 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2000, Tomo IV, p. 184.

16 MATUS y RAMÍREZ. ob. cit., p. 79.

17 OLIVER, Guillermo, ob. cit., p. 280.

18 OLIVER, ob. cit., p. 391. MATUS Y RAMÍREZ, ob. cit., p. 360. GARRIDO, ob. cit., p. 209. Etcheberry, ob. cit., p. 345.

violencia cuando a pesar de tratarse de acciones que inicialmente pretenden el arrebatamiento de objetos que se llevan en el cuerpo, con una fuerza dirigida a la apropiación del objeto, la que no se concreta a causa de la resistencia de la víctima y la fuerza aplicada continúa ejerciéndose sobre el objeto, pero de tal manera que afecta a la persona a través de los tirones o forcejeos, se considera que ello constituye al menos maltrato de obra si no hay lesiones, y por tanto violencia sobre la persona. Lo anterior es correcto, dado que el agente no puede menos que saber que la violencia empleada para vencer la resistencia de la víctima aun ejercida sobre el objeto, necesariamente tiene sus efectos en la persona. En los casos relatados la acción dejó de estar exenta de violencia en la persona, y ya no puede sostenerse que la fuerza se dirigió exclusivamente al objeto con el solo fin de sacarla de la esfera de resguardo sorpresivamente, puesto que el agente ejerce violencia sobre la persona, por mucho que la fuerza sea aplicada directamente al objeto, y está ahora dirigida a impedir la resistencia a que se quiten, de acuerdo al artículo 439 el CP[19].

En ese sentido la **Corte de Apelaciones de Valdivia,** en sentencia de 13 de noviembre de 2014, Rol N° 602-2014, rechaza causal de nulidad por errónea calificación jurídica de los hechos como robo con violencia que sostiene debió calificarse como robo por sorpresa, puesto que a pesar de haber resultado la víctima con lesiones leves, la acción ejecutada por el imputado no tenía por objeto la utilización de la fuerza como medio necesario para sustraer la especie de la esfera de custodia, según exigen los presupuestos objetivos del artículo 439 del CP. Alega que en ese sentido la fuerza empleada, incluso las lesiones leves causadas se encuentran comprendidas dentro del dolo simple de robo. La Corte, en su considerando tercero señala: "De la lectura de esos hechos es posible concluir que la conducta desplegada en pos de la sustracción de especies que portaba la víctima, no fue única y fugaz, por el contrario se trató de una conducta persistente, que si bien se inició con un contacto directo con la especie –una cartera–, frente a la resistencia de la víctima, continuó con actos que importan un maltrato de obra, pues incluyó tironeos a la persona misma, de tal magnitud que incluso la desplazó, provocando su caída y, consecuencialmente, lesiones leves. Tal situación impide considerar que los hechos puedan encuadrarse en el tipo penal de robo por sorpresa, el que exige que la fuerza se dirija exclusivamente contra la cosa y que la conducta sea de tal rapidez que la víctima no alcance a ejecutar ningún medio de defensa o reacción contra esa conducta ilícita".

Igualmente **la Corte de Apelaciones de Valparaíso,** Rol N°1.141, de 30 de diciembre de 2010, rechaza recurso de nulidad en que se alega que los hechos debieron ser calificados de robo por sorpresa y no como robo con violencia, dado que la fuerza fue ejercida sobre la especie (cartera) y no sobre la persona

19 En este mismo sentido, OLIVER, ob. cit., p. 392.

que la portaba y que, aun cuando la víctima pueda haber caído al suelo, presentando lesiones, ello fue el producto de la violencia ejercida sobre la cosa y no sobre la persona, el que fue rechazado. En su considerando cuarto señala: "…Resalta la ponderación de la declaración de la víctima en cuanto, ante su negativa de desprenderse de la cartera, no solo cayó al suelo sino que fue arrastrada por el suelo en el forcejeo para quitarle la cartera, lo que constituye ya una agresión directa en contra de la persona de la víctima y le ocasionó las lesiones múltiples aludidas en el motivo anterior, sin perjuicio de la agresión de que era objeto por parte del otro hechor en ese momento. De esta manera, la fuerza no solo fue ejercida respecto de la cartera sino de su dueña, por ambos condenados".

1.1. Entidad de la violencia, límites máximos y mínimos

Es claro que el límite máximo de la violencia para configurar el delito que nos ocupa son las lesiones menos graves del artículo 399 del CP, ya que si la violencia ejercida ocasiona lesiones simplemente graves del artículo 397 N°2, la conducta encuadra en la figura del robo calificado del artículo 433 N° 2 parte final.

Respecto del límite mínimo para considerar que existe violencia, la doctrina mayoritariamente estima que toda fuerza física desplegada sobre el cuerpo de la víctima es violencia aunque no haya lesiones. Así, para Etcheberry toda fuerza física es idónea para constituir violencia, no siendo necesario que de la violencia derive un daño efectivo para el cuerpo o la salud de la víctima, por ejemplo la hay, si se le ha atado o sujetado[20]. En el mismo sentido se pronuncia Garrido Montt, para quien los malos tratos de obra, el castigo físico que no deja marcas, son acometimientos físicos que constituyen violencia[21]. Concuerda también el profesor Labatut[22]. Oliver Calderón sustenta esta posición, considerando que no es necesario que el empleo de la violencia cause lesiones ni siquiera leves, en la víctima de la apropiación, esgrimiendo los siguientes argumentos, en concordancia con su posición respecto de los bienes jurídicos protegidos: a) Si este delito atenta contra intereses patrimoniales, y contra la libertad de actuación, no parece razonable excluir aquellos casos en que se ha afectado tal libertad a pesar de no haberse causado lesiones. b) Si la estructura típica del robo con violencia o intimidación en las personas es la de una verdadera coacción, forzoso es que todo empleo de violencia penalmente relevante para efectos del delito de coacción (494 N° 16) satisface el requisito típico de la violencia del robo y es absorbido por la regulación de este. c) La exigencia de violencia como medio comisivo no es cuantitativa, sino cualita-

20 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 336.

21 GARRIDO, ob. cit., p. 184.

22 LABATUT, Gustavo. Ob. cit., p. 204.

tiva (hay violencia o no la hay). Lo contrario llevaría a un vacío absurdo, cual es sancionar como robo la apropiación de una cosa previa intimidación, que podría consistir en la amenaza de maltratarla o golpearla, que podrían o no configurar lesiones leves, y que en cambio no se calificara el hecho como robo sino como hurto, si la amenaza se concreta y no se causan lesiones o estas sólo fueran leves. d) Por último, la mención del legislador a "los malos tratamientos de obra", de donde se colige que no es necesario que se causen lesiones. e) Además, dado que el artículo 436 inciso1° reconoce que el robo simple es una figura subsidiaria al robo calificado, se desprende que toda violencia que no dé lugar a lesiones o que origine alguna no comprendida en el artículo 433 integra su tipo de injusto.

El profesor Oliver termina acotando que lo anterior no significa que la existencia de lesiones y su gravedad no tengan importancia penológica, ya que este aspecto deberá ser tomado en consideración en la determinación de la pena conforme al criterio de mayor o menor extensión del mal causado por el delito[23].

