

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº 69 - ABRIL 2017

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N° 69 - Abril de 2017

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.

Diseño e impresión: Editora e Imprenta Maval SPA

INDICE

PRÓLOGO

I. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Sentencias Comentadas

- Comentario a las sentencias dictadas por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago y la Excm. Corte Suprema en el marco de la solicitud de desafuero del H. Senador de la República J.O.B. 9
Claudia Ortega Forner

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

Artículos

- Bien jurídico y estructura de imputación del delito de microtráfico de drogas 67
Nicolás Oxman Vilches

III. UNIDAD DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

Artículos

- El procedimiento de extradición ante la legislación chilena y su tramitación en los Juzgados de Garantía 89
Daniel Soto Betancourt

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

- Violencia de género e investigación penal: deberes y desafíos para el Ministerio Público 125
Ivonne Sepúlveda Sánchez
Maurizio Sovino Meléndez

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

Artículos

Sobre la distinción de aspectos criminológicos y dogmáticos en el ámbito de la criminalidad informática 175

José Luis Cortés Zepeda

Modificaciones de la Ley N° 20.931 “Agenda corta”, ¿derogación o sustitución de la agravante de pluralidad de malhechores? Estudio de las agravantes del artículo 456 bis N° 3 y 449 bis del Código Penal en los delitos contra la propiedad 191

Tania Gajardo Orellana

VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

Artículos

Judicialización de la medicina: rol de la imprudencia en las decisiones judiciales sobre mala praxis médica 207

Alejandra Vera Azócar

PRÓLOGO

Cada cierto tiempo, y con lamentable frecuencia, nos vemos afectados por acontecimientos que involucran hechos de violencia cometidos contra mujeres. Y cada vez con mayor regularidad, y en la medida que nos hemos ido concientizando de la gravedad del fenómeno de la violencia de género, estos hechos han ido provocando mayores manifestaciones de rechazo.

Y no se trata de un fenómeno que afecte sólo a nuestro país. A nivel mundial, incluso, se vincula la violencia contra las mujeres no sólo como una violación a los derechos humanos, sino también como un grave problema público. Y es un tema que, sin duda, va ganando en importancia, relevancia y protagonismo.

Sin embargo, este protagonismo también ha podido jugar en contra del interés por atacar el problema, dejando en el centro del juzgamiento público a la mujer que ha sido víctima de algún tipo de violencia de género, por la difusión de los juicios seguidos para investigar los hechos en cuestión, con el consecuente riesgo de revictimización y de retroceso en esta toma de conciencia social.

Es en este contexto que, como Institución, el Ministerio Público se ha ido ocupando de buscar los mejores mecanismos para enfrentar no sólo la investigación de hechos de esta naturaleza, sino también de cumplir debidamente con su deber de protección a la víctima. A modo de un nuevo aporte, en esta edición de nuestra Revista presentamos un artículo que aborda estos desafíos.

Del mismo modo, también seguimos trabajando en otras áreas de gran relevancia y repercusión social actual, como lo son las referidas al financiamiento de la política –con el comentario a una sentencia de desafuero de un Senador de la República–, las extradiciones –con un artículo que analiza el procedimiento ante los Juzgados de Garantía–, la creciente judicialización de hechos que pudieren involucrar negligencia médica –con un artículo que analiza la imprudencia en cuasidelitos por negligencia de personal de la salud–, o los delitos que afectan la sensación de seguridad de la población y que atentan contra la propiedad –con un artículo que analiza modificaciones a la Ley N° 20.931 en el marco de la Agenda Corta Antidelincuencia, y otro que aborda un estudio respecto de las agravantes del artículo 456 bis N° 3 y 449 bis del Código Penal en los delitos contra la propiedad–.

Asimismo, ofrecemos en este número un artículo que analiza el bien jurídico y la estructura de imputación en el delito de tráfico de pequeñas cantidades de drogas y, finalmente, un artículo que profundiza respecto de los aspectos criminológicos y dogmáticos en el ámbito de la criminalidad informática, que ha llegado para imponer nuevos desafíos a la persecución penal.

JORGE ABBOTT CHARME

FISCAL NACIONAL

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LA ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO Y LA EXCMA. CORTE SUPREMA EN EL MARCO DE LA SOLICITUD DE DESAFUERO DEL H. SENADOR DE LA REPÚBLICA J.O.B.

Claudia Ortega Forner¹

I. Introducción

El presente artículo tiene por objeto analizar las sentencias de la I. Corte de Apelaciones de Santiago y Excma. Corte Suprema, en relación con la aprobación de la solicitud de desafuero en contra del senador J.O.B., por los delitos de cohecho, fraude al fisco, delitos tributarios y lavado de dinero, dentro del marco de la causa RUC 1410025253-9, denominada Caso CORPESCA, la cual fue acogida por el tribunal de alzada y confirmado el fallo por máximo tribunal, con las particularidades que se pasarán a explicar más adelante, en relación con el estándar requerido para la aprobación de un desafuero.

II. Antecedentes generales

En nuestro ordenamiento jurídico, el ejercicio de la acción penal pública y la solicitud de medidas cautelares personales en contra de determinadas autoridades políticas, requieren para hacerse efectivos, de la realización de un antejuicio, denominado “Desafuero”.

El referido privilegio procesal, encuentra su fuente en diversas disposiciones normativas, dependiendo de la autoridad de que se trate, como se señala a continuación para cada caso:

- Parlamentarios: artículo 61 de la CPR;
- Ex presidentes de la República: artículo 30 de la CPR;
- Gobernador Regional, delegado presidencial regional o delegado presidencial provincial: artículo 124 de la CPR²;

1 Abogada de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
2 Anteriormente, la norma protegía a los intendentes, gobernadores y presidente del Consejo Regional, cargos que han sido sustituidos por los señalados en el actual Art. 124 CPR por modificaciones introducidas a la Carta Fundamental por medio de la Ley N° 20.990 de 29 de diciembre de 2016, sin perjuicio de que hasta la fecha estas autoridades aún se encuentran en funciones, mientras no se proceda a las elecciones de las nuevas autoridades regionales, siguiendo vigente a su respecto la normativa constitucional previa a la modificación de la Carta Fundamental, conforme a lo dispuesto en la Vigésimo Octava Disposición Transitoria del referido texto constitucional.

- Ministros del Tribunal Constitucional: artículo 24 de la Ley N° 17.997 Orgánica del Tribunal Constitucional;
- Ministros del Tribunal Calificador de Elecciones: artículo 7° de la Ley N° 18.460 Orgánica Constitucional.

Por su parte, el Código Procesal Penal regula la tramitación del desafuero en los artículos 416 a 423, y de acuerdo con esa normativa, la oportunidad procesal para solicitar este antejuicio, se circunscribe a dos momentos determinados:

- a) Durante el curso de la investigación, si el fiscal deseara solicitar una medida cautelar personal en contra de un imputado; o bien,
- b) Tras el cierre de la investigación, si el fiscal llega a la convicción que tiene antecedentes para acusar a una persona aforada.

En ambos casos, la solicitud de alzamiento del privilegio procesal debe interponerse ante la respectiva Corte de Apelaciones, acompañando copias de toda la carpeta de investigación.

Cabe hacer presente que, por instrucción general del Fiscal Nacional del año 2014, se impartió como criterio de actuación que se debía “presentar el desafuero ante la respectiva Corte de Apelaciones durante el curso de la investigación y para los efectos de solicitar una medida cautelar personal, aquella que sea procedente según las características del caso concreto y su necesidad de cautela, sea ésta la prisión preventiva, o aquellas de menor intensidad, contempladas en el artículo 155 del Código Procesal Penal”, adelantando de este modo la discusión respectiva a un momento anterior al de la presentación de la acusación. Lo anterior, no obstante, en ciertos casos puede no ser necesario sino hasta la acusación, por cuanto pudieren no ser necesarias medidas cautelares posteriores a la acusación.

Entendemos que para que la solicitud de antejuicio respectiva prospere, debe contarse con antecedentes que permitan a la Corte que conozca, formarse un juicio de tipicidad que, formulado en abstracto, le posibilite verificar que el hecho denunciado se encuentra contemplado en alguna de las figuras típicas que establece el Código Penal. A esta simple tipicidad está condicionada la declaración de desafuero y la consiguiente apertura o continuación del correspondiente proceso penal respecto del imputado a quien se pretende desaforar³.

3 Sentencia de la Excm. Corte Suprema, de fecha 25 de octubre de 2005, Rol N° 3.988-2005, que acoge el desafuero de Augusto Pinochet.

En esta línea, la “*declaración desafuero no puede significar ni tener el alcance de una cabal constatación de los ilícitos descritos en la acusación ni de la inequívoca convicción de la participación del imputado, materia que es propia de la decisión de fondo que debe adoptar el tribunal competente*”⁴.

Dentro de este contexto, con fecha 23 de octubre de 2015, se solicitó ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago el desafuero del H. Senador J.O.B., por los delitos de cohecho, fraude al fisco, delitos tributarios y lavado de dinero, dentro del marco de la causa RUC 1410025253-9 denominada Caso COR-PESCA, con el objeto de solicitar medidas cautelares personales luego de su formalización. La solicitud fue acogida por el Tribunal de alzada y confirmado el fallo respectivo por la Excm. Corte Suprema, con las particularidades que se pasan a explicar a continuación, y que reflejan la última tendencia jurisprudencial en cuanto a la fijación del estándar requerido para la formación de causa en contra de un imputado aforado.

III. Fallo de la I. Corte de Apelaciones de Santiago

La I. Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 10 de marzo de 2016, acogió la solicitud de desafuero, en autos Rol N° 1823-2015 (Criminal), por voto de mayoría, y se hace cargo de que lo que le corresponde decidir es si ha lugar o no a la formación de causa, expresión a la que atribuye el mérito de apertura o inicio de un proceso penal en contra de un parlamentario que aparece vinculado como presumible sujeto activo de un hecho punible, dejando claro que no le corresponde extender sus resoluciones a elementos penal-sustantivos que deberán ser conocidos por los jueces del fondo.

En consecuencia, reconoce el limitado alcance de lo que le compete conocer a la Corte en esta materia, dejando claro que no se trata de un juzgamiento previo, sino de un análisis preliminar de antecedentes en relación con la vinculación de un parlamentario como presumible sujeto activo de un delito.

Luego, establece la improcedencia de que en una etapa preliminar de la investigación se exija agotada la prueba destinada a acreditar de modo definitivo el delito y la participación del imputado, y entiende que los requisitos exigidos para dar lugar a la formación de causa respecto de los parlamentarios aforados son:

1. Que exista un hecho o hechos que presenten caracteres de delito; y,
2. Que aparezcan fundadas sospechas para reputar a un individuo de autor, cómplice o encubridor.

⁴ Sentencia de la Excm. Corte Suprema, de fecha 1 de julio de 2015, Rol N° 7699-2015, que confirma el desafuero del Senador C. B.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, sospecha es la acción o efecto de *sospechar*, verbo que en una de sus acepciones establece que consiste en imaginar algo por conjeturas fundadas en apariencias o indicios.

En consecuencia, la expresión fundadas sospechas implica que existan conjeturas fundadas en apariencias o indicios de que se haya cometido un delito y que un determinado imputado pueda haber tenido vinculación con él.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el Art. 222 del Código Procesal Penal, el cual hace admisible la medida intrusiva de interceptación telefónica cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella prepare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen. En este caso, estamos en presencia de una medida intrusiva, instancia que por lo general es anterior a la formalización, y claramente permite poder investigar un hecho que podría revestir las características de delito y la participación de un imputado.

Desde esa perspectiva, difícilmente podría estar agotada la prueba en cuanto al tipo penal y la participación, puesto que se trata de una diligencia dentro de la etapa de investigación de ese hecho y de la posible participación en él de una persona. Es justamente este tipo de medidas las que permitirán obtener la prueba necesaria para acreditar lo pertinente.

Y es eso lo que ha entendido la I. Corte de Apelaciones como el estándar exigido para declarar si ha lugar o no a la formación de causa.

Lo anterior se puede apreciar en los siguientes considerandos del fallo de la I. Corte de Apelaciones de Santiago.

“Octavo: Que, llamada esta Corte a decidir la presente solicitud de desafuero, se tendrá presente a propósito del desafuero, su naturaleza y su exigencia probatoria, que la Excm. Corte Suprema y diversos fallos emanados de las Cortes de Apelaciones del país han venido resolviendo:

Excm. Corte Suprema. Sentencia de 14 de enero de 2008, causa Rol N° 6478-07:

“CUARTO: Que la “formación de causa” es equivalente a la apertura, al inicio de un proceso penal en contra del parlamentario que aparece vinculado, según los juicios reunidos, como presumible sujeto activo a un hecho punible; esto es único que la Corte de Apelaciones respectiva debe autorizar o denegar sobre la base del mérito de los antecedentes, sin extender su resolución a particulares –y generalmente múltiples y variados– elementos penal-sustantivos de carácter valorativo, objetivos y subjetivos, que van más allá de aquello en que el hecho indagado y atribuido consiste esencialmente, y que, como se ha razonado en las sentencias citadas, son de incumbencia del tribunal que sustanciará el procedimiento penal respectivo, una vez concedido el desafuero.

QUINTO: Que es útil recordar que la privación de la prerrogativa o privilegio de un Senador o Diputado, a través de la sentencia que señala el artículo 61 de la Constitución Política de la República, no puede ser jamás interpretada como un juzgamiento del parlamentario de que se trata ni como establecimiento de su responsabilidad criminal, ya que ésta sólo puede serlo en la sentencia fundada con que culmine un proceso legalmente tramitado, y no en un antejuicio, en un procedimiento que habilita únicamente para abrir, esto es, para iniciar o poner en movimiento una causa penal respecto de determinado sujeto.”

Por su parte esta Corte de Apelaciones ha resuelto:

“DECIMO TERCERO: Que consiéndolo el fuero parlamentario en un privilegio que la ley contempla a favor de determinadas personas en razón de la investidura que detentan, la gestión de desafuero, según lo ha declarado y sostenido la Jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, es un antejuicio que tiene por objeto hacer efectiva una condición de procesabilidad general, condicionada a la existencia de antecedentes suficientes para dar lugar a la formación de causa respecto de la persona aforada, no correspondiendo en esta etapa, emitir parecer que pudiese traducirse en un prejuzgamiento de la conducta a analizar”

(Sentencia de 4 de enero de 2006. Rol IC 239).

Del mismo modo, la Corte de Valparaíso, en fallo de 15 de noviembre de 2007, dictado en autos sobre Desafuero de la diputada doña Laura Soto González. Noviembre de 2007, expresó:

“Quinto: Que, por consiguiente, al conocer una petición como la de autos, el Tribunal debe pronunciarse únicamente, acerca de si autoriza o no la formación de causa en contra del parlamentario imputado en los hechos punibles que han sido objeto de la investigación, sin extender su resolución a la existencia cabal del delito, su naturaleza, penalidad, eventual responsabilidad como autor o cómplice, u otros elementos o caracteres de aquél, por cuanto éstos son aspectos de conocimiento del tribunal al cual le corresponda intervenir en caso que se conceda el desafuero. La gestión de desafuero sólo abre la puerta para indagar a fondo los hechos, pudiéndose decretar medidas cautelares para garantizar el éxito de la investigación, asegurando la comparecencia del imputado en las actuaciones del procedimiento señalado por la ley”.

Noveno: Que, compartiendo esta Corte lo reflexionado y decidido en las sentencias antes citadas es necesario insistir acerca de la improcedencia en una etapa preliminar de la investigación de exigir agotada la prueba destinada a acreditar de modo definitivo el delito y la participación del imputado.

En efecto, conforme señala el Ministerio Público, la naturaleza de mera condición de ser procedente el desafuero no puede reclamar —por muy importante que sea— la demostración plena de una determinada tipicidad o participación; y mucho menos,

de culpabilidad. Asimismo, se ha de tener presente que la solicitud de desafuero en el actual estado de la investigación se realiza a efectos que se autorice al Ministerio Público para solicitar medidas cautelares personales, por debatir en su oportunidad procesal ante el Tribunal de Garantía competente, en la audiencia que se deberá solicitar para formalizar la investigación en contra del imputado Sr. O.B..

Décimo: Que la magistratura ha sido reiterativa en orden a las exigencias de los requisitos exigidos para dar lugar a la formación de causa respecto de los parlamentarios aforados:

Estos son:

3. Que exista un hecho o hechos que presenten caracteres de delito; y,
4. Que aparezcan fundadas sospechas para reputar a un individuo de autor, cómplice o encubridor.

Undécimo: Que en este orden de análisis, y con las precisiones ya advertidas, el examen de los antecedentes aportados por el solicitante de desafuero, latamente expresados en los basamentos anteriores, y expuestos clara y detalladamente por el Ministerio Público y los querellantes en la audiencia celebrada al efecto ante este Tribunal Pleno, son suficientes, a juicio de esta Corte, para adquirir la convicción necesaria en orden a que los numerosos antecedentes hechos valer mismos cumplen con la doble exigencia precedentemente consignada y conducen en consecuencia, a concluir que el senador J.O. puede ser sujeto pasivo del proceso penal.

Duodécimo: Que como ya se advirtiera en este fallo, la defensa del senador imputado –que en su oportunidad procesal nada alegó acerca de la (im)procedencia de la acción de desafuero por los delitos que se le imputan– ante estrados reconoció y aceptó la petición planteada respecto de los delitos de fraude al fisco y fraude tributario, por lo que a este respecto no cabe mayor análisis que el que ya se ha efectuado en los fundamentos anteriores de este fallo, que hacen procedente su desafuero por dichos ilícitos.

Décimo Tercero: Que en relación a los otros hechos punibles que se imputan al senador J.O.; esto es, cohecho y lavado de dineros, por las razones que se han expresado y habida consideración de la gravedad y seriedad de los antecedentes que se han puesto en conocimiento de esta Corte, la solicitud de desafuero debe ser igualmente acogida.

Para ello tiene además en consideración este Tribunal Pleno que los reclamos acerca de la efectiva y/o correcta tipicidad de dichas conductas antijurídicas, así como los problemas concursales que podrían surgir de éstos, son materias que no corresponde dilucidar y resolver en esta instancia, debiendo ser los mismos objetos de prueba, análisis y decisión en la sede jurisdiccional natural.

Por estas consideraciones, citas legales hechas, y en especial lo dispuesto en los artículos 61 de la Constitución Política de la República y 416 y siguientes del Código Procesal

Penal, SE ACOGE la solicitud de desafuero incoada por el Ministerio Público en estos autos, y en consecuencia, se declara que ha lugar a la formación de causa en contra del Honorable Senador don J.O.B. respecto de los delitos de Fraude al Fisco, Fraude Tributario, Cohecho y Lavado de Dineros, todos ya precisados en este fallo”.

Sin perjuicio de lo expresado en el voto de mayoría, la sentencia consigna algunos votos de minoría que se refieren a la valoración de los antecedentes para efectos de tener por configurados los delitos acusados, en relación con el lavado de dinero y el cohecho, y asimismo, hacen ver situaciones de carácter concursal en virtud de las cuales desestiman la formación de causa respecto de algunos tipo penales.

No obstante, es necesario hacer presente lo consignado por los Ministros señores Pfeiffer, Zepeda y Poblete, que fueron de parecer de negar lugar al desafuero, tanto en cuanto al delito de lavados de activos, por las razones indicadas en el primer voto disidente relativo a temas concursales, como respecto de los delitos de cohecho, por las razones siguientes:

“A.- Aspectos generales del procedimiento y respeto en él a los principios de inocencia e in dubio pro reo”.

1º Que el artículo 416 del Código Procesal Penal dispone que una vez cerrada la etapa de investigación del proceso penal, si el fiscal estimare que procediere formular acusación por crimen o simple delito en contra de un diputado o senador, debe obtener que la Corte de Apelaciones correspondiente declare que ha lugar a la formación de causa.

Tal decisión se debe adoptar por esta Corte respetando los principios básicos que rigen el enjuiciamiento criminal acusatorio, desde que, el procedimiento de desafuero es la intervención judicial destinada al control excepcional de la actividad autónoma de acusar que tiene en Chile el Ministerio Público, derivada tal potestad del principio de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la concurrencia punible y los que acreditaran la inocencia del imputado.

De lo anterior se deriva que a la persona de cuyo desafuero se trata le asisten las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, el Código Procesal Penal y otras leyes le reconocen a todo imputado; en especial, la obligación a tratarlo como inocente mientras no haya sido dictada en su contra una sentencia condenatoria; a observar el principio “in dubio pro reo” en materia de antecedentes probatorios aportados por el Ministerio Público y todos aquellos contenidos en las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos que regulan el proceso penal, por ser éstas conforme al inciso segundo, del artículo 5º de la Constitución Política de la República, de aplicación directa e inmediata en sede judicial.

2º Que de tales principios se puede colegir en forma inequívoca que el adoptar la decisión de desaforar supone la concurrencia de antecedentes que justificaren la

existencia del delito o delitos por los que el Ministerio Público desea acusar y que haya antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha concurrido en el delito que se le atribuye como autor, cómplice o encubridor.

Lo anterior determina que, para ser acogida la solicitud de desafuero, ésta debe fundarse en antecedentes que conduzcan a los de la acusación que el Ministerio Público pretende sostener en el juicio oral, es decir, los antecedentes deben ser análogos a las pruebas con que la fiscalía pretende fundar los cargos”.

En esta parte el voto disidente fija un estándar mayor al establecido por el voto de mayoría, pues entiende que la solicitud de desafuero debe fundarse en antecedentes que conduzcan a la acusación, debiendo estos ser análogos a las pruebas con que la Fiscalía pretende fundar cargos. Disentimos de lo anterior, puesto que además de ser contradictorio con el estándar general fijado tanto por las Cortes de Apelaciones como por la Excma. Corte Suprema, importaría siempre tener un estándar avanzado de investigación que impediría poder solicitar el desafuero en una etapa más preliminar, como sucede en este caso, para efectos de solicitar medidas cautelares personales respecto del imputado aforado, desvirtuando uno de los objetivos del Art. 416 del Código Procesal Penal.

Al respecto, veremos cómo el voto disidente de la Corte Suprema, que analizaremos más adelante, reconoce diferencia de estándares para fundar la solicitud de desafuero para el caso de solicitar medidas cautelares personales y para el caso de proceder a acusar.

Finalmente, este mismo voto disidente concluye:

“5° Que, a juicio de los disidentes, los antecedentes aportados con tal objeto son insuficientes para decidir que en esta solicitud se encuentra acreditada la existencia tanto del delito de cohecho del artículo 248 y el del 248 bis del Código Penal, determinadamente, al confrontarlos con el tipo descrito en ellos”.

De esta manera, no consideran que los antecedentes aportados por el Ministerio Público sean suficientes para encuadrarse dentro del tipo penal de cohecho.

IV. Fallo de la Excma. Corte Suprema

Con fecha 4 de mayo de 2016, en autos Rol N° 20.63-2016, la Excma. Corte Suprema revocó el fallo de la I. Corte de Apelaciones de Santiago en aquella parte en que hacía lugar a la formación de causa por el delito de lavado de dinero, confirmando el fallo en todo lo demás.

El máximo tribunal nuevamente se refiere al estándar requerido para acceder a la formación de causa en este antejuicio.

De esta manera, dispone:

“1º) Que la justificación de la existencia del antejuicio de tratan estos autos reclama, cuando menos, que de los antecedentes que entrega el solicitante surjan evidencias reales, fundadas e importantes en cuanto a haberse configurado el hecho atribuido, que necesariamente debe revestir los caracteres de delito, con el mérito suficiente para que un parlamentario enfrente un procedimiento judicial y sus consecuencias.

2º) Que la petición de desafuero, no se vincula a cualquier hecho jurídicamente relevante, sino sólo a hechos configurativos de determinados delitos, que se especifican en la solicitud, por lo que, como lo ha sostenido esta Corte, resulta ineludible –al menos– la acreditación de los elementos indispensables que constituyen la tipicidad objetiva de un acto penalmente ilícito.

3º) Que en cuanto a lo que concierne al delito previsto y sancionado en el Art. 27 letra a) de la ley N° 19.913 –coincidiendo con la opinión disidente de doce ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago– los antecedentes conocidos y los argumentos escuchados no son suficientes, en seriedad y gravedad, para tener por acreditada en esta sede la concurrencia de estos elementos imprescindibles para iniciar la investigación penal por los hechos subsumidos en ese delito”.

La sentencia fue acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Juica, Brito, Sra. Muñoz y Dahm, quienes estuvieron por confirmar en todo la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, argumentando que:

“1) La solicitud de desafuero de un parlamentario importa examinar los antecedentes reunidos con motivo de las indagaciones del Ministerio Público de manera preliminar o prima facie, y determinar si ellos revelan la presencia de los elementos del tipo invocados por el peticionario.

2) Que tal como ha sido el parecer reiterado de esta Corte, la constatación de mérito que conforma el presupuesto legal para hacer lugar a la formación de causa en contra de un parlamentario, requiere que del material de convicción surjan evidencias graves y de consideración en cuanto a haberse configurado el delito atribuido y la intervención del indagado en éste.

3) Que conforme a lo expresado en el motivo decimotercero del fallo apelado –que estos disidentes hacen suyo por completo– el peso de los antecedentes que sirven de base a la petición de la Fiscalía lleva directamente a sustentar la decisión de desafuorar al Senador O.B. también por el delito de lavado de activos invocado por la solicitante, puesto que en aquéllos se revelan los elementos centrales y propios de ese tipo penal, la incuestionable y maliciosa incorporación a la economía de significativas sumas de dinero hasta ahora insuficientemente esclarecida, circunstancia en la que es fundamental desarrollar en ese sentido la investigación, tanto por la necesidad de resolver cuestiones concursales, cuanto por no ser aceptable la generación de privilegios respecto a la pesquisa, razón por la cual, en opinión de los disidentes, procede confirmar el fallo en alzada en lo atinente a esa imputación”.

Por su parte, el Ministro Sr. Juica complementó su voto disidente refiriéndose a la diferencia de estándar para la formación de causa cuando se trata de solicitud de medidas cautelares y cuando se trata de la solicitud para acusar, declarando que el nivel de exigencia es mayor en este último caso. En efecto, sostiene que los antecedentes puestos a disposición por el Ministerio Público, deben permitir el desarrollo de la investigación por parte del ente persecutor a efecto de determinar la existencia del delito y la participación del imputado.

Al respecto señala:

“... que la petición del Ministerio Público se sustentó en la situación indicada en el inciso segundo del Art. 416 del Código Procesal Penal, que permite dicha autorización para el caso de un parlamentario, si el fiscal a cargo de una investigación criminal desee solicitar una medida cautelar en contra de la aludida autoridad política, de manera que su interés se va a traducir en formalizar al indicado senador y como consecuencia de dicha actividad jurisdiccional, requerir la medida de aseguramiento que el código aludido señala, dentro de las cuales la más gravosa es la prisión preventiva que, como el artículo 140 del código citado exige, necesita contar con testimonios que permitan justificar la existencia del delito que se investigare y que existan antecedentes que permiten presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, aparte por supuesto, de la existencia de los peligros que la ley considera necesarios demostrar para su procedencia, tópicos que el legislador considera menos exigentes que en el caso de la acusación, también que exista fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma investigación”.

En ese sentido, el disidente considera que la solicitud del Ministerio Público para fundar la solicitud de desafuero correspondiente a los hechos investigados del capítulo II de su libelo y en especial al N° 2 de ese acápite, arroja la existencia de antecedentes serios y posibles de determinar, a través de las informaciones de declarantes y documentos que se indican con la mayor precisión, los cuales se constituyen en cargos suficientes para justificar la medida que se pretende y le dan a ese pedimento la seriedad y consistencia para seguir avanzando en dicha indagación, sin perjuicio del estado de inocencia que a pesar de dicha situación tiene asegurado al senador O. y que sólo podrá ser vencida si la causa termina en sentencia definitiva y ésta adquiera la fuerza de cosa juzgada, porque a lo menos se ha explicado por la persecución penal que existen antecedentes vehementes de la existencia del delito de cohecho de cuyo producto se hicieron maniobras para, prima facie, establecer un ocultamiento o disimulación del origen ilícito de los dineros que se denuncian indebidamente recibidos por el indicado parlamentario”.

Que por lo anterior el disidente considera necesario avanzar en todas las hipótesis investigativas que se dirigen en contra del senador requerido, puesto que habiendo aceptado éste los hechos que constituirían los delitos de fraude al fisco y fraudes tributarios, además que se ha confirmado el requerimiento por el delito de cohecho, es claro que el desafuero se ha producido por dichas figuras ilícitas lo que redundará en la formación de la causa penal en su contra, de modo que la inclusión en la investigación,

no es nada más que eso, del delito de lavado de activos no altera esa situación procesal, pero que hace indispensable no coartar la actividad investigativa del Ministerio Público, respecto de todos los sucesos que afectan al aforado, para que se decida la tramitación que en derecho corresponda como a cualquier ciudadano de este país y para resolver todas las posibles implicancias concursales que pudieran producirse frente a la multiplicidad de delitos que han sido imputados al indicado senador”.

Por otra parte, el mismo Ministro Sr. Juica hace presente que es necesario tener en consideración la situación actual de la institucionalidad chilena en relación con el incumplimiento del deber constitucional de actuar con probidad por parte de los funcionarios públicos.

De este modo termina su voto disidente de la siguiente manera:

“Que finalmente, no puede dejar de considerarse la situación actual de la institucionalidad chilena, llena de reparos por las conductas reprobables de un número importante de autoridades que no han cumplido con el deber de probidad que exige el Artículo 8 de la Constitución Política de la República y en el caso particular, de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, en materia de ética pública, que exige el mayor interés de la jurisdicción de atender claramente y sin ambages la preocupación justificada de la ciudadanía en sucesos de la naturaleza que investiga el Ministerio Público”.

De otro lado, hubo un voto disidente al de la mayoría, del Ministro Sr. Aránguiz, que estuvo por denegar el desafuero por el delito de cohecho, por estimar que los antecedentes puestos a disposición de la Corte por parte del Ministerio Público no reunían los elementos de seriedad requeridos. Desde esta perspectiva, se trata de un voto emitido en relación con la valoración de los antecedentes en relación con la calificación jurídica de uno de los delitos imputados, sin que se trate de un estándar distinto al exigido por la Corte Suprema. De este modo, reconoce lo que ha señalado en ocasiones anteriores el máximo tribunal.

Así, manifiesta:

“1°) Es cierto lo que han manifestado los detractores procesales del senador involucrado respecto de que el estándar requerido para este juicio especial o antejuicio de desafuero, no es el mismo que para las actuaciones judiciales de avanzada, ya que en virtud del artículo 416 del Código Procesal Penal para acoger el desafuero sólo es necesario discernir si hay mérito para la “formación de causa”.”.

Sin embargo, “formar causa” implica tener antecedentes congruentes y bastantes para el sostenimiento de una acción penal que pueda afectar la presunción de inocencia de aquél. Para ello, el primer requisito y fundamental es que el hecho atribuido sea posible de ser enmarcado en un tipo penal determinado”.

“...Esta Corte Suprema ha venido sosteniendo reiteradamente que el estándar exigible en este tipo de procedimiento, corresponde a “evidencias serias y graves”...”.

V. Conclusión

El Art. 416 del Código Procesal Penal señala las circunstancias en las que puede solicitarse el desafuero de un imputado protegido por el privilegio procesal del fuero, no obstante, no fija un estándar sobre los requisitos del mismo, limitándose a señalar la oportunidad procesal para la solicitud y el deber del Ministerio Público para remitir los antecedentes ante el tribunal de alzada competente.

Se hace referencia al hecho de que esos antecedentes permitan a la Corte respectiva pronunciarse sobre si ha lugar a la formación de causa, en caso de haber mérito para ello, sin embargo, no hace ninguna referencia a lo que debe entenderse por el mérito suficiente para ello.

Es por tal razón que los tribunales superiores de justicia han debido definir por la vía jurisprudencial el alcance del mérito para la formación de causa y los límites de la judicatura para conocer de este antejuicio, estableciendo que los requisitos exigidos para dar lugar a la formación de causa respecto de los parlamentarios aforados son:

1. Que exista un hecho o hechos que presenten caracteres de delito; y,
2. Que aparezcan fundadas sospechas para reputar a un individuo de autor, cómplice o encubridor.

Por otra parte, establecen que este antejuicio no se trata de un juzgamiento previo, sino de un análisis preliminar de antecedentes en relación con la vinculación de un parlamentario como presumible sujeto activo de un delito.

Sin perjuicio de lo anterior, algunos votos disidentes, aun coincidiendo en parte con lo resuelto por el voto de mayoría, dan a entender que la solicitud del Ministerio Público debe fundarse en antecedentes que conduzcan a los de la acusación que el ente persecutor pretende sostener en el juicio oral, es decir, debiendo los antecedentes ser análogos a las pruebas con que la fiscalía pretende fundar los cargos.

Entendemos que dicha afirmación es equivocada, por cuanto si ese fuera el estándar de los antecedentes que deben someterse al conocimiento de la Corte respectiva, no tendría sentido poder solicitar el desafuero para admitir la procedencia de medidas cautelares personales, que generalmente vienen aparejadas a la formalización de la investigación, en un momento bastante anterior al de la acusación. De lo contrario, lo lógico sería que sólo se admitiera la solicitud de desafuero previo a presentar la respectiva acusación, y evidentemente, en ese momento los antecedentes puestos a disposición del tribunal de alzada deberían ser los que pretenden sostener el juicio oral en contra del imputado.

Así lo reconoce el voto disidente del Ministro Sr. Juica en el fallo de la Excm. Corte Suprema, en donde plasma que el estándar para la formación

de causa cuando se trata de solicitud de medidas cautelares y cuando se trata de la solicitud para acusar es distinto, sosteniendo que el nivel de exigencia es mayor en este último caso.

En el voto de mayoría, la Excma. Corte Suprema complementa el fallo de alzada en cuanto a establecer que de los antecedentes que entrega el solicitante deben surgir evidencias reales, fundadas e importantes en cuanto a haberse configurado el hecho atribuido, que necesariamente debe revestir los caracteres de delito, con el mérito suficiente para que un parlamentario enfrente un procedimiento judicial y sus consecuencias.

Con ello avanza un poco más allá de las fundadas sospechas a las que se refiere la Corte de Apelaciones, refiriéndose directamente a la naturaleza de las evidencias que se requieren para hacer lugar a la formación de causa respecto de un parlamentario.

Sin perjuicio de la valoración que luego los ministros hayan dado a los antecedentes aportados por el Ministerio Público para fundar la solicitud, situación de carácter absolutamente subjetivo, es destacable que haya un pronunciamiento sobre lo que los tribunales requieren en cuanto a la sustancialidad de los antecedentes fundantes para la solicitud, atendidas las carencias de la ley procesal en ese sentido.

Finalmente, resulta muy destacable la incorporación de elementos relativos a la situación de la institucionalidad chilena a la que se refiere el Ministro Sr. Juica en su voto disidente, puesto que le da un contexto a la solicitud formulada por el Ministerio Público, ente que debe desarrollar una investigación de alta calidad, puesto que desde el momento que se imputan delitos tan graves como los de corrupción y lavado de activos a un funcionario público representante de una parte de la población que concurrió a la urnas a elegirlo democráticamente, es necesario poder acreditar que se han vulnerado los deberes ministeriales que le competen y en particular el deber constitucional de probidad, y para ello la investigación debe ser capaz de proporcionar evidencia de carácter real, serio y grave.

A continuación se transcriben en su integridad las sentencias comentadas.

SENTENCIA I. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

Santiago, diez de marzo de dos mil dieciséis.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que ha dado inicio a esta causa la presentación efectuada a fs.27 al Tribunal Pleno de esta Corte de Apelaciones de Santiago por el señor Fiscal Nacional del Ministerio Público, ampliada posteriormente, mediante la cual, conforme a lo dispuesto en el artículo 416, inciso segundo del Código Procesal Penal, solicita el desafuero del senador don **J.O.B.**, a fin de que se declare que ha lugar a la formación de causa en su contra por los delitos reiterados de cohecho, previstos en los artículos 248 y 248 bis del Código Penal, lavado de dineros, previsto y sancionado en el artículo 27, letra a) de la Ley N° 19.913, delitos reiterados de fraude al Fisco, tipificado en el artículo 239 del Estatuto Penal, y fraude tributario, sancionado en el artículo 97 N° 4, inciso final del Código Tributario, petición que se funda en los antecedentes que a continuación se expondrán.

Segundo: Que, traídos los autos en relación, el día de su vista se escucharon los alegatos del Ministerio Público, del Consejo de Defensa del Estado, querellantes Servicio de Impuestos Internos y Fundación Ciudadano Inteligente, así como de la defensa del senador.

Este último ante estrados **reconoció y aceptó el requerimiento por los**

delitos de fraude al Fisco y Fraude Tributario.

Tercero: Que la solicitud de desafuero el Ministerio Público se funda en los antecedentes de hecho y derecho que seguidamente se reproducen, en apoyo de lo cual, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 416 del Código Procesal Penal, acompaña en formato electrónico DVD que los contiene.

Estos antecedentes fundantes son:

En primer término, hace presente el Ministerio Público que la presente investigación se inició de oficio por la Fiscalía, luego de que un reportaje del medio periodístico CIPER Chile, denunciara que, la entonces Diputada Marta Isasi Barbieri, habría recibido dineros de la empresa CORPESCA S.A., a través de boletas emitidas por su asesor Giorgio Carrillo, por servicios inexistentes, pudiendo existir un posible delito de cohecho, sin perjuicio de delitos tributarios.