A este respecto Matus y Ramírez estiman en cambio, en una posición más bien aislada, que la fuerza ejercida debe tratarse de un significativo atentado contra la integridad o la seguridad personal, considerando que lo es la violencia que importe una lesión efectiva y seria de la integridad de las personas que constituya al menos lesiones menos graves del art. 399 del CP o bien que importe una lesión efectiva y seria a la seguridad de las persona mediante su privación de libertad que excede la que importa necesariamente la riña aparente, el tumulto o agolpamiento propio de robo por sorpresa[24]. En similar posición el profesor Mera Figueroa, que estima que las lesiones leves no constituye el injusto de la entidad requerida para fundamentar la existencia del robo con violencia en las personas. Sin embargo, considera que constituyen la violencia propia del robo, aunque no se traduzca en lesiones, aquellos casos en que dadas las circunstancias particulares, la conducta conlleva un peligro concreto para la integridad corporal o de la vida de la persona[25].

Este punto sobre la entidad de la violencia resulta clave, entre otros, en la discusión sobre la delimitación del delito de robo con violencia y robo por sorpresa, como se puede apreciar de variada jurisprudencia recaída en recursos de nulidad intentados por las defensas alegando errónea calificación del delito por considerar que no existe violencia cuando la fuerza que se aplica no alcanza a causar lesiones, o bien éstas son leves. La jurisprudencia de nuestros tribunales es consistente en calificar el delito como robo con violencia cada

23 OLIVER, ob. cit., págs. 296 - 298.

24 MATUS Y RAMÍREZ, ob. cit., págs. 80 y 81.

25 MERA, Jorge. *Hurto y Robo.* Santiago, Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 1995, págs. 116 y siguientes.

vez que se aplica una fuerza física dirigida a la persona de la víctima, para alguno de los fines señalados en el artículo 439, como asimismo en las oportunidades señaladas en el artículo 433 ambos del CP, aun cuando las lesiones causadas hayan sido leves, o bien aun cuando no existan lesiones.

Así, la **Corte de Apelaciones de Antofagasta**, en sentencia de 15 de julio de 2010, Rol N° 230-2010, que rechaza el recurso de nulidad intentado por la defensa, que alegaba una errónea calificación del delito como robo con violencia, en circunstancias que se trataría de un delito de robo por sorpresa, alegando que nunca hubo un ataque a la integridad física de la víctima y la única lesión que hubo fue leve, como consecuencia de la caída al suelo. La Corte señala en su considerando cuarto: "Que el núcleo de los hechos establecidos …resultan congruentes con la calificación jurídica que se efectúa en el considerando undécimo, donde se analizan detalladamente los elementos del tipo penal, estableciendo que el afectado fue sometido a malos tratos de obra en los términos del artículo 439 del Código Penal, consistentes en atacarlo por la espalda y tomarlo a la altura de su cuello y hombros botándolo al suelo, resultando herido, aprovechando el hechor para sustraerle la billetera que tenía en el bolsillo superior de su camisa, malos tratos que tuvieron por objeto impedir que el agraviado se opusiera a que se la quitaran, lográndose la finalidad apropiatoria. A su vez en el motivo décimo cuarto analizan de manera clara y precisa la tesis recalificatoria a un robo por sorpresa, concluyendo que la violencia sobre la víctima fue producida antes de la sustracción de la especie objeto del delito, con el objeto de impedir la resistencia a que se le quitara, debilitando a la víctima para facilitarla, constituyéndose en un ataque a la integridad física y a la propiedad".

En el segundo sentido, es decir, no se requiere que se causen lesiones de ningún tipo para constituir la violencia, encontramos la sentencia de la **Corte de Apelaciones de Valparaíso**, de 24 de septiembre de 2013, Rol N° 1.243, que rechaza recurso de nulidad en que la defensa impugna la errónea calificación del hecho como robo con violencia, sosteniendo que debió calificarse como robo por sorpresa, por no haberse acreditado los malos tratos de obra y la apropiación como consecuencia de ellos. La sentencia expresa en su considerando sexto: "Que el artículo 439 del Código Punitivo, en lo que interesa, da un concepto de lo que debe entenderse por violencia o intimidación en el que se comprende los malos tratamientos de obra, las amenazas, ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega. En la especie, existió violencia consistente en malos tratamientos pues el imputado aplicó sobre la persona de la víctima según queda establecido en el motivo noveno de la sentencia impugnada una energía material –golpes, arrojándola al suelo y arrastrándola un metro aproximadamente– que venció su resistencia, aun cuando esa energía no cause lesiones de ningún género, pues bastan los simples malos tratamientos a que se refiere

el artículo 439 del Código citado, que define en forma amplia el concepto de violencia, con referencia a las finalidades perseguidas, de obtener que se manifiesten o entreguen las cosas, o de impedir la resistencia u oposición a que se quiten. Así, constituyen violencia, por consiguiente, tanto el hecho de golpear, como el de arrojar al suelo, como el de maniatar o amordazar a la víctima, lo que fue descrito en la sentencia objetada, de la manera relatada".

La misma **Corte de Apelaciones de Valparaíso**, en sentencia de 19 de junio de 2014, Rol N° 797-2014, rechaza recurso de nulidad intentado por la defensa por errónea calificación del delito como robo con violencia, alegando que se trataría de un delito de robo por sorpresa, toda vez que el contacto con la persona de la víctima no revistió la entidad necesaria para ser calificada de maltrato de obra, lo que sólo se produciría cuando existe un resultado dañoso para la víctima en la esfera de su integridad física. Se trata del caso en que tres sujetos abordan a la víctima, mientras dos la sujetan de los brazos un tercero le arrebata la cadena que lleva al cuello. La Corte en su considerando octavo señala: "En este caso, la imposibilidad para repeler el ataque no está dada por la sorpresa, sino por la retención de que fue objeto la víctima, por lo que así vistas las cosas, si bien no todo contacto físico puede ser catalogado de violencia, tampoco ésta se puede limitar solo a los casos en que la víctima sufre una lesión o se pone en peligro su integridad física, ya que existe violencia, también, cuando un maltrato determina la retención o privación de libertad de la afectada en términos de no poder repeler el robo de que fue objeto, desapareciendo el factor sorpresa, que es lo que sucedió en la especie, no pudiendo dejar de anotar que aquí, además, se produjo la lesión de la ofendida, por el actuar de los imputados, no siendo ello necesario como se ha explicado, para calificar el delito como se ha hecho".

Igual pronunciamiento observamos en un caso de apedreamiento del vidrio de un vehículo con su conductora adentro para apropiarse de especies en su interior, efectuado por **la Corte de Apelaciones de San Miguel**, de 24 de mayo de 2010, recaída en Rol N° 484-2010. En su considerando cuarto señala: "Que estos sentenciadores estiman que la discusión se centra en torno a la existencia o mejor dicho la concurrencia del elemento violencia e intimidación en los hechos que el Tribunal Oral dio por probados y cabe señalar al respecto a la violencia han de entenderse los malos tratamientos de obra y la intimidación como toda acción encaminada a causar o inferir miedo o temor en la víctima, sin que sea necesario una lesión, pudiendo comprender también la amenaza verbal o gestos destinados a la entrega de la cosa o bien a impedir la resistencia a que se la quiten o arrebaten".