Pues bien, es del caso que, en el curso de la investigación, producto de una incautación de documentos de la empresa CORPESCA S.A., se advirtió que ésta había presentado una declaración rectificatoria ante el Servicio de Impuestos Internos, consignando boletas que habían sido emitidas por personas que no habían prestado servicio alguno a la empresa, entre las cuales se encontraban varios asesores del parlamentario don J.O.B.

Atendidas esas circunstancias, se citó a una de las referidas asesoras, doña C.G., quien apare-

cía emitiendo boletas en favor de CORPESCA, por servicios supuestamente no prestados.

Agrega que de la declaración prestada por G., se desprende que, además de haber aportado dineros para, la campaña de Marta Isasi, la empresa CORPESCA S.A., a través de su gerente general F.M.O., aceptó dar un beneficio económico al parlamentario J.O.B., actualmente en ejercicio, por lo que se siguió esta línea de investigación, obteniendo los resultados que se exponen en el relato de los hechos.

I.- Antecedentes generales.

Recuerda el requirente que el imputado, don J.O.B. se ha desempeñado como Diputado y Senador de la República, desde 1990 a la fecha, de forma ininterrumpida como diputado durante los períodos legislativos 1990-1994, 1994-1998, y 1998 a 2002, siendo electo Senador por la Región de Tarapacá para el período legislativo 2002 a 2010, y por las Regiones de Arica y Parinacota y Tarapacá, para el período legislativo 2010 a 2018.

El desempeño de sus labores parlamentarias le otorga la calidad de funcionario público, para los efectos del Art. 260 del Código Penal.

En su calidad de Senador de la República, **le empecen obligaciones previstas a nivel constitucional, legal y reglamentario.**

En primer término, el Art. 6° de la Constitución Política de la Repú-

blica, dispone que *“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.*

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”

Por su parte, el Art. 8° inc. 1° de la Carta Fundamental, señala que *“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.”*

Estos deberes de rango constitucional se ven refrendados en los **Artículos 5° A y 5° B de la Ley Orgánica sobre Congreso Nacional** y a su vez replicados en el **Artículo 8° del Reglamento del Senado,** sujetando a los senadores **al deber de ejercer sus funciones con pleno respeto al principio de probidad, que mandata un desempeño honesto y leal, con preeminencia del interés general sobre el particular, debiendo abstenerse de promover o votar cualquier asunto en que tengan interés directo.**

En particular, el Art. 5°B de la norma de carácter orgánico constitucional, establece que *“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.

No registrará este impedimento en asuntos de índole general que interesen al gremio, profesión, industria o comercio a que pertenezcan, en elecciones o en aquellas materias que importen el ejercicio de alguna de las atribuciones exclusivas de la respectiva Cámara.”

Sin perjuicio de tener un deber general de cumplimiento de esta normativa, una vez proclamado por el Tribunal Calificador de Elecciones, al inicio de cada legislatura, se le tomó juramento **en los términos del Artículo 4° de la Ley Orgánica ya referida, asumiendo así el deber de consultar en el ejercicio de sus funciones sus verdaderos intereses, según el dictamen de su conciencia.**

Por su parte, la **empresa CORPESCA S.A.** es una Sociedad Anónima Abierta, inscrita con fecha 27 de septiembre de 2000, con el número 707, en el Registro de Valores de la respectiva Superintendencia. Desde un punto de vista tributario, es contribuyente de los impuestos al Valor Agregado y a la Renta de Primera Categoría.

El imputado **F.M.O.**, se desempeñó como Gerente General de ésta, de forma ininterrumpida desde el año 1999 al 13 de Mayo de 2013.

II.- Primer grupo de imputaciones: delitos de cohecho y lavado de activos.

Señala el Ministerio Público que entre los años 2009 y 2013, el Senador en ejercicio J.O.B., solicitó a F.M.O., Gerente General de CORPESCA S.A., en diferentes oportunidades, distintas sumas de dinero para el financiamiento de su campaña electoral del Senador por la Unión Demócrata Independiente (UDI) para representar en el Congreso a las regiones 1 y XV y para pagar deudas derivadas de la misma campaña, a cambio de favorecer los intereses de la referida empresa mediante el desempeño de sus labores parlamentarias, ya sea mediante la realización de actos debidos propios de su cargo, como a través de actos cometidos con infracción de los deberes de su cargo. Dichos aportes fueron solicitados al margen del régimen legal de financiamiento de campañas políticas.

Continua relatando el solicitante, que la empresa Corpesca S.A., a través del citado gerente general, F.M., accedió a su solicitud y le pagó al imputado J.O., de manera ininterrumpida entre marzo del año 2009 y abril del año 2013, un total de \$264.254.120, lo que arroja un promedio de pagos equivalente a \$5.285.082, mensuales, entregados según se desprende los antecedentes reunidos, a cambio de que éste realizara determinadas acciones propias de su cargo en el Senado en favor de la empresa pagadora, o también otras con infracción a los deberes de su cargo.

Así, en cuanto a:

a) **Infracción de los deberes del cargo:**

Se sostiene que los dineros pagados por la empresa Corpesca S.A., a lo que se hizo alusión precedentemente, fueron solicitados mientras el imputado ejercía como Senador de la República, siendo por ende funcionario público, concluyéndose por el Ministerio Público que los pagos estaban orientados a lograr que el Senador O., en ejercicio de sus funciones, actuara como **Emisario y Representante de los Intereses** de CORPESCA S.A. en el Parlamento, en materias relacionadas con la actividad pesquera en las que tuviera que intervenir por razón de su cargo.

Es así como –sigue la exposición del solicitante– durante la tramitación de diversos proyectos de ley, y en tanto fue miembro de la Comisión de Pesca y Acuicultura, y como Senador de la República, recibió Instrucciones de parte de CORPESCA S.A, sea de forma directa por parte de su Gerente General F.M. o de otros ejecutivos y empleados de la empresa, procediendo de la forma como le era requerido.

En este punto reitera que los Artículos 5° A y 5° B de la Ley Orgánica sobre Congreso Nacional, replicadas en el Artículo 8° del Reglamento del Senado, sujetan a todo Senador al deber de ejercer sus funciones con pleno respeto al principio de probidad, que mandata un desempeño honesto y leal, con preeminencia del interés general sobre el particular, debiendo

abstenerse de promover o votar cualquier asunto en que tengan interés directo.

Sin embargo, en oposición a dichos deberes, entre 2009 y 2013, el Gerente General de CORPESCA S.A., y otros ejecutivos y empleados de la compañía, hicieron llegar al Senador una serie de Instrucciones, así como también Documentos o Materiales que luego **fueron reproducidos por éste en sus intervenciones**, durante la tramitación de diversos proyectos de Ley, ya sea en tanto fue miembro de la Comisión de Pesca y Acuicultura, como con posterioridad.

Algunas de estas instrucciones fueron enviadas mediante correos electrónicos, dirigidos a la dirección xxx@gmail.com y a la dirección de correo xxx@senado.cl Del mismo modo, desde ambas casillas de correo, el Senador O. remitía reportes sobre la tramitación de los proyectos y resultados de sus gestiones. Todo ello, sin perjuicio de la entrega de material escrito, y conversaciones telefónicas y personales, que para los mismos efectos sostuvo con el Gerente General de CORPESCA S.A.M.O., o con ejecutivos y empleados de la compañía como los señores M.A.E. (Gerente de Operaciones y Flota), R.P. (Subgerente de Gestión y Desarrollo), o el dirigente sindical de la compañía don M.C.C.

A través de las mismas personas indicadas O. entregaba información a CORPESCA S.A., de interés de esta última, y que aquél poseía dada su calidad de Senador de la República.

En efecto, con fecha 12 de junio de 2009, don F.M.O. envía a J.O.B., a su correo xxx@gmail.com, un documento que contiene un “borrador” de presentación a la Contraloría General de la República. La referida presentación tiene por objeto solicitar a la Contraloría General de la República un pronunciamiento sobre el modo correcto en que la Subsecretaría de Pesca debe establecer anualmente las Cuotas de Captura del Jurel.

El Senador O.B. recibió el documento y obtuvo que, en conjunto con él, y en la creencia de tratarse de una iniciativa personal, lo suscribieran los también Senadores en Ejercicio, FERNANDO FLORES LABRA y CARLOS CANTERO OJEDA. Dicho documento fue remitido a la Contraloría el 26 de Junio de 2009, **con membrete del Senado**, sin modificación alguna respecto del texto recibido desde CORPESCA S.A.

Posteriormente, con fecha 7 de diciembre de 2009, Contraloría emitió un pronunciamiento favorable a los intereses de CORPESCA S.A., mediante dictamen N° 068001, el que es VINCULANTE para la autoridad administrativa. El carácter favorable del dictamen se observa en el hecho de que esa empresa, en la persona de su Gerente General don F.M., con fecha 22 de diciembre de 2009, solicitó a la Contraloría el cumplimiento del referido dictamen que había sido obtenido por el SENADOR O. para ellos.

Respecto de esta última presentación, la Contraloría se pronunció en

dictamen N° 27.466 de 20 de Mayo de 2010, remitiendo J.O. el documento a M., desde la cuenta de correo xxx@senado.cl, el 26 de mayo de ese año, y respondiéndole a su vez M.: *“J., excelente el resultado, ahora afinaremos con la SSP el camino más corto y seguro de obtener una cuota adicional de jurel.”*

En una oportunidad posterior, con fecha 12 de octubre de 2010, M. envió a J.O. a la dirección xxx@gmail.com, un correo electrónico que contiene la opinión de CORPESCA S.A., respecto de un proyecto de Ley sobre cuota de captura del jurel, cuya discusión en la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura del Senado, de la que era miembro a esa fecha el Senador O., se iniciaba el mismo día. Dichos antecedentes fueron reproducidos posteriormente por O. en su intervención.

En el marco de la tramitación del mismo proyecto de Ley (Boletín N° 7.255-03), horas más tarde, envió al Senador, a la misma dirección de correo, un documento de texto, preparado por uno de los abogados de CORPESCA S.A., el que nuevamente contiene la posición de la empresa, en el proyecto de Ley en cuestión, lo que nuevamente es reproducido como opinión personal por el Senador O., como se recoge en el Informe de la referida comisión.

En efecto, ambos correos son claros en señalar que no se conoce: **“... ninguna evidencia científica que indique que en el caso del jurel se trate de un solo stock o unidad poblacional que se traslada por**

todas las pesquerías existentes. Por el contrario, los estudios hasta ahora publicados por el IFOP, y de científicos nacionales e incluso internacionales, aseveran la existencia de al menos dos stocks independientes de jurel en el Pacífico Sur Oriental”.

En el contexto de la discusión en comisión, según da cuenta el Informe de la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura, correspondiente al Boletín N° 7.255-03, se consigna intervención del Senador O., en la sesión del 12 y 13 de octubre de 2010, quien textualmente señala:

“...que el dictamen de la Contraloría General de la República, de fecha 7 de diciembre de 2009, señala que debe establecerse cuotas globales para cada unidad de pesquería, observación a la que, hasta la fecha, no se ha dado cumplimiento.

Enseguida señaló que el Mensaje que inicia un proyecto de ley forma parte de la historia fidedigna de la ley, por lo que le llama la atención la aseveración contenida en el Mensaje del proyecto, en cuanto a que el jurel constituye una “sola unidad poblacional que se traslada por todas las pesquerías existentes”.

Agregó que en su poder obran diversos estudios que concluyen lo contrario, señalando entre ellos los siguientes: “Unidades de Stock en el Recurso Jurel de la I a XI Región (INPESCA e IFOP, año 1996); “Bases Biológicas para prevenir la sobre explotación del recurso jurel” (IFOP-FIP).

Además, expresó que no existiendo unanimidad en el mundo científico sobre la materia, no es posible avalar mediante el Mensaje que origina un proyecto, una determinada tesis científica, que es objeto de controversias.

Añadió que el texto del proyecto de ley debiera hacer una alusión más general, refiriéndose a las especies pelágicas, y no circunscribir la norma sólo al recurso jurel, asumiendo una posición científica sobre el tema.

El Honorable Senador señor O., también *objetó la facultad que se otorga a la Subsecretaría de Pesca para fijar, conforme a los estudios que se realicen, una sola talla de primera madurez sexual, puesto que también es una materia controvertida en el ámbito científico, señalando que dispone de, al menos dos estudios científicos que afirman la existencia de diversas tallas de primera madurez sexual, a saber: “Estimación Primera Madurez Sexual en Jurel Zona Norte” (Fase I), año 2009 y “Estudio Biológico sobre el Recurso Jurel en la Zona Norte”, IFP, año 1995.*

Posteriormente, durante el año 2012, y encontrándose en tramitación la Ley General de Pesca, M. remitió con fecha 3 de septiembre, a la dirección de correo xxx@gmail.com, un documento titulado **“Nuevas indicaciones nuevo Artículo 143 y 143 bis LGPA”**, y el 26 de septiembre del mismo año un documento denominado **“Análisis Articulado Proyecto Ingresado al Senado”**, los cuales contienen observaciones de la empresa CORPESCA S.A. al proyecto de Ley señalado, las que son vertidas posteriormente por el

Senador O. en la tramitación de la Ley General de Pesca y Acuicultura.

Con fecha 30 de octubre de 2012, don R.P.C., empleado de CORPESCA S.A., y delegado de F.M. para monitorear el avance en la tramitación de la ley, rindió cuenta por correo electrónico de la misma fecha, a M. O., respecto de las Indicaciones presentadas al proyecto de Ley de Pesca, asimismo, le señala en dicho correo que:

“Dado que esto podría empezar a estudiarse mañana en la Comisión, me puse en contacto con el senador O. para concretar el apoyo ofrecido. Quedó de averiguar el timing de las sesiones y llamarme para ponernos de acuerdo respecto como y cuando comenzar a trabajar.

En cuanto tenga los resúmenes se los envío, los que también me pidió el Senador”.

Con fecha 5 de noviembre de 2012, R.P. informó a F.M., que se abre un nuevo plazo para incorporar indicaciones, que vencía el mismo día 5. De este modo:

Con fecha 6 de noviembre de 2012, a las 15:16 horas, R.P. remitió a la dirección de correo xxx@qmail.com, con copia a xxx@senado.cl y a F.M.O., dos documentos que contienen dos resúmenes de las Indicaciones al Proyecto de Ley Boletín N° 8.091-21, ingresadas por el Gobierno, **con comentarios e indicaciones referidas a los intereses** de CORPESCA S.A. en cada una de las materias. El mismo día, a las 19:48 se enviaron, **actualizados,**

los mismos documentos. El texto contenido en el cuerpo del último correo citado, deja en evidencia que se instruye al Senador para actuar de manera favorable a los intereses de CORPESCA, puesto que señala, entre otras afirmaciones, que *“Se debe respetar el acuerdo de la Mesa Pesquera y no incluir las licitaciones ya que generan incentivos cortoplacistas, ponen una presión desmedida a los recursos biológicos y generan inestabilidad en la industria y sus trabajadores.”*

En el mismo marco de discusión legislativa, con fecha 8 de noviembre de 2012, el empleado de CORPESCA S.A., don R.P., por instrucción de M., envió al Senador O., a la dirección de correo electrónico xxx@gmail.com, con copia a xxx@senado.cl y xxx, un documento denominado *“Observaciones a Indicaciones del Ejecutivo (N°234-360)”*. El correo señala en su cuerpo lo que se indica a continuación, utilizando expresiones imperativas tales como que determinadas materias de interés para CORPESCA S.A., **DEBEN** quedar tal y como están en la propuesta del ejecutivo:

“Estimado Senador,

Adjunto observaciones a las indicaciones del Ejecutivo, separadas según nivel de importancia.

No se hace ninguna mención al pago de patentes y royalty que entendemos debe quedar como está en la propuesta del Ejecutivo.

Atte,

R.P.C.”

Similares expresiones son utilizadas en el documento adjunto que diferencian entre “**Temas de primera importancia**” y “**otros temas relevantes**”. Dentro de los primeros, se instruye a O.B. respecto de: (1) El Artículo 26 A, que establece el plazo de duración de las Licencias en 25 años renovables, en orden a aprobar dicho artículo tal y como viene propuesto por el ejecutivo atento el hecho de que “**sin ser lo ideal, es el límite mínimo aceptable**”, a la vez de RECHAZAR las indicaciones que buscan reducir la duración y el carácter renovable. Esta norma fue discutida en la sesión 70a. Extraordinaria de la Sala del Senado de 22 de noviembre de 2012, donde consta intervención de O., reproduciendo los argumentos contenidos en la minuta, y en definitiva **vota a favor** del establecimiento de Licencias por 25 años RENOVABLES; RECHAZA la indicación promovida entre otros, por la Senadora Rincón, en orden a reemplazar la voz “renovable” por “no renovable”, a la vez que rechaza las indicaciones tendientes a reducir el plazo de la Licencia a 15 ó 10 años. De este modo, cumplió con lo que le fuera requerido por CORPESCA en los siguientes términos:

“Dado lo anterior, la propuesta del ejecutivo (25 años, renovables) sin ser lo ideal, es el límite mínimo aceptable de duración para las Licencias.

Se deben rechazar aquellas indicaciones que busquen reducir la duración y carácter renovable de las Licencias y aquellas que limiten el porcentaje de participación que pueden tener los armadores en una pesquería, por atender contra los derechos históricos de los actuales actores

(rechazar cualquier límite a la concentración de la actividad).”

El documento adjunto, plantea además la posición de CORPESCA S.A., respecto del Artículo 27 de la Ley General de Pesca y Acuicultura. Esta norma introduce Licitaciones en hasta un 15% de las Licencias. Si bien la empresa está **contra las licitaciones**, se señala en el documento, instruyendo en ese sentido al Senador Sr. O. que: “*El esquema de Licitaciones incorporado en las Indicaciones (máximo 15%) constituye la máxima concesión que se podría entregar en pos del acuerdo político, entendiéndose como un solo “paquete” de indicaciones.*”

El Senador vota en ese sentido en la sesión 76°, del martes 27 de noviembre de 2012, en la que se discute el referido articulado.

El tercer punto que aborda la minuta (bajo el título “*Temas de Primera Importancia*”) hecha llegar al Senador O., refiere al Artículo 47 de la Ley de Pesca, norma que en principio, elimina la posibilidad de las denominadas ventanas de penetración dentro de las primeras 5 millas marítimas, es decir, que ingresos pesqueros industriales, con excepción de las regiones XV y II respecto de los recursos anchoveta y sardina española, y otras excepciones. La minuta señala textualmente que:

“En el contexto de la Mesa Pesquera Nacional, los sectores Artesanales e Industriales de la Zona Norte llegaron a un acuerdo para mantener las actuales ventanas de perforación en el tiempo.

Sin estas autorizaciones, la Industria de la Zona Norte se vería forzada a paralizar su actividad, dado que su especie principal, la Anchoveta, se pesca en las primeras millas de la costa”

Por lo anterior, la **instrucción** al Senador fue expresa en orden a APROBAR la INDICACIÓN del ejecutivo y rechazar cualquier indicación en orden a modificar la forma como se miden las 5 millas. En ese sentido señala:

“La indicación presentada por el Ejecutivo en este tema honra lo acordado entre los Actores del Norte y, por lo tanto debe mantenerse y aprobarse.

Asimismo, deben rechazarse aquellas indicaciones parlamentarias que pretenden modificar la forma en que se actualmente se miden las 5 millas (desde las líneas de base normales).”

Según se hace constar en el Diario de Sesiones del Senado, específicamente el que corresponde a la Sesión **80a**, de miércoles 28 de noviembre de 2012, al discutirse el Artículo 47 referido, el Senador O. interviene **exactamente en el sentido que le es instruido.**

Bajo el título **“Observaciones a Otros Temas Relevantes”**, se contienen posturas de CORPESCA S.A., frente a los Artículos 40 D, 63 y 110.

Para CORPESCA S.A., y según se desprende de correo electrónico de 8 de Mayo de 2013, de R.P. a F.M., una vez aprobada y promulgada la nueva ley de Pesca, de esa normativa

eran esenciales tres temas: (1) LICENCIAS, (2) LICITACIONES y (3) TRANSFERIBILIDAD. Sobre la primera materia el objetivo de la empresa era que se aprobara el Artículo 26 A sin modificaciones, y que se rechazaran las indicaciones tendientes a rebajar a 15 años el plazo de la Licencia y hacerla **no renovable**. El Senador O. vota de acuerdo a esa pretensión, esto es aprobando el Artículo en cuestión, y rechazando ambas indicaciones, lo que en definitiva se plasma en la LEY que es promulgada.

En relación a las **licitaciones**, CORPESCA propiciaba la aprobación del Artículo 27, esto es que las licitaciones abarcaran un 15%, y que se rechazase la indicación que las amplía a un 20% y por 15 años. O. vota de acuerdo a esa pretensión. Así queda en definitiva en la Ley.

Finalmente se insta por parte de CORPESCA que las licencias sean **TRANSFERIBLES** y **DIVISIBLES**, lo que se plasma en el interés de la empresa de que se apruebe el Artículo 30. Dicha norma es votada, en efecto, favorablemente por el Senador O., y queda así plasmada en la Ley que es aprobada.

Todas las acciones antes descritas permiten afirmar que el Senador O. se encontraba “a disposición” de los ejecutivos de CORPESCA, para la representación de sus intereses, en lo que le correspondía dentro de su labor parlamentaria, infringiendo gravemente los deberes propios del cargo, que fueron descritos al inicio de esta presentación, solicitando y

recibiendo como una contraprestación a estas infracciones a su cargo, un beneficio económico de parte de dicha empresa, tal como se explica a continuación.

b) Ocultamiento del origen ilícito de los dineros provenientes de CORPESCA S.A.:

Sobre esto, afirma el Ministerio Público que el imputado J.O.B., a sabiendas que los dineros recibidos de la empresa CORPESCA S.A., a través de su entonces gerente general F.M., provenían directa o indirectamente de la comisión reiterada en el tiempo del delito de cohecho, realizó diversas acciones cuyo objetivo era ocultar o disimular el origen ilícito de éstos, otorgándoles de esta forma una cierta apariencia de legalidad o justificación que impidiera develar su real e ilícita fuente, y le permitiera aprovechar tales recursos y utilizarlos sin temor a controles.

De esta manera –prosigue– en concreto, ideó e implementó un sistema que consistía en justificar cada uno de los pagos efectuados por la empresa CORPESCA S.A., cuyo real origen era el delito de cohecho, como contrapartida de asesorías profesionales inexistentes, presuntamente prestadas por diversos terceros cercanos al imputado que operaban como testaferros de éste. Tales pagos eran depositados o transferidos al testaferro respectivo por la supuesta y falsa asesoría prestada, para luego esos mismos dineros ser depositados en todo o parte mayoritaria al imputado. Asimismo, en ocasiones parte de dicho

dinero era utilizado por alguno de sus testaferros para el pago directo de créditos de consumo y otras obligaciones de diversa naturaleza contraídas por el imputado.

Con la finalidad de materializar la simulación de contratación de asesorías a la empresa CORPESCA S.A., cada uno de los supuestos asesores testaferros del imputado O., emitía la correspondiente boleta de honorarios, ideológicamente falsa, que a su vez era facilitada y contabilizada en la empresa, por instrucciones de F.M.O.

Las solicitudes de dinero, a través de las supuestas asesorías, testaferros y montos involucrados se detallan a continuación:

a) En el mes de septiembre de 2009, el imputado J.O. solicitó a M. la cantidad de \$5.555.556, pagándose los dineros por parte de CORPESCA a través de la boleta N° 39 de fecha 28-09-2009, emitida por M.F.C.T., **simulando supuestos “servicios jurídicos” inexistentes**, obtenida a través de C.G., asesora del Senador J.O., reteniendo la empresa el 10% correspondiente al impuesto respectivo.

Los dineros pagados a M.F.C. fueron entregados posteriormente al Senador O., sea de forma directa, o realizando diversos pagos a su favor.

b) En los meses de junio, julio, octubre y diciembre de 2010, el mismo imputado solicitó las sumas de dinero que se indican a continuación, pagándose los dineros por parte de CORPESCA a través de las boletas

que se individualizan en el siguiente cuadro, en las fechas señaladas, emitidas por L.L.S. por supuestos “*servicios de arquitectura*”, inexistentes en la realidad, y obtenidas a través de M.V.Q.R., jefe de gabinete del Senador J.O.B., reteniendo la empresa el 10% correspondiente al impuesto respectivo.

Los dineros percibidos son entregados posteriormente al Senador O., sea a través de su Jefe de Gabinete M.V.Q.R., o de su asesora C.G.L.

c) En el mes de diciembre de 2009, el señor O. solicitó las sumas de dinero que se indican a continuación, pagándose los dineros por parte de CORPESCA a través de las boletas que se individualizan en el siguiente cuadro, en las fechas señaladas, emitidas por B.V.M.E., por supuestos “*servicios jurídicos*”, inexistentes en la realidad, quien las hacía llegar a la empresa CORPESCA S.A., a solicitud del Senador J.O.B., reteniendo la empresa el 10% correspondiente al impuesto respectivo.

Los montos de las boletas y datos del destinatario, le eran hechos llegar a B.M.E., mediante correo electrónico desde la cuenta xxx@senado.cl o xxx, siempre por instrucción de J.O.

Agrega detalle de las referidas boletas y afirma que los pagos de las mismas por parte de CORPESCA S.A. se hicieron mediante la emisión de cheques de la cuenta corriente N° xxx del Banco Santander, los que fueron girados “A la orden”, siendo retirados por don S.S. y por doña G.L., ambos empleados de “CORPORACIÓN LA ESPERANZA”,

cuya Directora Ejecutiva es la cónyuge del Senador O., habiendo él mismo formado parte del Directorio de dicha entidad antes de desempeñarse como parlamentario. En algunos casos los cheques fueron cobrados por S. y L., siendo posteriormente los dineros entregados al Senador O.B.

d) En los meses de febrero, marzo, junio, octubre y noviembre de 2009, solicitó de igual forma las sumas de dinero que se indican a continuación, pagándose los dineros por parte de CORPESCA a través de las boletas que se individualizan en el siguiente cuadro, en las fechas señaladas, emitidas por M.P.P.A., por supuestos “*servicios de arquitectura*”, inexistentes en la realidad, y obtenidas a través de C.G., asesora del Senador J.O.B., quien las emitía con la clave de acceso al sistema del SII de P.A., reteniendo la empresa el 10% correspondiente al impuesto respectivo.

Los dineros percibidos eran entregados posteriormente a C.G.L., en tres casos a través de transferencias y depósitos a su cuenta Corriente N° xxx del Banco Santander, quien posteriormente los hacía llegar al SENADOR O.

En efecto, M.P.P.A. realizó las siguientes acciones, destinadas a hacer llegar los dineros a J.O.B.:

- Depositó en su cuenta el cheque emitido por CORPESCA en pago de la Boleta N° 3 de 8 de marzo de 2010, y transfirió a C.G.L., con fecha 11 de marzo de 2010 la suma de \$4.700.000.-;

- Depositó en su cuenta el cheque emitido por CORPESCA en pago de la boleta N° 4 de 1 de octubre de 2010, y transfirió a C.G.L., con fecha 5 de octubre de 2010 la suma de \$2.016.000.-;
- Cobró el CHEQUE de CORPESCA en pago de la Boleta N° 5 de 2 de noviembre de 2010, y depositó el 3 de noviembre de 2010, la suma de \$1.983.600.- a C.G.L., quien a su vez entregó los dineros al senador O., sea directamente o realizando pagos de créditos y/o a terceros, a su ruego y por su instrucción.

e) En los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2009, el imputado O. solicitó las sumas de dinero que detalla a continuación, pagándose los dineros por parte de CORPESCA a través de las boletas que se individualizan en cuadro adjunto, en las fechas señaladas, emitidas por F.F.R.A., actual Consejero Regional de Tarapacá del Partido Unión Demócrata Independiente, por supuestos servicios de *“asesoría comunicacional”*, inexistentes en la realidad, y obtenidas a través de M.V.Q.R., jefe de gabinete del Senador J.O., reteniendo la empresa el 10% correspondiente al impuesto respectivo.

Una vez recibidos los pagos, estos fueron canalizados hacia el Senador O. entregando los dineros a V.Q.R., quién los destinaba a los gastos indicados por O.

f) En los meses de abril, mayo y julio de 2010, abril, mayo, junio y

julio de 2012 y enero, marzo y abril de 2013, solicitó también las sumas de dinero que detalla pagándose los dineros por parte de CORPESCA, a través de las boletas que se individualizan en el siguiente cuadro, en las fechas señaladas, emitidas por A.R.Q., por supuestos *“servicios de ingeniería”* inexistentes, obtenidas a través de C.G., asesora del Senador J.O.B., cónyuge de R.Q., quien las emitía con la clave de acceso al sistema del SII de su marido reteniendo la empresa el 10% correspondiente al impuesto respectivo.

Individualiza detalle de las boletas falsas emitidas por A.R.Q., y facilitadas a CORPESCA S.A. y afirma que una vez emitidos los cheques, estos fueron depositados en la cuenta de A.R.Q., y posteriormente destinados al pago de obligaciones de O.B. por parte de C.G.L. quien manejaba las claves bancarias de su cónyuge, y mantenía tales claves, a petición del parlamentario o entregados al mismo senador.

- El cheque en pago de la Boleta N° 12 de 3 de Mayo de 2010, por \$2.800.000 fue cobrado, destinándose \$1.500.000.- según lo instruido por O.B., a doña M.O.H., militante de la Unión Demócrata Independiente, mediante depósito en su cuenta del Banco Santander, y quedando lo restante a disposición del senador en la cuenta de su asesora G. L.
- El cheque correspondiente al pago de la Boleta N° 16 de 1 de abril de 2012 por la suma

de \$1.998.000.-, fue cobrado, y con esos dineros C.G.L. depositó \$248.000.- en la cuenta de B.H.M., por instrucciones de J.O.. Asimismo, pagó:

1.- (a) con fecha 5 de abril de 2012 cuota del crédito que el señor O.B., mantiene con el Banco Security, singularizado bajo el N° de operación 285001 por \$1.323.976.-, y,

2.- (b) el mismo día, cuota del crédito que señor O.B., mantiene con el Banco Security, singularizado bajo el N° de operación 263447 por \$256.163.-

- El cheque correspondiente al pago de la Boleta N° 17 de 7 de mayo de 2012 por la suma de \$1.998.000.-, fue cobrado, y con esos dineros C.G.L. pagó:

1.- con fecha 9 de mayo de 2012 cuota del crédito que, el señor O.B., mantiene con el Banco Security, singularizado bajo el N° de operación 285001 por \$1.323.976.-, y,

2.- (b) el mismo día, cuota del crédito que señor O.B., mantiene con el Banco Security, singularizado bajo el N° de operación 263447 por \$256.163.

- El cheque correspondiente al pago de la Boleta N° 18 de 4 de junio de 2012 por la suma de \$1.998.000.-, fue cobrado, y con esos dineros C.G. pagó:

1.- (a) con fecha 8 de junio de 2012 cuota del crédito que, el señor O.B., mantiene con el

Banco Security, singularizado bajo el N° de operación 285001 por \$1.323.976.-, y,

2.- (b) el mismo día, cuota del crédito que señor O.B., mantiene con el Banco Security, singularizado bajo el N° de operación 263447 por \$256.163.-

- El cheque correspondiente al pago de la Boleta N° 19 de 3 de Julio de 2012 por la suma de \$1.998.000.- fue cobrado, y con esa suma G. pagó:

1.- (a) con fecha 5 de julio de 2012 cuota del crédito que, el señor O.B., mantiene con el Banco Security, singularizado bajo el N° de operación 285001 por \$1.323.976.-, y,

2. (b) el mismo día, cuota del crédito que señor O.B., mantiene con el Banco Security, singularizado bajo el N° de operación 263447 por \$256.163.-

- El cheque correspondiente al pago de la Boleta N° 20 de 7 de Enero de 2013 por la suma de \$1.998.000.- fue cobrado y luego depositado por C.G.L. en la Cuenta Corriente N° xxx, del Banco de Chile, el 9 de enero de 2013, cuenta perteneciente al Senador J.O.B.

- El cheque correspondiente al pago de la Boleta N° 21 de 1 de marzo de 2012 por la suma de \$1.998.000.-, fue cobrado y con esos dineros C.G.L. pagó, con fecha 11 de marzo de 2012, cuota del crédito que, el señor O.B., mantiene con el Banco

Security, singularizado bajo el N° de operación 263447 por \$256.163.-, entregando a éste el saldo restante.

- El cheque correspondiente al pago de la Boleta N° 22 de 1 de abril de 2013 por la suma de \$1.998.000.- fue cobrado y con esos dineros C.G.L. pagó:

1.- (a) con fecha 10 de abril de 2013 cuota del crédito que, el señor O.B., mantiene con el Banco Security, singularizado bajo el N° de operación 263447 por \$256.163.-, y,

2.- (b) el mismo día, cuota del crédito que señor O.B., mantiene con el Banco Security, singularizado bajo el N° de operación 285001 por \$1.323.976.

g) En los meses de septiembre, octubre y diciembre de 2012, el Senador O. solicitó las sumas de dinero que se detallan a continuación, pagándose los dineros por parte de CORPESCA a través de las boletas que se individualizan en el siguiente cuadro, en las fechas que precisa, emitidas por **M.R.Q.**, por supuestos “*servicios de ingeniería*”, inexistentes en la realidad, y obtenidas a través de C.G., asesora del Senador J.O.B., cuñada de R.Q., quien las emitía con la clave de acceso al sistema del SII de su cuñado, reteniendo la empresa el 10% correspondiente al impuesto respectivo.

Una vez realizados los pagos mediante Cheques, G. los retira desde las oficinas de CORPESCA, procediendo a depositarlos en la cuenta corriente N° xxx del Banco Santander de M.R.Q.,

quien luego efectúa transferencias electrónicas, por los mismos montos de los cheques, a la cuenta N° 0-000-05-70847-8 del Banco Santander, perteneciente a C.G.. Posteriormente, con ese dinero, G. procede a pagar obligaciones personales de J.O.B., a solicitud de éste, o le entrega el dinero directamente a él.

- Con fecha 5 de septiembre de 2012, C.G.L., deposita en la referida cuenta de M.R.Q., Cheque de CORPESCA S.A., por la suma de \$1.998.000.- correspondiente al pago de la Boleta N° 1. Con fecha 7 de septiembre de 2012, M.R.Q. transfiere \$1.940.000.- a la Cuenta Corriente señalada de C.G.L. Recibidos los dineros, con fecha 10 de septiembre de 2012, G. realiza los pagos de los siguientes créditos que el Senador J.O.B. mantenía en el Banco Security:

1.- (a) cuota del crédito singularizado bajo el N° de operación 285001 por \$1.323.976.-, y,

2.- (b) cuota del crédito singularizado bajo el N° de operación 263447, por \$256.163.

- Con fecha 2 de Octubre de 2010, C.G.L., deposita en la referida cuenta de M.R.Q., Cheque de CORPESCA S.A., por la suma de \$1.998.000.- correspondiente al pago de la Boleta N° 2. Con fecha 4 de Octubre de 2012, M.R.Q. transfiere \$1.980.000.- a la Cuenta Corriente señalada de C.G.. Recibidos los dineros, con fecha 9 de octubre de 2012, G. realiza los pagos de los siguientes

tes créditos que el Senador J.O.B. mantenía en el Banco Security:

- 1.- (a) cuota del crédito singularizado bajo el N° de operación 285001 por \$1.323.976.-, y,
 - 2.- (b) cuota del crédito singularizado bajo el N° de operación 263447 por \$256.163.
- Con fecha 25 de Octubre de 2010, C.G.L., deposita en la referida cuenta de M.R.Q. Cheque de CORPESCA S.A., por la suma de \$3.996.000.- correspondiente al pago de las Boletas N° 3 y 4. Con fecha 26 de Octubre de 2012, M.R.Q. transfiere \$3.980.000.- a la Cuenta Corriente señalada de C.G.L.. Recibidos los dineros, con fecha 26 de octubre de 2012, G. deposita la suma de \$2.000.000.- en la Cuenta Corriente N° xxx de Banco de Chile de J.O.
 - El cheque correspondiente al pago de la Boleta N° 1 de 4 de septiembre de 2012 por la suma de \$1.998.000.-, fue cobrado, y una vez entregados los fondos a C.G.L., ésta pagó los siguientes créditos que el Senador J.O.B. mantenía en el Banco Security:
 - 1.- (a) con fecha 10 de septiembre de 2012 cuota del crédito singularizado bajo el N° de operación 263447 por \$256.163; y,
 - 2.- (b) el mismo día, cuota del crédito singularizado bajo el N° de operación 285001 por \$1.323.976.
 - El cheque correspondiente al pago de la Boleta N° 2 de 1 de

octubre de 2010 por la suma de \$1.998.000.-, fue cobrado, y entregados los fondos a C.G.L., ésta pagó los siguientes créditos que el Senador O. mantenía en el Banco Security:

- 1.- (a) con fecha 10 de abril de 2013 cuota del crédito singularizado bajo el N° de operación 263447 por \$256.163; y,
 - 2.- (b) el mismo día, cuota del crédito singularizado bajo el N° de operación 285001 por \$1.323.976.
- El cheque correspondiente al pago de la Boleta N° 3 de 25 de octubre de 2012 por la suma de \$1.998.000.-, fue cobrado, y entregados los fondos a C.G.L., está depositó la suma de \$2.000.000.- a la Cuenta N° 17148064-04 del Banco de Chile de J.O.

h) En los meses de agosto de 2009 y mayo, junio, agosto y septiembre de 2010, O. solicitó a M. las sumas de dinero que indica a continuación, pagándose los dineros por parte de CORPESCA. a través de las boletas que se individualizan a continuación, en las fechas señaladas, emitidas por M.I.T.G., simulando supuestos “**servicios de ingeniería**”, **inexistentes en la realidad**, y obtenidas a través de C.G., asesora del Senador J.O.B., reteniendo la empresa el 10% correspondiente al impuesto respectivo.

Una vez emitidas las boletas, la señora G. retiraba los cheques, los que eran cobrados por T.G., y entregados los fondos a G.L., quién en dos oportunidades FALSIFICÓ la firma

de la beneficiaria de los cheques, simulando un endoso, a fin de cobrarlos directamente y luego se los entregaba al Senador J.O.B.

i) En el mes abril de 2013, el Senador solicitó, también a M. la suma de \$11.111.111, pagándose los dineros por parte de Corpesca a través de la boleta N° 3 de 12 de Abril de 2013, emitida por F.A.M.C., simulando supuestos **“servicios de asesoría comunicacional”, inexistentes en la realidad**, y obtenida a través de C.G., asesora del Senador J.O.B., reteniendo la empresa el 10% correspondiente al impuesto respectivo.

Posteriormente los dineros le son entregados a C.G., quien a su vez se los entrega al Senador J.O.B.

j) En los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2013, el imputado O.B. solicitó a M. las sumas de dinero que indica a continuación, pagándose los dineros por parte de CORPESCA, como contrapartida a las boletas que se individualizan en cuadro adjunto, en las fechas señaladas, emitidas por L.V.M.B., simulando supuestas **“asesorías en sistemas administrativos”, inexistentes en la realidad**, y obtenidas a través de M.V.Q.R., Jefa de Gabinete y de Campaña del Senador J.O.B., reteniendo la empresa el 10% correspondiente al impuesto respectivo.

Los dineros le fueron entregados a O. por parte de M.V.Q.R.

k) En los meses de febrero, marzo, abril y julio de 2010; enero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y

diciembre de 2011; enero, febrero y marzo de 2012 y enero y febrero de 2013, el imputado J.O. solicitó a M. las sumas de dinero que se detallan a continuación, pagándose los dineros por parte de CORPESCA a través de las boletas que se individualizan en cuadro al efecto, en las fechas señaladas, emitidas por su asesora C.G.L., a petición de él, simulando supuestos **“servicios de ingeniería”** inexistentes.

La señora G. L. remitía las boletas a CORPESCA S.A., y con el visto bueno de F.M. éstas fueron pagadas mediante Cheques que fueron retirados, cobrados o depositados por ella, para posteriormente entregar los dineros a J.O.B., directamente a través de depósitos en sus cuentas, o de manera indirecta, a través de M.V.Q.R, su Jefe de Gabinete o B.H.M., su secretaria personal o, en su caso y según se expondrá, realizando diversos pagos a su favor.

A lo ya detallado, añade el Ministerio Público que entre los años 2009 y 2013, el Senador O.B. instruía a C.G.L., directamente o a través de su secretaria B.H.M., mediante correos electrónicos de las casillas xxx@senado.cl, xxx@gmail.com o yyy@gmail.com, dirigidos a la casilla yyy@gmail.com respecto del destino que debía dar a los dineros recibidos de CORPESCA S.A.

Así, con fecha 11 de Mayo de 2009, desde el correo xxx.@senado.cl, C.G.L. recibe instrucción de depositar: \$118.663.- a la Cuenta del Banco de Chile de don A.T., y \$184.286.- a la Cuenta Corriente

N° xxx, de titularidad del imputado J.O. en el Banco Santander.

Con fecha 12 de Mayo de 2009, desde el correo xxx@senado.cl, C.G.L. recibe instrucción de **pagar contribuciones del Rol.: 03517-00050, específicamente cuarta cuota del año 2008 y primera cuota del 2009. Dicho Rol corresponde al inmueble de xxx, comuna de Lo Barnechea, de propiedad del imputado J.O.B.**, pagos que efectivamente realizó en la misma fecha. Posteriormente, con fecha 26 de Julio de 2009, G. L. realiza el pago de la segunda cuota 2009 de las contribuciones referidas, y el 5 de Mayo de 2010, realiza pago de la primera cuota de 2010, del mismo tributo.

Con fecha 15 de Agosto de 2009 desde el correo xxx@senado.cl, le es entregada a C.G.L. la dirección de CORPESCA S.A., y los datos de contacto de D.V., Tesorero de la entidad.

El 19 de Agosto de 2009, desde el correo xxx, se le instruye depositar \$120.000.- a la Cuenta RUT de doña M.B.N., \$100.000.- a la Cuenta Corriente del Banco Santander de don A.P.M., actual CORE de Anca, y \$500.000.- a la **Tarjeta de Crédito American Express N° xxx cuyo titular es J.O.B.**

En la misma fecha (19 de Agosto de 2009) se le instruye depositar:

1. (a) \$2.000.000.- al abogado M.Z.C.;
2. (b) pagar \$700.000.- a Lavandería xxx;

3. (c) pagar \$455.000.- a xxx (empresa del rubro hotelero);
4. (d) pagar \$228.000.- a G.L. (colaboradora de Fundación La Esperanza);
5. (e) depositar \$46.000.- a S.G.;
6. (f) depositar \$500.000.- a A.V.; y.
7. (g) \$55.000.- a B.H.M..

Con fecha 8 de abril de 2010, se le instruye desde el correo xxx@senado.cl, realizar depósitos, por cuenta de J.O.B., a don A.V. en el Banco BCI y a A.T. en el Banco de Chile.

Desde el correo electrónico xxx se instruye a C.G.L., los siguientes depósitos a la propia B.H.M.: (i) el 4 de mayo de 2011 la suma de \$824.350.-; (ii) \$325.795.-el 4 de Julio de 2011; (iii) \$1.000.000.- el 4 de agosto de 2011; y (iv) \$1.825.000.- el 10 de Agosto de 2011.

Asimismo, a través de B.H.M., con fecha 5 de Agosto de 2011, se le instruye transferir \$200.000.- al hijo del imputado J.O.B., don S.O.J. a la cuenta de éste en el Banco de Chile.

Por su parte, recibido que fue el pago de la Boleta N° 74, de 1 de abril de 2010 por \$5.000.000, con fecha 7 de abril de 2010, C.G.L., depositó dicha suma en la Cuenta Corriente N° xxx del Banco de Chile, de la que es titular el Senador O.B.

Del mismo modo, recibido que fue el pago de la Boleta N° 74 de 1 de abril de 2011 por \$1.998.000.-, con fecha 5 de abril de 2011, C.G.L., depositó

\$1.128.000.- en la Cuenta Corriente N° xxx del Banco de Chile, de la que es titular el Senador J.O.

Respecto de esta última cuenta, en las fechas que se indican a continuación, C.G.L., realizó 9 TRANSFERENCIAS de FONDOS por un total de \$10.171.650.

En síntesis, sostiene el requirente, todas las boletas ideológicamente falsas que se han detallado sirvieron para la concreción del referido sistema de desvío y justificación aparente de recursos de origen ilícito, las cuales fueron emitidas por terceros testaferros, a solicitud del imputado O. e incorporadas en la contabilidad de CORPESCA S.A., en las fechas y en los registros contables que en cada caso se indican.

De esta manera, el imputado solicitó un beneficio económico en forma reiterada al Gerente General de Corpesca, a cambio de realizar labores propias de su cargo y de ejecutar acciones con infracción a los deberes de su cargo, y para ello ideó e implementó un sistema de desvío y justificación aparente de recursos ilícitos y que, en esencia, consistía en la simulación de contratación de asesorías profesionales, realizadas por terceros cercanos a éste que le servían de testaferros, y que se materializaban a través de las correspondientes boletas de honorarios, ideológicamente falsas, que finalmente, como se detalló, eran facilitadas e incorporadas en la contabilidad de la empresa CORPESCA S.A.

Con posterioridad a la realización de este proceso de blanqueo, los dineros ilícitamente obtenidos le eran depositados o transferidos al imputado O.

en alguna de sus cuentas bancarias, o eran destinados para el pago de créditos y otras obligaciones contraídas por éste.

CALIFICACIÓN JURÍDICA:

Los hechos descritos precedentemente en opinión del Ministerio Público son constitutivos de **DELITOS REITERADOS de COHECHO** de los Artículos 248 y 248 bis del Código Penal, y del **delito de lavado de dinero**, previsto y sancionado en el artículo 27 letra a) de la ley N° 19.913.

Dichos delitos se encuentran en grado de desarrollo de CONSUMADOS.

En ellos se atribuye al imputado O.B. participación en calidad de AUTOR, conforme lo dispuesto en el artículo 15 del Código Penal.

II.- Segundo grupo de imputaciones (delitos de fraude al fisco)

Al respecto, recuerda el Ministerio Público que el imputado J.O.B. se ha desempeñado como Senador desde el año 2002. En mérito de lo anterior, desde esta fecha y hasta el 11 de marzo de 2012, con arreglo a la normativa aprobada por la honorable Comisión de Régimen Interior del Senado, los contratos de trabajo, así como las contrataciones a honorarios, fueron convenidos directamente entre el Senador y el prestador de Servicios.

Durante ese período, fue el Senador O. quién escrituró los respectivos

contratos, y el Senado de la República quién, de acuerdo a lo pactado, realizó los pagos convenidos contra presentación de la correspondiente BOLETA DE HONORARIOS.

Por Resolución N° 2, de 5 de septiembre de 2011, del Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias, creado por la Ley N° 20.447, que modificó la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se estableció la nueva estructura, montos y destinos de las asignaciones parlamentarias, lo que entró en vigencia el 11 de marzo de 2012, e importó, que sea el Senado quién suscriba los contratos con trabajadores y asesores de los Senadores. Sin embargo, el Senado NO interviene en el proceso de selección del personal contratado, no le asigna funciones, no ejecuta controles respecto de sus labores, ni fija los montos a pagar por concepto de sueldo u honorario, todas funciones en las que interviene directamente cada Senador. Estos últimos (honorarios) son pagados igualmente, contra presentación de la respectiva boleta.

En el contexto antes descrito, en el año 2006, doña C.I.G.L., pactó con J.O.B. en su calidad de Senador un contrato de prestación de servicios personales a honorarios, con un sueldo inicial de entre \$300.000.- a \$400.000. No obstante ello, en los casos que detalla, **emitió al propio señor O.B.** boletas de honorarios por montos mayores a los indicados, las que por orden de J.O., en su calidad de Senador, eran pagadas por el Senado de la República, para

posteriormente proceder C.G.L. a ENTREGAR al parlamentario y a exigencia de este, parte de los fondos recibidos. Las asesorías contratadas son FICTICIAS en cuanto al monto de los honorarios pactados. Lo anterior corresponde a las boletas que se detallan en cuadro adjunto.

Con fecha 11 de marzo de 2012, el Senado de la República suscribe, por instrucción del Senador J.O.B., un contrato de prestación de Servicios a Honorarios por un monto mensual de \$1.826.910.-, con C.G.L. Por anexo de 7 de Junio de 2013, el monto pactado se eleva a \$2.180.093 y, por anexo de 10 de Julio de 2014, se alza nuevamente a \$2.608.442. G. L. recibe del Senado, hasta ABRIL de 2015, pagos contra la emisión de las Boletas que se individualizan, procediendo a Entregar al parlamentario y a exigencia de éste, parte de los fondos recibidos.

Las asesorías contratadas son irreales en cuanto al monto de los honorarios pactados, los que son sobrevalorados, quedándose C.G. sólo con una parte de dichos honorarios, puesto que el resto eran transferidos a J.O., en forma directa, a través de B.H., o a través del pago de créditos del Senador.

En el mismo contexto reseñado, el imputado J.O.B., pacta con doña B.M.E. alrededor del año 2007 la realización de asesorías legislativas por parte de esta última, fijando una remuneración inicial de aproximadamente \$200.000.-. En razón de ello la señora M., realizó, en su calidad de Abogado, algunas investigaciones de acuerdo a lo requerido.

Posteriormente, a mediados del mes de Noviembre del año 2009, época en que M.E. retorna a Chile, luego de cursar estudios fuera del país, le es propuesto, directamente por el imputado O.B., una fórmula para realizar los pagos de aproximadamente \$200.000 convenidos, consistente en que B.M. remitiría a su nombre Boletas de Honorarios por un monto determinado, superior a los \$2.000.000, las que serían entregadas al Senado por el señor O., a fin de que la corporación procediera a su pago. Una vez recibidos los dineros por M.E., ella debía entregar al Senador O. la suma de \$2.000.000.-, siendo la diferencia, el sueldo convenido por las asesorías estadas.

La posterior entrega de dineros al Senador O., se materializa a través de transferencias desde la cuenta corriente N° xxx del Banco Security, cuya titular es B.M.E., a la cuenta de la Secretaria personal de O.B., doña B.H.M. del Banco de Chile, o del Banco Santander.

En los casos que se indica en cuadro gráfico al efecto, la abogada M.E. **emitió al propio señor O.B.** Boletas de Honorarios por un monto determinado, superior al Honorario pactado por las asesorías prestadas, las que por orden de J.O. eran pagadas por el Senado de la República, para posteriormente proceder B.M.E. a entregar al parlamentario y a exigencia de este, parte de los fondos recibidos. Asesorías contratadas que son FICTICIAS en cuanto al monto de los honorarios pactados.

Pues bien, concluye el solicitante, con las maniobras descritas, teniendo J.O.B., en su calidad de Senador, Fondos Públicos asignados para el mejor desarrollo de sus funciones, destinado al pago, entre otros ítems de “Asesores” simuló el valor de los supuestos trabajos prestados, para así provocar un pago indebido, y hacerse de esos fondos, por un monto ascendente, de acuerdo a lo que se ha podido determinar a la fecha de la solicitud de desafuero, de, a lo menos, 1600,6 UTM (mil seiscientos coma seis Unidades Tributarias Mensuales) equivalentes a \$71.310.688 (setenta y un millones, trescientos diez mil seiscientos ochenta y ocho pesos).

CALIFICACIÓN JURÍDICA.

Los hechos descritos precedentemente configuran según el parecer del Ministerio Público **DELITOS REITERADOS CONSUMADOS de FRAUDE AL FISCO**, del Artículo 239 del Código Penal.

En ellos cabe al imputado participación en calidad de AUTOR.

Cuarto: Que, luego de la narración y exposición de antecedentes precedentemente señaladas, concluye el Ministerio Público que los hechos reseñados constituyen a su juicio los delitos antes precisados, respecto de los cuales se debe ejercer la acción y persecución penal.

En razón de ello, la Fiscalía ha adoptado la decisión de formalizar la investigación respecto del H. Senador J.O.B.

Asimismo, y atendido el número y gravedad de los delitos señalados, se hace necesario solicitar medidas cautelares personales, respecto del parlamentario investigado.

Al efecto, tiene presente que:

1.- El artículo 61 inciso 2° de la Constitución Política de la República, consagra el fuero parlamentario, estableciendo que *“Ningún diputado o senador, desde el día de su elección, o desde su juramento, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación, declarando haber lugar a la formación de causa”*

2.- Por su parte, **el artículo 416 inciso 2° del Código Procesal Penal** dispone que *“Igual declaración (que ha lugar a la formación de causa) requerirá si, durante la investigación, el fiscal quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar”*.

Por ende, para poder proceder a la solicitud de medidas cautelares personales respecto del H. Senador J.O.B., es necesario que este Tribunal Pleno declare que ha lugar a la formación de causa a su respecto.

Conforme a lo señalado, y de acuerdo a lo previsto en el inciso 2° del artículo 416 del Código Procesal Penal, solicita el desafuero del H. Senador de la República, don J.O.B., para lo cual remite a esta Corte los antecedentes que obran en la carpeta de investigación, a fin de que este Tribunal, conociendo de los hechos

que ellos revelan, acoja la solicitud de desafuero, y declare haber lugar a la formación de causa en contra de dicho parlamentario, continuando así el procedimiento a su respecto, conforme a las reglas generales.

Quinto: Que, dentro de los antecedentes recopilados hasta el momento en la investigación criminal, que se encuentran tanto en la carpeta de investigación como dentro de las especies en custodia, y que darían cuenta de la realización de las conductas descritas precedentemente el Ministerio Público expone en resumen los siguientes:

A: ATESTADOS:

Declaraciones de los imputados: don **F.M.O.**, de doña **C.I.G.L.**; de doña **B.M.E.**; de doña **L.A.L.S.**; de don **A.R.Q.**; de don **M.R.Q.**; de doña **M.V.Q.R.**; de doña **B.A.H.M.**; y de don **M.Á.E.S.**

Declaraciones como testigos de: don **M.O.C.**, de don **R.Á.P.C.**; de don **Raúl Feliú Carrizo**; de don **Miguel Ángel González Massa**; de don **Marcial Enrique Martínez Silva**; de don **Domingo Viviani Goycolea**; de don **Carlos Raúl Cantero Ojeda**; de don **José Luis Allende Leiva**.

Las siguientes declaraciones contenidas todas en Informe Policial N° 4776 de 22 de octubre de 2015 de la BRIDEC Metropolitana: de los imputados doña **M.F.Y.O.**; de doña **M.I.T.G.**; de doña **L.V.L.M.B.**; de doña **M.P.P.A.**;

De los testigos: don **Santiago Adrián Sepúlveda Céspedes**; de doña **Gloria Albertina Labraña**

Briceño; de doña **Claudia Andrea Facuse Sabat;** de don **Henry Mauricio Jiménez Flores;**

Y declaraciones prestadas por el **imputado** don **J.O.B.** con fecha 6, 7 y 8 de octubre de 2015.

B: DECLARACIONES RECTIFICATORIAS DE IMPUESTOS DE LA EMPRESA CORPESCA S.A.:

1. Oficio Ordinario N° 1990 de 3 de Agosto de 2015 del Jefe del Departamento de Defensa Judicial del Servicio de Impuestos Internos. Memorándum N° 213 de 3 de Agosto de 2015 del Jefe del Departamento de Delitos Tributarios del Servicio de Impuestos Internos.
2. Copia, remitida por el Servicio de Impuestos Internos del F N° 2117 folio N° 77315736147, presentada con fecha 22 de Abril de 2015 por CORPESCA S.A., sobre petición administrativa de rectificación de Formulario 22 (Declaración de Impuesto a la Renta) de los años tributarios 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014.
3. Presentación de CORPESCA S.A. de fecha 2 de Junio de 2015, al Servicio de Impuestos Internos, complementaria a la anterior, en que se presenta corrección a rectificatoria de la base imponible -de Primera Categoría y Artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta de los años tributarios 2012 y 2013.
4. Presentación de CORPESCA S.A. de fecha 9 de Junio de

2015, al Servicio de Impuestos Internos, complementaria a las dos anteriores, en que se corrige rectificación a la base imponible de Primera Categoría y Artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta del año tributario 2009.

C: OTROS DOCUMENTOS:

1. Sentencia de fecha 18 de enero de 2010 del Tribunal Calificador de Elecciones, en virtud de la cual se califica la elección parlamentarias en la que fue electo como senador don J.O., para el período 2010 – 2018.
2. Oficio Reservado N° 1314 de 20 de Agosto de 2015 de don Eduardo Charme Aguirre Director del Servicio Electoral, en que se informa que CORPESCA S.A., no realizó aportes Reservados para el imputado J.O.B. en el proceso electoral 2009.
3. Oficio Reservado N° SG-59/2015 de 10 de Agosto de 2015, suscrito por Patricio Walker Prieto, Presidente del Senado y don Mario Labbé Araneda, Secretario General del Senado, y antecedentes adjuntos.
4. Oficio N° SG-25/2015 de 7 de Agosto de 2015, suscrito por don Mario Labbé Araneda, Secretario General del Senado, y antecedentes adjuntos.
5. Oficio Reservado N° SG-67/2015 de 10 de Agosto de 2015, suscrito por don Mario Labbé Araneda, Secretario General del Senado, y antecedentes adjuntos.

6. Oficio Reservado N° SG-69/2015 de 2 de septiembre de 2015, suscrito por don Mario Labbé Araneda, Secretario General del Senado, y antecedentes adjuntos.
8. Reservado N° 062970 de 7 de Agosto de 2015 de la Sra. Contralor (s), y antecedentes adjunto.
9. Minuta técnica N° 160-2015, elaborada por don Luis Quiroga Escobar, analista de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, de fecha 15 de septiembre de 2015.
10. Información de Identificación y Constitución de la Sociedad CORPESCA S.A., RUT. 96.893.820-7, proporcionada por la Superintendencia de Valores y Seguros.
11. Comunicación de HECHO ESCENCIAL, en que se informa a la SVS y al mercado, que el Directorio aceptó la Renuncia de F.M.O. como Gerente General.
12. Copias de las páginas 1 a 6 de la Memoria Anual de CORPESCA S.A., correspondientes a los años 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012, en que constan sus Directores, Gerentes Generales Directores, Gerentes y Ejecutivos Principales.
13. Fotocopias de los contratos de trabajo y sus anexos, suscritos entre B.H., M.V.Q. y C.G. con J.O. y con el Serrado de la República.

D: CORREOS ELECTRÓNICOS:

1. Certificación de entrada y registro en lugar cerrado e incautación, de fecha 30 de mayo de 2013, en que se accedió por entrega voluntaria a un (1) CD marca Maxell escrito "Base de datos correo F.M.O. Corpesca S.A.", suscrito por el encargado del recinto Nicolás Vukasovic P., y por los funcionarios de la Brigada de Delitos Económicos de Iquique don Edson Figueroa Espinoza y don Rachid Venegas Cea.
2. Autorización expresa para revisar correos electrónicos, realizada por F.M.O., en declaración prestada ante el Ministerio Público el 27 de Mayo de 2015.
3. Los siguientes correos electrónicos, todos obtenidos de las bandejas de entrada y elementos enviados del correo de F.M.O., cuya dirección de correo es yyy:
 - a. Correo electrónico de fecha 8 de abril de 2010 de xxx a F.M.. Asunto: Comisión Pesca Senado, y respuesta de la misma fecha. En él, el testigo señor C. informa los miembros de la Comisión de Pesca (entre ellos el Senador O.), y la respuesta es "*estamos relativamente bien*".
 - b. Correo electrónico de fecha 12 de mayo de 2010 de xxx a xxx. Asunto: Llamó al Contralor, *le dará respuesta esta semana*.
 - c. Cadena de correos electrónicos de fecha 12 de julio de 2010 de xxx, a xxx, y de esta última cuenta

- a xxx, y su respuesta. Asunto: *Invitación*.
- d. Correo electrónico de fecha 10 de septiembre de 2010 de xxx a xxx. Asunto: Fwd: oficio al Subsecretario de Pesca, y su documento adjunto (copia en Word de oficio de la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura de 8 de septiembre de 2010).
- e. Correo electrónico de fecha 22 de septiembre de 2010 de xxx a xxx. Asunto: Proyecto Ley. En él se señala: “Don Francisco, el Senador O. le envió el proyecto de asociatividad, lo reviso, esta de acuerdo, apenas llegue Piñera lo firma, M.”
- f. Correo electrónico de fecha 19 de noviembre de 2010 de xxx a xxx. Asunto: Re: *votación senadores cuota jurel*, y documento adjunto.
- g. Correo electrónico de 3 de noviembre de 2012 de xxx a xxx. Asunto: Re: *Senador Bianchi en picada contra el apuro por votar la Ley de Pesca by Algo Huele-Mal cl-SoundCloud* y correos precedentes.
- h. Correo electrónico de fecha 19 de noviembre de 2012 de xxx a xxx. Asunto: *Ley de Pesca*.
- i. Correo de fecha 21 de noviembre de 2012 de xxx a xxx. Asunto: *Acuerdo dc Udi 2*.
- j. Correo electrónico de 22 de noviembre de 2012 de xxx a xxx. Asunto: *Trabajando Ley de Pesca, y su adjunto* (corresponde a una fotografía de M.C.C. junto al Senador J.O.B. y el Ministro de Economía de la época don Pablo Longueira Montes).
- k. Correo electrónico de xxx a xxx de fecha 22 de octubre de 2010. Asunto: *Consulta sobre incorporar al Senador Rossi*. En este se señala: “Cual es su opinión respecto de informar al senador Rossi, que está de regreso en Chile, respecto de las indicaciones y solicitarle que incluya alguna de las indicaciones, por ejemplo la de retirar del mensaje lo referente al Jurel como stock único y dejar a O. la indicación de la distribución. Quedo atento a sus comentarios.”
- l. Correo electrónico de xxx a xxx de fecha 22 de octubre de 2010. Asunto: *Información*. En este se señala: “Le informo que J.O. confirmo a M.C. que realizaría las indicaciones al proyecto, tal como se las propuso usted, esto será el día Lunes 25. Con el senador Rossi se converso para que apoye.”
- m. Correo electrónico de 26 de octubre de 2010, de José Cañón/0 Caños Corpesca a xxx. Sin asunto. En este se señala: “Si puedes comunicate con C.. Pasaron las indicaciones del sur o Pero la de O. va a ser vista más tarde Atte. José Cañón.”
- n. Correo electrónico de xxx a xxx de fecha 26 de octubre de 2010. Asunto: Comisión Senado. En el se señala: Asunto: Proyecto de Ley, y documento adjunto. En éste se señala: “Estimado J.: Junto con saludarte, por encargo de don F. adjunto anexo con Proyecto que Modifica la Ley 18892 sobre Pesca y Acuicultura.”
- ñ. Correo electrónico de 6 de diciembre de 2010 de xxx a xxx

Asunto: *Remite Información J.O.*
En este se indica:

o. Correo electrónico de 6 de diciembre de 2010 de xxx a xxx
Asunto: *Consulta sobre Modf Ley de pesca.* En este se reenvía correo electrónico de la misma fecha de J.O..

p. Correo electrónico de 9 de junio de 2011 de xxx a xxx
Asunto: Borrador para enviar a J.O., y su documento adjunto.

q. Correo electrónico de fecha 26 de Mayo de 2010 de xxx@senado.cl a xxx. Asunto: *Oficio Contraloría.*

r. Los siguientes correos electrónicos, todos desde la cuenta de correo xxx a xxx@gmail.com:

1. De miércoles 26-09-2012 a las 17:37 horas. Asunto: *Ley de Pesca y su documento adjunto.*
2. De lunes 03-09-2012 a las 12:50 horas. Asunto: Rv: *Nuevas Indicaciones 143 y 143 bis.*
3. De jueves 08-09-2011 a las 11:17. Asunto: Rm: *Moción Pesca Concertación.*
4. De martes 12-10-2010 a las 17:56. Asunto: Rm: *Indicaciones al proyecto que modifica ley de pesca. En él se lee: "J., para tu comentario de mañana".* Asimismo, documento adjunto.
5. De martes 12-10-2010 a las 10:40. Asunto: *Indicaciones.*
6. De lunes 04-10-2010 a las 18:46. Asunto: *SSP.*
7. De miércoles 17-06-2009 a las 12:03. Asunto: *Contraloría y su antecedente* correo electrón-

nico de xxx a xxx@corporacionesperanza.cl

s. Correo de F.M.O. a R.P. de lunes 5 de noviembre de 2012, y correos precedentes. Asunto: Re: *Plazo Indicaciones:* 5 de noviembre.

E: ANTECEDENTES CONTABLES, BANCARIOS Y DOCUMENTALES, OBTENIDOS MEDIANTE INCAUTACION, REQUERIMIENTOS DE INFORMACION, ENTREGAS VOLUNTARIAS, ALZAMIENTO DE SECRETO BANCARIO VOLUNTARIO Y/O DECRETADOS POR RESOLUCION JUDICIAL, EN SU CASO, QUE ACREDITAN HECHOS PLANTEADOS EN LA SOLICITUD DE DESAFUERO:

Tales como emisión de boletas de honorarios a la sociedad CORPESCA S.A. por parte de terceros; emisión de boletas por terceros a nombre del Senado de la República; Ingreso de los dineros entregados por la sociedad CORPESCA S.A. a las cuentas corrientes de terceros; Ingreso de los honorarios pagados por el Senado de la República Transferencias y depósitos bancarios mediante los cuales los dineros entregados por la sociedad CORPESCA S.A. y por el Senado a los terceros emisores de boletas falsas, ingresaron definitivamente a la cuenta corriente de su real destinatario J.O.B.; Registro en los Libros de Honorarios de la sociedad CORPESCA S.A., como gastos, de los montos por los cuales fueron pagadas las boletas de

honorarios emitidas por terceros a solicitud del imputado J.O.; y demás que se detallan en la solicitud.

F: INFORMES POLICIALES:

Informe Policial N° 2940/00410, de fecha 9 de julio de 2015, evacuado por la Brigada Investigadora de Delitos Económicos Metropolitana, de la Policía de Investigaciones de Chile.

Informe policial N° 203, de fecha 12 de agosto de 2015, realizado por la Brigada Investigadora de Lavado de Activos de la Policía de Investigaciones de Chile.

Posteriormente, en ampliación de la solicitud de desafuero, el Ministerio Público da cuenta de nuevos hechos investigados en el marco de las asignaciones para el pago de asesores legislativos.

Así, informa los siguientes:

1.- Contratación fraudulenta de doña L.L.S.

Expresa que el senador Sr. O. simuló la contratación y ulterior ejecución de asesorías a su favor de parte de doña L.L.S.. De este modo obtuvo que la referida persona le emitiera boletas por supuestas “**asesorías legislativas**” a su persona, con cargo a las asignaciones parlamentarias que le correspondían, o a su porción en el ítem correspondiente, del Comité de Senadores del Partido Unión Demócrata Independiente. Posteriormente el imputado O. presentó las boletas de honorarios que individualiza a continuación al

Senado y esta Corporación, en la acreencia que se trataba de trabajos reales, procedió a realizar los correspondientes pagos, emitiendo cheques para cada caso que se singulariza. Una vez retirados los cheques desde el área de finanzas del Senado, algunos fueron depositados en la cuenta corriente de doña L.L. del Banco Santander, otros fueron cobrados por caja en la ciudad de Iquique o depositados en esa misma ciudad en la cuenta de doña M.V.Q.R.

A su vez, recibidos los fondos, fueron transferidos –conforme a las instrucciones de O.B. a B.H., secretaria del senador, y a M.O., militante de la UDI. Los restantes dineros fueron entregados a doña M.V.Q. directamente o bien, mediante depósito en la cuenta de la que titular.

De esta forma la persona indicada emitió a nombre del senador O. un total de 8 boletas entre el 11 de mayo de 2011 y el 29 de diciembre del mismo año, por un monto líquido total de \$6.335.312.

2. Contratación fraudulenta de don J.J.C. - Refiere que el indicado es un abogado que durante el año 2006 inició con el senador O. una relación profesional, pactando un honorario de alrededor de \$150.000 mensuales, los que le fueron efectivamente pagados, desarrollando para el senador asesorías en diferentes materias.

Sin embargo, alrededor del mes de abril de 2010, J. fue contactado por J.O., quien le explicó que *necesitaba*

facturar 30 millones de pesos en 12 meses” para lo cual le pidió que emitiera 12 boletas de honorarios por montos muy superiores a los \$150.000, pactados, y que una vez recibidos los pagos, reservando el monto del pago provisional mensual (PPM) y su honorario, **le restituyera el saldo**, instruyéndole hacerlo a través de B.H. o M.O., cosa que realizó.

De este modo, J.J. emitió las 12 boletas requeridas, que individualiza gráficamente, sin que corresponda a ningún trabajo real, ni a los montos pactados por las asesorías prestadas. El monto total ascendió a \$30.330.912, mediante boletas emitidas entre el 12 de abril de 2010 y el 8 de marzo de 2011.

3. Contratación fraudulenta de don M.C.Z.- Se trata en este caso de un militante del partido UDI, con estudios de derecho, a quien en los meses anteriores a noviembre de 2010, el senador O. y M.V.Q. le señalaron que el senador necesitada que emitiera un número indeterminado de boletas de honorarios, por montos que se le indicarían, simulando así la ejecución de asesorías, para hacerse de los dineros fiscales. Solicitando además de los referidos documentos tributarios, que una vez recibidos los pagos, le restituyera los dineros al senador a través de Q. Así, sin que existieran trabajos ejecutados por su parte, C. emitió las boletas de honorarios que singulariza, **a nombre de J.O.**, un total de 8, entre el 10 de diciembre de 2010 y el 10 de febrero de 2012, por un total de

\$10.919.751; **a nombre del Comité de senadores de la UDI**, un total de 12 boletas, entre el 23 de diciembre de 2010 y el 14 de marzo de 2012, por un monto total de \$ 7.218.549; y a nombre del Senado de la República, un total de 9 boletas, entre el 11 de marzo de 2012 y el 11 de abril de 2013, por un monto total de \$ 13.539.310.

Indica el Ministerio Público que los hechos antes descritos configuran delitos reiterados y consumados de Fraude al Fisco contemplado en el artículo 239 del Estatuto Penal, en los que el imputado J.O.B. tomó parte en calidad de Autor.

Acompaña como documentos fundantes un total de 18 antecedentes, en medio electrónico.

Sexto: Que, finalmente, el Ministerio Público hace presente que el Servicio de Impuestos Internos, en uso de la facultad que le confiere el artículo 162 del Código Tributario, dedujo querrela ante el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago en contra del senador J.O. y otros, en la causa RUC 1410025253-9, en cuyo contexto se ha promovido la presente gestión de Desafuero, haciendo presente que la calificación jurídica que se dio a los hechos materia de la solicitud de desafuero, aquellos referidos en el **punto II letra b) –se refiere al Ocultamiento del origen ilícito de los dineros provenientes de Corpesca S.A.–** deben también calificarse jurídicamente como delitos de falsificación de boletas ideológicamente falsas,

contemplados en el artículo 97 N° 4 inciso final del Código Tributario, cometidos por J.O.B. en carácter de reiterado y en calidad de autos.

Séptimo: Que en cuanto al Delito Tributario expresado *ut supra*, éste se encuentra contemplado en el artículo 74 N° 4 inciso final del Código del Ramo, que sanciona a:

“El que maliciosamente confeccione, venda o facilite, a cualquier título, guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas falsas, con o sin el timbre del Servicio, con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de los delitos descritos en este número...”

Sostiene en su querrela el Servicio de Impuestos Internos que en el caso del senador O. (y C.G.) ha podido establecerse que durante los períodos comerciales comprendidos entre los meses de junio de 2009 a marzo de 2013, ambos incluidos, facilitaron boletas de honorarios falsas, a la sociedad Corpesca S.A., posibilitando de esta forma que dicha sociedad perpetrara el delito previsto y sancionado en el artículo 97 N° 4 inciso primero del Código Tributario, esto es, que evadió el Impuesto Único establecido en el artículo 21 de la Ley de Impuesto a la Renta, rebajando además la base imponible del Impuesto de Primera Categoría establecido en la Ley sobre Impuesto a la Renta, desprendiéndose pues las referidas declaraciones impositivas tienen el carácter de maliciosamente falsas e incompletas, teniendo la

aptitud para inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que correspondía.

Precisa este querellante que la nómina de los contribuyentes que emitieron documentación tributaria falsa corresponde a un total de 18 personas y 30 boletas ideológicamente falsas. Estas son:

C.I.G.L., A.S.R.Q., M.E.R.Q., F.F.R.A., M.I.T.G., M.F.C.T., E.P.Z.G., R.I.O.M., D.I.O.M., M.F.Y.O., F.A.M.C., B.V.M.E., L.A.L.S., M.P.P.A., L.V.L.M.B., R.L.H.F., Centro de Estudios Sociales y Ciudadanos S.A.; y Asesorías e Inversiones Arrieta Ltda.

A continuación se expone la situación de 9 contribuyentes que emitieron boletas de honorarios y reconocieron la falsedad de los documentos al comparecer ante el Servicio, correspondiendo estas a los siguientes:

1. C.G., emitió un total de 24 boletas –todas individualizadas– entre el 1 de febrero de 2010 al 4 de febrero de 2013 por un monto neto total ascendente a la suma de \$61.764.000.

La incorporación en la contabilidad y en las declaraciones impositivas presentadas por CORPESCA S.A. quedan corroboradas al examinar los libros Diario, Mayor y las Declaraciones Juradas N° 1879, sobre retenciones efectuadas conforme a los artículos 42 N° 2 y 48 de la Ley sobre Impuesto a la Renta presentados por la empresa CORPESCA S.A.

las cuales dan cuenta del 10% de retención realizado al monto total de los honorarios, que en este caso la sociedad pagó a G., los cuales fueron rebajados como gastos;

2. M.F.C.T., emitió 1 boleta de honorarios falsa el 28 de septiembre de 2009, por un monto neto de \$5.000.000. J.O. facilitó esta boleta falsa a la sociedad CORPESCA S.A., quien la incorporó en su contabilidad y luego en su declaración de Impuesto a la Renta correspondiente al año tributario 2010.