En su considerando octavo señala: "Que en el primer delito claramente la conducta del acusado, no sólo de lanzar una piedra al móvil de la conductora para lograr su paralización, sino que junto con ello la introducción de

su cuerpo en el interior del vehículo, deben ser considerados como hechos encaminados a ejercer una presión sicológica en el sujeto pasivo para facilitar la sustracción de las cosas muebles ajenas, pero cabe señalar que en el caso en estudio además, la víctima resultó lesionada en una de sus manos, por lo que existieron malos tratamientos de obra en los términos indicados en el artículo 439 del Código Penal. El sujeto pasivo no pudo menos que representarse que su temeraria acción, de arrojar piedras a la ventana del copiloto del vehículo, podía lesionar a la conductora, como efectivamente aconteció, de haber sido su intención sólo atacar los resguardos de la cosa, bastaba que procediera a fracturar o forzar las ventanas de las puertas traseras, sin peligro para la conductora[26].

Las sentencias indicadas acogen un concepto amplio de violencia, entendida como toda fuerza física aplicada a la persona para fines apropiatorios, cause o no lesiones.

2. Concepto de intimidación

Para el profesor Garrido Montt, la intimidación es un acometimiento, pero de índole psicológico, no material, dirigido a presionar la voluntad del sujeto pasivo (vis compulsiva, coacción)[27].

Para el profesor Etcheberry, la intimidación es la amenaza de emplear fuerza física. Es crear en la víctima el temor de un daño físico inmediato para sí o para otra persona presente, sea que la amenaza se haga explícitamente, sea que se desprenda inequívocamente de las circunstancias[28].

26 En igual sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 16 noviembre de 2012, Rol N° 2.730-2012, apelación interpuesta por el Ministerio Público contra sentencia condenatoria en juicio abreviado, en que se solicita se modifique la sentencia condenando al imputado por el delito de robo con violencia e intimidación. La sentencia condenó por delito de robo en bienes nacionales de uso público, previsto en el artículo 443 inc. 1 y falta de lesiones leves del 494 N° 5. Los hechos consistieron en que premunido de un objeto contundente, cuando la víctima enfrentaba en su auto un semáforo esperando luz verde, rompió el vidrio del copiloto, sustrayendo diversas especies, siendo detenido en las inmediaciones del lugar, con una de las especies en su poder, ocasionando además un corte en el dedo meñique a la víctima, por la fractura del vidrio. Decide en su considerando cuarto: "Que tales hechos importan violencia e intimidación para la víctima y ayudan al hechor a actuar sobre seguro, ya que su actuación sorpresiva y violenta le impide reaccionar y defenderse". Continúa en el considerando quinto, diciendo: "Que la actuación descrita precedentemente se encuadra dentro de la descripción que efectúan los artículos 432, 436 y 439 del Código Penal, por lo que no pueden ser calificados como robo con fuerza en las cosas, ya que como se dijo, el delito se llevó a cabo con violencia lo que implicó la intimidación de la víctima".

27 GARRIDO, ob. cit., p. 184.

28 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 335.

Los profesores Matus y Ramírez señalan que la intimidación son las amenazas como señalamiento de un mal futuro y cualquier acto que pueda intimidar o forzar la manifestación o entrega. Lo que entienden debe complementarse con el sentido que se la da a la voz por el Diccionario, según el cual la intimidación es tanto la acción como el efecto de intimidar, e intimidar es desde el punto de vista de quien intimida "causar o infundir miedo", y desde el que es intimidado "entrarle o acometerle a uno el miedo". Puesto que el miedo es una perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo real o imaginario, la intimidación supone una relación comunicativa en la que una persona perturba a otra haciéndole ver la posibilidad, real o imaginaria de un riesgo o daño, esto es, amenazándola explícita o implícitamente con cualquier acto[29].

Oliver Calderón, apunta que si bien suele definirse la intimidación como una amenaza, esto es, el anuncio a la víctima de un mal si no accede a los requerimientos del agresor, de entregar la cosa mueble o renunciar a impedir su apropiación, exigiendo además una serie de requisitos, tanto a la amenaza como al mal con que se amenaza, la intimidación no necesariamente debe identificarse con una amenaza. Distingue intimidación como un concepto subjetivo, que alude al estado de conmoción psicológica del sujeto pasivo, en tanto la amenaza es de carácter objetivo y se refiere al comportamiento del sujeto activo. El temor de la víctima no necesariamente proviene de una amenaza, sino que puede provenir de distintas situaciones, tales como la presencia del agresor, con mayor razón si son varios, de sus antecedentes que el delincuente pone en conocimiento del sujeto pasivo, de agresiones anteriores de que fue objeto o testigo, etc.[30].

En realidad la mayoría de la doctrina y jurisprudencia sin hacer expresamente la distinción, entiende lo mismo, acotando que la amenaza puede ser explícita o implícita y que puede provenir de palabras, actos, gestos, o circunstancias creadas por el delincuente, tales como la exhibición de un arma, real o no, con tal que al sujeto amenazado con ella le parezca real, la orden de entrega en un tono intimidatorio e incluso la sola pluralidad de partícipes, etc.[31]. La intimidación se concibe también de forma amplia. Respecto de las situaciones que nuestra jurisprudencia ha calificado como intimidación resultan interesantes sentencias que consideran como tal el contexto atemorizante generado y/o aprovechado por el autor, sin necesidad de que exista una amenaza propiamente tal.

Así, la sentencia de la **Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 717, de 3 de junio de 2011**, que estima que existió robo con intimidación y no robo por sorpresa, cuando una menor fue abordada por los tres imputados, quienes

29 MATUS Y RAMÍREZ, ob. cit., p. 82.

30 OLIVER, ob. cit., p. 283.

31 OLIVER, ob. cit., p. 288, citando a Quinteros Olivares.

junto a otros individuos la afirmaron de diversas partes de su cuerpo, tomándola además de sus ropas, cayendo ésta al suelo, para así sustraerle el teléfono celular que llevaba en un bolsillo de su pantalón. Señala en su considerando cuarto: "Que el razonamiento por el que los jueces… califican jurídicamente los hechos que han quedado establecidos en juicio, se funda en la circunstancia de haberse reunido los requisitos propios del delito de robo con intimidación, esto es, la apropiación de especie mueble ajena con ánimo de lucro, sin la voluntad de su dueño, y ejecutada con amenazas sobre la víctima para que la entregue o para impedir su resistencia, ya que la sola presencia de seis sujetos rodeando a la menor, impidiéndole el paso u sujetándola, para luego hacerla caer, constituyen el contexto suficiente para infundirle temor, lo que a su juicio quedó también evidenciado de las declaraciones de la menor, al expresar que sintió mucho miedo, llegando a pensar que la situación podría llegar a hechos más graves como una violación"[32].