La falsedad del documento pudo establecerse mediante la confesión de la misma C.T. y solicitud presentada ante la Dirección de Grandes Contribuyentes de ese Servicio, con fecha 22 de abril, 2 y 9 de junio de 2015, mediante la cual la sociedad solicita rectificar las declaraciones de impuesto a la renta de los años tributarios 2010 a 2014;

3. B.M., emitió tres boletas entre el 2 de diciembre de 2009 y el 4 de enero de 2010, por un total neto de \$15.000.000, las que fueron entregadas por el imputado O. a la sociedad CORPESCA S.A., quien las incorporó a su contabilidad y en sus declaraciones impositivas, presentando por tanto declaraciones de Impuesto a la Renta maliciosamente falsas;

4. A.R., emitió un total de 10 boletas falsas entre el 5 de abril de 2010 y el 1 de marzo de 2013, por un total neto de \$24.981.900, las que siguieron el mismo destino antes indicado;

5. M.R., un total de 4 boletas, entre el 4 de septiembre al 25 de octubre de 2012, por un total neto de \$7.992.000, con el mismo destino ya precisado;

6. M.F.Y., 2 boletas falsas, el 2 de agosto y 29 de noviembre de 2012, por un monto neto de \$3.996.000. También siguió el mismo destino de las anteriores;

7. M.P.P.A., emitió 5 boletas ideológicamente falsas, entre el 15 de junio de 2009 al 2 de noviembre de 2010, por un monto total de \$21.110.668. Con el destino ya indicado;

8. M. T., un total de 7 boletas entre el 25 de agosto de 2009 y el 1 de septiembre de 2010, por un monto neto de \$26.200.000. Siguió la misma suerte de las ya citadas; y,

9. L.L., emitió 5 boletas ideológicamente falsas, entre el 3 de julio de 2009 y el 4 de enero de 2010, por un monto neto total de \$25.000.000.

En conclusión, expresa el Servicio de Impuestos Internos, según consta de la Recopilación de Antecedentes que individualiza y conforme a lo ya explicado, la sociedad CORPESCA S.A., durante los años tributarios 2010 a 2014, ambos incluidos, evadió el Impuesto Único establecido en el artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta y además rebajó artificialmente la Renta Líquida Imponible del Impuesto de Primera Categoría, declarado en el Formulario N° 22, al registrar tanto en su contabilidad como en las respectivas declaraciones impo-

sitivas, como gastos necesarios para producir la renta, boletas de honorarios falas provenientes de los 9 contribuyentes anteriores, sin perjuicio de otros 4 contribuyentes que individualiza, que igualmente emitieron boletas ideológicamente falsas, configurándose así el delito tributario previsto y sancionado en el artículo 97 N° 4 inciso primero del Código del Ramo.

Octavo: Que, llamada esta Corte a decidir la presente solicitud de desafuero, se tendrá presente a propósito del desafuero, su naturaleza y su exigencia probatoria, que la Excma. Corte Suprema y diversos fallos emanados de las Cortes de Apelaciones del país han venido resolviendo:

**EXCMA. CORTE SUPREMA.
SENTENCIA DE 14 DE
ENERO DE 2008, CAUSA ROL
N° 6478-07:**

“CUARTO: Que la “formación de causa” es equivalente a la apertura, al inicio de un proceso penal en contra del parlamentario que aparece vinculado, según los juicios reunidos, como presumible sujeto activo a un hecho punible; esto es único que la Corte de Apelaciones respectiva debe autorizar o denegar sobre la base del mérito de los antecedentes, sin extender su resolución a particulares —y generalmente múltiples y variados— elementos penales sustantivos de carácter valorativo, objetivos y subjetivos, que van más allá de aquello en que el hecho indagado y atribuido consiste esencialmente, y que, como se ha razonado en las sentencias citadas, son de incumbencia del tribunal que sustanciará el procedimiento penal respectivo, una vez concedido el desafuero.

QUINTO: Que es útil recordar que la privación de la prerrogativa o privilegio de un Senador o Diputado, a través de la sentencia que señala el artículo 61 de la Constitución Política de la República, no puede ser jamás interpretada como un juzgamiento del parlamentario de que se trata ni como establecimiento de su responsabilidad criminal, ya que ésta sólo puede serlo en la sentencia fundada con que culmine un proceso legalmente tramitado, y no en un antejuicio, en un procedimiento que habilita únicamente para abrir, esto es, para iniciar o poner en movimiento una causa penal aspecto de determinado sujeto.”

Por su parte esta Corte de Apelaciones ha resuelto:

“DECIMO TERCERO: Que consistiendo el fuero parlamentario en un privilegio que la ley contempla a favor de determinadas personas en razón de la investidura que detentan, la gestión de desafuero, según lo ha declarado y sostenido la Jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, es un antejuicio que tiene por objeto hacer efectiva una condición de procesabilidad general, condicionada a la existencia de antecedentes suficientes para dar lugar a la formación de causa respecto de la persona aforada, no correspondiendo en esta etapa, emitir parecer que pudiere traducirse en un prejuzgamiento de la conducta a analizar”.

(Sentencia de 4 de enero de 2006. Rol IC 239).

Del mismo modo, la Corte de Valparaíso, en fallo de 15 de noviembre de 2007, dictado en autos sobre Desafuero de la diputada doña Laura Soto González. Noviembre de 2007, expresó:

“Quinto: Que, por consiguiente, al conocer una petición como la de autos, el Tribunal debe pronunciarse únicamente, acerca de si autoriza o no la formación de causa en contra del parlamentario imputado en los hechos punibles que han sido objeto de la investigación, sin extender su resolución a la existencia cabal del delito, su naturaleza, penalidad, eventual responsabilidad como autor o cómplice, u otros elementos o caracteres de aquél, por cuanto éstos son aspectos de conocimiento del tribunal al cual le corresponda intervenir en caso que se conceda el desafuero. La gestión de desafuero sólo abre la puerta para indagar a fondo los hechos, pudiéndose decretar medidas cautelares para garantizar el éxito de la investigación, asegurando la comparecencia del imputado en las actuaciones del procedimiento señalado por la ley”.

Noveno: Que, compartiendo esta Corte lo reflexionado y decidido en las sentencias antes citadas es necesario insistir acerca de la improcedencia en una etapa preliminar de la investigación de exigir agotada la prueba destinada a acreditar de modo definitivo el delito y la participación del imputado.

En efecto, conforme señala el Ministerio Público, la naturaleza de mera condición de ser procedente el desafuero no puede reclamar –por muy importante que sea– la demostración plena de una determinada tipicidad o participación; y mucho menos, de culpabilidad. Asimismo, se ha de tener presente que la solicitud de desafuero en el actual estado de la investigación se realiza a efectos que se autorice al Ministerio Público para solicitar medidas cautelares personales, por debatir

en su oportunidad procesal ante el Tribunal de Garantía competente, en la audiencia que se deberá solicitar para formalizar la investigación en contra del imputado Sr. O.B.

Décimo: Que la magistratura ha sido reiterativa en orden a las exigencias de los requisitos exigidos para dar lugar a la formación de causa respecto de los parlamentarios aforados:

Estos son:

- 5) Que exista un hecho o hechos que presenten caracteres de delito; y,
- 6) Que aparezcan fundadas sospechas para reputar a un individuo de autor, cómplice o encubridor.

Undécimo: Que en este orden de análisis, y con las precisiones ya advertidas, el examen de los antecedentes aportados por el solicitante de desafuero, latamente expresados en los basamentos anteriores, y expuestos clara y detalladamente por el Ministerio Público y los querellantes en la audiencia celebrada al efecto ante este Tribunal Pleno, son suficientes, a juicio de esta Corte, para adquirir la convicción necesaria en orden a que los numerosos antecedentes hechos valer mismos cumplen con la doble exigencia precedentemente consignada y conducen en consecuencia, a concluir que el senador J.O. puede ser sujeto pasivo del proceso penal.

Duodécimo: Que como ya se advirtiera en este fallo, la defensa del senador imputado –que en su oportunidad procesal nada alegó acerca de la (im) procedencia de la acción de desafuero por los delitos que se le imputan– ante

estrados reconoció y aceptó la petición planteada respecto de los delitos de fraude al fisco y fraude tributario, por lo que a este respecto no cabe mayor análisis que el que ya se ha efectuado en los fundamentos anteriores de este fallo, que hacen procedente su desafuero por dichos ilícitos.

Décimo Tercero: Que en relación a los otros hechos punibles que se imputan al senador J.O.; esto es, cohecho y lavado de dineros, por las razones que se han expresado y habida consideración de la gravedad y seriedad de los antecedentes que se han puesto en conocimiento de esta Corte, la solicitud de desafuero debe ser igualmente acogida.

Para ello tiene además en consideración este Tribunal Pleno que los reclamos acerca de la efectiva y/o correcta tipicidad de dichas conductas antijurídicas, así como los problemas concursales que podrían surgir de éstos, son materias que no corresponde dilucidar y resolver en esta instancia, debiendo ser los mismos objetos de prueba, análisis y decisión en la sede jurisdiccional natural.

Por estas consideraciones, citas legales hechas, y en especial lo dispuesto en los artículos 61 de la Constitución Política de la República y 416 y siguientes del Código Procesal Penal, **SE ACOGE la solicitud de desafuero incoada por el Ministerio Público en estos autos, y en consecuencia, se declara que ha lugar a la formación de causa en contra del Honorable Senador don J.O.B. respecto de los delitos de Fraude al Fisco, Fraude Tributario,**

Cohecho y Lavado de Dineros, todos ya precisados en este fallo.

Acordada respecto del delito de lavados de activos con el voto en contra de los Ministros señores Pfeiffer, Zepeda, Crisosto, Mera, señoras Ravanales y Melo, señor. Rivera, señoras Villadangos y Gonzalez Quiroz, señor Poblete, señoras Barrientos –suplente del Ministro Sr. Astudillo– y Troncoso Bustamante –suplente de la Ministra Sra. López–, en atención a los siguientes fundamentos:

1º.- Que tal como se indica en el motivo Décimo de esta sentencia, las exigencias para dar lugar a la formación de la causa requieren, en primer lugar, que exista un hecho o hechos que presenten características de delito, apareciendo que en la imputación que formula el Ministerio Público se describen como circunstancias fácticas atributivas de responsabilidad penal, en lo que interesa, en el apartado titulado “Primer grupo de imputaciones (delitos de cohecho y lavado de activos)”, los siguientes:

“Entre los años 2009 y 2013, el senador en ejercicio J.O.B., solicitó a F.M.O., Gerente General de Corpesca S.A., en diferentes oportunidades, distintas sumas de dinero para el financiamiento de su campaña electoral de senador de la Unión Demócrata Independiente (UDI) para representar en el congreso a las regiones I y XV y para pagar deudas derivadas de la misma campaña, a cambio de favorecer los intereses de la referida empresa mediante el desempeño de sus labores parlamentarias, ya sea mediante la realización de actos debidos propios de

su cargo, como a través de actos cometidos con infracción de los deberes de su cargo. Dichos aportes fueron solicitados al margen del régimen legal de financiamiento de campañas políticas.

La empresa Corpesca S.A., a través de su entonces gerente general, F.M.O., accedió a su solicitud y le pago al imputado J.O., de manera ininterrumpida entre marzo de 2009 y abril del año 2013, un total de \$264.254.120, lo que arroja un promedio de pagos equivalente a \$5.285.082 mensuales, a cambio de que éste realizara determinadas acciones propias de su cargo en el senado en favor de la empresa pagadora, o también con infracción a los deberes de su cargo”.

“El imputado J.O.B., a sabiendas que los dineros recibidos de la empresa Corpesca S.A., a través de su entonces gerente general F.M.O., provenían directa o indirectamente de la comisión reiterada en el tiempo del delito de cohecho, realizó diversas acciones cuyo objetivo era ocultar o disimular el origen ilícito de éstos, otorgándoles de esta forma una cierta apariencia de legalidad o justificación que impidiera develar su real e ilícita fuente, y le permitiera aprovechar tales recursos y utilizarlos sin temor a controles.

De esta manera, en concreto, ideó e implementó un sistema que consistía en justificar cada uno de los pagos efectuados por la empresa Corpesca S.A. cuyo real origen era el delito de cohecho, como contrapartida de asesorías profesionales inexistentes, presuntamente prestadas por diversos terceros cercanos al imputado que operaban como testaferros de éste. Tales pagos eran depositados o transferidos

al testaferro respectivo por la supuesta y falsa asesoría prestada, para luego esos mismos dineros ser depositados en todo o parte mayoritaria al imputado. Asimismo, en ocasiones parte de dicho dinero era utilizado por alguno de sus testaferros para el pago directo de créditos de consumo y otras obligaciones de diversa naturaleza contraídas por el imputado”;

2°.- Que, luego de lo dicho, estos sentenciadores estiman que no concurre en la especie el presupuesto al que se alude en el motivo anterior en relación al delito de lavado de activos respecto de don J.O.B., toda vez que la conducta que se describe para justificar la comisión de dicho ilícito se encuentra contenida en el tipo penal del cohecho, en tanto el convertir o transferir dinero o activos es parte del agotamiento del delito consumado previo.

En efecto, se está en presencia de un concurso aparente de leyes penales entre aquella disposición que sanciona un hecho y la norma que castiga una conducta inmediatamente posterior e inherente a aquél, destinada a receptar, ocultando las procedencias ilícitas del crimen, que debe ser resuelto conforme al criterio de consunción, puesto que no es posible aplicar los dos tipos legales a lo que se considera una acción única, en cuanto el dolo es el mismo, sin que ello suponga una vulneración a la garantía constitucional de non bis in idem;

3°.- Que corrobora, además, la conclusión anterior, en orden a no poder estimarse satisfecha la exigencia de existencia de hecho o hechos que presenten características del delito de lavado de activos, la sola consideración

de que en todo ilícito de enriquecimiento patrimonial es dable suponer que el autor lucrará con los bienes y los introducirá en el mercado, por lo que no tiene sentido aplicar al delincuente otra pena por “lavar el botín”, toda vez que esta circunstancia que se presenta como una maniobra con unidad de propósito, está ya prevista en la pena correspondiente al hecho previo. El “autoencubrimiento” es impune por cuanto constituye el agotamiento del delito predicado. La pena del delito previo cubre la necesidad de sanción;

4º.- Que, finalmente, constituye un tercer argumento que ratifica el motivo de justificación de la decisión de estos jueces, el hecho de considerar que no resulta exigible al autor de un delito de cohecho otra conducta posterior distinta a la apreciada en este caso respecto de quien aparece imputado como responsable de dicho ilícito.

Ciertamente, al no poder exigirse a una persona que ha delinquido que se descubra y confiese su crimen, debe necesariamente razonarse, enseguida, que es impune el delincuente que intenta escaparse de la acción de la justicia.

El fundamento constitucional de la aseveración anterior radica en el texto de la Carta Fundamental y en el de numerosos pactos internacionales que reconocen al autor de cualquier delito el derecho a no auto incriminarse, a guardar silencio y a no aceptar la responsabilidad penal que se le imputa por el ente persecutor.

Se previene que los ministros señores Pfeiffer, Zepeda y Poblete no se identifican con los fundamentos y conclu-

sión a la que finalmente arriba el voto de minoría respecto de la inexistencia del delito de lavado de activos.

Para ello los disidentes tiene presente que, lavar activos implica llevar a la realidad legal las sumas de dinero obtenidas a través de operaciones ilícitas, y configura un delito en sí, previsto en la letra a), del artículo 27, de la ley N° 19.913, no obstante ser la consecuencia de un delito anterior; esto es, el final de éste que se deriva en un proceso de inversión, pero con la característica que los fondos que se invierten no proviene de una actividad lícita, sino con el dinero obtenido de actos determinados que son considerados delitos.

En consecuencia, el delito de lavado de activos considera etapas de un proceso que debe estar determinado; ellas son, el ingreso de los fondos a la economía legal por medio de un circuito financiero institucionalizado; enseguida, la existencia de operaciones financieras múltiples que persiguen hacer desaparecer el rastro del origen ilícito que tiene el dinero depositado, por ejemplo instrumentos financieros que luego se venden y con su producto se compran acciones, las que a su vez se venden para colocar fondos de gran certeza de liquidez; y una tercera etapa, en que se logra una simbiosis del dinero lavado con el proveniente de actividades lícitas, después de haberse perdido la huella de la procedencia ilegal de éste.

Sin embargo, a juicio de los disidentes, confrontados los antecedentes hechos valer por el recurrente Ministerio Público con la figura penal en estudio de lavado de activos, jurídicamente no

alcanzan los supuestos de hecho para resolver que se encuentra establecida la existencia del citado delito.

Acordada respecto de los delitos de cohecho, contra el voto de los Ministros señores Pfeiffer, Zepeda y Poblete, lo que fueron de parecer de negar lugar al desafuero tanto, en cuanto al delito de lavados de activos, por las razones indicadas en el voto anterior, como respecto de los delitos de cohecho, por las razones siguientes:

A.- Aspectos generales del procedimiento y respeto en él a los principios de inocencia e “in dubio pro reo”.

1° Que el artículo 416 del Código Procesal Penal dispone que una vez cerrada la etapa de investigación del proceso penal, si el fiscal estimare que procediere formular acusación por crimen o simple delito en contra de un diputado o senador, debe obtener que la Corte de Apelaciones correspondiente declare que ha lugar a la formación de causa.

Tal decisión se debe adoptar por esta Corte respetando los principios básicos que rigen el enjuiciamiento criminal acusatorio, desde que, el procedimiento de desafuero es la intervención judicial destinada al control excepcional de la actividad autónoma de acusar que tiene en Chile el Ministerio Público, derivada tal potestad del principio de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la concurrencia punible y los que acreditaran la inocencia del imputado.

De lo anterior se deriva que a la persona de cuyo desafuero se trata le asisten las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, el Código Procesal Penal y otras leyes le reconocen a todo imputado; en especial, la obligación a tratarlo como inocente mientras no haya sido dictada en su contra una sentencia condenatoria; a observar el principio “in dubio pro reo” en materia de antecedentes probatorios aportados por el Ministerio Público y todos aquellos contenidos en las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos que regulan el proceso penal, por ser éstas conforme al inciso segundo, del artículo 5° de la Constitución Política de la República, de aplicación directa e inmediata en sede judicial.

2° Que de tales principios se puede colegir en forma inequívoca que el adoptar la decisión de desafuero supone la concurrencia de antecedentes que justificaren la existencia del delito o delitos por los que el Ministerio Público desea acusar y que haya antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha concurrido en el delito que se le atribuye como autor, cómplice o encubridor.

Lo anterior determina que, para ser acogida la solicitud de desafuero, ésta debe fundarse en antecedentes que conduzcan a los de la acusación que el Ministerio Público pretende sostener en el juicio oral, es decir, los antecedentes deben ser análogos a las pruebas con que la fiscalía pretende fundar los cargos.

B.-Falta de adecuación de la conducta a los delitos de cohecho propuestos.

3° Que lo sostenido por estos disidentes es simple: los elementos probatorios que el Ministerio Público adjunta a la solicitud de desafuero y que han sido relacionados en esta sentencia, no son suficientes para constatar la descripción de las conductas descritas en los tipos de los artículos 248 y 248 bis del Código Penal, por lo que en consecuencia, en el plano valorativo de aquéllas los hechos atribuidos al imputado provenientes de la investigación, no califican para subsumirla en alguna de aquellas descripciones legales, es decir, en una conducta típica.

Lo anterior ha sido resuelto por la Corte Suprema en un caso que contiene elementos similares, mediante sentencia recaída en la causa Rol N° 3.430 – 2005, de fecha 10 de mayo de 2007, “Caso Coimas”, en el que se concluyó que el tipo legal del artículo 248 bis del Código Penal vincula la solicitud o aceptación del soborno con la omisión de un acto propio del cargo; que en cuanto a los hechos establecidos, el aporte de dinero entregado al funcionario, el que fue destinado íntegramente al financiamiento de “campañas políticas” son insuficientes para dar por establecida dicha figura legal.

4° Que, por este aspecto, desde luego la propia solicitud del Ministerio Público que origina este procedimiento de desafuero y que ha sido transcrita en este fallo, comprueba la falta de adecuación típica de la conducta que se imputa.

En efecto dicha solicitud plantea que los mismos elementos probatorios que relaciona son constitutivos de dos figuras de cohecho distintas; las del artículo 248 y la del 248 bis, ambas del Código Penal, propuesta que por lo tanto en el aspecto fáctico y jurídico carece de convicción en cuanto a los elementos legales del hecho punible y los preceptos legales aplicables, lo que no sólo constituye una falta a las reglas de la lógica, sino también permite presumir que las acciones y omisiones que se imputan por el Ministerio Público no se encuadran en el tipo o tipos penales de cohecho denunciados, por no precisar las características principales de la conducta, lo que se traduce en último término en que el imputado pueda defenderse con fundamentos claros acerca de la tipicidad de la conducta imputada.

5° Que, a juicio de los disidentes, los antecedentes aportados con tal objeto son insuficientes para decidir que en esta solicitud se encuentra acreditada la existencia tanto del delito de cohecho del artículo 248 y el del 248 bis del Código Penal, determinadamente, al confrontarlos con el tipo descrito en ellos.

6° Que, en efecto, dichas figuras delictivas obligan a acudir a pautas o reglas generales que están fuera del tipo penal, pasando después de la integración a averiguar si la conducta concreta es típica; es decir, se trata de un tipo “cerrado” por el juez mediante una norma general “traída” al tipo; éstos reciben la denominación de tipos “abiertos” (Eugenio Zaffaroni. Manual de Derecho Penal, parte general, edit. Ediar, año

2003, página 371); integración que se obtiene a veces de otras normas del mismo ordenamiento jurídico y a veces de pautas éticas cuando no se trata de una actividad reglamentada, cuyo no es el caso.

Asimismo, tal variable externa no puede interpretarse mediante un análisis más amplio que el de la punibilidad de la conducta prohibida, por lo que, la oraciones “...ejecutado un acto propio de su cargo”, del artículo 248 del Código Penal, y “...un acto con infracción a los deberes del cargo”, que emplea el artículo 248 bis del mismo Código, pueden interpretarse en sentido ordinario (amplio) o constitucional (restringido); y a tal opción de integración siempre el juez debe favorecer el sentido restringido, construyendo y precisando el tipo legal de la manera en que la doctrina y la jurisprudencia lo ha hecho.

7° Que, en consecuencia, para entender el tipo que alcanza las oraciones “ejecutar un acto propio de su cargo” y “un acto con infracción a los deberes de su cargo” a que se refieren las hipótesis de los artículos 248 y 248 bis del Código Penal, conduce a precisar los aspectos que comprende el ejercicio de la función parlamentaria.

Así, para la doctrina tal labor funcionaria propia de los deberes del cargo consiste establecer la ley, dando origen al derecho positivo (Alejandro Silva Bascuñán, Tratado de Derecho Constitucional, t. I, principios, Editorial Jurídica de Chile, año 1963, página 37); es decir, tratándose de un parlamentario, las funciones y los deberes del cargo se refieren a las obligaciones que éste tiene de cumplir adecuada-

mente la función de legislar, en los términos que lo dispone la Constitución Política de la República.

En cuanto a la jurisprudencia, el ejercicio de la función parlamentaria ha sido precisado por la Corte Suprema —a propósito de la garantía de inviolabilidad parlamentaria por las opiniones proferidas— mediante sentencia de fecha 21 de noviembre de 1961, al señalar el alto tribunal que el parlamentario está ejerciendo el cargo: “cuando asiste a las sesiones del Congreso, de las Comisiones y Comités, para tratar materias a hacer uso de los derechos que corresponden a cada tipo de esas reuniones o cuando actúan fuera del parlamento en aquellas comisiones que la Corporación designe de acuerdo con sus facultades acusadoras o de fiscalización (obra citada precedentemente, t. III, página 64)

8° Que teniendo presente lo analizado y el examen de los antecedentes, derivase el que estos disidentes concluyan que, en la especie, no se cumpla con el principio constitucional y legal de que esté determinada la existencia de los delitos previstos en los artículos 248 y 248 bis del Código Penal, para proceder al desafuero pedido por el Ministerio Público en contra del senador O.

En efecto, los antecedentes acompañados por el Ministerio Público, en el capítulo antes mencionado permiten concluir que durante el mes de marzo de 2009 hasta abril de 2013, el senador J.O.B., aceptó y recibió pagos de la empresa Corpesca S.A., ascendentes a \$264.254.120, suma que empleó para financiar

irregularmente su campaña política y aprovechó en beneficio personal, empleando para el ingreso a su patrimonio subterfugios que configuraron el delito tributario, reiterado, establecido en el N° 4 del artículo 97 del Código Tributario.

Sin embargo, los antecedentes acompañados, denominados “instrucciones” por parte de Corpesca S.A., ellos son insuficientes para tener por configurado los delitos de los artículos 248 y 248 bis del Código Penal, pues tales elementos no permiten concluir que el congresal haya incurrido en determinado acto o en alguna omisión concertada en el ejercicio de las funciones y deberes de su cargo, con la empresa Corpesca S.A., que constituyan incumplimiento de las funciones y los deberes propias de su cargo.

En efecto, de la descripción típica de esos delitos debe excluirse toda ampliación de punibilidad determinada legalmente en ellos, en consecuencia, además por ello no es típica la conducta del senador O. el haber omitido comunicar formalmente al Senado su relación con Corpesca S.A.; ni el haber dirigido oficio la Contraloría General de la República, en relación a la interpretación de normas legales aplicables a la empresa Corpesca S.A.; enseguida, en cuanto la intervención del senador O. de haber votado leyes aplicables a dicha empresa, de tal conducta parlamentaria no se desprenden antecedentes suficientes para colegir – aún por vía de presunciones– que hubo de parte del senador O. una oferta determinada a cambio del aporte económico que admita la calificación de una solicitud o aceptación del soborno,

acto malicioso propio del incumplimiento de los deberes del cargo con favorecimiento para dicha empresa, tal como en forma precisa lo requieren las disposiciones penales antes analizadas que exigen dolo directo en el aspecto subjetivo del tipo.

Ejecutoriada que sea esta sentencia, dese cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 419 del Código Procesal Penal.

Regístrese y archívese.

Redacción del fallo de la ministra señora Dobra Lusic y de los votos en contra los ministros señor Zepeda y señora Villadangos.

N° 1823-2015 (Criminal).

Pronunciada por el Presidente don Jorge Zepeda Arancibia y por los ministros señores Pfeiffer, Muñoz, Gómez –suplente del ministro señor Carroza–, Silva y Gajardo, señora Lusic, señores Moya, Llanos, Crisosto, Madrid, Rojas González y Mera, señoras Ravanales, Melo y González Troncoso, señor Rivera, señoras Villadangos, Rutherford, Kittsteiner y González Quiroz, señor Poblete, señoras Book, Solís, Barrientos –suplente del ministro señor Astudillo– y señora Troncoso Bustamante –suplente de la señora López–, señor López –suplente de la señora González Sepúlveda– y señora Hernández –suplente de la señora Aguayo–.

No firman no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del presente antecedente los ministros señor Pfeiffer, por hacer uso de licencia médica,

señor Gómez –suplente del ministro señor Carroza–, señora Troncoso Bustamante –suplente de la ministra señora López–, señor López –suplente de la ministra señora González Sepúlveda– y señora Hernández –suplente de la ministra señora Aguayo–, por haber terminado su suplencia y señoras González Troncoso y González Quiroz, por encontrarse en comisión de servicio.

Santiago, 10 de marzo de 2016.

SENTENCIA EXCMA. CORTE SUPREMA

Santiago, cuatro de mayo de dos mil dieciséis.

Vistos y oídos los intervinientes:

Se reproduce la sentencia en alzada en su parte expositiva y considerativa.

En el primer párrafo del motivo décimo tercerp, antes del punto aparte, se intercalan las voces “dichas conductas antijurídicas”, “estos”, “son materias” y “los mismos”, por “dicha conducta antijurídica”, “esta”, “es materia” y “la misma”.

Y se tiene además presente

“1º) Que la justificación de la existencia del antejuicio de tratan estos autos reclama, cuando menos, que de los antecedentes que entrega el solicitante surjan evidencias reales, fundadas e importantes en cuanto a haberse configurado el hecho atribuido, que necesariamente debe revestir los caracteres de delito, con el mérito suficiente

para que un parlamentario enfrente un procedimiento judicial y sus consecuencias.

2º) Que la petición de desafuero, no se vincula a cualquier hecho jurídicamente relevante, sino sólo a hechos configurativos de determinados delitos, que se especifican en la solicitud, por lo que, como lo ha sostenido esta Corte, resulta ineludible –al menos– la acreditación de los elementos indispensables que constituyen la tipicidad objetiva de un acto penalmente ilícito.

3º) Que en cuanto a lo que concierne al delito previsto y sancionado en el Art. 27 letra a) de la ley N° 19.913 –coincidiendo con la opinión disidente de doce ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago– los antecedentes conocidos y los argumentos escuchados no son suficientes, en seriedad y gravedad, para tener por acreditada en esta sede la concurrencia de estos elementos imprescindibles para iniciar la investigación penal por los hechos subsumidos en ese delito.”

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 61 de la Constitución Política de la República y 416 del Código Procesal Penal, se **revoca** la sentencia apelada de diez de enero de dos mil dieciséis, escrita a fojas 289, en la parte que hace lugar a lo pedido y priva de fuero parlamentario al Senador señor J.O.B., haciendo lugar a la formación de causa en su contra por el delito previsto y sancionado en el artículo 27 letra a) de la Ley 19.913, y en su lugar se declara que la **solicitud de desafuero deducida en los antecedentes queda rechazada a ese respecto.**

Se confirma en lo demás apelado el fallo en alzada.

Acordada en el voto en contra del presidente subrogante señor Juica y de los ministros señor Brito, señora Muñoz y señor Dahm, quienes fueron de la opinión de confirmar en todo lo apelado la sentencia pronunciada en autos por la Corte de Apelaciones de Santiago, por las siguientes consideraciones:

1) La solicitud de desafuero de un parlamentario importa examinar los antecedentes reunidos con motivo de las indagaciones del Ministerio Público de manera preliminar o prima facie, y determinar si ellos revelan la presencia de los elementos del tipo invocados por el peticionario.

2) Que tal como ha sido el parecer reiterado de esta Corte, la constatación de mérito que conforma el presupuesto legal para hacer lugar a la formación de causa en contra de un parlamentario, requiere que del material de convicción surjan evidencias graves y de consideración en cuanto a haberse configurado el delito atribuido y la intervención del indagado en éste.

3) Que conforme a lo expresado en el motivo decimotercero del fallo apelado –que estos disidentes hacen suyo por completo– el peso de los antecedentes que sirven de base a la petición de la Fiscalía lleva directamente a sustentar la decisión de desaforar al Senador O.B. también por el delito de lavado de activos invocado por la solicitante, puesto que en aquéllos se revelan los elementos centrales y propios de ese tipo penal, la incuestionable y maliciosa incorporación a la economía

de significativas sumas de dinero hasta ahora insuficientemente esclarecida, circunstancia en la que es fundamental desarrollar en ese sentido la investigación, tanto por la necesidad de resolver cuestiones concursales, cuanto por no ser aceptable la generación de privilegios respecto a la pesquisa, razón por la cual, en opinión de los disidentes, procede confirmar el fallo en alzada en lo atinente a esa imputación.”

El Ministro Sr. Juica tiene presente, además, para confirmar la resolución que dio lugar a la formación de causa en contra del senador O. por el delito previsto y sancionado en el artículo 27 de la Ley 19.913, que la petición del Ministerio Público se sustentó en la situación indicada en el inciso segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal, que permite dicha autorización para el caso de un parlamentario, si el fiscal a cargo de una investigación criminal desee solicitar una medida cautelar en contra de la aludida autoridad política, de manera que su interés se va a traducir en formalizar al indicado senador y como consecuencia de dicha actividad jurisdiccional, requerir la medida de aseguramiento que el código aludido señala, dentro de las cuales la más gravosa es la prisión preventiva que, como el artículo 140 del código citado exige, necesita contar con testimonios que permitan justificar la existencia del delito que se investigare y que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, aparte por supuesto, de la existencia de los peligros que la ley considera menos exigentes que en el caso de la acusación, también proce-

dente para el desafuero, pero que en esta última situación exige que exista fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma investigación.

En ese sentido, el disidente considera que la solicitud del Ministerio Público para fundar la solicitud de desafuero corresponde a los hechos investigados del capítulo II de su libelo y en especial al N° 2 de ese acápite, arroja la existencia de antecedentes serios y posibles de determinar, a través de las informaciones de declarantes y documentos que se indican con la mayor precisión, los cuales se constituyen en cargos suficientes para justificar la medida que se pretende y le dan a ese pedimento la seriedad y consistencia para seguir avanzando en dicha indagación, sin perjuicio del estado de inocencia que a pesar de dicha situación tiene asegurado el senador O. y que sólo podrá ser vencida si la causa termina en sentencia definitiva y ésta adquiera la fuerza de cosa juzgada, porque a lo menos se ha explicado por la persecución penal que existen antecedentes vehementes de la existencia del delito de cohecho de cuyo producto se hicieron maniobras para, *prima facie*, establecer un ocultamiento o disimulación del origen ilícito de los dineros que se denuncian indebidamente recibidos por el indicado parlamentario;

Que por lo anterior el disidente considera necesario avanzar en todas las hipótesis investigativas que se dirigen en contra del senador requerido, puesto que habiendo aceptado éste los hechos que constituirían delitos de fraude al Fisco y Fraude tributa-

rios, además que se ha confirmado el requerimiento por el delito de cohecho, es claro que el desafuero se ha producido por dichas figuras ilícitas lo que redundará en la formación de la causa penal en su contra, de modo que la inclusión en la investigación, no es nada más que eso, del delito de lavado de activos, no altera esa situación procesal, pero que hace indispensable no coartar la actividad investigativa del Ministerio Público respecto de todos los sucesos que afectan al aforado, para que se decida la tramitación que en derecho corresponda como a cualquier ciudadano de este país y para resolver todas las posibles implicancias concursales que pudieran producirse frente a la multiplicidad de delitos que han sido imputados al indicado senador.

“Que finalmente, no puede dejar de considerarse la situación actual de la institucionalidad chilena, llena de reparos por las conductas reprobables de un número importante de autoridades que no han cumplido con el deber de probidad que exige el Artículo 8 de la Constitución Política de la República y en el caso particular, de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, en materia de ética pública, que exige el mayor interés de la jurisdicción de atender claramente y sin ambages la preocupación justificada de la ciudadanía en sucesos de la naturaleza que investiga el Ministerio Público.”

Acordada, igualmente, con el voto en contra del Ministro señor Aranguiz, quien estuvo por revocar la sentencia de desafuero en alza en lo tocante al delito de cohecho que se le atribuye al parlamentario de que se trata por las siguientes razones:

“1º) Es cierto lo que han manifestado los detractores procesales del senador involucrado respecto de que el estándar requerido para este juicio especial o antejuicio de desafuero, no es el mismo que para las actuaciones judiciales de avanzada, ya que en virtud del artículo 416 del Código Procesal Penal para acoger el desafuero sólo es necesario discernir si hay mérito para la “formación de causa”.”

Sin embargo, “formar causa” implica tener antecedentes congruentes y bastantes para el sostenimiento de una acción penal que pueda afectar la presunción de inocencia de aquél. Para ello, el primer requisito y fundamental es que el hecho atribuido sea posible de ser enmarcado en un tipo penal determinado.”

2ª) En estos antecedentes, el hecho atribuido al Senador en cuestión no cuadra con ninguna de las hipótesis típicas del cohecho, sea la formulación del artículo 248 o 248 bis del Código Penal, puesto que en el requerimiento y datos aparejados se sostiene –resumidamente– que a petición suya una empresa del sector de pesca hizo unas contribuciones a su fuero político, de carácter periódico durante un lapso determinado, durante el cual se tramitaron actos administrativos y hasta una ley favorable para ella.

3ª) Desde luego, el solo hecho de solicitar financiamiento para campañas o deudas políticas a privados, no implica, por sí mismo, el inicio de ejecución de un delito semejante. Esa conducta puede ser muy reprobable y hasta antiética, pero no es antijurídica penalmente, en los términos propuestos por el persecutor principal y sus afluentes.

Para que ello hubiera sido posible, era necesario determinar con toda precisión los actos comprometidos a cambio de la dádiva sin que baste enunciar genéricamente algunos trámites y una ley supuestamente favorables –esto no ha pasado de ser una afirmación, porque no se ha aportado ni siquiera bajo la fórmula de una oferta, que esas actuaciones torcieron la voluntad del parlamentario–, porque ellas pudieron ser realizadas a pesar de todo, sin faltar a la independencia de su actuar.

El persecutor y sus seguidores pretenden que se forme causa contra un parlamentario, solamente sobre la base de sus conjeturas y suposiciones, y ello no constituye el sustrato serio y fundado para que contra cualquier ciudadano pudiese abrir o sostener una investigación formal, ni menos requerirse medidas cautelares o conducirlo a un juicio; más exigente debería ser para el caso del fuero, que protege a la función pública que ejerce, de ataques destemplados o injustos. Esta Corte Suprema ha venido sosteniendo reiteradamente que el estándar exigible en este tipo de procedimiento, corresponde a “evidencias serias y graves” y así lo ha reconocido uno de los mismos detractores procesales de este antejuicio, lo que, como se ha visto, no se satisface en este caso y en relación a este delito en especial.

4ª) En lo demás este disidente suscribe el voto de minoría de la Corte de Apelaciones de Santiago, en el mismo sentido ya declarado.

Regístrese y devuélvase.

Nº 20.063-2016

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN TRÁFICO ILÍCITO DE
ESTUPEFACIENTES Y
SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

BIEN JURÍDICO Y ESTRUCTURA DE IMPUTACIÓN DEL DELITO DE MICROTRÁFICO DE DROGAS

Nicolás Oxman Vilches¹

“Sólo de manera esporádica se encuentra en cambio la tesis que los delitos de peligro abstracto pueden ser delitos de resultado. Es incómoda, ya que rompe con la imagen, más asumible para el aplicador del Derecho, de que únicamente en los delitos de resultado se plantean cuestiones de causalidad e imputación”.

Johanna Schulenburg

I. El problema del bien jurídico

Según una posición generalmente aceptada, constituye un punto de partida válido el postular la comprensión de la ilicitud del comportamiento como una lesión a un bien jurídico². Al mismo tiempo, conforme a este planteamiento, el bien jurídico –más allá de cuál sea su fundamento, origen y contenido conceptual– cumple una función teleológica, es decir, sirve para la interpretación del tipo penal con pretensiones de seguridad jurídica³.

De esta premisa –en el último tiempo objeto de ataques doctrinales con miras de refutación⁴, se pueden extraer múltiples consecuencias. Aunque aquí importan dos: primero, que en lo que se refiere a la teoría de la imputación objetiva la conducta sólo puede ser imputada al autor como una *obra suya*

- 1 Doctor en Derecho, Profesor Universidad Central de Chile y Universidad de Talca. Una versión muy preliminar de este trabajo se expuso a modo de conferencia en la Fiscalía Nacional el día 11 de octubre de 2016. Agradezco las aportaciones y críticas de todos los asistentes y, en especial, a la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas del Ministerio Público, quien me encargase este artículo a modo de informe.
- 2 Un resumen sobre esta discusión puede encontrarse en ALCÁCER GUIRAO, Rafael. ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito. Barcelona, Atelier, 2003, págs. 67-116.
- 3 Más allá también de la denominada “función limitadora” ha tenido una clara influencia en la delimitación de la estructura de los delitos y la definición de los tipos de delitos con miras a la construcción de la teoría de la imputación. Al respecto, con referencias, FRISCH, Wolfgang. “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”. En: *Teoría del bien jurídico ¿fundamento de la legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendehl (ed.), Alcácer, Martín y Ortiz (trads.). Madrid, España, Marcial Pons, 2007, págs. 327 y sgtes.
- 4 Sobre este punto, HEFENDEHL, Roland. “El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa”. En: *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*. García Valdés, et al (coord.), Edisofer, Madrid, España, 2008, Tomo I, págs. 389 y sgtes.

si ella implica la realización de un riesgo desaprobado para el bien jurídico tutelado por la norma; y, segundo, que en lo referente a la teoría de la imputación subjetiva para que una acción pueda ser dolosa no es suficiente con el quebrantamiento objetivo del deber de cuidado que supone superar la barrera del riesgo permitido, sino que es necesario, además, un compromiso personal del autor con la acción o una *decisión* contra el bien jurídico⁵.

Ahora bien, cuando se trata de aplicar estas ideas generales de la teoría de la imputación penal a la figura de microtráfico de drogas contenida en el artículo 4° de la Ley 20.000 surgen diversos problemas que parten de la ausencia de un contenido conceptual preciso para el bien jurídico tutelado.

En efecto, pese a que una parte importante de la doctrina nacional entiende que los delitos de tráfico ilícito de drogas y sustancias estupefacientes tutelan la “salud pública”⁶, un sector nada despreciable afirma que estos delitos son meramente formales (utilizando una antigua terminología) y se sitúan en el plano de la persecución penal de conductas que atentan contra el derecho general a la libertad de acción y, por ende, su tipificación es ajena a las

-
- 5 En este sentido resulta evidente que se acepta aquí, aunque con fines metodológicos, tanto la estructura de imputación objetiva y subjetiva propuesta por ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT: Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4ª ed., München, Alemania, C. H. Beck, 2006, Tomo I, págs. 342 y sgtes., en especial, págs. 375-390 y págs. 445 y sgtes. (en la traducción española a cargo de LUZÓN PEÑA. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., alemana, Civitas, 1997, Tomo I, la cita corresponde con leves alteraciones de contenido producto de la diferencia de edición a las páginas 373-385 y págs. 424 y sgtes.).
- 6 MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2015, Tomo II, p. 417. BALMACEDA, Gustavo. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2016, p. 561. Aunque, en realidad, no hay algo como la salud pública entendida como la suma de las saludes individuales (al modo de un macro bien jurídico), sino que únicamente un conjunto de condiciones ideales que el Estado tiene el deber constitucional de garantizar aquí a través de una serie de tipos penales que sancionan la puesta en peligro de la salud individual. Así, BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed., Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2011, Tomo III, p. 241. También, aunque con importantes matices referidos a la potencialidad interpretativa del bien jurídico, NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. “El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o psicotrópicas del art. 4° de la Ley N° 20.000”. En: *Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXVI, Valparaíso, Chile, 2005, Tomo 1, págs. 266-277. Por el contrario, entendiendo que, precisamente, es la conceptualización del bien jurídico aquello que pueda dar contenido interpretativo a las normas penales, en especial, en el delito de microtráfico, se ha dicho –correctamente– que la salud pública puede ser entendida como un conjunto de acciones destinadas a crear un peligro de difusión incontrolada de sustancias nocivas a la salud individual. VARGAS PINTO, Tatiana. “Microtráfico y Salud Pública”. En: *La Semana Jurídica*, Lexis Nexis, N° 361, 2007, págs. 6-7. GONZÁLEZ WITTING, Marcos. *El delito de tráfico de drogas*, Santiago, Chile, Ed. El Jurista, 2010, p. 39. y sgtes.

normas de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho⁷. Al mismo tiempo, se afirma que un régimen prohibicionista supone un “incentivo a la clandestinidad” y favorece el “enriquecimiento de asociaciones delictivas”⁸.

El argumento “*pro-legalización*” se cierra afirmando que la sanción penal tiene en esta clase de delitos una escasa capacidad de disuasión para el consumidor –en términos de prevención especial positiva– y, al mismo tiempo, contribuye a la creación de condiciones que incrementan el círculo de la marginalidad, pobreza, exclusión social, etc.

Ahora bien, más allá de la legitimidad de estos planteamientos, que a lo sumo tienen efectos de *lege ferenda* y *eventuales utilidades con fines de políticas públicas*, lo cierto es que la figura de microtráfico está necesitada de criterios de aplicación dogmática que la praxis jurisprudencial aspira a construir sobre la base de la salud pública entendida como *un bien jurídico de naturaleza colectiva cuya finalidad es evitar la difusión indiscriminada de sustancias nocivas no sólo para la salud individual sino también para la vida de las personas*⁹.

-
- 7 Esta opinión realiza una crítica político-criminal afirmando que la criminalización de las drogas supone una intromisión arbitraria del Estado en la esfera individual de carácter moralista y contradictoria con los derechos individuales, entendiendo que no hay un bien jurídico colectivo que legitime válidamente así una intervención punitiva. CISTERNAS CELIS, Luciano. *El microtráfico. Análisis crítico de la normativa, doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2009, págs. 53-63. En igual sentido, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Coca y cocaína. Política Criminal de la droga*. Santiago, Chile, Jurídica ConoSur, 1995, págs. 102 y sgtes. En igual sentido, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Las drogas ilegales en el Derecho Penal Chileno. Análisis crítico de dogmática y política criminal*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1992, págs. 116 y sgtes.
- 8 Sobre la necesidad de argumentación un poco más razonable e inteligente, con la finalidad de no confundir el debate sobre el consumo personal con los argumentos ligados a la despenalización de todo tipo de drogas, ORTS BERENGUER, Enrique. “Delitos contra la salud pública”. En: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; VIVES ANTÓN, Tomás y CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *et al. Derecho Penal. Parte especial*. 5ª ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2016, p. 543.
- 9 Similar en el Derecho comparado, por ejemplo, AAVV., *El delito de tráfico de drogas*. Álvarez García (dir.) y Manjón-Cabeza Olmeda, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 23 y sgtes. Lo anterior, supone también el abandono de las tesis que postulaban la existencia de un bien jurídico pluriofensivo ligado a la protección de intereses estatales como la seguridad pública, o bien, la libertad personal afectada por la creación de estados de drogodependencia y, por cierto, también implica apartarse de la concepción moralizadora fundada en la falacia naturalista expresada al modo “todas las drogas son malas”, lo que es irreconciliable con el sistema propuesto por la Ley N° 20.000 que incluso permite el consumo de drogas bajo ciertas condiciones. Sobre el abandono de la concepción pluriofensiva, NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel y GUILLÉN LÓPEZ, Germán. “Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal”. En: *Revista Penal* 22, Huelva, España, 2008, p. 84. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, España, 2003, Tomo LVI, págs. 103 y sgtes.

A mi juicio, el discurso *pro-legalización* colisiona con la necesidad racional de regulación penal de esta clase de comportamientos cuyo fundamento descansa en la obligación constitucional del Estado de proteger y promover la salud pública¹⁰ a través del control penal de acciones u omisiones que pueden ser comprendidas como la creación del riesgo de involucrar o introducir a otro en un contexto de consumo ilegal de sustancias nocivas para su salud, en la medida que tales acciones u omisiones tienen por objeto material sustancias o drogas potencialmente capaces de producir efectos tóxicos o dañinos en esferas individuales¹¹.

II. Bien jurídico y estructura de imputación

Más allá de las cuestiones político-criminales apuntadas, una vez determinado el bien jurídico del microtráfico surgen enseguida dudas dogmáticas acerca de la forma en que dicho bien adquiere una materialidad suficiente para solucionar una serie de problemas de imputación objetiva, en especial, aquellos referidos a la nocividad del objeto material (droga o sustancias psicotrópicas)

-
- 10 En efecto, los bienes jurídicos son intereses, valores o derechos con relevancia constitucional y que son indispensables para la convivencia social. Y, en tal sentido, el texto constitucional “asegura a todas las personas: el derecho a la protección de la salud” (art. 19 N° 9° de la C.P.R.). Se asume aquí, como podrá inferirse, una postura constitucionalista amplia del bien jurídico. En igual sentido, CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª ed., Santiago, Chile, Universidad Católica, 2011, p. 55. Por cierto, en el Derecho español, CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 33 y sgtes. ORT BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho Penal*, 6ª ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2016, págs. 125 y sgtes.
- 11 Sin embargo, un sector de la doctrina chilena parece ver como principal peligro de afectación secundaria la “libertad individual” que implica la drogodependencia, cuando en realidad ésta no es sino una consecuencia eventual del consumo inmediato y directo de sustancias estupefacientes. Así, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 418. BALMACEDA, ob. cit., p. 561. También, ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1997, Tomo IV, p. 299. Por cierto, POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, p. 574. MATUS, Jean Pierre. “Dogmática de los delitos relativos al tráfico de estupefacientes”. En: *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*. Sergio Politoff y Jean Pierre Matus (coords.), Santiago, Chile, Lexis Nexis, 1999, p. 89. MATUS, Jean Pierre y POLITOFF, Sergio. “Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico de drogas”. En: *Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de Dogmática y Jurisprudencia*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 1998, p. 14. También, hay quienes se decantan por la tutela del bien jurídico “salud pública” sin concreción individual alguna, con excepción de algunas figuras específicas, por ejemplo, REBOLLEDO LATORRE, Lorena. “El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de estupefacientes”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 60, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014, p. 120.

y a la alegación sobre la ausencia de potencialidad lesiva expresada en la pretendida “falta de pureza” de la sustancia.

La forma en que la praxis suele solucionar estos problemas está condicionada por la comprensión de la estructura del delito de microtráfico como un delito de peligro concreto y de resultado. Esto se debe a que tradicionalmente la doctrina entiende que los delitos de peligro abstracto son “siempre” de mera actividad a diferencia de los delitos de peligro concreto que son de resultado¹². En oposición a este punto de vista, hay un sector doctrinal que entiende correctamente que los delitos de peligro abstracto pueden ser también de resultado¹³, donde el tipo objetivo y subjetivo tienen por fundamento la peligrosidad de un determinado comportamiento, en especial, cuando tutelan bienes jurídicos de naturaleza colectiva¹⁴ como es el caso de la salud pública.

Así el delito de microtráfico es de peligro abstracto y de resultado, donde es posible distinguir la mera posesión orientada al propio consumo (impune) de la posesión orientada al tráfico (punible) no sólo con la prueba objetiva de la cantidad o pureza de la sustancia, en la medida que éste es sólo uno de los criterios de valoración del resultado de peligro cuya cláusula genérica es la prueba de la existencia de *indicios evidentes del propósito de traficar que revelan una posesión orientada a una puesta de la droga a disposición de terceros (punible)* y, todo ello, pese a que sólo conste la idoneidad relativa del objeto material utilizado como medio, cuestión que no hace desaparecer el resultado de peligro exigido por el tipo.

Tal como puede inferirse, resulta más sencillo entender que el microtráfico es un delito de peligro concreto y de resultado, porque de esa forma se despejan rápidamente las dificultades derivadas de la necesidad de distinguir entre la acción, la relación de causalidad y el resultado. Así, si se pide la acreditación de la pureza de la droga, como elemento del tipo determinante en la creación del resultado de peligro: la potencialidad de la droga para producir graves daños a

-
- 12 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Cuello Contreras y Serrano Gonzales de Murillo (trads.), 2ª ed., Madrid, España, Marcial Pons, 1997, p. 210 (en el original en alemán, *Strafrecht AT: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, Berlín, Alemania, Walter de Gruyter, 1991, corresponde a la p. 172). SCHULENBURG, Johanna. “Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva”. En: *Teoría del bien jurídico ¿fundamento de la legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* HefendeHL (ed.), Alcácer, Martín y Ortiz (trads.), Madrid, España, Marcial Pons, 2007, págs. 349 y sgtes. En España, desarrollan la idea de que los delitos de peligro abstracto pueden ser también de resultado, entre otros, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2016, págs. 161 y sgtes.
- 13 HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. München, Alemania, Carl Heymanns, 2002, págs. 152 a 153, p. 156.
- 14 HEFENDEHL, ob. cit., págs. 156 y sgtes.

la población, lo que se está diciendo es que tal exigencia probatoria constituye la *necesidad de menoscabo o de antijuridicidad material exigida por la norma, en cuanto amenaza concreta para la salud pública*. Este modo de argumentar esconde, sin embargo, el evidente error de entender que nunca un delito de peligro abstracto puede ser de resultado (serían siempre de mera actividad), con lo que no habría posibilidad alguna de separar la ejecución misma de la acción descrita en el artículo 4° de la Ley 20.000 de la realización de un injusto completo.

Según indicábamos al principio de la exposición, junto con la exigencia de un quebrantamiento formal de normas de prohibición o mandato es también necesaria la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico¹⁵. En otros términos, tales exigencias suponen asumir una postura de la antijuridicidad según la cual se requiere para su comprobación la acreditación fáctica de una dimensión formal (pretensión de ilicitud) y otra material (pretensión de ofensividad). Ahora bien, en lo que respecta a este último aspecto, la antijuridicidad material no puede suponer la exclusiva valoración del desvalor de resultado, conforme a un punto de vista *ex post*, sino que, por el contrario, supone la valoración *ex ante* de la peligrosidad de la conducta en términos de potencialidad lesiva para el bien jurídico y una dimensión subjetiva representada por la orientación o propósito del autor de realizar la conducta¹⁶.

La antijuridicidad material de los delitos de peligro se muestra recortada en relación a la extensión que tiene en los delitos de lesión, lo que viene dado por las imprescindibles necesidades de protección a las que hacen frente esta clase de delitos y que se traducen aquí en cuanto al delito de microtráfico en la prohibición de creación de riesgos o amenazas para la salud pública. Así, este tipo penal al igual que todos los delitos de peligro abstracto sólo exige una valoración *ex ante* de la peligrosidad de la acción, es decir, únicamente es necesaria la acreditación de una conducta objetiva y subjetivamente orientada al tráfico.

En consecuencia, dada la naturaleza de esta figura no puede pretenderse un examen *ex post* sobre la base de la acreditación del peligro real y efectivo, en términos de probabilidad o posibilidad cierta de la substancia ilícita de ser nociva (expresado este punto en términos de exigencia de pureza), porque

15 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª ed., Barcelona, España, Reppertor, 2016, p. 161.

16 Sobre esta distinción, MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*. Bogotá-Barcelona, Universidad Externado de Colombia y José María Bosch Editor, 2003, págs. 43-85. También, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El contenido de la Antijuridicidad (un estudio a partir de la concepción significativa del delito)*. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 18-32.

ello supondría desnaturalizar los tipos de peligro abstracto y convertirlos en delitos de peligro concreto para la salud individual¹⁷.

El peligro es abstracto en la medida que se traduce en la comprobación de los riesgos que la concreta acción tiene para la salud de otras personas que no necesitan estar determinadas (*ex ante*), es decir, no se precisa que efectivamente resulten lesionadas personas concretas a través de la conducta de microtráfico¹⁸. Así, el tipo penal no exige siquiera un “resultado de peligro” entendido como la realización de una conducta por parte del sujeto activo, esto es, la creación de un riesgo efectivo de lesión para el bien jurídico salud pública, sino que únicamente es suficiente con la prueba de que el sujeto realizó un comportamiento que objetiva y subjetivamente revela (*ex-ante*) un compromiso personal con la lesión del bien jurídico “salud pública”, con independencia incluso si la droga es o no lo suficientemente idónea (*ex-post*) y en términos de potencialidad lesiva para causar graves daños a dicho bien¹⁹.

Desde esta perspectiva, lo relevante es la valoración normativa del peligro, esto es, que tanto objetiva como subjetivamente al momento de la realización de la acción concreta (*ex ante*), pueda decirse que la acción significa un compromiso personal del autor con la puesta en peligro de la salud pública con independencia de la cantidad o potencialidad lesiva que pueda revelarse posteriormente en relación con la composición de la sustancia (*ex post*).

III. Acción e imputación objetiva

a) Riesgo no permitido, peligro abstracto y resultado

De acuerdo con la teoría general de la imputación, en los delitos de resultado una acción es típica si además de la causalidad puede afirmarse que la conducta puede ser atribuida al autor como una obra suya. Para que esto último sea factible, en el caso concreto debe poder afirmarse que el autor actuó con plena capacidad de control sobre la cadena causal de acontecimientos, con previsibilidad objetiva de un resultado que no puede ser sino comprendido como una manifestación o

17 Sobre este punto, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid, España, Universidad Complutense de Madrid, 1994, págs. 14-16.

18 En igual sentido, en relación al artículo 368 del Código Penal español, NÚÑEZ PAZ/ GUILLÉN LÓPEZ, ob. cit., p. 89.

19 “la producción o no del resultado de peligro (la concreta puesta en peligro de un bien jurídico en los términos requeridos por los delitos de peligro concreto) es absolutamente irrelevante en todos los casos, tanto en el tipo objetivo como en el subjetivo. Lo que interesa es la peligrosidad *ex ante*, como atributo de la acción y si se da esa peligrosidad *ex ante*, el que *ex post* se haya producido o no peligro es algo que ni siquiera ha de ser considerado”. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ob. cit., p. 298.

realización de la conducta riesgosa, o al revés, el riesgo no permitido o prohibido debe materializarse en el resultado exigido por la norma²⁰, porque únicamente así hay un delito consumado, si se realiza en un resultado diferente o en ningún resultado, entonces, hay sólo una tentativa²¹.

En las conductas descritas en el artículo 4° de la Ley 20.000 el riesgo no permitido consiste en generar un peligro abstracto para la salud pública a través de acciones que pueden ser interpretadas como el involucrar a otras personas en un contexto de peligro para su integridad física o salud individuales a través de la puesta a disposición de pequeñas cantidades de drogas o sustancias estupefacientes ilícitas capaces de producir dependencia física o de materias primas que sirven para obtenerlas (presunción *iuris et tantum*), dentro del concreto ámbito de protección de la norma.

Esto implica, necesariamente, que la conducta de transportar, guardar o portar, se ejecute sin la correspondiente autorización sanitaria y existan indicios suficientes que hagan suponer que la droga (atendida su cantidad o pureza) no está destinada al consumo personal próximo en el tiempo. Así, ejecutar un curso causal dentro del ámbito de protección de la norma supone constatar que las conductas que describe el artículo 4° se realicen utilizando como objeto material pequeñas cantidades de droga sin tener autorización legal para su porte, transporte o guarda. El resultado de peligro consiste aquí en la realización de actos que suponen inequívocamente la puesta a disposición de la droga a terceros, en la medida que implica la realización del riesgo objetivo de que la droga sea destinada al tráfico y no al consumo personal. La mayor cantidad de droga, o bien, la acreditación de su elevada pureza no constituye un elemento del tipo penal, ni un requisito para la configuración del peligro objetivo necesario para la consumación del ilícito, únicamente, constituyen elementos que permiten destruir la presunción *iuris et tantum* de que las pequeñas cantidades de droga no están destinadas al consumo personal próximo en el tiempo, cuestión que queda fuera del ámbito de protección de la norma²².

20 Sobre estos criterios, ampliamente, con referencias KREY, Volker y ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht AT*. 5ª ed., Stuttgart, Alemania, W. Kohlhammer, 2012, págs. 325-353.

21 Este criterio, que implica reconocer que siempre que está afirmada la imputación objetiva hay al menos preliminarmente una tentativa aparece, entre otros autores, en MIR PUIG, ob. cit., págs. 259 y sgtes.

22 El tipo objetivo del delito de microtráfico sólo tiene sentido, dentro de la sistemática de los delitos contenidos en la Ley 20.000, en la medida que sea entendido como un ilícito cuya tipificación se justifica porque potencialmente las conductas descritas en el artículo 4° pueden constituir un posible antecedente del tráfico de drogas, lo que supone un riesgo descontrolado e indiscriminado para la salud pública, reflejado en las graves consecuencias que el consumo produce para la salud y la vida de las personas. Sobre el ámbito o fin de protección de la norma, ampliamente, LUZÓN PEÑA, ob. cit., págs. 208 y sgtes.

La Corte Suprema en algunas sentencias asume intuitivamente este criterio en la medida que acreditándose en el proceso la existencia de pequeñas cantidades de drogas y de indicios suficientes que revelen el propósito de traficar entiende que se ha consumado el resultado de peligro abstracto exigido para la consumación del delito de microtráfico. Así, por ejemplo, entiende que el objeto material (droga) se encuentra acreditado por los informes y protocolos de análisis, en la medida que permitan determinar la *cantidad, naturaleza y consecuencia por el uso de las sustancias ilícitas habidas en poder del imputado (cannabis sativa)*, precisándose, sus efectos y peligrosidad para la salud pública, aunque se desconozca su pureza y concentración, siendo sólo relevante en este caso la circunstancia de que se acreditó, con suficiente evidencia, que se trataba de una sustancia prohibida conforme al Reglamento de la Ley 20.000²³ (peligro abstracto) y que aparece de los antecedentes del caso concreto que la droga o sustancia está destinada a ser puesta a disposición de terceros y no es para el consumo personal próximo en el tiempo (resultado)²⁴.

b) Tentativa relativamente inidónea punible

De conformidad a otra tesis, la lesividad y afectación del bien jurídico salud pública, en términos de antijuridicidad material, se produce en el delito de microtráfico con la prueba de la pureza de la droga. Esta posición es sustentada por una parte de la Sala Segunda de la Corte Suprema y ha logrado imponerse, como se verá, en numerosas sentencias.

Si bien todo delito de peligro se consuma sin necesidad de lesión material, siendo suficiente la creación de un estado de inseguridad para el bien jurídico o la prueba de la probabilidad de la lesión, los delitos de peligro concreto exigen además que la acción tenga como consecuencia un “resultado” materializado en una lesividad inmediata o próxima para el bien jurídico.

23 Voto de mayoría de la Sentencia de la Corte Suprema de fecha 15 de marzo de 2017, Rol N° 3994-2017. También, la Sentencia de la Corte Suprema de fecha 4 de mayo de 2017, Rol N° 10.197-2017.

24 Claramente, ingresar a un penal con droga en el cuerpo no puede tener por destino el consumo personal próximo en el tiempo, este argumento aparece en el voto de prevención del Ministro Cisternas en la Sentencia de la Corte Suprema de fecha 9 de marzo de 2017, Rol N° 1720-2017. Esto supone afirmar derechamente la presencia de un error de tipo al revés, en la medida que puede haber una actuación dolosa (en desvalor de acción y de intención), pero sin desvalor de resultado, lo que se traduce en una tentativa inidónea donde el problema se traslada, en la praxis, a la pregunta sobre si era o no posible que una persona cualquiera situada en la posición del autor podría haber advertido que se trataba de droga y que las conductas que ejecutaba suponían la posibilidad de involucrar a otro en un contexto de tráfico de drogas sin su voluntad, lo que implica la afirmación de la peligrosidad del comportamiento.

Esta no es la naturaleza del delito de microtráfico, en la medida que sólo requiere la realización de una acción riesgosa que crea un peligro abstracto de involucrar a otro en un contexto de tráfico, con independencia de si la misma conducta produce o no el citado estado de ofensividad material entendido como potencialidad lesiva de la sustancia²⁵. Sin embargo, la Corte Suprema viene afirmando que el delito contenido en el artículo 4° de la Ley 20.000 es un delito de peligro concreto, en la medida que no sólo se exige la acreditación de la ilicitud de la sustancia y de la realización de acciones inequívocamente destinadas u orientadas al tráfico de drogas, sino que, además, constituiría un requisito del tipo la comprobación de la pureza de la droga.

En resumen, los argumentos dados por la Corte Suprema son los siguientes: (i) Que los Tribunales deben no sólo acreditar la existencia de una droga, sino que además deben probar la pureza de la misma; no hacerlo supone incumplir las exigencias del artículo 43 de la Ley 20.000 y, al mismo tiempo, el artículo 1° porque la droga o sustancia debe tener la suficiente idoneidad para provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. (ii) Si se desconoce el grado de la pureza de la droga no es posible saber si ella es idónea para *“generar el peligro concreto para la salud pública que constituye el fundamento de su punibilidad, con infracción al principio de lesividad y, por ende, ello determina la inexistencia del delito”*²⁶.

Ahora bien, incluso aceptado que este argumento es al menos atendible, lo cierto es que en estos casos no es que no se encuentre acreditada la existencia de droga y que ésta no se halle comprendida dentro del catálogo de sustancias prohibidas contenidas en el Reglamento de la Ley 20.000, sino que se exige derechamente *la prueba de la efectiva y elevada potencialidad lesiva del objeto material del delito de microtráfico. Si esto es así, lo que se está diciendo, a contrario sensu, es que si no hay acreditación de la pureza en términos del artículo 43 de la ley 20.000, entonces, no sólo falta la antijuridicidad material y la lesividad para el bien jurídico –que es el centro del argumento de la Corte Suprema– sino que derechamente una tentativa absolutamente inidónea por falta de idoneidad material del objeto empleado para la afectación de la salud pública. Entonces, los casos en que falta la acreditación de la pureza de la droga serían supuestos equivalentes a*

25 Sobre la clasificación, en general, puede verse LUZÓN PEÑA, ob. cit., págs. 161 y sgtes.

26 Así, entre muchas, por ejemplo, las Sentencia Corte Suprema de 28 de julio de 2016, Rol N° 35549-2016. Sentencia Corte Suprema de 26 de octubre de 2016, Rol N° 65323-2016. Sentencia Corte Suprema de fecha 16 de noviembre de 2016, Rol N° 68840-2016. Sentencia Corte Suprema de 8 de marzo de 2017, Rol N° 386-2017. Sentencia Corte Suprema de 15 de marzo de 2017, Rol N° 4017-2017.

*los conocidos ejemplos de quien quiere matar a otro con una sustancia inocua o le dispara con un arma de juguete*²⁷.

Esto es lo que está diciendo de modo implícito la sentencia de la Corte Suprema de 27 de enero de 2016, al afirmar en su voto de mayoría la absolución de un acusado por el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en pequeñas cantidades, porque en su concepto no se acreditó la pureza de la droga incautada y, subsecuentemente, su idoneidad para generar efectos tóxicos a la salud pública. Obligación que pesaría sobre el Servicio de Salud y el Ministerio Público, conforme al citado artículo 43 inciso 1°. Por estas razones entiende que la conducta carece de antijuridicidad material, pese a que se acreditó en el proceso de incautación de la droga que se trataba de cocaína base y restos de cocaína (2,85 gramos netos). Es decir, se estableció que se trataba de un estupefaciente, pero no se probó la pureza o concentración de la droga. Entiende el fallo de mayoría que sin la acreditación de esta circunstancia la conducta no reviste la exigencia de “lesividad o dañosidad social” exigida por el tipo penal. Agregando, que sin la prueba de este elemento del tipo no es posible determinar *la idoneidad de la sustancia para producir graves efectos o daños considerables a la salud pública*. En este sentido, construye un tipo de peligro que no es abstracto sino que de un “peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública –objeto jurídico de protección– derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza”²⁸.

27 Claramente, no se trata aquí de los casos en que alguien cree disparar a una persona pero en realidad se trata de un muñeco (falta el objeto material), o bien de quien apuñala a un muerto, o de la mujer que quiere causar su propio aborto pero no está embarazada. Aquí se trata de casos donde la tentativa se ejecuta con medios relativamente idóneos para producir el resultado de peligro perfectamente punible, como lo afirma, entre nosotros, CURY, ob. cit., págs. 576 y sgtes.

28 Véase, el considerando octavo de la Sentencia de la Corte Suprema de 27 de enero de 2016, Rol N° 37633-15. En sentido contrario, la Sentencia de la Corte Suprema de 23 de febrero de 2016, Rol N° 172-16, sostiene que en el caso de la cannabis sativa, el análisis sobre la pureza de la droga no constituye un elemento de análisis que sea necesario para dar por acreditado el objeto material, pese a que el fallo de minoría entiende que la sola presencia de la sustancia estupefaciente no es suficiente para acreditar la lesividad al bien jurídico salud pública, expresada en la potencialidad de la sustancia para producir graves efectos tóxicos o daños considerables a dicho bien, por lo que era exigible la presencia y prueba de la pureza de la droga a través del procedimiento descrito en el artículo 43 de la Ley 20.000. Entiende que es suficiente con la acreditación de que la droga se encuentra descrita en el artículo 1° del Reglamento contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Salud N° 867/2007, que establece cuales son las sustancias prohibidas. Sentencia de la Corte Suprema de 25 de febrero de 2016, Rol N° 874-16. En otros casos, la Corte Suprema ha afirmado que dada la gran cantidad de droga incautada (128,8 kilos de cannabis sativa) no es necesaria la acreditación de la pureza de la misma, en términos de prueba de lesividad para el bien jurídico, indicando al respecto que la peligrosidad queda manifiesta en los protocolos acompañados que dan cuenta de la existencia de principios

Esta forma de razonar es cuestionable, en especial, porque aquí no se trata de casos de tentativas ridículas o donde se emplean medios totalmente inidóneos que el autor cree y asume personalmente por error con potencialidad lesiva; por el contrario, son supuestos donde se ha acreditado, precisamente, por otros medios probatorios que se trata de pequeñas cantidades de droga y que las circunstancias concretas del caso permiten afirmar que *ex ante* existen indicios suficientes que demuestran que la droga estaba destinada al consumo de terceros y, por ende, existe un resultado de peligro para la salud pública. En esta situación, la acreditación material inequívoca de tratarse de una sustancia ilícita con ausencia de la prueba de su pureza no excluye totalmente la antijuridicidad material ni la lesividad del comportamiento ni equivale a una tentativa absolutamente inidónea por falta de potencialidad lesiva del objeto jurídico. Esto porque el sentido común apela a la circunstancia que constando que se trata de una droga o sustancia ilícita, sin prueba de su pureza y verificándose los indicios de que la misma está destinada al tráfico, perfectamente, podría haber al menos una tentativa relativamente inidónea punible (peligro abstracto y resultado)²⁹.

activos de la citada droga. Sentencia de la Corte Suprema de 8 de octubre de 2015, Rol 10602-15. La Sentencia de la Corte Suprema de 6 de octubre de 2015, Rol N° 12198-15, afirma correctamente que para acreditar la «pureza de la cannabis», es suficiente con la existencia de un protocolo de análisis químico de la sustancia, en la medida que se trata de un estupefaciente que se consume a través de cigarrillos fabricados con las hojas y sumidas floridas que *“se extraen de la planta, que son secadas y molidas, pero que no atraviesan por procesos químicos en los que se le agreguen distintos elementos o sustancias, sino que, a lo sumo, por un procedimiento físico de aglomeración -prensado-, que en todo caso no implica la modificación de la composición material intrínseca de la droga, que sigue manteniéndose en sus condiciones vegetales naturales, es decir, se conserva en su estado puro”* (considerando 6°). La Sentencia de la Corte Suprema de 4 de agosto de 2016, Rol N° 39.469-16, rechaza el recurso de nulidad por falta de acreditación de la pureza de la droga, pero el voto de minoría de los Ministros Señores Künsemüller y Cisternas entienden, tal como en las sentencias referidas a la cocaína, que, incluso tratándose de cannabis sativa, debe acreditarse la pureza de la droga como elemento del tipo penal de microtráfico, esto en relación con la aparente configuración de un delito de peligro concreto, que supondría la exigencia de prueba de la citada pureza. Ahora bien, tratándose de Clonazepam la Sentencia de la Corte Suprema de 9 de agosto de 2016, Rol N° 38176-16, entiende que, pese a haber exigido la acreditación de la pureza de la droga en otras sentencias, se trata de un criterio que está en constante revisión y, en referencia a la citada droga, no es exigible acreditar su pureza ya que se traficaba en cajas donde constaba su fórmula en el envoltorio, por lo que tratándose de fármacos, bastaría con *“el establecimiento de su naturaleza y la relación de los efectos que producen y la peligrosidad que revisten para la salud pública para encontrarnos ante una sustancia contemplada en el reglamento de la ley 20.000 y, por ende, prohibida por el artículo 1 de la ley en referencia”*.

29 Aquí lo controvertido es si la referencia que realiza el artículo 43 de la Ley 20.000 implica o no la desnaturalización de los ilícitos, en el sentido de pasar a convertirse en ilícitos de peligro concreto, por la aparente exigencia de la prueba de la pureza de la droga y su potencial peligrosidad para la salud pública. El citado precepto establece, en su inciso 1°, lo siguiente: “El Servicio de Salud deberá remitir al Ministerio Público, en

En este orden de argumentos, *una interpretación teleológica* de las normas de la Ley 20.000 sólo puede conducir a mostrar que el riesgo no permitido está representado en el delito de microtráfico por la acreditación de la existencia de droga y el resultado por la puesta a disposición de las sustancias ilícitas a terceras personas. Ahora bien, es cierto que el peligro puede incrementarse por la cantidad o la pureza de la droga, así la cantidad puede ser reveladora de la previsibilidad objetiva del riesgo y de los indicios del propósito de traficar y la pureza es sólo un criterio complementario para la valoración del peligro, porque en el evento que no se acredite o que se constate un bajo nivel de pureza, únicamente, podría dar pie a una tentativa relativamente inidónea por falta de la suficiente potencialidad lesiva del objeto material. En consecuencia, dado que dicha tentativa es perfectamente punible³⁰, el delito de microtráfico debe sancionarse como consumado por aplicación de la regla del artículo 18 de la Ley 20.000 en relación con lo dispuesto en el artículo 7 del Código Penal.

El argumento de lesividad para el bien jurídico que sostiene una parte de la Sala Penal de la Corte Suprema supone afirmar que siempre que falta el objeto material no hay delito, entonces, quien dispara por una ventana en dirección a una cama suponiendo que en ella se encuentra durmiendo (como todos los días a la misma hora) una persona a quien el autor se dispone a matar, no significaría en ningún caso un principio de ejecución del delito de homicidio, ni podría estimarse una tentativa relativamente inidónea por falta de objeto material. Pues bien, es eso lo que está diciendo la Sala Penal cuando afirma, que quien entrega a otro una sustancia con conocimiento de que se trata de droga, en ejecución de alguno de los comportamientos descritos en el artículo 4º de la Ley 20.000, no comete afectación alguna a la salud pública, pese a que se ha constatado que se trataba de una sustancia ilícita, si no se ha probado la pureza de la misma faltaría no sólo la potencialidad lesiva del medio empleado sino que estaría ausente el objeto material y, con ello, la lesividad y habría ausencia de antijuridicidad material.

El argumento es insostenible no sólo porque la tentativa relativamente inidónea es punible y el sistema de penas de la Ley 20.000 sanciona el principio de ejecución con la misma intensidad que el delito consumado, sino por la circunstancia que desnaturaliza el contenido del injusto del delito

el más breve plazo, un protocolo del análisis químico de la sustancia suministrada, en el que se identificará el producto y se señalará su peso o cantidad, su naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como, asimismo, un informe acerca de los componentes tóxicos y psicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública”.

30 Incluso en el marco de la teoría objetiva clásica, al respecto, CURY, ob. cit., p. 577. KREY y ESSER, ob. cit., págs. 1192 y sgtes.

de microtráfico e impone exigencias procesales de prueba que terminan por transformar a la acreditación de la pureza de la droga en una condición objetiva de punibilidad no prevista en la norma penal.

Es que además de los argumentos relativos a la evidente punibilidad de la tentativa relativamente inidónea en el delito de microtráfico, existen *razones de naturaleza sistemática* para rechazar la argumentación de la Corte Suprema sobre la exigencia de la prueba de la pureza de la droga.