En sentido similar, la sentencia de la **Corte de Apelaciones de Santiago, de 26 de marzo de 2014**, Rol N° 274-2014, que en su considerando cuarto señala: "Que en el fallo que se revisa, el tribunal a quo estableció el presupuesto fáctico acreditado en el proceso, que da cuenta que la víctima fue abordada por dos sujetos, que se bajaron de un auto, en horas de la noche 23:45, la conminaron a entregar sus pertenencias, lo que en la especie ocurrió, dándose a la fuga en el vehículo del que bajaron...". En su considerando sexto, concluye: "Que, de lo dicho resulta que siempre la intimidación debe apreciarse subjetivamente del punto de vista de la víctima, luego el temor que ella ha experimentado, al verse expuesta a que dos individuos la aborden de noche, en sector poco transitado, de la forma en que ocurrieron los hechos, resulta pertinente la existencia del elemento intimidación para calificar la figura penal por la que ha resultado sancionado el condenado".

También resulta ilustrativo en el sentido que comentamos, el fallo de la **Corte de Apelaciones de Concepción**, de 11 de enero de 2008, Rol N°661-2007, el que rechaza el recurso de nulidad que impugnó la sentencia y el juicio oral por haberse dado por probados la intimidación solamente con dichos de testigos de oídas, como son los policías aprehensores y sin oír a la víctima que no concurrió a la audiencia del juicio oral contrariando con ello el artículo 297 del CPP. Los hechos tenidos por acreditados consisten en que la víctima transitaba en su vehículo, fue abordada por el acusado quien rompió el vidrio delantero del costado derecho del vehículo con algún elemento contundente, para luego abalanzarse sobre ella intimidándola mediante el uso de palabras groseras, diciéndole suéltala o te apuñalo…, y en definitiva apropiarse de la cartera de la víctima que llevaba en el asiento del copiloto, huyendo para

32 En similar sentido sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, de 19 de febrero de 2010, Rol N°55-2010.

ser detenido por carabineros a escasos minutos de ocurridos los hechos con parte del dinero sustraído entre sus vestimentas. La Corte en su considerando cuarto señala: "Que la sentencia impugnada, en su considerando 8º, se hace cargo de la intimidación, la que deja establecida, no sólo con el dicho de los policías aprehensores que vieron a la víctima minutos después de ocurrido el hecho, sino con la acción del imputado de romper el vidrio del vehículo en que viajaba la ofendida para apoderarse de su cartera, hecho indesmentible ya que fue consignado por el Ministerio Público al formalizar acusación contra el imputado. Al señalar la acción referida como elemento integrante de la intimidación las sentenciadoras no vulneraron sino, por el contrario, acataron los principios de la lógica, de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, que indican que quebrar uno de los vidrios de un vehículo en marcha constituye una acción que naturalmente atemoriza al conductor en los términos del artículo 439 del Código Penal.

Sentencia de la **Corte Apelaciones de San Miguel**, de 24 de mayo de 2010, Rol N° 484-2009, ya traída a colación sobre la violencia necesaria. En su considerando octavo señala, en esta oportunidad respecto de la intimidación necesaria: "Ahora bien, en el segundo delito el lanzar una piedra a la ventana del vehículo para obtener la sustracción de las especies que la conductora llevaba en su interior, constituye por lo menos una amenaza para la víctima, que le infundió temor y le impidió repelerla y en este caso, la oportuna intervención de otros conductores, permitió a la mujer darse a la fuga del lugar. Esta apreciación particular del tribunal del fondo coincide con los hechos que el mismo comparte".

La Corte Suprema, en sentencia de fecha 25 de julio de 2006, Rol N° 2.553, fallando recurso de casación en el fondo contra sentencia de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel, que denunciaba la infracción del artículo 443 del CP por considerar que el hecho juzgado se trataba de un robo con fuerza de especies que se encuentran en bien nacional de uso público, toda vez que la intención objetiva era la de apoderarse de un bien mueble que se encontraba en un automóvil, y no de afectar en su integridad física a la persona que se encontraba en él, por lo que no correspondía condenarlo como autor de un robo con intimidación, decide en su considerando quinto: "Que, es precisamente en base a los hechos descritos en el considerando tercero de la sentencia de primer grado, que la decisión recurrida califica la acción como constitutiva del delito de robo con intimidación previsto y sancionado en el inciso primero del artículo 436 del Código Penal teniendo en consideración para ello precisamente que dos sujetos se sitúan frente al automóvil en momentos en que era conducido en la vía pública por la afectada, con todos sus vidrios cerrados como forma de resguardo, mientras un tercer sujeto procedió a usar un instrumento de tanto poder ofensivo como una piedra, destruyendo el vidrio del costado derecho de la conductora, claramente se configura el tipo de amenaza que establece el artículo 439, logrando de esa forma impedir su resistencia u oposición, lo que facilitó su perpetración y la posterior huida de los autores del hecho.

El lanzar la piedra al interior del vehículo para obtener la sustracción de la especie, constituye por lo menos una amenaza para la víctima, que le infundió temor y le impidió repelerla.

Esta apreciación particular del tribunal coincide ostensiblemente con los hechos que el mismo comparte. En efecto, ha quedado determinado inamoviblemente que los sujetos dirigieron el elemento agresor hacia la persona de la conductora, para provocar su paralización, impidiendo dos de ellos que pudiera continuar conduciendo, y un tercero romper el vidrio de la puerta ubicada al lado opuesto del volante tras la cartera de la víctima, resultando meridianamente claro, entonces, que esta acción debe ser interpretada como forma de ejercer presión sicológica en el sujeto pasivo para facilitar la sustracción de cosa mueble de su propiedad".

3. Requisitos de la intimidación

Adicionalmente tanto la doctrina como la jurisprudencia desarrollan ciertas exigencias para configurar la intimidación como medio comisivo del robo, las que revisaremos sintéticamente a continuación.

3.1. Acción idónea para intimidar a un hombre medio en similares circunstancias que la víctima

Como ya se ha visto se requiere generar un estado de conmoción psicológica del sujeto pasivo, que sea atribuible al sujeto activo. Pero además, son necesarios ciertos criterios objetivos respecto de la idoneidad intimidatoria de la acción del delincuente y del efecto intimidatorio creado. Es decir, se exige que la acción intimidatoria tenga la idoneidad para crear tal estado en un hombre medio puesto en similares circunstancias que la víctima. De esta manera, no basta el temor de una persona extremadamente asustadiza si la acción no hubiese sido capaz de intimidar a un hombre medio en tales circunstancias, lo que implica un análisis caso a caso[33].

Así lo ha considerado la Corte Suprema, al fallar que existe intimidación si desde la perspectiva de las características del ofendido y las circunstancias del delito estas tienen la virtud de provocarle temor de sufrir un daño físico. También ha señalado que la gravedad de esta amenaza debe medirse por los jueces ex ante, esto es, representándoselo en el momento mismo del hecho y en las circunstancias en que se produce, y no ex post, sin considerar todas las situaciones de hecho que pueden influir en ese momento en la psiquis de la víctima. Así se desprende de la sentencia de la Corte Suprema, de 9 de septiembre de 2003, Rol N°3.091-03, recaído en recurso de casación en

33 OLIVER, ob. cit., p. 288, citando a Araya Osandón.

el fondo, señalando en su considerando cuarto: "Que…el Código Penal ha desarrollado un concepto amplio de violencia e intimidación, incluyendo dentro del mismo cualquier acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega, y resulta evidente que desde la perspectiva del ofendido –un joven estudiante de 17 años– al ser interceptado en la calle, aproximadamente a las doce de la noche por tres individuos que le arrinconan contra la pared y le exigen la entrega de su casaca y dinero, tiene la virtud de provocarle temor de sufrir un daño físico, lo que es una amenaza grave y cierta a su integridad personal, que es precisamente el concepto de intimidación, que concuerda con su sentido etimológico, que es causar o infundir miedo, según el Diccionario de la Lengua". Por su parte en el considerando quinto señala: "Que la gravedad de esta amenaza debe medirse por los jueces ex ante, esto es, representándoselo en el momento mismo del hecho y en las circunstancias en que se produce, y no ex post, sin considerar todas las situaciones de hecho que pueden influir en ese momento en la psiquis de la víctima".