Estos argumentos sistemáticos se reflejan en la circunstancia que, por ejemplo, el delito previsto en el art. 1° de la citada normativa (elaboración y fabricación de sustancias o drogas estupefacientes), la antijuridicidad material existe con la sola realización de la conducta descrita en la ley; siendo la potencialidad lesiva de las sustancias o drogas un criterio *ex post* de valoración y, además, de carácter facultativo que constituye una regla de determinación de penalidad pero no un elemento del injusto. Es más, el inciso final de este precepto sanciona con iguales penas la posesión de los instrumentos destinados a la fabricación o elaboración de drogas o sustancias psicotrópicas, con total independencia de la potencialidad lesiva de las mismas, porque ello no es exigible, como es evidente, para la consumación del delito³¹.

Lo mismo sucede con el delito de tráfico de drogas (artículo 3°) que únicamente exige la comercialización de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas. Únicamente, es preciso que las conductas descritas en el inciso final del artículo 3° se efectúen sobre dicho objeto material y que el sujeto activo las realice en conocimiento de que se trata de tales sustancias con independencia de la potencialidad lesiva de las mismas. De otra forma, se desvirtuaría la naturaleza de peligro abstracto de estas figuras.

En el caso del delito de microtráfico o tráfico de pequeñas cantidades de droga (artículo 4°), la ley exige que el objeto material tenga al menos una relativa idoneidad de producir dependencia física o síquica, o recaiga sobre pequeñas cantidades de materias primas que sirvan para obtener droga. En este caso, no es que se exija la prueba de la calidad o pureza de la droga poseída o transportada, sino que ella sirve como una defensa complementaria a la alegación de necesidad o la posesión justificada para consumo personal³².

31 El tipo del artículo 3° no contempla dentro de sus elementos la determinación de la pureza de la droga, sólo se exige la presencia de sustancia contenida en el reglamento N° 867 y la citada obligación contenida en el artículo 43 de la Ley N° 20.000 es de naturaleza exclusivamente administrativa. REBOLLEDO LATORRE, ob. cit., p. 125.

32 En efecto, el inciso final del artículo 4° de la Ley N° 20.000 establece lo siguiente: “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 con-

Lo anterior, en la medida que el mismo precepto establece la posibilidad alternativa de dar por acreditado el peligro abstracto exigido por el tipo probando el propósito de traficar mediante indicios.

En los delitos de tráfico de drogas la afectación a la salud pública, expresada en términos de la nocividad del producto, se satisface por el mero hecho de que se pruebe que se trata de una sustancia descrita en el Decreto N° 867, de 8 de agosto de 2007, del Ministerio del Interior, que aprueba el Reglamento de la Ley 20.000.

En la medida que la naturaleza de peligro abstracto de las figuras de tráfico y microtráfico no suponen un peligro presunto para la salud pública, sino que la creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante para la salud, es precisa la comprobación de dicho riesgo a través de la realización de acciones que *ex ante* suponen o implican la ejecución de alguna de las conductas descritas en el artículo 4 de la Ley N° 20.000. Así, al menos, para que el bien jurídico salud pública resulte lesionado se requiere que efectivamente se acredite que se trata de una sustancia ilícita, cuestión que no sólo puede probarse a través de la existencia del Protocolo de Análisis Químico sobre la droga³³, sino que mediante la prueba de indicios conforme se establece en las posibilidades alternativas que contempla el inciso final del referido artículo 4° de la Ley N° 20.000.

IV. Conclusiones

Resumo: la exigencia de acreditación de la pureza de la droga para efectos de determinar la lesividad de la conducta, supone desvirtuar la naturaleza de los delitos de tráfico y microtráfico contenidos en la Ley N° 20.000, en la medida que se trata de figuras de peligro abstracto para la salud pública. Para la acreditación de si la sustancia causa o no grave daño a la salud, es suficiente con que esté expresada en el respectivo reglamento contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Salud N° 867/2007, en la medida que ahí se contienen las sustancias que causan el citado perjuicio para la salud pública; la referencia al artículo 43 de la Ley 20.000 puede determinar la mayor o menor

sumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”. En tal sentido, precisar si es alta o no la pureza de la droga determina no sólo la exclusión de la alegación de necesidad, sino que también convierte o transforma la imputación en tráfico de drogas. Al respecto, en relación a la prueba de indicios del microtráfico, por ejemplo, CISTERNAS, ob. cit., p. 162.

33 Al respecto, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 230-231.

lesividad de la conducta (convertir la imputación de microtráfico en tráfico, o bien, excluir la alegación de consumo inmediato o próximo en el tiempo), pero en ningún caso, dada la naturaleza de delito de peligro abstracto supone la exclusión de la tipicidad.

La prueba de la pureza de la droga no es necesaria, siendo suficiente la acreditación de una conducta inequívocamente indiciaria del propósito de traficar, lo que equivale a decir con otra terminología que es suficiente con la prueba del peligro abstracto y, al mismo tiempo, que incluso la tentativa relativamente inidónea es punible como un delito consumado conforme lo establece el artículo 18 de la Ley 20.000 en relación con el artículo 7 del Código Penal. Esto último es posible en la medida que se entienda que no todos los delitos de peligro abstracto son de mera conducta o actividad, sino que también puede haber delitos de peligro abstracto que exigen un resultado de peligro como ocurre con el microtráfico.

En efecto, ese resultado está dado porque la droga no sólo se posee para el consumo personal, sino que además es posible constatar la existencia de una tenencia libre y pacífica de la misma con clara orientación de ser destinada al tráfico, esto es, de ser puesta a disposición de otras personas (potencialidad de afectación de su esfera personal). Estos dos elementos constituyen la acción y el resultado del delito de microtráfico cuya peligrosidad es tácita en la medida que ésta es inherente a la conducta que se realiza. En ningún caso ello supone concebir el delito como de peligro presunto, porque ello supondría lesionar el principio de ofensividad, cuestión que el mismo precepto se encarga de solucionar cuando prevé la eventualidad de acreditar que la droga está destinada al consumo personal (en consecuencia, la presunción es sólo *iure et tantum*).

Bibliografía

- AAVV. *El delito de tráfico de drogas*. Álvarez García (dir.) y Manjón-Cabeza Olmeda, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2009.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito. Barcelona, España, Atelier, 2003.
- BALMACEDA, Gustavo. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2016.
- BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed., Santiago, Chile, Thomson Reuters, Tomo III, 2011.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Coca y cocaína. Política Criminal de la droga*. Santiago, Chile, Jurídica ConoSur, 1995.

- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal concepto y principios constitucionales*. 3ª ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1999.
- CISTERNAS CELIS, Luciano. *El microtráfico. Análisis crítico de la normativa, doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2009.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1999.
- CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª ed., Santiago, Chile, Universidad Católica, 2011.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, Tomo IV.
- FRISCH, Wolfgang. “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”. En: *Teoría del bien jurídico ¿fundamento de la legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendehl (ed.), Alcácer, Martín y Ortiz (trads.), Marcial Pons, Madrid, España, 2007.
- GONZÁLEZ WITTING, Marcos. *El delito de tráfico de drogas*. Ed. El Jurista, Santiago, Chile, 2010.
- HEFENDEHL, Roland. “El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa” En: *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*. García Valdés, et al (coord.), Edisofer, Madrid, España, 2008, Tomo I.
- HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. München, Alemania, Carl Heymanns, 2002.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Las drogas ilegales en el Derecho Penal Chileno. Análisis crítico de dogmática y política criminal*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1992.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Cuello Contreras y Serrano Gonzales de Murillo (trads.), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, España, 1997.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht AT: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*. Berlín, Alemania, Walter de Gruyter, 1991.
- KREY, Volker y ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht AT*. 5ª ed., Stuttgart, Alemania, W. Kohlhammer, 2012.

- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2016.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LVI, 2003.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El contenido de la Antijuridicidad (un estudio a partir de la concepción significativa del delito)*. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2013.
- MATUS, Jean Pierre. “Dogmática de los delitos relativos al tráfico de estupefacientes”. En: *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*. Sergio Politoff y Jean Pierre Matus (coords.), Santiago, Chile, Lexis Nexis, 1999.
- MATUS, Jean Pierre y POLITOFF, Sergio. “Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico de drogas”. En: *Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de Dogmática y Jurisprudencia*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 1998.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2015, Tomo II.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª ed., Barcelona, España, Reppertor, 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*. Universidad Externado de Colombia y José María Bosch Editor, Bogotá-Barcelona, 2003.
- NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. “El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o psicotrópicas del art. 4º de la Ley N° 20.000”. En: *Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXVI, Tomo 1, 2005.
- NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel y GUILLÉN LÓPEZ, Germán. “Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal”. En: *Revista Penal* 22, 2008.
- ORT BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho Penal*. 6ª ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2016.
- ORTS BERENGUER, Enrique. “Delitos contra la salud pública”. En: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; Vives Antón, Tomás y Carbonell Mateu, Juan Carlos, *et al. Derecho Penal. Parte especial*. 5ª ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2016.

- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004.
- REBOLLEDO LATORRE, Lorena. “El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de estupefacientes”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 60, Santiago, Chile, 2014, págs. 119-133.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid, España, Universidad Complutense de Madrid, 1994.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT: Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4ª ed., München, Alemania, C. H. Beck, 2006, Tomo I.
- SCHULENBURG, Johanna. “Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva”. En: *Teoría del bien jurídico ¿fundamento de la legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendehl (ed.), Alcácer, Martín y Ortiz (trads.), Madrid, España, Marcial Pons, 2007.
- VARGAS PINTO, Tatiana. “Microtráfico y Salud Pública”. En: *La Semana Jurídica*, Lexis Nexis N° 361, 2007.

Jurisprudencia

Sentencia Corte Suprema de 8 de marzo de 2017, Rol N° 386-2017.

Sentencia Corte Suprema de 15 de marzo de 2017, Rol N° 4017-2017.

Sentencia Corte Suprema de 26 de octubre de 2016, Rol N° 65323-2016.

Sentencia Corte Suprema de 28 de julio de 2016, Rol N° 35549-2016.

Sentencia Corte Suprema de 16 de noviembre de 2016, Rol N° 68840-2016.

Sentencia Corte Suprema de 4 de agosto de 2016, Rol N° 39.469-2016.

Sentencia Corte Suprema de 6 de octubre de 2015, Rol N° 12198-2015.

Sentencia Corte Suprema de 9 de agosto de 2016, Rol N° 38176-2016.

Sentencia Corte Suprema de 23 de febrero de 2016, Rol N° 172-2016.

Sentencia Corte Suprema de 25 de febrero de 2016, Rol N° 874-2016.

Sentencia Corte Suprema de 27 de enero de 2016, Rol N° 37633-2015.

Sentencia Corte Suprema de 4 de mayo de 2017, Rol N° 10.197-2017.

Sentencia Corte Suprema de 9 de marzo de 2017, Rol N° 1720-2017.

Sentencia Corte Suprema de 15 de marzo de 2017, Rol N° 3994-2017.

UNIDAD DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL Y
EXTRADICIONES

EL PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN ANTE LA LEGISLACIÓN CHILENA Y SU TRAMITACIÓN EN LOS JUZGADOS DE GARANTÍA

Daniel Soto Betancourt¹

Introducción

Actualmente, la lucha contra el delito es cada vez más compleja debido a la globalización y las facilidades que otorga ésta a las personas que han cometido ilícitos para que puedan dejar el país con la finalidad de eludir la persecución penal. La comisión de delitos transfronterizos, cuya ejecución es realizada en territorios jurisdiccionales de distintos Estados, va dejando atrás las tradicionales formas de investigación y persecución penal, estableciendo la necesidad constante de crear mejores canales de cooperación, tanto a nivel policial como judicial. Con ello, la necesidad de un traspaso rápido y oportuno de información se hace extremadamente necesario para poder hacer frente a las nuevas formas de delincuencia². De esta forma, la persecución penal se ha convertido en un elemento relevante en la política exterior de los Estados, surgiendo así la extradición como una herramienta de cooperación internacional que cobra especial relevancia.

Si bien en sus orígenes la extradición fue concebida como una herramienta para obtener el retorno de personas que habían cometido delitos políticos, en la actualidad ha evolucionado a una de las formas de asistencia internacional que persigue extraditar personas que han ejecutado delitos graves, pero con expresa prohibición de aplicarla respecto de aquellos considerados político-sociales³.

Es por ello que, en primera instancia, recurriremos a una definición amplia, entendiendo esta forma de asistencia internacional como: “*el mecanismo mediante el cual un Estado solicita colaboración a otro a fin de resolver satisfactoriamente*

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

2 SAN MARTÍN, César. La Extradición y la Cooperación Judicial Internacional [en línea]. Ponencia presentada a la Academia de la Magistratura, Diciembre 2001, para el «Primer Curso para el Desempeño de la Función Jurisdiccional y Fiscal – Nivel Magistrados Supremos». La ponencia -debidamente reestructurada- es parte de un ensayo más amplio, dedicado a la «Cooperación Judicial Internacional» y elaborado para el IV Congreso Internacional de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per-ext-gen-description.html [fecha de consulta: 3 de mayo de 2017].

3 SAN MARTÍN, ob. cit., p. 2.

diferentes aspectos de un proceso judicial. Dicha asistencia puede solicitarse en el marco de causas penales (en el sentido amplio del término), como así también en procedimientos civiles, comerciales, laborales, etc. La cooperación solicitada en causas penales se efectúa, generalmente, a fin de clarificar las circunstancias de un hecho ilícito, identificar al autor o autores, y someterlo a su jurisdicción”⁴.

Teniendo presente esta evolución en el plano internacional, hoy en día la cooperación jurídica internacional pasa a ser una de las principales herramientas que tienen los Estados para perseguir e investigar estas nuevas formas de comisión de delitos y es, en ese contexto, donde podemos distinguir al menos dos formas en que el nuevo ordenamiento jurídico internacional reconoce en materia de cooperación jurídica internacional (sin perjuicio que algunos autores también consideran la “transferencia de condenados” como una tercera forma o nivel de cooperación jurídica internacional⁵), hablamos así de:

- la asistencia jurídica en materia penal, y
- la extradición.

Dentro de la asistencia jurídica en materia penal, los Estados solicitan cooperación para llevar a cabo en el extranjero ciertas diligencias para lograr la obtención de información jurídica relevante, para con ello poder obtener evidencia que permita esclarecer los hechos que se investigan en el marco de una investigación penal en su territorio jurisdiccional. Esto contempla una política de intercambio de información en temas penales, para lo cual se requiere realizar solicitudes formales entre los Estados, mediante las cuales se solicitan diligencias de investigación o requerimientos de información consistentes en citaciones, incautaciones, embargos, levantamiento de secretos bancarios, en materia de tráfico ilícito de drogas, entre otros⁶.

Como segunda forma de cooperación jurídica a nivel internacional se encuentra la extradición, herramienta en la cual enfocaremos nuestro análisis a continuación.

-
- 4 SOLERNÓ, Diego. Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal. Normativa Vigente [en línea]. Dirección de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. 2ª ed., Buenos Aires, Argentina, 2015, p. 11. Disponible en: http://www.cooperacion-penal.gov.ar/userfiles/Compendio%20de%20leyes%2008-10_0.pdf. [fecha de consulta: 3 de mayo de 2017].
 - 5 INTERNATIONAL COMMISSION AGAINST IMPUNITY IN GUATEMALA (CICIG). “Recomendación de Reformas Legales y Reglamentarias de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala – CICIG- (03.03.2010), p. 7 [en línea]. Cooperación Jurídica Internacional, Extradición y Asistencia Jurídica. Disponible en: http://www.cicig.org/uploads/documents/reforma_institucional/REFOR-INST_DOC19_20111125_ES.pdf [fecha de consulta: 5 de abril de 2017].
 - 6 SAN MARTÍN, ob. cit., págs. 2-3.

Concepto de extradición

La extradición constituye un mecanismo eficaz “para hacer efectiva la competencia judicial internacional en materias penales” (art. 344 Código de Bustamante), mediante la cual un Estado entrega a una persona a otro Estado que la reclama, para juzgarla penalmente o para ejecutar una pena ya impuesta. La extradición se llama *activa* si se considera desde el punto de vista del Estado que pide la entrega (Estado requirente), y *pasiva* si se la contempla desde el punto de vista del Estado al que se solicita la entrega (Estado requerido)⁷.

Anteriormente, la extradición se consideraba como una forma de proteger a un individuo de la persecución de un Estado. Sin embargo, en la actualidad cada vez más es percibida como un obstáculo para perseguir la responsabilidad penal, sobre todo ante delitos de carácter transnacional. Es por ello, que la extradición ha ido evolucionando hasta considerarse como una necesaria herramienta de cooperación internacional, debiendo ser cada vez más expedita, pero sin dejar de lado el debido proceso de que goza la persona requerida⁸.

Nos parece necesario tener presente este carácter de cooperación jurídica internacional para el análisis y discusiones que iremos tratando en el desarrollo del presente artículo. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Coyhaique conociendo de un procedimiento de extradición activa con Argentina, considera “...que la idea rectora que uniforma la institución de la extradición modernamente se entiende atingente y relacionada con un sistema de colaboración internacional, que debe ser lo más ágil posible y que impone obligaciones de asistencia recíproca entre los Estados civilizados para la lucha contra el delito”⁹.

Por su parte, la Corte Suprema de Chile en diferentes fallos considera a la extradición como una herramienta de cooperación internacional. Por ejemplo, en causa sobre extradición pasiva requerida por la República de Argentina por el delito de tráfico ilícito de drogas, sostuvo: “*Que, primeramente, cabe considerar que la 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, en lo relativo al sujeto extraditabile, al delito y a su naturaleza y, a la extensión de la*

7 MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Fundamentos y límites constitucionales del derecho penal positivo*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing Chile, 2015, p. 403.

8 DONDÉ, Javier. *Extradición y Debido Proceso*. 1ª ed., México DF, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2011, p. 13.

9 Corte de Apelaciones de Coyhaique, 13 de julio de 2005, Rol N° 45-2005.

*sanción aplicable*¹⁰. En el mismo sentido, en otro procedimiento de extradición pasiva la define como: “*el acto mediante el cual el Estado en cuyo territorio se ha refugiado una persona, la entrega al Estado donde delinquiró, 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 del auxilio mutuo que deben prestarse las naciones, para la consecución del señalado fin*”¹¹.

En consecuencia, y como lo ha sostenido la Excma. Corte Suprema, esta institución tiene por objeto impedir que los delitos que afectan bienes jurídicos de alta lesividad para la sociedad queden impunes, así como, para someter a los responsables a rendir cuenta en un proceso en marcha o enfrentar las decisiones que a su respecto se adopten en un proceso ya concluido¹².

Teniendo presente lo expuesto, nos parece importante destacar este razonamiento, y con ello instar a que los tribunales chilenos puedan entender la extradición como una herramienta de cooperación internacional que persigue un fin común de los Estados, cual es la lucha contra el delito. Por estos motivos, sin la colaboración mutua inter Estado, es imposible lograr una persecución penal eficiente y luchar contra la impunidad. La extradición debe ser un procedimiento ágil, con una tramitación interna rápida, exenta de dificultades y con interpretaciones jurisprudenciales acordes a esta necesidad imperiosa de actuar de manera expedita y efectiva en el plano internacional.

Fundamentos de la extradición

Para poder comprender los alcances jurídicos y efectos del procedimiento de extradición, lo primero que debemos tener presente es el principio de la *territorialidad de la ley*, el cual regula la validez espacial de la ley penal. Es en virtud de este principio que los Estados tienen jurisdicción para perseguir penalmente los delitos cometidos dentro de su territorio jurisdiccional, independiente de la nacionalidad del autor o que los responsables hayan huido del Estado donde se produjo la comisión del ilícito¹³. Nuestra legislación interna reconoce el principio de la territorialidad de la ley penal, consagrándolo en el artículo 5° del Código Penal chileno, el cual hace aplicable la ley penal

10 Excelentísima Corte Suprema de Chile. Extradición pasiva Argentina. 19 de diciembre de 2015, Rol N° 18.141-2005.

11 Excelentísima Corte Suprema de Chile. Extradición pasiva Argentina. 26 de agosto de 2010, Rol N° 7.063-2009.

12 Excelentísima Corte Suprema de Chile. Extradición pasiva Argentina. 19 de diciembre de 2015, Rol N° 18.141-2005.

13 GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2013, Tomo I, p. 130.

dentro del territorio de la República¹⁴. De esta forma, la República de Chile tiene las facultades para perseguir penalmente la responsabilidad de todas las personas que hayan cometido algún ilícito dentro de su jurisdicción, aun cuando hayan huido de su territorio jurisdiccional¹⁵.

Es en este marco, donde la extradición adquiere relevancia trascendental, toda vez que permite hacer frente a la elusión de la justicia por parte de las personas que cometen un delito en un Estado determinado, y que luego se dan a la fuga de su territorio jurisdiccional. Así, si bien el Estado es competente para conocer y perseguir penalmente a los autores de un delito cometido en su territorio, en la práctica y como consecuencia de las limitaciones a su soberanía, queda impedido de perseguir penalmente a los partícipes del delito que se encuentran en un Estado diverso. Al efecto, un Estado no puede enviar a sus agentes policiales a otro Estado con la finalidad de abducir a una persona, bajo el fundamento de tener jurisdicción para perseguirlos penalmente¹⁶. Por este motivo, uno de los principales fines de la extradición es superar estos límites a la soberanía y con ello permitir que los Estados puedan perseguir penalmente a quienes se encuentran fuera de su territorio, pudiendo así ejercer legítimamente su *ius puniendi*¹⁷. En este contexto, la extradición

-
- 14 Artículo 5º Código Penal: “La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código”.
- 15 Esto es sin perjuicio de las excepciones contempladas en las legislaciones que permiten aplicar la ley penal extraterritorio. En nuestra legislación, esta excepción se encuentra contenida en el artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales, el que establece la posibilidad de aplicar la ley penal chilena a hechos o delitos cometidos fuera del territorio jurisdiccional del Estado de Chile, en los casos allí señalados, cuestión completamente distinta a la extradición, la cual parte de la base que un Estado persigue un delito cometido en su territorio jurisdiccional, pero que el autor o partícipe se encuentra fuera del país.
- 16 Sin perjuicio de lo que se sostiene, existe en derecho internacional una doctrina controvertida conocida como *Male Captus Bene Detentus*. En virtud de esta doctrina el Tribunal Supremo de Estados Unidos de América, dictó una sentencia en el caso Álvarez Machain, el día 15 de junio de 1992, donde sostuvo que el secuestro violento de un acusado, de nacionalidad mexicana y residente en México, realizado con la intervención de autoridades norteamericanas en territorio mexicano sin consentimiento de las autoridades de ese Estado, no prohíbe que el secuestrado sea juzgado en EE.UU., por violaciones de las leyes penales de ese país. ESPÓSITO, Carlos. *Male Captus Bene Detentus: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso Álvarez-Machain* [en línea]. En: *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Argentina, Universidad de Buenos Aires, 2012, págs. 17-18. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/62/male-captus-bene-detentus-a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-de-estados-unidos-en-el-caso-alvarez-machain.pdf> [fecha de consulta: 12 de mayo de 2017].
- 17 KNIGHT, Idarmis. La extradición como forma de cooperación jurídica internacional. Aspectos conceptuales en el marco del Derecho Internacional [en línea]. En: *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, marzo 2011, págs. 1-2. Disponible en: www.eumed.net/rev/ccss/11/ [fecha de consulta: 28 de abril de 2017].

busca que el Estado donde se encuentra la persona requerida lo entregue al Estado requirente para que éste pueda ejercer legítimamente su derecho de persecución penal, o para hacerla cumplir una condena pendiente¹⁸.

Situación jurídica de la extradición

Como se indicó en la definición de la extradición, debemos realizar una distinción entre la extradición activa y la extradición pasiva. La primera se considera del punto de vista del Estado que solicita la entrega, mientras que la extradición pasiva dice relación con el Estado que es requerido y recibe la solicitud de extraditar. Como se verá, toda extradición siempre tendrá estos dos aspectos, por ejemplo, si Chile solicita a otro Estado la entrega de una persona, desde el punto de vista de Chile esta extradición será activa, pero siempre como contrapartida esta solicitud será considerada y tramitada como extradición pasiva en el Estado que es requerido y se regulará de acuerdo a la legislación de dicho Estado¹⁹.

En nuestro país, la regulación sobre extradiciones activas se encuentra establecida en el Título VI del Libro IV del Código Procesal Penal (en adelante CPP) en sus artículos 431 a 454. Si analizamos estas normas, podemos distinguir dentro de su tramitación judicial, dos fases o etapas distintas:

- Tramitación ante el Juzgado de Garantía, la cual se encuentra regulada en los artículos 431 y 432 del CPP.
- Tramitación ante la Corte de Apelaciones respectiva, regulada en los artículos 433 y siguientes del CPP.

Posteriormente, y luego que la extradición es concedida por la Corte de Apelaciones, se inicia una tramitación “administrativa” por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, quien solicita formalmente la extradición ante el Estado requerido, en representación del Estado de Chile, como Estado requirente, tal como lo dispone el artículo 436 CPP.

18 CÁRDENAS, Claudia. “La Extradición Pasiva en Chile”. En: *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2009*. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 7, Santiago de Chile, Octubre 2010, págs. 7 – 8.

19 En este sentido, por ejemplo, así lo dispone el artículo 18 del “Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del Mercosur”, que en su numeral 1°, dispone: “La solicitud de extradición será transmitida por vía diplomática. Su diligenciamiento será regulado por la legislación del Estado Parte requerido”. En el mismo sentido la Convención sobre Extradición de Montevideo de 1933, en el Artículo VIII, señala: “El pedido de extradición será resuelto de acuerdo con la legislación interior del Estado requerido...”.

Es importante destacar, que sin perjuicio que la extradición contempla dos etapas de tramitación en su fase judicial, el hecho de que las Cortes de Apelaciones sean competentes para conocer un estado o fase del procedimiento de extradición, no significa que conozcan en segunda instancia. De hecho, el Código Orgánico de Tribunales en su artículo 63, establece que las Cortes de Apelaciones conocerán en única instancia de los procedimientos de extradición activa²⁰. Esta regulación trae como consecuencia que la resolución de un Juzgado de Garantía no puede ser “revisada” por la Corte en el marco de un recurso de apelación, y por consiguiente, el rol que cumple cada uno de ellos es complementario.

Si bien el presente artículo tiene por objeto analizar el procedimiento de extradición ante los Juzgados de Garantía, es importante tener una visión general de este procedimiento para así poder comprender de manera integral las distintas interpretaciones o dificultades que pueden surgir en su tramitación. Por este motivo, haremos una breve explicación del procedimiento de extradición contemplando sus dos etapas judiciales, para luego enfocarnos en el propósito del presente estudio.

En primer lugar, y de conformidad a los artículos 431 y 432 del CPP, los Juzgados de Garantía deberán analizar los siguientes elementos al momento de conocer una solicitud de extradición:

- a. Mínima gravedad, principio que se encuentra establecido en el artículo 431 del CPP, el cual establece que la extradición procede por un delito “que tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año”. En aquellos casos en que el objeto de la extradición sea cumplir una sentencia definitiva condenatoria, la pena impuesta debe ser pena efectiva y superior a un año.
- b. Con posterioridad, se debe analizar la concurrencia de los requisitos contemplados en el artículo 140 del CPP.
- c. Finalmente, debe acreditarse el país y lugar donde se encuentra el requerido.

Una vez analizados y acreditados estos requisitos por parte del Juzgado de Garantía, según lo dispone el artículo 432 del CPP, se resolverá la petición del fiscal acogiendo la extradición y ordenando elevar los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva.

En segundo lugar, elevados los antecedentes ante la Corte de Apelaciones respectiva, conocerá en única instancia la solicitud de extradición activa. Sin embargo, el Código Procesal Penal no regula en detalle la tramitación ante las

20 Art. 63 Código Orgánico de Tribunales: “Las Cortes de Apelaciones conocerán: 1° En única instancia; d) De la extradición activa...”.

Cortes de Apelaciones, ni tampoco establece con precisión los requisitos que se deben cumplir para que los tribunales de alzada concedan la extradición, a diferencia de la regulación del procedimiento en los Juzgados de Garantía.

Es por este motivo, que han sido las propias Cortes de Apelaciones las que han determinado mediante su jurisprudencia los requisitos que deben acreditarse en esta fase judicial. Para ello, han recurrido a los principios generales del derecho y la regulación en los tratados internacionales sobre la materia, estableciendo así los aspectos o elementos que se deben acreditar para conceder la extradición.

Para poder comprender mejor la situación jurídica ante las Cortes, haremos referencia a un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual conociendo de un procedimiento de extradición activa solicitada a la República de Italia por los delitos de robo con intimidación y receptación, realiza un análisis de forma muy didáctica, que utilizaremos para explicar el procedimiento en esta etapa judicial²¹.

En este caso particular, al no existir un tratado de extradición entre Chile e Italia, la Corte establece que para resolver la solicitud de extradición deben tenerse presente los principios generales del derecho internacional que regulan la materia, estableciendo los siguientes elementos como condiciones para conceder la petición de extradición activa:

- a. Acreditar que se cumple la penalidad mínima de un año.
- b. Que en caso de haber tratado bilateral o multilateral en materia de extradición, se debe hacer un análisis de los requisitos contemplados en dicho tratado. En caso de no existir se deben acreditar los principios generales del derecho.
- c. Que el delito no se encuentra prescrito.
- d. Que el delito es de aquellos extraditables y que no corresponde a delitos políticos o conexos.

Luego, conforme lo dispone el artículo 435 del CPP, finalizada la audiencia en la Corte de Apelaciones y habiéndose acreditado los requisitos antes indicados, se resolverá si se acoge o no la extradición en un auto fundado. Concedida la extradición, la Corte de Apelaciones debe oficiar al Ministerio de Relaciones Exteriores para remitir el expediente de extradición solicitando la realización de las gestiones diplomáticas necesarias para con el Estado requerido, y así obtener la extradición.

21 Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de agosto de 2015, Rol N° 2279-2015.

Atendido lo complejo y extenso del procedimiento de extradición activa, para efectos de este artículo, nos enfocaremos en la tramitación ante los Juzgados de Garantía. Allí analizaremos los requisitos que se deben cumplir para que la extradición sea concedida, los problemas prácticos y de interpretación que pueden surgir, así como, las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales sobre la materia.

Procedimiento de extradición ante el Juzgado de Garantía

El procedimiento de extradición parte de la base que una persona que ha delinquir dentro del territorio nacional se encuentra actualmente en un país extranjero. Con este antecedente establecido y debidamente acreditado en la investigación, el fiscal debe iniciar un procedimiento de extradición activa ante el Juzgado de Garantía respectivo, procedimiento que puede darse en distintas etapas procesales de la investigación. Así, puede tratarse de un imputado que se encuentra actualmente investigado o de una persona que ya ha sido condenada y se ha fugado, estando por consiguiente pendiente el cumplimiento de la condena. De este modo, la extradición puede tener como objeto requerir a una persona para ser juzgada en una investigación penal vigente o para que cumpla una condena, en el caso de haber sido ya sentenciado²².

Atendido lo anterior, la extradición puede perseguir dos objetivos, distinción que tiene relevancia para los requisitos que se deben cumplir en esta etapa judicial:

- Para juzgamiento;
- Para cumplimiento de condena.

Es necesario tener en consideración, que el procedimiento de extradición se inicia sólo por una vía, esto es, a través de un escrito donde los fiscales soliciten audiencia de “formalización en ausencia” (cuando el imputado no ha sido previamente formalizado), o audiencia de extradición activa (si el imputado ya fue formalizado –en una investigación actualmente vigente– o si se requiere para cumplimiento de condena).

A continuación, analizaremos el concepto y alcances de la formalización en ausencia en el procedimiento de extradición, para luego continuar con el análisis detallado de los requisitos que deben acreditarse en la audiencia de extradición ante el Juzgado de Garantía respectivo.

22 GARRIDO, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2013, Tomo I, p. 144.

Formalización en ausencia y principio de especialidad. ¿Vulneración de derechos?

Tratándose de una solicitud de extradición por la cual se requiere a una persona que se encuentra actualmente en el extranjero, y respecto de quien no se ha formalizado investigación en su contra, el artículo 432 del CPP establece la necesidad de formalizar en ausencia al imputado.

Para poder comprender esta actuación dentro del contexto de la extradición, recurriremos en primer lugar a la definición de “formalización de la investigación” que establece el artículo 229 del CPP, el cual sostiene que: “la formalización de la investigación es la 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”.

Al decir de Horvitz y López, la formalización de la investigación es una acción eminentemente garantista, por la cual se informa al imputado cuáles son los hechos específicos en los que se atribuye su participación, es el contenido de la “imputación jurídico – penal” y que constituye un requisito previo para la realización de ciertas actuaciones que requieren el conocimiento por parte del imputado de los hechos que se investigan, como por ejemplo, la imposición de medidas cautelares, entre otros²³.

En el marco del procedimiento de extradición, nos parece importante destacar que la formalización en ausencia es el único caso contemplado en nuestra legislación que permite realizar esta actividad procesal en contra de un imputado que no se encuentra presente. Surge entonces la pregunta del por qué en este procedimiento se permite una actuación en ausencia del imputado, lo que a primera vista pareciera una vulneración de garantías.

Para contestar esta interrogante, nos remitiremos a la Historia de la Ley del Código Procesal Penal, a pesar que no existe mayor discusión sobre este punto, dentro del Segundo Informe de la Comisión de Constitución se establece lo siguiente: “Es dable consignar que, en el caso de la extradición activa, se permite formalizar la investigación en contra del imputado ausente *para el efecto de pedir su extradición*”²⁴. A nuestro entender, en este párrafo encontramos el fundamento para realizar esta actuación sin la presencia del imputado, lo que a primera vista pareciera ser una actuación que vulnera sus

23 HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, Tomo I, p. 540.

24 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 19.696*, que establece Código Procesal Penal. Santiago, Chile, 2000, p. 1287.

garantías, por el contrario, constituye una acción que garantiza sus derechos según expondremos.

A mayor abundamiento, el procedimiento de extradición recoge distintos principios que dan ciertas garantías a los Estados en el sentido que se respetarán los derechos de la persona requerida. Es en este escenario, adquiere trascendencia el “*principio de especialidad*”, el cual tiene sus raíces en la suscripción de los tratados de extradición y los problemas que se originaron por naciones que la solicitaban por determinados delitos, cuando en la práctica perseguían por hechos distintos²⁵. Cualquier vulneración por parte del Estado requirente puede significar conflictos a nivel internacional entre los Estados, lo que puede llevar a denunciar el respectivo tratado por parte del Estado que se estime afectado, o en caso de no existir, surge la falta de confianza a nivel internacional, la cual es la base en las relaciones internacionales inter Estados.

Por el *principio de especialidad*, una vez que ha sido concedida la extradición de una persona por parte del Estado requerido, el Estado requirente no puede juzgarla por otro delito cometido con anterioridad a la extradición y que no estuviere comprendido dentro del pedido formal realizado por los canales oficiales. En definitiva, el Estado requirente puede juzgar al extraditado sólo por “los delitos que fueron materia de la solicitud de extradición y no por otros diversos”²⁶. El mismo alcance se establece en aquellos casos en que se solicita la extradición para el cumplimiento de una condena, quedando vedado para el Estado requirente hacer cumplir condenas distintas a las que motivaron el pedido de extradición²⁷. Incluso, se ha sostenido que este principio es un derecho del individuo que puede ser utilizado como defensa en un eventual juicio en aquellos casos en que se pretenda someterlo a juicio por hechos distintos. Se puede sostener que es un derecho humano que le asiste al extraditado y que es legalmente vinculante para ambos Estados, el requirente y el requerido, y viene a limitar la competencia de la jurisdicción de un tribunal²⁸.

25 BERNACCHI, Michael Bernard. “Standing for the Doctrine of Speciality in Extradition Treaties: A More Liberal Exposition of Private Rights”. En: *Loyola of Los Angeles Law Review*, N° 1377, Los Ángeles, Estados Unidos, 1992, págs. 1383-1384.

26 CÁRDENAS, ob. cit., págs. 7-39.

27 En este sentido, por ejemplo, lo establece el artículo 14 del Acuerdo sobre Extradición sobre los Estados Parte del MERCOSUR; el Artículo XVII de la Convención de Extradición de Montevideo de 1933 y el artículo 377 del Código de Derecho Internacional Privado.

28 GEORGE, Jonathan. “Toward a More Principled Approach to the Principle of Speciality”. En: *Cornell International Law Journal*, Vol. 12 Issue 2, Nueva York, Estados Unidos, 1979, págs. 309-310.

Llevando este análisis al plano interno podemos preguntarnos: ¿cómo se establecen los alcances del pedido de extradición? Es justamente la audiencia de formalización en ausencia la que otorga certeza jurídica al imputado ausente, toda vez que es en esta manifestación donde se fijan los hechos por los cuales se solicitará la extradición a un Estado extranjero. Por este motivo, sostenemos que esta actuación aun cuando se haya realizado en su ausencia, significa por sobre todo una garantía para el imputado que le permite tener certeza jurídica sobre su persecución penal. Se le confiere así una garantía en el derecho internacional que no será juzgado o sometido a cumplir una condena distinta por la cual se solicitó la extradición. Por consiguiente, más allá de una actuación que pudiera parecer vulneradora de derechos, constituye una garantía de debido proceso para el extraditado.

Principio de especialidad y sus excepciones

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, puede ocurrir en la práctica que una persona tenga múltiples investigaciones en su contra o varias condenas pendientes de cumplimiento, y que no fueron incorporados en el pedido de extradición original. Atendido el principio de especialidad, está vedado ejercer la acción penal pública en su contra, sin embargo, existen ciertas excepciones que están establecidas en los tratados internacionales sobre la materia.

Surgen así dos posibilidades para poder perseguir penalmente a una persona respecto de quien ya se formalizó su pedido de extradición y que ha retornado en calidad de extraditado al país, nos referimos a:

- a. Ampliación de la extradición.
- b. Renuncia tácita al principio de especialidad.

Ampliación de la extradición: nuestra legislación no contempla expresamente esta posibilidad, sin embargo, nuestros tribunales han decidido ampliar solicitudes de extradiciones ya formuladas, fundando sus decisiones en tratados internacionales sobre la materia, tales como, el Código de Bustamante y el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR, entre otros²⁹. De esta forma, en la práctica se debe tramitar como si fuera un nuevo

29 En relación a la ampliación de la extradición, el artículo 377 del Código de Bustamante establece: “La persona entregada no podrá ser detenida en prisión ni juzgada por el Estado contratante a quien se entregue, por un delito distinto del que hubiere motivado la extradición y cometido con anterioridad a la misma, salvo que consienta en ello el Estado requerido, o que permanezca el extraditado libre en los primeros tres meses después de juzgado y absuelto por el delito que originó la extradición o de cumplida la pena de privación de libertad impuesta”. Por su parte el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR, en su artículo 14 N° 1: “La persona entregada no será detenida, juzgada ni condenada en el territorio del Estado Parte requirente

pedido de extradición, debiendo iniciar su tramitación desde el Juzgado de Garantía hasta la remisión de la solicitud al Estado requerido por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

En este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, quien conociendo de una solicitud de ampliación de extradición realizada por la Fiscalía Local de Calama por el delito de homicidio respecto de un imputado quien había sido ya extraditado y se encontraba cumpliendo en Chile una condena, se solicitó ampliar la extradición para juzgarlo por un delito no comprendido en el pedido original. En lo pertinente, la Corte analiza lo dispuesto por el artículo VIII del Tratado de Extradición entre la República de Chile y la República de Perú, el cual consagra el principio de especialidad³⁰, y sostiene: *“De la norma transcrita se desprende que el Estado requirente sólo puede perseguir los delitos por los cuales la extradición fue solicitada, pero establece la posibilidad de la ampliación de la extradición, debiendo solicitarse al Estado requerido, que autorice la ampliación de la extradición para perseguir por aquellos delitos que no fueron comprendidos en el pedido original de la extradición”*. *“Que encontrándose justificada la existencia del delito de homicidio simple en carácter de frustrado, cometido en la ciudad de Calama el día 22 de enero del año 2012, como asimismo, concurriendo presunciones fundadas de participación del imputado como autor material directo del mismo, a cuyo respecto se formalizó la investigación, se hace procedente la solicitud de ampliación de la extradición, sin perjuicio de que en la actualidad se encuentra detenido en el Centro de Detención Preventiva de Calama por la comisión de un delito distinto”*³¹.

por otros delitos cometidos con anterioridad a la fecha de la solicitud de extradición y no contenidos en ésta, salvo en los siguientes casos: Cuando la persona extraditada, habiendo tenido la posibilidad de abandonar el territorio del Estado Parte al que fue entregada, haya permanecido voluntariamente en él por más de 45 días corridos después de su liberación o regresare a él después de haberlo abandonado. Cuando las autoridades competentes del Estado Parte requerido consintieren en la extensión de la extradición a efectos de la detención, enjuiciamiento o condena de la persona reclamada por un delito distinto del que motivó la solicitud. 2° A este efecto, el Estado Parte requirente deberá remitir al Estado Parte requerido una solicitud formal de extensión de la extradición, la que será resuelta por este último. La solicitud deberá estar acompañada de los documentos previstos en el párrafo 4 del artículo 18 de este Acuerdo y del testimonio de la declaración judicial sobre los hechos que motivaron la solicitud de ampliación, prestada por el extraditado con la debida asistencia jurídica”.

30 Artículo VIII del Tratado de Extradición entre la República de Chile y la República de Perú: “La extradición acordada por uno de los Gobiernos al otro, no autoriza el enjuiciamiento y castigo del extraditado por delito distinto del que sirvió de fundamento a la demanda respectiva, ni la entrega a otra Nación que lo reclame. Para acumular a la causa del mismo individuo un crimen o delito anterior que se hallare comprendido entre los que dan lugar a la extradición, será necesario el consentimiento especial del Gobierno que hizo la entrega del delincuente...”.

31 Corte de Apelaciones de Antofagasta, 6 de enero de 2017, Rol N° 348-2016.

Importante es señalar que la solicitud de ampliación de la extradición procede en aquellos casos en que el Estado requerido ya ha accedido a la solicitud de extradición del pedido original pero, además, el requerido ya ha retornado al Estado requirente o ha sido concedida la extradición y está pendiente su traslado. En aquellos casos en que se ha solicitado formalmente el pedido de extradición, pero aún no ha habido resolución del Estado requerido, lo que procede es formular un nuevo pedido de extradición, mas no la ampliación de la misma.

Renuncia tácita al principio de especialidad: una vez que el extraditado es retornado al Estado requirente y ha sido juzgado, pudiendo ser absuelto o condenado, o en el caso que se ha requerido para cumplimiento de condena ésta ya se encuentra cumplida, es posible perseguirlo penalmente respecto de otros delitos no incluidos en el pedido de extradición que motivó su retorno, siempre que exista una renuncia tácita al principio de especialidad.

Esta renuncia se entiende conferida cuando la persona permanece en el país por un período de tiempo, pudiendo ser entre 45 días a 3 meses dependiendo del tratado de extradición de que se trate, luego de que se produzca alguna de las siguientes situaciones:

- Haber sido absuelto, en caso de haber sido solicitada su extradición para juzgamiento.
- Haber cumplido la condena por la cual fue solicitada la extradición.
- Haber retornado al país luego de haberlo abandonado.

Estos comportamientos implican una renuncia implícita a la protección del Estado requerido, por lo que la persona puede ser procesada nuevamente por delitos cometidos con anterioridad al pedido de extradición o cumplir una condena pendiente respecto de la cual no fue comprendida en el pedido formal de extradición³².

Para entender de mejor forma la renuncia a este principio, haremos referencia a un fallo del Tribunal Supremo Español que hace un análisis del principio de especialidad, conforme al cual el país requirente y receptor del entregado se compromete a no juzgarlo por hechos anteriores diversos de aquél que sirvió de justificación para la entrega por parte del país que ejecuta la detención y entrega, sin perjuicio de ciertas excepciones como es la renuncia tácita a que hemos hecho referencia. Así, el tribunal español sostiene que es posible perseguir penalmente a una persona por delitos no contemplados del pedido de extradición:

32 Así lo establecen, por ejemplo, el artículo 14 del Acuerdo sobre Extradición sobre los Estados Parte del MERCOSUR; el artículo XVII de la Convención de Extradición de Montevideo y el artículo 377 del Código de Derecho Internacional Privado.

“Cuando, habiendo tenido la oportunidad de salir del territorio del Estado miembro al que haya sido entregada, la persona no lo haya hecho en un plazo de 45 días desde su puesta en libertad definitiva, o haya vuelto a dicho territorio después de haber salido del mismo”³³.

En este mismo sentido, por ejemplo, el nuevo Tratado de Extradición entre Chile y Estados Unidos de América regula el principio de especialidad en su artículo 16, el que establece expresamente en su numeral 3° la renuncia al principio de especialidad, pudiendo por consiguiente perseguirse al extraditado aun por delitos no contemplados en el pedido de extradición cuando dicha persona:

- abandone el territorio del Estado requirente después de su extradición y regrese al mismo voluntariamente; o
- no abandone el territorio del Estado requirente en el plazo de 30 días contados a partir de la fecha en que quedó en libertad de hacerlo³⁴.

En definitiva, el principio de especialidad se establece como un derecho y garantía para el requerido que se traduce en que el Estado requirente sólo podrá perseguirlo por los delitos que se han establecido en el pedido de extradición, quedando vedada su persecución por hechos diversos, a menos que, el Estado requirente solicite una ampliación de la extradición o que exista una renuncia tácita por parte del imputado en los términos ya explicados.

Efectos de la formalización en ausencia

Retomando la formalización en ausencia, y como ya señaláramos, el artículo 229 del CPP define la formalización de la investigación como una comunicación que el fiscal hace al imputado sobre los hechos que investiga en su contra. Este acto procesal genera efectos jurídicos dentro de la investigación fiscal, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 233 del CPP. Dentro del procedimiento de extradición, nos surge la interrogante si estos efectos contemplados en el CPP son aplicables también a la formalización en ausencia. Nos enfocaremos especialmente en dos de ellos, que son los que cobran relevancia en la tramitación de un procedimiento de extradición:

- a. comienza a correr el plazo de investigación fijado por el Juzgado de Garantía;
- b. suspende la prescripción de la acción penal.

33 Tribunal Supremo de España. Sala Penal. Sede: Madrid. N° Recurso: 2346/2017. N° de Resolución 415/2015. Recurso de Casación. 6 de julio de 2015.

34 Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América, suscrito el 5 de junio de 2013 en Washington, publicado en el Diario Oficial con fecha 18 de abril de 2017.

a) Respecto a la procedencia de fijar un plazo de investigación, una vez formalizado el imputado en ausencia, podríamos sostener que existe norma expresa que establece la necesidad de fijar un plazo, más aun considerando que dicha actuación se considera una garantía para el imputado. Sin embargo, como sostuvimos anteriormente, la formalización en ausencia es una excepción contemplada en nuestra legislación, siendo el único caso en que el legislador permite realizarla sin la presencia del imputado. Como explicamos, entendemos esta actividad procesal como necesaria dentro del procedimiento de extradición para poder fijar los hechos sobre los cuales versará esta solicitud al Estado requerido, y con ello hacer aplicable el principio de especialidad, todo con miras a asegurar garantías procesales mínimas para el requerido.

De esta forma, teniendo presente el carácter excepcional de la formalización en ausencia y considerándola como una forma de garantía para el imputado en el proceso de extradición, es necesario interpretar sus efectos con esa misma lógica. Es por este motivo, que sostenemos que no es procedente fijar un plazo de investigación en estos casos, toda vez que al comenzar a correr el plazo establecido en ausencia del imputado, sin que el requerido retorne al país, el tribunal estaría poniendo al fiscal en la situación del artículo 248 del CPP. Esto significa que el persecutor deberá cerrar la investigación y luego valorar los antecedentes recogidos durante la investigación, decidiendo: sobreseer definitiva o temporalmente la causa, comunicar decisión de no perseverar en el procedimiento, o derechamente acusar al imputado ausente.

Si el fiscal decide formular acusación, estaría privando con ello del derecho a defensa del imputado, esto porque al regresar no tendría posibilidad de solicitar diligencias, conocer los antecedentes de la investigación y tendría que derechamente enfrentar un juicio oral sin haber podido participar durante esta etapa procesal. Refuerza esta idea lo que ocurre en la práctica en los Juzgados de Garantía, ya que en la primera audiencia al regreso del extraditado se le comunican los hechos investigados, toda vez que hasta ese momento desconocía los hechos formales que motivan la investigación.

b) El segundo efecto es determinar si la formalización en ausencia suspende el curso de la prescripción de la acción penal o de la pena. Al respecto, no existe una norma expresa que resuelva esta interrogante, motivo por el cual para dilucidar este punto recurriremos a un análisis general de la regulación de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación.

Para ello, debemos referirnos a la relación existente entre el artículo 233 del CPP y el artículo 96 del Código Penal chileno. Esta última norma establece que la prescripción se suspende desde que el procedimiento se dirige en contra del delincuente, cuestión que era discutida antes de la Reforma Procesal

Penal, aceptándose mayoritariamente que no era necesario el sometimiento a proceso y bastaba con que se iniciara por cualquiera de las formas establecidas en el Código de Procedimiento Penal, comprendiendo incluso la denuncia³⁵.

Con la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal existen autores, como Garrido Montt, quienes sostienen que esta situación varía conforme al Código Procesal Penal, toda vez que si se aplicara esta regla, la prescripción se suspendería desde la primera diligencia que se realizara en contra del imputado, momento en el cual una persona adquiere dicha calidad, de acuerdo lo dispone el artículo 7° CPP. Sin embargo, sostienen que en la actualidad no ocurre lo indicado, toda vez que existe norma expresa refiriéndose al artículo 233 letra a) CPP, que dispone que la suspensión se produce al momento de formalizar la investigación en su contra³⁶.

Sin embargo, existen otros autores, así como jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema, que sostienen que el artículo 96 CPP mantiene su vigencia y, por consiguiente, la prescripción se suspende desde que el procedimiento se dirige en contra del imputado, no siendo privativo este efecto a la formalización de la investigación exclusivamente³⁷. Esto se ve reforzado con la misma estructura del proceso penal actual, que establece en aquellos delitos de menor gravedad (sancionados con penas inferiores a 541 días de privación de libertad) que se debe presentar un requerimiento simplificado, no existiendo por tanto formalización de investigación que pueda suspender la prescripción. Con ello se establecería una consecuencia que carece de toda lógica, que en los delitos de menor gravedad no se suspendería la prescripción por no formalizarse investigación en contra del imputado. A mayor abundamiento, se debe considerar que la calidad de imputado se obtiene desde que el procedimiento se dirige en contra de una persona, como lo dispone el artículo 7 CPP, lo que se entiende desde que se realiza cualquier diligencia o gestión por parte del órgano persecutor en contra de una persona, asistiéndole desde esos momentos sus derechos. En este sentido, la Excm. Corte Suprema ha resuelto que incluso la denuncia tiene el efecto de suspender la prescripción, toda vez que tiene el mérito de apuntar el procedimiento en contra de un imputado³⁸.

35 CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica, 2005, p. 802.

36 GARRIDO, Mario, ob. cit., págs. 395-396.

37 FERRERA LEIVA, Hernán. “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 Excm. Corte Suprema). En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 67, Santiago, Chile, Ministerio Público, año 2016, p. 10.

38 Excelentísima Corte Suprema de Chile, 06 de mayo de 2014, Rol N° 4264-2013.

De la misma forma, la Excma. Corte Suprema ha resuelto que tanto la querrela, así como la presentación por parte del fiscal de un requerimiento simplificado en contra de un imputado, tienen el efecto de suspender la prescripción. Incluso, en un recurso de queja interpuesto por la Fiscalía en relación al efecto suspensivo del requerimiento en procedimiento simplificado, se acoge el recurso y se concluye que la presentación del requerimiento simplificado: *“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”*³⁹.

Si bien, tanto las normas referidas como la jurisprudencia citada no versan sobre el efecto de la formalización en ausencia en materia de prescripción, a nuestro entender contienen varios elementos que nos ayudan a razonar y resolver nuestra pregunta.

Al efecto, la Corte Suprema ha resuelto que no sólo la formalización de la investigación, entendiéndose en los términos del artículo 229 del CPP, suspende la prescripción, sino también la denuncia, la querrela e incluso el requerimiento simplificado, ampliando con ello las actuaciones procesales que producen este efecto. Por otro lado, nos parece de relevancia la interpretación que realiza la Corte al considerar que no puede quedar entregado el plazo de prescripción al arbitrio de elementos externos y no atribuibles al Ministerio Público o a la víctima, como precisamente ocurre en el caso que un imputado se da a la fuga fuera del territorio jurisdiccional de Chile. Es muy importante tener presente que las extradiciones pasivas (considerando que una vez efectuada una solicitud formal de extradición por Chile a otro Estado, se inicia en éste un procedimiento de extradición pasiva regulado por su legislación) tienen tiempos de tramitación que en algunos países puede demorar años, por lo que puede ser perfectamente posible que la acción penal prescriba mientras se tramita la extradición en el Estado requerido, ello en el evento que consideremos que la formalización en ausencia no suspende la prescripción.

Teniendo presente este razonamiento, entendemos que el efecto contemplado en el artículo 233 del CPP letra a) es plenamente aplicable a la formalización en ausencia, considerando que se trata de una actuación realizada por el órgano persecutor, donde existen antecedentes serios que, además, son sometidos a un control jurisdiccional de un juez de la República. De esta forma, se puede concluir que esta actuación, en el marco del procedimiento de extradición, sí produce el efecto de suspender el plazo de prescripción que corre en contra del imputado ausente.

39 Excelentísima Corte Suprema de Chile, 17 de noviembre de 2010, Rol N° 6139-2010.

Requisitos ante el Juez de Garantía

Los artículos 431 y 432 CPP establecen tres requisitos que deben acreditarse ante el Juzgado de Garantía para que se conceda la solicitud de extradición. Estos son:

- a) Principio de mínima gravedad.
- b) Que concurran los requisitos establecidos en el artículo 140 del CPP.
- c) Acreditar el lugar y país en que el imputado se encontrare en la actualidad.

A continuación, procederemos a analizar cada uno de ellos, a la luz de las distintas interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales que se han realizado al respecto.

a) El principio de la mínima gravedad

El artículo 431 del Código Procesal Penal establece que para la procedencia de la extradición debe tratarse de un delito que “tuviera señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año” (en los casos que se solicite para juzgamiento). Por otro lado, cuando la solicitud de extradición tiene por objeto hacer cumplir en el país una sentencia definitiva condenatoria, debe tratarse de una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo y superior a un año.

La norma antes señalada, consagra el principio de mínima gravedad en nuestra legislación, en virtud del cual la extradición sólo procede tratándose de delitos graves⁴⁰ y respecto de conductas particularmente reprobables en el sistema penal. En este sentido, para poder determinar la gravedad de un delito, debemos recurrir a la naturaleza y duración de la pena como principal indicador de la gravedad que un Estado le asigna a un hecho delictivo⁴¹. Sin embargo, éste no es un tema pacífico de resolver, en especial considerando la naturaleza de las penas establecidas en nuestro sistema sancionatorio, tal como expondremos a continuación.

Para poder analizar el cumplimiento de este requisito al momento de solicitar una extradición, debemos distinguir dos situaciones:

- Aquellas en que se requiere la extradición para juzgamiento.
- Aquellos casos que dicen relación con el cumplimiento de una sentencia condenatoria.

40 MATUS Y RAMÍREZ, ob. cit., p. 411.

41 CÁRDENAS, ob. cit., p. 14.

Respecto de las solicitudes efectuadas dentro del marco de un juzgamiento pendiente. Como ya señalamos, el artículo 431 del CPP establece que la extradición procede respecto de aquellos delitos “*que tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año*”.

En este punto, lo primero que debemos determinar es si la pena mínima a que se hace referencia es en concreto o en abstracto. Para resolver este tema, debemos tener presente que la ley designa en abstracto la pena que corresponde a cada una de las figuras penales que establece⁴², por este motivo coincidimos con lo sostenido por el profesor Enrique Cury y la profesora Claudia Cárdenas, en cuanto a que la gravedad del delito para efectos de la extradición debe considerarse en atención a la pena establecida en la norma respectiva, independiente del grado de ejecución del hecho que motiva la solicitud o del grado de participación de la persona que se requiere⁴³, pudiendo solicitarse por un crimen o simple delito tentado o frustrado⁴⁴ o respecto de un autor, cómplice o encubridor. Esto es de toda lógica, toda vez que cuando la extradición se solicita en la etapa procesal correspondiente a una investigación vigente, sin haber un pronunciamiento de un tribunal en cuanto al grado de ejecución o participación, pudiera acusarse a un imputado por hechos que a juicio del fiscal se encuentran ejecutados en una etapa imperfecta, pero luego finalmente el tribunal podría determinar que el delito se encuentra consumado o viceversa. Lo mismo ocurre en cuanto al grado de participación, pudiendo un fiscal acusar por participación en calidad de cómplice pero ser condenado como autor o viceversa.

A mayor abundamiento, no debemos olvidar las reglas de la hermenéutica establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, en especial aquella contenida en el artículo 19 del Código Civil chileno, que establece que cuando el sentido de la ley es claro no se debe desatender su tenor literal. Así, en esta norma el legislador señaló expresamente que debemos considerar la pena señalada por la ley al delito, por lo que la duración de la pena mínima de un año corresponde a la expresamente establecida en la ley, independiente del grado de ejecución del delito o participación del requerido.

Resuelto lo anterior, uno de los temas más discutidos en nuestra legislación y doctrina dice relación con el requisito de la duración de la pena exigida, esto es, un año de privación de libertad.

42 GARRIDO, ob. cit., p. 322.

43 CÁRDENAS, ob. cit., p. 14. En el mismo sentido, el artículo 352 del Código de Bustamante establece: “La extradición alcanza a los procesados o condenados como autores, cómplices o encubridores de delito”.

44 CURY, Enrique, ob cit., p. 220.

Sobre este punto, en la discusión en el Congreso Nacional en la redacción del artículo 431 CPP, se analizó la exigencia de imponer como requisito una pena privativa de libertad que exceda de un año, toda vez que ha provocado problemas prácticos de interpretación. Se tuvo en consideración que muchos delitos tienen un rango de pena de sesenta a quinientos cuarenta días, quedando la duda si se trata de la pena mínima o la pena máxima. Para resolver este problema, se acordó que debe tratarse de un delito que tenga señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima no sea inferior a un año⁴⁵.

Lejos de ser una solución, por el contrario, nos parece que la redacción de la norma genera dificultades para analizar el principio de mínima gravedad, en especial, teniendo presente las características de nuestro sistema de penas. Al efecto, a diferencia de otros países que fijan un marco sancionatorio de meses y/o años, nuestra regulación penal se ha encargado de establecer un sistema de penas por grado, configurando un detallado cuadro que incluye distintos grados y posibles variables que los tribunales deben aplicar para calcular la pena que efectivamente se impondrá⁴⁶. Así, el Código Penal en sus artículos 50 y siguientes, establece escalas graduales, las que contemplan un marco de tiempo, dejando la determinación de las penas concretas a los tribunales, entregándoles para ello una compleja regulación para su determinación.

En atención a este sistema de penas, se presenta una dificultad interpretativa al momento de resolver si determinados delitos cumplen con el requisito de la mínima gravedad. La principal duda surge en aquellos delitos que contemplan dentro de su escala de pena, el presidio menor en su grado mínimo (grado que comprende desde 61 a 540 días) y si se cumple con ello el principio de la mínima gravedad de acuerdo al artículo 431 del Código Procesal Penal.

Algunos autores sostienen que el principio de mínima gravedad en materia de extradición, considerando que las escalas de penas de nuestro Código Penal no contemplan la división superior o inferior de un año, sólo sería procedente respecto de delitos sancionados con penas desde el presidio o reclusión menor en su grado medio o superior⁴⁷.

Por otro lado, existen autores que sostienen que no se debe descartar la pena de presidio menor en su grado mínimo, sino que “debe considerarse si el

45 PFEFFER, Emilio. *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*, 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2006, p. 656.

46 GARRIDO, ob. cit., págs. 317-318.

47 POLITOFF, Sergio; MATUS Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Parte General. 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003, págs. 149-150.

monto total de la pena mínima supera los 365 días”, teniendo presente que la pena es en abstracto⁴⁸.

Por nuestra parte, sostenemos que para poder determinar la procedencia de la extradición atendido este requisito, debemos hacer una distinción⁴⁹:

- Aquellos delitos sancionados con una pena que consta de dos o más grados (partiendo en presidio menor en su grado mínimo a medio o presidio menor en su grado mínimo a máximo).

Según lo dispone el artículo 58 del Código Penal, “en los casos en que la ley señala una pena compuesta de dos o más distintas, cada una de éstas forma un grado de penalidad, la más leve de ellas el mínimo y la más grave el máximo”, por tanto a nuestro entender, el grado menor constituye la pena mínima, que en este caso sería el presidio menor en su grado mínimo en su conjunto o el grado completo (desde 61 a 541 días), el cual contempla dentro de su extensión el año de duración, cumpliéndose por tanto este requisito.

Como indicáramos precedentemente, siempre se debe tener presente que la pena a considerar es la señalada en la ley al delito, por consiguiente, es pena en abstracto y no puede concluirse que la pena mínima es de 61 días, ya que ello implicaría que estamos haciendo un análisis en concreto.

Para graficar esta situación, recurriremos al análisis del delito de receptación, el cual se encuentra sancionado en el artículo 456 bis A del Código Penal con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados, esto es, presidio menor en su grado mínimo a presidio menor en su grado máximo (pena que va desde los 61 días hasta los 5 años). Si una persona comete este delito, el tribunal tiene un marco de pena que contempla el presidio menor en cualquiera de sus grados, pudiendo recorrer la pena en toda su extensión. De esta forma, la pena mínima será presidio menor en su grado mínimo en su conjunto, grado que contempla el año de duración, y no 61 días, ya que en ese caso estaríamos en presencia de una pena en concreto.

- Por otro lado, debemos tener en cuenta aquellos delitos sancionados sólo con pena de presidio menor en su grado mínimo (pena que comprende desde 61 días a 540 días).

48 PICAND ALBÓNICO, Eduardo. “La Mínima Gravedad de la Pena en los Procesos de Extradición Activa”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 36, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2008, págs. 166-167.

49 En este mismo sentido, Instructivo del Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile, Oficio N° 0658/2014, de fecha 5 de septiembre de 2014, que imparte criterios generales de actuación del Ministerio Público en actuaciones y diligencias de carácter internacional.

De conformidad lo dispone el artículo 67 CP⁵⁰, para poder determinar el mínimo dentro de esta pena que está conformada por sólo un grado de una pena divisible, debemos considerar como pena mínima el minimum del grado (esto es, de 61 a 300 días), tramo que no contempla el año de privación de libertad. Por este motivo, concluimos que si el delito se encuentra sancionado por ley sólo con presidio menor en su grado mínimo, no se cumple con la exigencia de un año de duración. Por ejemplo, tratándose de un delito de amenazas no condicionales, que se encuentra sancionado en el artículo 296 N° 3 del Código Penal con una pena de presidio menor en su grado mínimo, no se cumple con la gravedad mínima exigida.

Para explicar y graficar de mejor forma el requisito de la pena mínima de un año, haremos referencia a un procedimiento de extradición pasiva por parte de la República de Ecuador, conocido por la Excelentísima Corte Suprema, donde se requirió la extradición de una persona por un cuasidelito de homicidio⁵¹. En Ecuador este ilícito se encuentra sancionado con la pena de prisión de 3 a 5 años de privación de libertad, mientras que en Chile se encuentran sancionados en el artículo 490 N° 1 CP con la pena de reclusión o relegación menores en su grado mínimo a medio (desde 61 días a 3 años de privación de libertad).

Uno de los argumentos de la defensa para solicitar el rechazo de la extradición versaba sobre la mínima gravedad, que en este caso tenía una complejidad extra, toda vez que se había invocado por parte de Ecuador el Tratado de Extradición de MERCOSUR, el que establece como principio de mínima gravedad aquellos casos que tengan una “pena privativa de libertad cuya duración máxima no sea inferior a dos años”⁵². Por otro lado, debía cumplirse con el requisito establecido en nuestra legislación, esto es, la pena mínima señalada por la ley al delito de un año.

La alegación de la Fiscalía fue en el sentido antes expuesto, sosteniendo que se cumplía con el requisito del año como pena mínima del delito, toda

50 Artículo 67 Código Penal Chileno: “Cuando la pena señalada al delito es un grado de una divisible y no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal puede recorrer toda su extensión al aplicarla. Si concurre sólo una circunstancia atenuante o sólo una agravante, la aplicará en el primer caso en su minimum, y en el segundo en su maximum”.

51 Excelentísima Corte Suprema de Chile, extradición pasiva Egidio Calle Naranjo, 24 de noviembre de 2016, Rol N° 70.381-2016.

52 El artículo 2 N° 1 Tratado de Extradición MERCOSUR establece: “Darán lugar a la extradición los hechos tipificados como delito por las leyes del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido, cualquiera sea la denominación de los delitos, que sean punibles en ambos Estados con una pena privativa de libertad cuya duración máxima no sea inferior a dos años”.

vez que en Chile el cuasidelito de homicidio es sancionado con una pena compuesta de dos grados (presidio menor en su grado mínimo a medio), siendo la pena mínima el presidio menor en su grado mínimo en su conjunto, el cual incluye dentro de su extensión el año de privación de libertad. Por otro lado, también se cumplía el requisito del Tratado de Extradición de MERCOSUR, ya que la pena máxima en nuestra legislación era presidio menor en su grado medio (de 541 días a 3 años) y dicho grado abarca la pena de dos años.

La extradición fue rechazada en primera instancia, toda vez que el Ministro Instructor concluyó que no revestía de la gravedad suficiente para acceder a la extradición, teniendo en consideración para ello la pena con la que se sancionaba en nuestra legislación este delito.

Sin embargo, la Sala Penal conociendo el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía de Chile en representación de los intereses de la República de Ecuador, revocó la resolución y concedió la extradición. Para revocar sostuvo que se satisfacía la exigencia contemplada en nuestra legislación de la pena mínima superior a un año. Concluye, además, que el principio de mínima gravedad implica una apreciación de la pena aplicable en abstracto, considerando la naturaleza del procedimiento de extradición que es un “antejuicio” “en el que sólo se determina la concurrencia de ciertos requisitos previstos por el legislador, por lo que la naturaleza jurídica del procedimiento responde en esencia a un acto estatal de cooperación penal internacional quedando reservadas las alegaciones destinadas a fijar la pena aplicable en concreto para la etapa de juicio propiamente tal”⁵³.

Por lo razonado precedentemente, respecto del principio de mínima gravedad podemos concluir que la extradición, en nuestra legislación, procede respecto de aquellos delitos que son sancionados por ley con una pena compuesta desde el presidio menor en su grado mínimo a medio, quedando excluidos aquellos casos en que la sanción sea exclusivamente el presidio menor en su grado mínimo.

Respecto de aquellas situaciones que dicen relación con el cumplimiento de una sentencia condenatoria, para que se conceda la extradición es necesario cumplir con dos requisitos:

Que la pena impuesta por sentencia condenatoria sea superior a un año. Este requisito nos parece que es bastante claro y sin mayores dificultades interpretativas. Ello, porque existiendo una condena por cumplir, la duración de la pena ya está específicamente determinada por los tribunales.

53 Sala Penal, Corte Suprema, 4 de enero de 2017, Rol N° 95.906-2016.

Que la pena sea privativa de libertad y de cumplimiento efectivo. En este sentido, las penas privativas de libertad constituyen la regla general en nuestro sistema. Se considera que tienen esta calidad aquellas que privan al condenado de su libertad de desplazamiento, por lo que esta persona “debe mantenerse todo el tiempo de duración de la condena sometido a un régimen de encierro”⁵⁴. Conforme lo dispone nuestra Constitución Política de la República, las penas privativas de libertad sólo pueden llevarse a cabo en la casa del condenado o en lugares públicos destinados a este fin⁵⁵.

Sin perjuicio de lo señalado, es importante hacer referencia a la Ley N° 18.216 que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Esta regulación contempla como penas sustitutivas la remisión condicional, la reclusión parcial, la libertad vigilada, la libertad vigilada intensiva, expulsión y prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Respecto de estas penas, la interrogante que surge es determinar cuáles de ellas son consideradas penas privativas libertad para los efectos de cumplir con este requisito en el procedimiento de extradición.

Para resolver lo antes expuesto, debemos considerar la naturaleza jurídica de las penas que se establecen en la Ley N° 18.216, la que expresamente en su artículo 1° se refiere a ellas como “penas sustitutivas”, por lo que necesariamente sustituyen a una pena privativa o restrictiva de libertad que fue primitivamente impuesta⁵⁶. Teniendo en cuenta el catálogo de penas sustitutivas contempladas en la ley, debemos dilucidar cuál de ellas implican un encierro de la persona y, por consiguiente, constituyen una pena privativa de libertad.

Considerando las modalidades de cumplimiento de cada una de las penas sustitutivas y, además, atendiendo a su naturaleza, podemos concluir que la única medida que tiene el carácter de pena privativa es la reclusión parcial, toda vez que es la única pena que implica una restricción efectiva a la libertad de desplazamiento y que impone un régimen de encierro. Las otras penas sustitutivas no afectan la restricción de libertad o libertad ambulatoria de un condenado, ni tampoco lo someten un régimen de tales características.

54 ORTIZ, Luis y ARÉVALO, Javier. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2014, págs. 114-115.

55 Artículo 19 N° 7 letra d) de la Constitución Política de la República de Chile: “Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto”.

56 MINISTERIO DE JUSTICIA. *Nuevo Sistema de Penas Sustitutivas, Ley N° 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603*. Santiago, Chile, 2013, p. 32.

A saber, la ley define la reclusión parcial como “el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales”⁵⁷, la cual está inspirada en el “*curfew orders*” o también llamado arresto domiciliario⁵⁸. Por este motivo, y como lo sostienen Ortíz y Arévalo, las modalidades que puede tomar el encierro son: el presidio, reclusión, prisión y arresto domiciliario, el que actualmente, de acuerdo a la modificación de la Ley N° 18.216, corresponde a la pena de reclusión parcial de libertad⁵⁹.

Por consiguiente, en estricto rigor las penas privativas de libertad de cumplimiento efectivo en los términos exigidos por el artículo 431 inciso final del CPP para acceder a la extradición, son las penas impuestas por sentencia definitiva condenatoria con cumplimiento efectivo y la pena sustitutiva de reclusión parcial.

Sin perjuicio de lo expuesto, no podemos desconocer los efectos que tiene en la persecución penal la imposibilidad de solicitar la extradición respecto de condenados sujetos a penas sustitutivas de la Ley N° 18.216, distintas a la reclusión parcial.

Si bien concluimos, que sólo la reclusión parcial puede ser considerada como pena privativa de libertad para los efectos de cumplir el requisito del procedimiento de extradición, no podemos desconocer que en los casos en que se encuentra acreditado en el procedimiento que un condenado se encuentra fuera del país, existe un evidente incumplimiento a cualquier pena sustitutiva impuesta. De esta forma, no parece lógico la imposibilidad de revocar las penas sustitutivas en ausencia del imputado y con ello quedar habilitado para solicitar su extradición. Si se sostiene una interpretación contraria, deja estos casos en absoluta impunidad y entregado al arbitrio del condenado el cumplimiento de su sanción, sin existir ninguna posibilidad de exigir el cumplimiento compulsivo.

Respecto de este punto, nos remitiremos a las normas de revocación de las penas sustitutivas de la Ley N° 18.216, las cuales a nuestro entender parten de la premisa que el condenado que incumple se encuentra dentro del territorio jurisdiccional, sin representarse la posibilidad que se haya fugado a otro país. En efecto, el artículo 24 de la Ley 18.216 se pone en el supuesto que el condenado no se presente en Gendarmería dentro del plazo de 5 días

57 Artículo 7° Ley N° 18.216: “La pena de reclusión parcial consiste en el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, durante cincuenta y seis horas semanales. La reclusión parcial podrá ser diurna, nocturna o de fin de semana...”.

58 TORRES, Nuria. “Contenido y fines de la pena de localización permanente”. En: *Revista para el análisis del Derecho*, Universitat Rovira i Virgil, Indret 1/2012, Barcelona, España, 2012, p. 3.

59 ORTIZ y ARÉVALO, ob. cit., p. 115.

desde que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada, estableciendo la posibilidad de que el juez pueda despachar inmediatamente una orden de detención. La situación que cabe representarse es qué ocurre si el condenado se fugó del país y, por tanto, la orden de detención no tendrá efectos en el ámbito internacional.

De esta forma, cobran relevancia los artículos 25 y 26 de la mencionada ley, normas que establecen las reglas para proceder a la revocación de las penas substitutivas por incumplimiento. Si bien, la mayoría de los juzgados de garantía consideran que la presencia del imputado es un requisito de validez para la realización de la audiencia de revocación de beneficios, existe jurisprudencia que ha revocado medidas alternativas en ausencia de un imputado con la finalidad de obtener su extradición.

Así lo ha resuelto, por ejemplo, el Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, si bien la resolución es anterior a la modificación implementada por la Ley N° 20.603 que modifica la Ley N° 18.216, razona en una lógica que a nuestro juicio es aplicable a la nueva normativa. En este sentido, el tribunal accede a la solicitud de la fiscalía en orden a revocar dos beneficios de remisión condicional, teniendo el siguiente razonamiento: *“Es necesario tener presente que para los efectos de dar inicio a los trámites de extradición activa por parte del Ministerio Público, teniendo especialmente presente que mientras no se encuentre en territorio de la República, obviamente no es posible su comparecencia a cualquier tipo de Tribunal, sin este requisito previo”*⁶⁰. Con este fundamento, el tribunal revoca ambos beneficios ordenando su cumplimiento efectivo y accedió a la solicitud de extradición. De esta forma, el tribunal razona que encontrándose acreditado en el proceso que el condenado se encontraba fuera del país, era ilusoria la posibilidad de forzar su comparecencia mediante una orden de detención.

Si analizamos en detalle el punto expuesto, nos encontramos ante un círculo vicioso pues, por un lado, estamos en conocimiento que el condenado se encuentra fuera del país; sin embargo, aun cuando exista una orden de detención en su contra, ésta es impracticable fuera de los límites jurisdiccionales de nuestro territorio nacional, por lo tanto, la única forma de forzar su traslado es mediante la solicitud formal de extradición al Estado requerido. A pesar de ello, no puede ser llevado a cabo porque la pena por la cual se persigue no es privativa de libertad. Con esta situación, queda claramente establecido en el proceso que existe un incumplimiento grave, que daría sin lugar a dudas a la revocación del beneficio, pero que no se puede realizar porque el imputado no comparece.