En la misma línea, la sentencia de la Corte Suprema, de 29 de diciembre de 2003, Rol N°4.832-03, que confirma con declaración la sentencia de primera instancia que califica los hechos de robo con intimidación, señalando en su considerando segundo: "Que para calificar los hechos antes descritos cabe tener en consideración que el afectado resultó ser un menor, estudiante de14 años que regresaba a su casa por una vía pública de la ciudad de Concepción, en el mes de mayo y después de las 19 horas, y que un tercero mayor de edad lo tomó del brazo, lo que lleva a estimar a estos sentenciadores que se trata de un delito de robo con intimidación, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, atendida la calidad del afectado, el lugar y entorno en que ocurren los hechos, así como, el propio relato de la víctima donde aparece exánime frente al acto. En efecto, la víctima no obstante afirmar que no fue intimidada, relata que no pudo hacer nada para evitar que el sujeto le sacara el reloj todo lo cual da cuenta que la acción le infundió miedo, en términos que lo dejó sin poder reaccionar, todo lo cual configura intimidación".

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia requieren que el mal sea verosímil, es decir, que parezca posible de realizarse a los ojos de la víctima, conforme a un juicio ex ante de un hombre medio puesto en su situación, aun cuando objetivamente sea imposible de ser realizado o bien el sujeto activo no tenga intención de ejecutarlo. No se exige sin embargo que el mal sea verdadero, esto es, no es necesario que el medio empleado para intimidar sea idóneo para causar el mal que se teme[34].

34 OLIVER. Ob. cit., p. 290.

En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido consistente en orden a estimar que no es necesario que los medios que se utilizan para intimidar o amenazar sean objetivamente idóneos para causar un mal. Basta con que dicho mal aparezca verosímil para la víctima en su situación particular, aun cuando objetivamente el daño con que se amenaza sea imposible de realizar o el sujeto activo no tenga intención de ejecutarlo. De esta manera, la amenaza con un arma de fogueo, o con objeto inocuo que se pone en la espalda de la víctima, haciéndole creer que es un arma, constituye robo con intimidación. Así lo resuelve el Excmo. Tribunal, en sentencia de 29 de marzo de 2006, causa Rol N°2.425-2006, señalando en su considerando octavo: "Que por lo que toca a la ausencia del medio ejecutivo intimidación, planteada por la defensa del encausado y que radica en el empleo de una pistola a fogueo para perpetrar el apoderamiento de cosa ajena, esta circunstancia no reviste, a juicio de los sentenciadores, la entidad suficiente para desvirtuar la existencia de la intimidación en las personas. …En la especie, parece evidente que desde la perspectiva de la dependiente del negocio asaltado y su cónyuge, la irrupción de un individuo, portando un objeto que, si bien no es apto para el disparo, posee la apariencia de arma de fuego verídica, tuvo la virtud de provocarle temor de sufrir un daño físico inmediato, como se desprende claramente de sus declaraciones de fojas 15 y 16, respectivamente, lo que revela que la intimidación revistió la seriedad imprescindible para la realización del tipo penal. Entonces, como ya se ha dicho, lo que se requiere en la intimidación es que infunda o pueda ocasionar el temor de ser objeto de algún mal y no que se haya de realizar, en su caso, el menoscabo que la víctima se propone evitar, el cual puede ser un hecho de violencia distinto del que se produzca por el empleo del arma como tal, por lo que la falta de aptitud para el disparo, si este hecho es ignorado por el ofendido a condición de que las circunstancias permitan estimar idónea la amenaza, como ha ocurrido en el caso de marras, conduce a la confirmación de lo decidido por el dictamen dubitado".

Alguna doctrina exige que el mal con que se intimida debe presentarse por el autor como dependiente de su voluntad, debe percibirse el dominio que el delincuente tiene sobre su realización[35]. Creemos que este elemento forma parte de la evaluación sobre la verosimilitud del mal con que se amenaza.

Matus y Ramírez, estiman que la amenaza como señalamiento de un mal futuro hecho por el que intimida debe existir objetivamente, de forma explícita o implícita. Así señalan que no hay intimidación en una amenaza inexistente objetivamente, dicha en broma, absurda, o que es imaginada por la víctima[36].

35 OLIVER, ob. cit., p. 288.

36 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 83.

En general la doctrina y la jurisprudencia requieren que el mal con que se **amenaza sea grave**. Siempre se estima que es grave cuando infunde temor de sufrir daño a la vida, salud, integridad física. Matus y Ramírez, exigen que se trate de un atentado a la vida, la salud o integridad o una privación de libertad superior a la que importa la propia amenaza[37]. Sin embargo no se establecen restricciones típicas en cuanto a excluir determinados atentados, por lo cual éste debiera ser analizado en cada caso según sus circunstancias, pensando que pueden haber otros atentados igualmente capaces de causar temor y constreñir la voluntad de la víctima.

El mal con que se amenaza debe ser **inminente o inmediato,** con el fin de distinguirlo de las amenazas condicionales[38]. Sin embargo algunos autores estiman que el mal con que se amenaza puede ser diferido en el tiempo, con tal que tolere la apropiación constreñido por el estado de conmoción psicológica en que se encuentre y que ha creado el delincuente[39].

Se exige además que **haya inmediatez en la entrega de la cosa**, prácticamente de forma unánime en la doctrina nacional, según Oliver Calderón. Lo anterior dado que los artículos 433 y 439 del CP exigen una unidad de acción entre el acto intimidatorio y la apropiación, de lo que se desprende que la entrega o manifestación es inmediata[40].

Por último, es indiferente si el acto de intimidar logra su objetivo o no, es decir, si ante él, la víctima entrega o manifiesta las cosas, o bien opone resistencia, puesto que no es necesario que el temor infundido por la presión determine la paralización del agraviado o impida su resistencia, por cuanto, la ley no exige que las soporte pasivamente. "Que del temor que invada al sujeto de sufrir un mal, surja un acto de temeridad o valor y se repela la amenaza…o uno de cobardía o prudencia… dependerá del carácter del amenazado, cuestión que la ley –por obvias razones– no entra a juzgar"[41].

Así lo estableció claramente la Corte Suprema, mediante sentencia de 10 de septiembre de 2012, recaída en Rol N°5.601-2012, en la que rechaza nulidad de la defensa que estima que no existió intimidación porque los sujetos activos no lograron infundir temor a la ofendida, ni se afectó su libertad, debido a que ella se opuso insultándolos y amenazándolos. La Corte en su considerando undécimo señala: "Que por último, también de manera subsidiaria y por la causal del artículo 373 letra b) del código procesal del ramo, aduce el

37 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 83.

38 GARRIDO, ob. cit., p. 187. MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 85.

39 OLIVER, ob. cit., p. 286.

40 OLIVER, ob. cit., p. 287.

41 POLITOFF Y OTROS, ob. cit., p. 345.

recurrente que no existe en los hechos intimidación, supuesto necesario para estar en presencia del tipo penal por el que se sanciona al imputado.

Basta decir para su rechazo que la sola resistencia de la ofendida no hace desaparecer la intimidación, único antecedente en el que se asila el recurso. Según razona la sentencia, la existencia de sujetos que ingresan al interior del local de la ofendida, con armas aparentemente de fuego, lo que motiva los gritos de ésta y llamados de auxilio, es una acción suficientemente intimidatoria, amenazante y seria, dirigida a obtener el apoderamiento de especies de la víctima, por lo que el tribunal oral ha hecho una correcta calificación de esos hechos al subsumirlos en el delito de robo con intimidación que reprime el artículo 436 del Código Penal".

La intimidación debe dirigirse o ejercerse sobre la persona que detenta materialmente la cosa o sobre aquella que intenta impedir el delito, pero el mal con que se amenaza puede referirse a una tercera persona, por ejemplo, un familiar[42-43]. Garrido Montt, señala que la legislación no precisa quién debe ser objeto de la violencia o de la intimidación, porque pueden ser víctima de ellas el titular del bien sustraído como terceros que se encuentren presentes, puntualizando que lo que interesa es que la violencia o coacción en su caso estén objetivamente relacionadas con la apropiación[44].

La concepción amplia de la intimidación en los términos antes referidos, permite claramente a nuestro juicio tenerla por configurada en los denominados "turbazos", fenómeno delictivo relativamente nuevo, principalmente en la V Región donde han tenido lugar alrededor de 38 delitos contra la propiedad que han tenido lugar en diversos locales comerciales, especialmente farmacias, supermercados y tiendas de departamentos, utilizando un modus operandi consistente en que un grupo de entre 10 y hasta 25 personas integrado por hombres, mujeres y menores de edad, ingresan ordenadamente a un local comercial simulando ser clientes, para luego comenzar, en un mismo momento, a sustraer la mayor cantidad de especies que puedan desde el lugar, en un corto lapso para luego salir del local en conjunto, sin pagar. En algunos casos hay empleo de violencia física por parte de algunos de los autores contra los guardias o empleados que tratan de impedir la apropiación o la huida. Estos hechos son ejecutados por una cantidad significativa de personas, que dado la sincronía de sus acciones, claramente se encuentran concertadas y actúan coordinadamente. El solo hecho anterior, dado por un importante número de partícipes concertados, es idónea para provocar temor de sufrir un daño en cualquiera que pretendiera impedirlo, dado que razonablemente

42 OLIVER, ob. cit., p. 288, citando a Araya Osandón.

43 MATUS Y RAMÍREZ, ob. cit., p. 83 aceptan que el mal puede referirse a una tercera persona relacionada y al alcance del hechor.

44 GARRIDO, ob. cit., p. 187.

puede verse expuesto a la reacción del conjunto de individuos concertados, de la turba, lo que a cualquier persona media generaría temor capaz de constreñir su voluntad para tolerar la apropiación. Adicionalmente, cabe considerar que en muchos de estos casos la pertenencia de los integrantes de la turba a bandas criminales que se dedican a este tipo de delitos, como asimismo sus antecedentes de haber cometido otros delitos y de la violencia empleada en ellos, es conocida por los guardias y dependientes de los establecimientos, todo lo cual constituyen elementos suficientes para tener por configurada la intimidación, incluso en el caso que no existan amenazas explícitas, ni uso de armas. Es así puesto que sin lugar a dudas el número de personas, el concierto previo y su actuar coordinado, y con mayor razón en los casos que se da, el conocimiento de su pertenencia a bandas delictuales y sus antecedentes, son circunstancias atribuibles a los sujetos activos, objetivamente idóneas para provocar temor en una persona media puesta en circunstancias de aquellas que se encuentran en el local, de verse expuesto a un mal grave, capaz de constreñir su voluntad para tolerar la apropiación.

4. Requisito común a la violencia e intimidación: Conexión subjetiva o ideológica entre el apoderamiento y la violencia o intimidación y nexo objetivo o fáctico temporal

Nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritariamente señalan que, dado su carácter pluriofensivo y complejo del robo con violencia o intimidación, debe existir un vínculo subjetivo o ideológico entre la violencia o intimidación y la apropiación. Lo anterior significa que los medios comisivos referidos, deben estar, existir en una relación de medio a fin respecto de la apropiación, esto es, deben emplearse para facilitar, obtener la apropiación o favorecer su impunidad, en los términos establecidos en el artículo 433 y 439 del CP[45].

En efecto la doctrina y jurisprudencia mayoritariamente se pronuncia considerando aplicable el encabezado del artículo 433 del CP a los delitos de todo el párrafo, por lo cual los momentos en que puede producirse la intimidación

45 El profesor Bascuñan señala que: "Partiendo de la concepción del robo como coacción es evidente que la relación existente entre violencia o intimidación y apropiación no es subjetiva sino funcional. La violencia o intimidación son los medios coercitivos con cuyo ejercicio se produce alguno de los resultados de coacción que hacen posible o facilitan la apropiación". Plantea que la sola exigencia del nexo subjetivo implica disminuir los requisitos para la realización del tipo de robo, aunque reconoce que a la luz del tenor literal de la CP, el único requisito funcional exigido por el principio de legalidad como presupuesto de punibilidad del robo es el cronológico. Explica que cuando se asume el robo como coacción se desprende como necesario constatar una relación causal objetiva, en el sentido que la coacción efectivamente haya posibilitado la apropiación, no bastando que el autor haya ejercido la coacción para posibilitar la apropiación. BASCUÑÁN, ob. cit., págs. 85 y 86. En la misma línea OLIVER, ob. cit., p. 291.

o violencia y los fines a los cuales éstas pueden estar dirigidas en relación a la apropiación, establecidos en la referida norma son aplicables al robo simple[46]. Así lo ha declarado la Corte Suprema en sentencia de 5 de mayo de 2016, Rol N°17.714-2016, en su considerando decimotercero al expresar: "Ambas agresiones, violencia o intimidación y apoderamiento de cosa ajena, deben estar enlazadas por un vínculo fáctico-temporal, una conexión cronológica más o menos inmediata, a lo que se refiere el inciso primero del artículo 433 del Código Penal –norma ésta que ha de entenderse aplicable a todo el párrafo respectivo– al señalar que la coacción puede tener lugar antes de la apropiación, coetáneamente con ella o después de cometida, para favorecer la impunidad".

Es decir, que la violencia empleada o la intimidación ejercida pueden tener lugar antes de la apropiación, durante la apropiación o después de ella, debiendo estar en una relación de medio a fin, para lograr alguno de los siguientes propósitos: a) antes de la apropiación para facilitar la apropiación, b) durante la misma, ya sea para que se manifiesten o entreguen las cosas, o para impedir la resistencia a que se quiten, o, c) después de ella para favorecer su impunidad, última hipótesis que en todo caso deberá tener lugar inmediatamente después de la apropiación, sea sobre las mismas víctimas de ella o sobre terceros intervinientes.

Por tanto, si la violencia en la persona o intimidación se producen para lograr otros objetivos diferentes a la apropiación, aunque éstas se produzcan en el mismo contexto fáctico, no habrá robo, sino un concurso de delitos.

Es el caso de quien golpea a otro a causa de una rencilla, lesionándolo y luego se apropia de un objeto que al otro se le cayó en la misma pelea, en que habría concurso de lesiones y hurto, y no un delito de robo con violencia[47].

Además, se exige la existencia de un nexo objetivo entre la violencia o intimidación y el acto de apropiación, una relación fáctico temporal que supone que los dos actos se encuentren en una razonable proximidad de tiempo y espacio[48].

En este sentido la sentencia de la Corte Suprema, de 29 de marzo de 2006, Rol N° 2.425-2003, en su considerando sexto señala: "que, con mayor exactitud, la doctrina apunta al vínculo ideológico y fáctico temporal entre el acto

46 Así, lo consignan Oliver, ob. cit., p. 299, aunque él sustenta opinión contraria, y BASCUÑÁN, ob. cit., p. 84, nota 88.

47 Casos en que se excluye la calificación de robo con violencia o intimidación por falta de nexo subjetivo: SCA de San Miguel, Rol N° 620-2005, de 16 de enero de 2006, falla recurso de nulidad del Ministerio Público, que reclama errónea aplicación del derecho al calificar el delito como concurso real de hurto y lesiones y no robo con intimidación. SCA de Valdivia, en sentencia de 18 de mayo de 2007, Rol N° 104-2007, estima que por faltar el vínculo subjetivo entre la intimidación y la apropiación, hay concurso de delitos de lesiones y hurtos y no robo con violencia o intimidación.

48 Así también lo entiende ETCHEBERRY, ob. cit., p. 336.

violento en este caso intimidante y la apropiación. El primero se refiere a una relación de medio a fin entre ellos, que importa que la intimidación constituye la forma a través de la cual el delincuente alcanzará una meta concreta: facilitar la ejecución del delito antes de perpetrarlo, vencer la resistencia u oposición de la víctima en el acto de cometerlo o, finalmente, lograr la impunidad con posterioridad a su ejecución. El segundo elemento, vale decir, la relación fáctico temporal supone que los dos actos se encuentren en una razonable proximidad de tiempo y espacio.

Por su parte, la sentencia de la Corte Suprema, de 25 de julio de 2006, Rol N°2.653-2004, recaída en un caso de apedreamiento del vidrio de un automóvil para robar objetos en su interior señala en su considerando cuarto: "Que efectivamente la sentencia impugnada ha calificado los hechos establecidos en autos como constitutivos del delito de robo con intimidación previsto en el inciso primero del artículo 436 del Código Penal. Y como lo define la ley, el robo es la apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, usando la intimidación en las personas y esta cualidad, a su turno, importa una coerción de índole psicológico, no material, pero consistente en la amenaza de violencia física dirigida a presionar la voluntad de la víctima o impedir su capacidad de defensa, permitiendo de este modo el apoderamiento de la cosa mueble deseada por el sujeto activo. Representa así y como se ha enseñado doctrinariamente un tipo complejo, pluriofensivo, constituido por dos agresiones: la acción de apropiación y la coerción, entre las cuales es indispensable que exista un nexo objetivo y subjetivo y constituyan a su vez una unidad".

Es necesario destacar que la violencia o intimidación deben estar dirigidas a facilitar, obtener, o favorecer la impunidad de **la apropiación**, la que se produce por el quebrantamiento de la esfera de resguardo del dueño o tenedor sobre la especie mueble y la constitución de otra diferente, entendida como el momento en que el agente puede eventualmente ejecutar actos propios de dueño, particularmente la disposición de la especie. Este elemento tiene particular importancia respecto del nexo subjetivo en la hipótesis de favorecimiento de su impunidad, que supone que es posterior a la apropiación.

La necesidad de un nexo objetivo, cronológico, es particularmente válido para los casos en que la violencia o intimidación se ejerce después de la apropiación para procurar su impunidad. A este respecto, Oliver Calderón señala que habrá robo con violencia o intimidación si quien hurta especies en el supermercado habiendo traspasado la línea de caja sin pagar, es sorprendido por los guardias antes de salir y para huir o evitar que se le quiten las especies agrede o intimida a los guardias. Este es precisamente el caso que falló la Corte de Apelaciones de Chillán, en sentencia de 20 de junio de 2016, Rol N° 185-2016. La Corte estimó, en su considerando cuarto, aplicable el artículo 433 al caso en cuestión, respecto de los momentos y propósitos para desplegar la

violencia o intimidación constitutiva de robo, señalando además que debían vincularse a la apropiación y no al mero apoderamiento material de la cosa sustraída, a cuyo efecto no era suficiente sacarla del ámbito de protección del propietario, sino que se produce cuando el delincuente tiene la posibilidad de ejercer potencialmente las facultades inherentes a la apropiación, en particular la disposición. En su considerando quinto, continúa razonando que la violencia puede ser posterior a la apropiación, con tal que sea inmediata a ella, con el objeto de favorecer su impunidad, lo cual permite calificar los hechos como delito de robo con violencia.

El nexo subjetivo en relación a la apropiación es un aspecto especialmente relevante para tipificar las conductas que se observan en los denominados "turbazos" como robo con intimidación o violencia según el caso, y no como concurso de delitos de hurto y lesiones o amenazas. En efecto, y sin perjuicio de lo anotado respecto a la pertinencia de la configuración de la intimidación en estos hechos cuando se trata de hechos ejecutados por numerosas personas, previamente concertadas que actúan coordinadamente, los casos en que la violencia o intimidación se produce por la intervención de los guardias de seguridad que tratan de impedir la apropiación, existe el nexo subjetivo entre la violencia o intimidación ejercida sobre el o los guardias, ya que se emplea para impedir la resistencia a que se quiten las especies, contemplada en el artículo 439 del CP. Si en cambio ya se ha consumado la apropiación según el caso, la violencia o intimidación empleada claramente está destinada a favorecer su impunidad, según lo establecido en el artículo 433, que como ya vimos según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria es aplicable al robo simple.

5. Conclusiones

Analizadas las principales posiciones doctrinales y jurisprudenciales nacionales sobre la violencia e intimidación necesarias para calificar el delito de robo, se puede constatar que existe un núcleo homogéneo respecto de su caracterización como un delito pluriofensivo, que afecta la propiedad y otros bienes jurídicos, aunque existe discrepancia doctrinal sobre cuales sean estos otros bienes jurídicos protegidos. En términos generales se puede decir que tiene cierta supremacía la posición que considera como objeto de protección además de la propiedad, los bienes jurídicos vida, integridad física y seguridad. Se ha planteado también por una parte de la doctrina, la tesis que concibe el robo como un delito de coacción, en que el bien jurídico afectado además de la propiedad es la libertad de determinación del sujeto, que es compelido mediante los medios comisivos coactivos a entregar o manifestar la especie o bien a tolerar la apropiación.

Respecto al alcance normativo de los medios comisivos propios del robo, violencia o intimidación, que lo diferencian del hurto y del robo por sorpresa, se observa que se entienden en forma amplia, de acuerdo a lo dispuesto en el

artículo 439 del CP. A dicho efecto, cabe destacar que la violencia se concibe como toda fuerza física aplicada a la persona, cause o no un resultado lesivo, siendo suficiente para constituirla los malos tratamientos de obra. Este punto sobre la entidad de la violencia resulta clave, entre otros, en la discusión sobre la delimitación del delito de robo con violencia y robo por sorpresa, como se puede apreciar de variada jurisprudencia recaída en recursos de nulidad intentados por las defensas alegando errónea calificación del delito por considerar que no existe violencia cuando la fuerza que se aplica no alcanza a causar lesiones, o bien éstas son leves. La jurisprudencia de nuestros tribunales es consistente en calificar el delito como robo con violencia cada vez que se aplica una fuerza física dirigida a la persona de la víctima, para alguno de los fines especificados en el artículo 439, como asimismo en las oportunidades señaladas en el artículo 433 ambos del CP, aun cuando las lesiones causadas hayan sido leves, o bien aun cuando no existan lesiones.

Por su parte, la intimidación también es concebida de manera amplia considerando que se trata según el art. 439 del CP, de las amenazas o de cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega. Coherentemente con lo anterior, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia entiende que la amenaza puede ser explícita o implícita y que puede provenir de palabras, actos, gestos, o circunstancias creadas por el delincuente, tales como la exhibición de un arma, real o no, con tal que al sujeto amenazado con ella le parezca real, la orden de entrega en un tono intimidatorio e incluso la sola pluralidad de partícipes, etc.

La intimidación requiere la generación de un estado de conmoción psicológica del sujeto pasivo, que sea atribuible al sujeto activo. Pero además, son necesarios ciertos criterios objetivos respecto de la idoneidad intimidatoria de la acción del delincuente y del efecto intimidatorio. Es decir, se exige que la acción intimidatoria tenga la idoneidad para crear tal estado en un hombre medio puesto en similares circunstancias que la víctima, lo que debe apreciarse ex ante. Es importante señalar que la jurisprudencia también considera el contexto intimidatorio aprovechado por el sujeto, tales como la hora, lugar, la calidad de menor o anciano de la víctima, etc.

Subsisten diferencias de criterios para deslindar el robo con violencia o intimidación del robo por sorpresa, en donde se encuentra tal vez la mayor dispersión de posiciones en la jurisprudencia. Este es el caso de la calificación de que han sido objeto los hechos de apedreamiento de vehículos en circulación para apropiarse de objetos en su interior, en que se encuentran varios fallos de los tribunales superiores, incluida la Corte Suprema, que lo califican como robo con intimidación, estimando que el solo hecho de quebrar el vidrio del vehículo con un objeto contundente es suficiente para infundir temor al sujeto pasivo. También existen fallos que califican estos últimos

hechos como delito de robo con violencia, estimando que aun cuando la fuerza se aplicó sobre el vidrio, el agente no podía menos que prever la posibilidad de resultado dañoso, y que dicha violencia fue el medio para obtener la apropiación de la especie. No obstante también se encuentran fallos que califican similares hechos como robo por sorpresa argumentando que la fuerza no está dirigida a la persona, sino sólo al vidrio como objeto que delimita la esfera de resguardo, y que si se ha causado una lesión leve a la víctima es solo consecuencia de la fuerza aplicada al vidrio para romper tal esfera.

Respecto del robo del tirón, o lanzazos, clásicamente el robo por sorpresa, cabe hacer notar que la doctrina señala que en el robo con violencia la fuerza debe ejercerse sobre la persona y que aquella que se ejerce sobre las cosas no constituye violencia para calificar la figura, siendo este un criterio utilizado por los tribunales para deslindar estas figuras, es bastante claro en nuestra jurisprudencia que en los casos en que la acción inicia como una fuerza dirigida a la apropiación del objeto que la víctima lleva consigo, pero ésta no se concreta a causa de su resistencia, y la fuerza aplicada continúa ejerciéndose sobre el objeto, pero de tal manera que afecta a la persona que opone resistencia a través de los tirones o forcejeos, se considera que ello constituye al menos maltrato de obra si no hay lesiones, por tanto violencia sobre la persona, y que ella constituye el medio para facilitar la apropiación o para impedir la resistencia a que se quiten, según el caso, calificándose como robo con violencia.

Por último, la configuración del delito de robo con violencia o intimidación exige la existencia de nexo entre los medios comisivos y la apropiación, el que mayoritariamente se entiende como un nexo subjetivo, una relación de medio a fin entre ambos, es decir, deben ser empleados para la obtención de alguno de los fines contemplados en los artículos 433 y 439, elemento cuya concurrencia resulta esencial para la determinación de la configuración de un delito de robo, o la de hurto en concurso con lesiones o amenazas. Asimismo se exige la existencia de un nexo objetivo factico cronológico, es decir que la violencia o intimidación se dé en un mismo contexto fáctico y una proximidad en el tiempo, lo que es particularmente relevante para los casos en que los medios comisivos se emplean con posterioridad a la apropiación, para favorecer su impunidad.

Cabe destacar también que mayoritariamente la doctrina entiende que el artículo 433 del CP es aplicable en cuanto a los momentos en que pueden emplearse los medios comisivos y los fines a los cuales deben estar dirigidos, al delito de robo simple, lo cual le da también un espectro amplio de aplicación, incluyendo para la calificación aquella violencia o intimidación empleada antes para facilitar la apropiación e incluso después para favorecer su impunidad

CONTENIDOS

Artículos

La suspensión de la prescripción de la acción penal
Hernán Ferrera Leiva

Modelo proactivo de control de ciertas medidas de naturaleza proteccional implementado en la ciudad de Coyhaique
Francisco Ortega Acevedo

Persecución penal de la corrupción en Chile: retos y buenas prácticas
Hernán Fernández Aracena

El consumo de drogas como delito: un fenómeno reciente en el derecho de drogas chileno
Javier Castro Jofré

Elaboración ilegal de drogas, desvío de precursores químicos y tráfico ilícito de estupefacientes como figuras penales autónomas
Lorena Rebolledo Latorre

Extradición pasiva y rol del Ministerio Público
Álvaro Hernández Ducos

Revisión jurisprudencial sobre la improcedencia de la figura del delito continuado en delitos sexuales
Maurizio Sovino Meléndez

Re-visión de la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación en el delito de femicidio, con lentes de género
Ivonne Sepúlveda Sánchez

El destino de los bienes decomisados en el delito de lavado de dinero: tareas pendientes en materia de protección a las víctimas
Camila Guerrero Martínez

Violencia e intimidación necesarias en el delito de robo
Luz María Fernández Saldias

Sentencias comentadas

La pena de inhabilitación absoluta o especial para el ejercicio de cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares, y su calidad de pena de crimen. Comentario a propósito de las sentencias dictadas por el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago y la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en el marco del denominado Caso Fragatas.
Claudia Ortega Forner

GENERAL MACKENNA 1369 - 2° PISO - SANTIAGO CHILE
FONO-FAX: (2) 2965 9500