60 Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, 21 de abril de 2011, RUC N° 0600759389-7, RIT N° 9645-2006.

Por lo antes dicho, entendemos que teniendo presente el razonamiento jurídico que implica la institución de la extradición, la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico en la materia debe ser realizado en ese contexto. No podemos perder de vista que la finalidad de este procedimiento es poder perseguir de manera efectiva a las personas que cometen delitos y se encuentran fuera del país. Es por ello que estimamos que no se puede desechar ipso facto la posibilidad de solicitar la revocación de una pena sustitutiva teniendo como fundamento que no se logra la comparecencia del condenado a la audiencia de revocación. Por el contrario, entendemos que si se acredita que el condenado está fuera del país, esto es un argumento válido para solicitar la revocación de la pena sustitutiva en los términos del artículo 25 de la Ley N° 18.216. De esta forma, si se revoca y se ordena el cumplimiento efectivo o se revoca imponiendo, por ejemplo, la reclusión parcial, es posible solicitar la extradición con la finalidad de hacer cumplir compulsivamente una sanción impuesta válidamente por un tribunal de la República. Si se adopta una postura contraria significa dejar al arbitrio de un condenado el cumplimiento de una pena.

b) Concurrencia de los requisitos del artículo 140 CPP

El artículo 432 del CPP establece como uno de los requisitos para conceder la extradición, la concurrencia de los requisitos del artículo 140 del CPP.

La redacción de la norma es bastante clara, la acreditación del cumplimiento de los requisitos del artículo 140 CPP dice relación con un estándar mínimo de seriedad de los antecedentes con que se cuenta para solicitar la extradición de una persona. Esta norma obliga al fiscal a acreditar ante el Juez de Garantía, la existencia de antecedentes serios que permitan presumir la existencia del delito y participación del imputado, constituyendo a nuestro entender un “*control de jurisdiccionalidad*” dentro del marco de la solicitud de extradición. De esta forma, sólo si el Juzgado de Garantía estima que existen antecedentes investigativos serios accederá a la solicitud.

Por otro lado, una vez que se ha concedido la solicitud de extradición y habiéndose acreditado los requisitos del artículo 140 del CPP, si el fiscal o querellante lo piden, el juez declarará la procedencia de pedir en el país o al Estado requerido la prisión preventiva u otra medida cautelar. Pudiera ser que en primera instancia se entienda que la resolución que corresponde dictar por el Juez de Garantía es decretar la prisión preventiva, sin embargo, si analizamos el tenor de la norma, no se trata de una prisión preventiva anticipada, ni tampoco que un juez chileno decrete una medida cautelar con efectos en el extranjero, toda vez que esto no es posible por los límites a la soberanía y jurisdicción. El alcance del análisis de los requisitos establecidos en esta norma, dice relación con la acreditación por parte del órgano jurisdiccional que los antecedentes investigativos son suficientes para que

un país extranjero se pronuncie, de acuerdo a su legislación, sobre eventuales medidas cautelares durante el procedimiento de extradición pasivo (esto es en el Estado requerido).

En ese sentido, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en su 2º Informe “consideró preferible redactar en términos más explícitos el inciso tercero que dispone que el juez de garantía debe declarar la procedencia de pedir en el país extranjero la prisión preventiva u otra medida cautelar personal respecto del imputado siempre que se cumplan las condiciones que permitan decretarla en Chile. Esta regla obedece a razones de lógica, ya que no se justificaría recabar la aplicación de tales medidas si no son procedentes en Chile”⁶¹.

Resulta relevante destacar que en la práctica se han generado algunas dificultades interpretativas, toda vez que algunos tribunales, una vez que dan por acreditados los requisitos del artículo 140 CPP, resuelven decretar la prisión preventiva en Chile del imputado ausente, lo que no es procedente. En definitiva, la resolución que corresponde dictar es: “la procedencia de pedir, en el país extranjero, la prisión preventiva u otra medida cautelar personal respecto del imputado”⁶².

c) Acreditar lugar y país donde se encuentra el requerido en la actualidad

Este tercer y último requisito dice relación con establecer que el imputado se encuentra en el extranjero, debiendo constar en el procedimiento, el país y lugar en que el imputado se encuentra al momento de solicitar la extradición.

Sin lugar a dudas, este requisito no es un tema claro ni fácil de resolver. De hecho, algunos tribunales pretenden exigir certeza absoluta de la ubicación del imputado, al extremo de solicitar el domicilio exacto que el imputado tiene en el extranjero. A nuestro juicio, este razonamiento carece de toda lógica atendida la naturaleza del procedimiento en el cual nos encontramos. No podemos perder de vista que estamos frente a un individuo que pretende eludir la acción de la justicia mediante la fuga, clandestinidad y ocultamiento. De esta forma, en muchos casos, sino en la mayoría, se trata de sujetos que salen del país por pasos no habilitados, lo cual hace imposible realizar un seguimiento o rastrear sus pasos por las vías formales, como controles de policías o fronterizos. De hecho, son personas que mantienen esta clandestinidad en el extranjero con la finalidad de no poder ser pesquisados.

61 LONDOÑO, Fernando, et al. *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias*. 1ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003, págs. 315-316.

62 Artículo 432 Código Procesal Penal.

Por esto, debemos realizar la interpretación de las normas siguiendo la lógica del procedimiento de extradición que hemos venido desarrollando, esto es, que constituye una herramienta de cooperación internacional, que refleja la necesidad de ayuda internacional entre los Estados y, finalmente, que la premura para actuar es de vital relevancia para lograr un procedimiento exitoso. Así las cosas, en la práctica muchas veces sólo se tiene conocimiento que una persona buscada se encuentra en el extranjero, cuando es controlada de alguna forma por las autoridades de ese país y ellas informan al Estado del nacional. Sin perjuicio de ello, las autoridades extranjeras no tienen jurisdicción para perseguirlos ni tampoco para hacerles seguimiento, esto atendido que sólo pueden actuar en el marco de un proceso de extradición. Es en este escenario que probablemente sólo se pueda establecer que una persona fue controlada un día determinado, en una ciudad específica, pero no se puede saber con certeza su ubicación exacta por no existir un requerimiento en el ámbito internacional.

De esta manera lo han resuelto la mayoría de los Tribunales de Garantía. Así por ejemplo, el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, conociendo de un procedimiento de extradición activa por delitos reiterados de estafa de un imputado que se acreditó su ubicación en Madrid-España, resuelve en relación al requisito del lugar y país lo siguiente: *“Finalmente, el imputado se encuentra en la ciudad de Madrid, España, teniendo lugar preciso, entiende el tribunal donde proceder en términos de extradición, la exigencia exhaustiva de saber dónde se encuentra el imputado detenido, no parece ser la exigencia que contempla la ley, bastando con tener bastante acotado lo anterior.*

No parece razonable, en todo caso, que a los prófugos de la justicia, que huyen de los países, para proceder a la extradición se logre determinar una dirección precisa y exacta, para poder llevarla a cabo, eso podrá mejorar naturalmente el éxito del mismo procedimiento, pero exigir contar con un domicilio de un prófugo, no parece razonable respecto de la extradición”⁶³.

De la citada resolución, queda claro que el tribunal entiende satisfecho este requisito con la circunstancia de encontrarse acreditado en el proceso solamente la ciudad donde se encontraba el imputado. Destacamos, que el tribunal razona sobre la base de las características de la extradición y la evidente fuga de un imputado del territorio nacional, lo que hará extremadamente difícil determinar un domicilio exacto. Exigir un estándar mayor a la ciudad no se encuentra contemplado en la ley y, por lo tanto, no va en la línea del espíritu del procedimiento de extradición.

En el mismo sentido, la Corte Suprema, conociendo de un recurso de queja presentado en una causa de extradición activa por el delito de homicidio en

63 Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, 4 de diciembre de 2015, RUC N° 0910017783-5, RIT N° 7477-2009.

que se solicitó la extradición a Ecuador, da por acreditado el lugar y país con antecedentes de ingreso al país e informe policial que situaba al imputado en una localidad ecuatoriana. Lo relevante para este análisis es su considerando noveno, que analiza el requisito de lugar y país, dándose por acreditado que ingresó a Ecuador y se encontraba en su territorio:

“Finalmente, se ordena al juez elevar los antecedentes a la Corte de Alzada respectiva, siendo necesario que conste en el procedimiento el país y el lugar en que el imputado se encuentra en la actualidad. Como se aprecia con toda claridad, en la normativa citada tampoco se efectúa ningún requerimiento vinculado a demostrar conforme a la legislación del país de refugio del solicitado, los fundamentos de su procedencia; tan solo existe una expresa referencia a que se debe encontrar establecido que se encuentre actualmente en el territorio del país que se indique, lo que fue cabalmente cumplido en la vista ante el tribunal de segundo grado, consignando mediante el oficio que rola a fojas 18 y siguientes, de que se encuentra en territorio ecuatoriano, al que ingresó proveniente de Argentina el 1 de febrero de 2010”⁶⁴.

Conforme a lo analizado precedentemente, la jurisprudencia ha entendido que la exigencia del lugar y país, se cumple con la ubicación georeferencial en términos generales, toda vez que es necesario considerar la situación en la que se encuentra la persona requerida, quien está prófugo y justamente eludiendo la acción de la justicia, motivo por el cual es dable presumir que se mantendrá en constante movimiento. Así las cosas, si se requiere mayor precisión en su ubicación, como la exigencia de un domicilio exacto, se haría impracticable la acreditación de estas circunstancias, estableciendo con ello a nuestro juicio, más requisitos de los que se señalan en la ley. De seguir esta interpretación con mayores exigencias, se estaría desnaturalizando el proceso de extradición y perjudicando la efectiva persecución penal internacional.

Solicitudes concretas ante el Juzgado de Garantía

Una vez que han sido analizados en la audiencia los requisitos explicados previamente, es de vital relevancia realizar las peticiones que en derecho corresponden, en orden a evitar posibles dificultades que pudieran acarrear una resolución no acorde a lo requerido por el CPP. De esta forma, las solicitudes que debe realizar el fiscal al Juez de Garantía son concretamente dos:

- a. Que se declare la procedencia de pedir, en el país extranjero, la prisión preventiva u otra medida cautelar personal respecto del imputado, en el caso de haber sido solicitado.
- b. Que se eleven los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva.

⁶⁴ Excelentísima Corte Suprema, 26 de julio de 2010, Rol N° 2642-2010.

Conclusiones

El procedimiento de extradición, es sin lugar a dudas una herramienta de cooperación internacional necesaria para perseguir penalmente a aquellas personas que han cometido delitos en un país determinado y que luego se dan a la fuga. Con esta herramienta, se pueden vencer los límites de la soberanía y con ello solicitar el retorno de la persona requerida para poder juzgarla penalmente o hacer que cumpla efectivamente la pena que le fue impuesta.

Como se analizó, en nuestra legislación la extradición activa es un procedimiento complejo y con una serie de requisitos que se deben cumplir, todo en orden a dar por satisfechas las exigencias o garantías mínimas en el plano internacional.

En este sentido, nos parece fundamental considerar a la extradición como una herramienta que pretende ayudar en la persecución penal y que, por tanto, las interpretaciones a realizar deben ser en el contexto que la extradición constituye un procedimiento previo y no constituye un juzgamiento. Es por este motivo que el estándar que deben exigirse por los tribunales no es de condena, sino sólo presunciones fundadas de participación y existencia del delito con la vara contemplada en el artículo 140 del C.P.P.; estándar para decretar medidas cautelares. Por este motivo, sostenemos que la finalidad de la audiencia ante el Juzgado de Garantía, es establecer un control de jurisdiccionalidad que permita evitar solicitudes de extradición arbitrarias, sin perder de vista la urgencia con la cual se debe actuar para poder obtener un retorno del extraditado de manera exitosa y oportuna.

Cuando se solicita una extradición, se tiene conocimiento que un imputado fugado se encuentra en un lugar determinado, siendo la única forma de asegurarlo, el pedido de extradición realizado por un Estado. Mientras esta tramitación no ocurra de manera rápida, expedita y eficiente, el procedimiento se desnaturalizará.

Es por ello, que habiendo expuesto los principales problemas, tanto interpretativos como prácticos en la tramitación de la extradición ante los Juzgados de Garantía, nos interesa poder contribuir a concebir el procedimiento de extradición como un trámite procesal que permite dar eficiencia a la persecución penal, y que bajo ninguna circunstancia esta solicitud significa una alteración al derecho que tiene todo imputado o condenado a ejercer los derechos que le correspondan una vez que el extraditado retorne a nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNACCHI, Michael Bernard. “Standing for the Doctrine of Speciality in Extradition Treaties: A More Liberal Exposition of Private Rights”. En: *Loyola of Los Angeles Law Review*, N° 1377, Los Ángeles, Estados Unidos, 1992.
- CÁRDENAS, Claudia. “La Extradición Pasiva en Chile”. En: *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2009*. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 7, Santiago de Chile – Octubre 2010.
- CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica, 2005, p. 220.
- DONDÉ, Javier. *Extradición y Debido Proceso*. 1ª ed., México DF, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2011.
- ESPÓSITO, Carlos. Male Captus Bene Detentus: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso Álvarez-Machain. Buenos Aires, Argentina [en línea]. En: *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Universidad de Buenos Aires, 2012. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/62/male-captus-bene-detentus-a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-de-estados-unidos-en-el-caso-alvarez-machain.pdf>.
- FERRERA LEIVA, Hernán. “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 Excm. Corte Suprema). En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 67, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014, págs. 9-21.
- GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2013, Tomo I.
- GEORGE, Jonathan, “Toward a More Principled Approach to the Principle of Speciality”. En: *Cornell International Law Journal*, Vol. 12 Issue 2, Nueva York, Estados Unidos, 1979.
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, Tomo I.
- INTERNATIONAL COMMISSION AGAINST IMPUNITY IN GUATEMALA (CICIG). “Recomendación de Reformas Legales y Reglamentarias de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala – CICIG- (03.03.2010). Cooperación Jurídica Internacional, Extradición y Asistencia Jurídica [en línea]. Disponible en: http://www.cicig.org/uploads/documents/reforma_institucional/REFOR-INST_DOC19_20111125_ES.pdf.

- KNIGHT, Idarmis. La extradición como forma de cooperación jurídica internacional. Aspectos conceptuales en el marco del Derecho Internacional [en línea]. En: *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, marzo 2011. Disponible en: www.eumed.net/rev/cccss/11/.
- LONDOÑO, Fernando, et al. *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias*. 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Fundamentos y límites constitucionales del derecho penal positivo*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing Chile, 2015.
- MINISTERIO DE JUSTICIA. Gobierno de Chile. Nuevo Sistema de Penas Sustitutivas Ley N° 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603. Santiago, Chile, 2013.
- ORTÍZ, Luis y ARÉVALO, Javier. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2014.
- PFEFFER, Emilio. *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2006.
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo. “La Mínima Gravedad de la Pena en los Procesos de Extradición Activa”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 36, Santiago, Chile, Ministerio Público. 2008, págs. 163-168.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Parte General. 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003.
- SAN MARTÍN, César. La Extradición y la Cooperación Judicial Internacional [en línea]. Ponencia presentada a la Academia de la Magistratura, Diciembre 2001, para el «Primer Curso para el Desempeño de la Función Jurisdiccional y Fiscal – Nivel Magistrados Supremos». La ponencia –debidamente reestructurada– es parte de un ensayo más amplio, dedicado a la «Cooperación Judicial Internacional» y elaborado para el IV Congreso Internacional de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per-ext-gen-description.html.
- SOLERNÓ, Diego. Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal. Normativa Vigente [en línea]. Dirección de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Buenos Aires, Argentina, 2ª ed., 2015. Disponible en: http://www.cooperacion-penal.gov.ar/userfiles/Compendio%20de%20leyes%2008-10_0.pdf.
- TORRES, Nuria. “Contenido y fines de la pena de localización permanente”. En: *Revista para el análisis del Derecho*, Universitat Rovira i Virgil, Indret 1/2012, Barcelona, España, 2012, p. 3.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

VIOLENCIA DE GÉNERO E INVESTIGACIÓN PENAL: DEBERES Y DESAFÍOS PARA EL MINISTERIO PÚBLICO

Ivonne Sepúlveda Sánchez¹
Maurizio Sovino Meléndez²

I. Introducción

El desconocimiento y la falta de consideración de la perspectiva de género y de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el diseño e implementación de las respuestas estatales frente a la violencia de género en todas sus expresiones, no sólo puede generar responsabilidad internacional para el país, sino que también se traduce en estrategias ineficaces para su erradicación, y, finalmente, en una deficiente protección que debe asegurarse a quienes sufren este tipo de violencia.

La investigación de los delitos que se cometen en el marco de la violencia de género impone al Ministerio Público el desafío de ejercer sus funciones de una manera diferente, comprendiendo que la efectividad del Sistema de Justicia ante estos casos es una exigencia para los Estados, asegurando así el derecho de todas las personas a vivir una vida libre de violencia. Para lograr aquello es necesario abordar los mandatos constitucionales del ente persecutor, esto es, la investigación de los hechos punibles, el ejercicio de la acción penal y la protección a las víctimas, incorporando los aportes de las teorías de género y la normativa internacional sobre derechos humanos con especial énfasis en aquellas relativas a la violencia de género.

Por estas razones se hace indispensable contar con herramientas que permitan a los/as fiscales conducir sus investigaciones con perspectiva de género y enfoque de derechos, principalmente en los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar y en los delitos sexuales, perpetrados en su gran mayoría respecto de mujeres, niños, niñas y adolescentes³, los cuales se encuentran en una posición de especial vulnerabilidad en este tipo de casos.

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

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

3 La diferencia porcentual entre víctimas mujeres y hombres en estos delitos es muy significativa, en todos los tramos etarios. De hecho, en el período 2011 – 2016, mientras que en el ingreso total de víctimas al Ministerio Público las cifras son similares (53,14% hombres y 46,83% mujeres), en el caso de los delitos cometidos en contexto de violencia

Por lo anterior, en las siguientes páginas se pone a disposición de los/as fiscales algunas nociones sobre el género, el principio de igualdad y no discriminación, la violencia de género y los estándares que se deben cumplir para actuar de conformidad a la debida diligencia que se erige como el criterio orientador y estándar mínimo en las investigaciones penales en este tipo de casos.

II. Nociones sobre el género

1. Sexo y género

Para comenzar el estudio de algunas nociones sobre el género, es de suma relevancia diferenciarlo del “sexo”, dado que el uso indistinto de ambos conceptos ha limitado la categoría a cuestiones relativas a las mujeres. Como señala Marta Lamas⁴, lo importante del concepto “género” es que al emplearlo se designan las relaciones sociales entre los sexos. La información sobre las mujeres es necesariamente información sobre los hombres, no se trata de dos cuestiones que se puedan separar. Dada la confusión que se establece por la acepción tradicional del término “género”, una regla útil es tratar de hablar de los hombres y las mujeres como “sexos” y dejar el género para referirse al conjunto de ideas, prescripciones y valoraciones sociales sobre lo masculino y lo femenino. Por estas razones es que afirmar la identidad entre “sexo” por “género” es problemático. Son cuestiones distintas: el sexo se refiere a lo biológico; el género a lo construido socialmente, a lo simbólico⁵.

El sexo está conformado por todas aquellas manifestaciones biológicas que definen a los seres humanos por su pertenencia sexual. Las personas desde su concepción están determinadas por su sexo y, por lo tanto, si posee un genotipo con cromosomas XX y sus correspondientes órganos sexuales será hembra y si posee cromosomas XY y órganos sexuales propios de ese genotipo, será varón. Esto implica que desde la vida intrauterina ya se encuentra determinado el sexo del ser humano, al poseer cromosomas y órganos sexuales. Sólo un porcentaje menor, si bien posee cromosomas XX o XY, posee órganos sexuales de macho y de hembra, por lo que se les denomina intersexuales o intersex⁶.

intrafamiliar, la gran mayoría de las víctimas son mujeres (77,66%). El mismo fenómeno ocurre en la violencia sexual, donde un 82% son mujeres (alcanzando en el delito de violación de persona mayor de 14 años un 91%).

4 Cfr. LAMAS, Marta. “La Perspectiva de género” [en línea]. En: *La Tarea. Revista de Educación y Cultura de la sección 47 del SNTE*. 1996. Disponible en: <http://www.latarea.com.mx/articu/articu8/lamas8.htm> [fecha de consulta: 3 de abril de 2017].

5 Cfr. LAMAS, ob. cit.

6 Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO y FUNDACIÓN JUAN VIVES SURIA. *Lentes de género. Lecturas para desarmar el patriarcado*. Serie Derechos Humanos. Género y Derechos de las Mujeres. N° 1, Caracas, Venezuela, Fundación Editorial El perro y la rana, 2010, p. 22.

En consecuencia, en consideración a factores biológicos se establece el sexo de una persona y, en ese momento, comienza la socialización diferencial de género, esto es, el proceso social y cultural que asigna comportamientos, actitudes, valoraciones y expectativas diferentes para las hembras y para los varones.

De esta manera comienza la construcción social y cultural de lo que significa ser hombre y ser mujer, cuestión que ya en 1949 manifestaba Simone de Beauvoir: “no se nace mujer, se llega a serlo”⁷. Lo femenino y lo masculino está determinado por lo que, en una determinada sociedad, considerando época y lugar, se entiende por tal, y por lo tanto, la construcción de la femeneidad o masculinidad dejan de estar condicionados por la pertenencia a uno u otro sexo. En este contexto entonces surge la denominación “género”, que hace referencia a la dicotomía sexual que es impuesta socialmente a través de roles y estereotipos, haciendo aparecer a los sexos como diametralmente opuestos⁸.

El término “género” comenzó a utilizarse en el área de la psicología y psiquiatría cuando el psicólogo John Money experimentó las primeras cirugías de reasignación sexual o cambio de sexo en 1950⁹. Money sostenía que el sexo de una persona era una cuestión netamente biológica, pero que la construcción de un hombre o de una mujer era una cuestión cultural, que dependía de la forma en que la persona era criada. Por lo tanto, una persona podía adquirir, por medio de la socialización y la educación, todos los comportamientos prescritos para vivir dentro de un género distinto a su sexo de nacimiento¹⁰.

A fines de la década de los 60, el psicoanalista Robert Stoller continuó estudiando los casos de Money, llegando a la misma conclusión respecto al sexo como algo biológico y al género como una construcción social. Asimismo, incluyó en la noción de género a la homosexualidad y a la transexualidad, brindando una conceptualización distinta a la identidad de género de la identidad sexual¹¹.

7 DE BEAUVOIR, Simone. *El Segundo Sexo*. Madrid, España, Ediciones Cátedra (Grupo Anaya S.A.), 2005.

8 Cfr. FACIO MONTEJO, Alda. *Cuando el género suena, cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. San José, Costa Rica, ILANUD, 1992, p. 39.

9 Cfr. COLEMAN, Eli (Ed.). *John Money: A tribute*. Nueva York, Estados Unidos, The Haworth Press, 1991. Money llevó a cabo un estudio con gemelos, uno de los cuales sufrió un accidente al momento de circuncidarlo, optándose por amputarle el pene. La familia optó por socializarlo como niña, sin que éste supiera su origen biológico.

10 Cfr. COLEMAN, ob. cit.

11 Por identidad sexual se entiende el reconocimiento, aceptación y satisfacción de ser persona varón, hembra o ambiguo, en base a sus características biológicas. Identidad de género es la captación subjetiva que una persona tiene sobre sí mismo, en cuanto a sentirse hombre o mujer.

La acepción del término “género” en las ciencias sociales se logra a través de los estudios incluidos en la obra “*Sexo, género y sociedad*” escrita por Ann Oakley (1972) y, a partir de este momento¹², la distinción existente entre sexo y género fue utilizada para explicar que la subordinación de las mujeres no era algo biológico, sino por el contrario, era una cuestión construida social y culturalmente.

Asimismo, Gayle Rubin, en 1975, publica “*La Trata de Mujeres: Notas sobre la economía política del sexo*”, texto en el cual aparece por primera vez el concepto de sistema sexo-género que utiliza para interpretar las relaciones de sexualidad, las relaciones de producción y las relaciones de opresión en lo que constituye la primera revisión crítica feminista realizada al planteamiento de Marx y Engels¹³.

Después de estas teorías, se acuñó el concepto de género para poder explicar 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 mujer¹⁴ y que mantienen a las mujeres en una situación de desigualdad estructural al estar subordinadas a los hombres.

12 Aunque no se puede dejar de mencionar las obras de Aphra Behn, quien en el siglo XVII criticaba la falta de preparación de las mujeres por designio de los hombres, o a Olympe de Gouges, quien escribió en 1789 la “*Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana*”, y a Mary Wollstonecraft, autora de “*Vindicación de los Derechos de la Mujer*” en 1792, quienes en esa época señalaban que la sociedad y no la condición biológica de las mujeres las incapacitaba para trabajar en sociedad.

13 A través del sistema sexo-género explicó que las mujeres no sólo han sido traficadas por las razones que lo han sido los hombres, sino también, y, sobre todo, por el solo hecho de ser mujeres, como reproductoras, como vientres y pechos que se intercambian para su acceso sexual. El problema que tienen estas teorías sobre el sistema sexo-género, como señalan Alda Facio y Lorena Frías en “*Feminismo, género y patriarcado*”, es que se obvió el hecho de que el sexo también es culturalmente creado. De esta manera, este sistema fue criticado por cuanto partía de la base de un hecho de la naturaleza, el sexo, para explicar la subordinación de las mujeres, y además porque era unidireccional, pues se sostiene sobre una base que va de lo biológico (sexo) a lo cultural (género). Es por ello que estudios posteriores han sostenido que, para dar una explicación sobre la subordinación de la mujer, debe tomarse como punto de partida lo social para posteriormente llegar a lo biológico. De esta manera, para muchas se ha preferido hablar de relaciones de género en vez de sistema sexo-género (cfr. FACIO MONTEJO, Alda y FRÍES MONLEÓN, Lorena. “Feminismo, género y patriarcado” En: *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, número 6, Buenos Aires, Argentina, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, 2005, págs. 259-294, p. 272).

14 En este sentido, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul) define género “*como los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres*” (artículo 3 letra c).

Género es también 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 femeninas¹⁵. Permite visibilizar las diferencias e inequidades entre hombres y mujeres en las sociedades y formaciones socioeconómicas dadas.

El género tiene, entre otras, las siguientes características¹⁶:

- Es **relacional**, porque se refiere a las relaciones construidas socialmente entre mujeres y hombres.
- Es **jerárquico**, porque las diferencias que se establecen entre mujeres y hombres, lejos de ser neutras, tienden a atribuir mayor importancia y valor a las características y actividades asociadas con lo masculino y a producir relaciones de poder desiguales.
- Es **dinámico** a través del tiempo, porque los roles y las relaciones se modifican a lo largo del tiempo y, por tanto, son susceptibles a cambios.
- Es **contextual y específico**, porque existen variaciones en las relaciones de género de acuerdo a etnia, clase, culturas, etc.
- Está **institucionalmente estructurado**, porque se refiere no sólo a las relaciones entre mujeres y hombres a nivel personal y privado, sino a un sistema social que se apoya en valores, legislación, religión, etc.
- Es **transversal** a toda la estructura 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 comunitario¹⁷.

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

15 GUZMÁN STEIN, Laura. *Elementos conceptuales y metodológicos para la investigación de Derechos Humanos con Perspectiva de Género* [en línea]. San José, Costa Rica, s/f, p. 5. Disponible en: <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/docente/pd-000126.pdf>. [fecha de consulta: 6 de mayo de 2017].

16 Cfr. CREACIÓN POSITIVA. *Género* [en línea]. Barcelona, España, s/f, p. 11. Disponible en: <http://creacionpositiva.org/banco-de-recursos/MALETA%20SRTA%20CRESPIS/03-def.pdf> [fecha de consulta: 6 de mayo de 2017].

17 Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO y FUNDACIÓN JUAN VIVES SURÍA, ob. cit., p. 30.

categoría correspondiente al orden sociocultural configurado sobre la base de la sexualidad: la sexualidad a su vez definida y significada históricamente por el orden genérico¹⁸.

2. Mandatos, roles y estereotipos de género

El proceso en virtud del cual se aprenden los papeles propios de cada género, se denomina proceso de socialización. Walker y Barton (1983) desarrollaron la teoría de la socialización diferencial, que sostiene que los seres humanos desde que se inician en la vida social y cultural y a partir de la influencia de los agentes socializadores, adquieren identidades diferenciales de género que conllevan actitudes, conductas, códigos morales y normas estereotipadas de la conducta asignada a cada género¹⁹.

La socialización diferencial de género, implica la construcción social diferenciada entre mujeres y hombres, quienes están llamados a desempeñar papeles diferentes a lo largo de su vida. De esta manera, los distintos agentes socializadores, tales como la familia, el sistema educativo, la religión, los medios de comunicación, entre otros, van a asociar a lo masculino y a lo femenino determinados atributos. Así, surgen los mandatos, roles y estereotipos de género.

En primer lugar, los mandatos de género “se traducen en el cumplimiento de lo 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”²⁰. De esta manera, se impone a los hombres una vida asociada a la vida pública, por lo tanto, deben ser personas para sí mismas, independientes, libres, racionales y activas; lo que se traduce en la figura del trabajador-proveedor. Así, ser el proveedor es su destino, de modo que la calle, el trabajo, la diversión y la política es su mundo.

En cambio, de las mujeres se espera que se desenvuelvan en la esfera privada y, en consecuencia, deben ser personas para los demás, dependientes, ser objetos apropiables (pues pertenecen a la familia y a la comunidad) emocionales y pasivas. Su figura es la madre-esposa, siendo el matrimonio su destino. La familia, la casa, los afectos y el cuidado a los demás es su mundo²¹.

18 Cfr. LAGARDE Y LOS RÍOS, Marcela. *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*. Madrid, España, Editorial Horas y Horas, 1996, p. 26.

19 Cfr. WALKER, Stephen y BARTON Len (Eds.). *Gender, class and education*. Nueva York, Estados Unidos, The Falmer Press, 1983.

20 Cfr. CREACIÓN POSITIVA, ob. cit., p. 12.

21 Cfr. FACIO MONTEJO y FRÍES MONLEÓN, ob. cit.; LAMAS, ob. cit.

Por su parte, el concepto de rol (papel) de género es una construcción teórica que alude a un conjunto de normas sociales y de comportamientos que, en una determinada cultura, son ampliamente considerados como socialmente propios de uno u otro sexo.

Por último, los estereotipos de género son las creencias socialmente compartidas acerca de ciertas cualidades que le son asignadas a la persona en razón de su sexo. Surgen a partir de lo que se cree o se piensa respecto de las conductas y características denominadas como femeninas y masculinas, y se sustentan en los roles que social y culturalmente son atribuidos a los hombres y a las mujeres. Son asumidos como naturales, esto es, como si una determinada característica fuera propia y exclusiva de uno u otro sexo.

El estereotipo masculino es asociado a la fuerza, la inteligencia, al poder, a la capacidad decisoria, a lo productivo, a lo político y, en general, al ámbito público, puesto que tiene un rol de proveedor. Por su parte, a lo femenino se asocia la debilidad, fragilidad, emocionalidad; vinculado a lo familiar, lo doméstico, lo no productivo y, en general, al mundo privado, dado que las mujeres cumplen un rol reproductivo en la sociedad²².

Si se analizan los contenidos de los estereotipos masculinos y femeninos, se aprecian que son vistos como binarios y polarizados, de manera que aquello que no es masculino, por defecto será femenino. El problema que se presenta con esta visión dual estereotipada radica en la asignación de características “naturales” a uno u otro sexo, fundadas en diferencias que no son tales. De esta forma, se les asigna un valor mayor a aquellas asignadas a lo masculino,

22 En este sentido, la Cumbre Judicial Iberoamericana ha señalado que: “(...) *las mujeres no solo son relegadas al espacio privado, es decir lo doméstico, sino que sus actividades dentro de ese espacio privado son invisibilizadas, al considerarse que por ser los hombres los proveedores del sustento para la casa conyugal, el trabajo de la casa es reproductivo, también conocido como, trabajo de la reproducción, que se refiere tanto al trabajo necesario para la reproducción humana, realizado mayoritariamente por las mujeres a lo largo de la historia: embarazo, alumbramiento, lactancia, como al conjunto de atenciones y cuidados necesarios para el sostenimiento de la vida y la supervivencia humana: alimentación, cuidados físicos y sanitarios, educación, formación, relaciones sociales, apoyo afectivo y psicológico, mantenimiento de los espacios y bienes domésticos. Derivado de ello las mujeres están obligadas a atenderlos en todo sentido, ello incluía según el sistema patriarcal, sus obligaciones como mujer; es decir la disposición a la relación sexual en todo momento sin importar la voluntad de la mujer, pues históricamente el cuerpo de la mujer ha sido concebido únicamente como un objeto sexual, razón por la cual los niveles y formas de agresión sexual en contra de ellas van en aumento y se ejecutan acompañados de actos relacionados con violencia física y psicológica, con resultados sumamente dañinos para las mujeres*”. (CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. *Protocolo de Actuación Judicial para casos de Violencia de Género contra las Mujeres* [en línea]. 2014, p. 17. Disponible en: http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=5a9deba1-60d44db6-b25e-dc2090fb4930&groupId=10124 [fecha de consulta: 6 de abril de 2017]).

traduciéndose en desigualdades en todos los ámbitos de la vida de hombres y mujeres: en lo social, político y también en el ámbito del derecho. De allí que la existencia y persistencia de los estereotipos de género, profundiza las inequidades y perpetúa el patriarcado.

3. El Patriarcado

Patriarcado etimológicamente significa “gobierno de los padres”. Tradicionalmente se ha definido como un sistema de organización social que se remonta a tiempos inmemoriales, en el cual la autoridad la ejerce el “*pater familiae*” o padre de familia, quien además es el dueño del patrimonio familiar, de la mujer, los/as hijo/as y los bienes. Sin embargo, a fines de la década de los 70, los movimientos feministas resignifican este concepto, señalando que este régimen no sólo existió en un momento de la historia, sino que se encuentra presente a lo largo de ésta, manteniéndose hasta la actualidad.

La primera feminista que utiliza la palabra “patriarcado”, con un significado distinto al que hasta ese momento se había dado, es Kate Millett, quien en 1969 hizo referencia al patriarcado como una organización y estructura sociopolítica que asegura el poder de los hombres y subordina a las mujeres, concluyendo que la relación entre los sexos es política²³. Millett sostiene que el patriarcado se manifiesta como ideología política que sostiene este orden social, basándose en una supremacía biológica impuesta mediante el uso de la fuerza y, por tanto, justifica la violencia ejercida contra las mujeres que desobedezcan los mandatos de género que son dictados por la sociedad patriarcal²⁴.

Otras autoras posteriores a Millet han definido al patriarcado, como “la manifestación e institucionalización del dominio masculino sobre las mujeres y los niños/as de la familia, dominio que se extiende a la sociedad en general”²⁵. Por su parte, Marcela Lagarde lo define como un orden social genérico de poder, basado en un modo de dominación donde el paradigma es el hombre. Este orden asegura la supremacía de los hombres y de lo masculino sobre la inferiorización previa de las mujeres y lo femenino. Es asimismo un orden de dominio de unos hombres sobre otros y de enajenación de las mujeres²⁶.

Lo común a todas estas definiciones es la visión del patriarcado como una organización social que se encuentra presente en todas las actividades de la

23 Cfr. MILLETT, Kate, *Política Sexual*, Madrid, España, Ediciones Cátedra S.A., 1995.

24 Cfr. MILLETT, ob. cit.

25 LERNER, Gerda. *La Creación del patriarcado*. Barcelona, España, Editorial Crítica S.A., 1990.

26 Cfr. LAGARDE, ob. cit., p. 52.

vida cotidiana; que establece una jerarquía de “unos” sobre otras personas; y condiciona la forma en que se establecen las relaciones entre las personas en sus dimensiones sexual, familiar, económica, cultural y política.

Siguiendo a Alda Facio y Lorena Fries²⁷, todos los sistemas patriarcales poseen características comunes:

- Es un sistema histórico, no natural, producto de una historia social y cultural, que ha mantenido a las mujeres al margen de la historia del mundo y de su propia historia. Por esto mismo es esencialmente mutable.
- Se fundamenta en el dominio del hombre, el que se traduce en la institucionalización de la violencia a través de la familia y del Estado. De esta manera, se instalan como formas de dominación el temor y el dolor para poder mantener y reproducir los privilegios que ostentan quienes ejercen este dominio. Asimismo, la violencia como mecanismo de control para perpetuar la dominación, se inscribe en los cuerpos de las mujeres oprimidas, quienes quedan sujetas al control sexual y reproductivo de los hombres.
- Tiene su origen en las diferencias biológicas entre los sexos, situando en un nivel de superioridad al sexo masculino por sobre el femenino. La religión, la ciencia, la filosofía, siquiatria, entre otras áreas, han mantenido la idea de inferioridad de las mujeres manifestando que éstas son seres incompletos, y por tanto, sujetos susceptibles de subordinación masculina.
- El paradigma de lo humano lo constituye el hombre hegemónico, que posee determinadas características: blanco, adinerado, heterosexual, sin discapacidad y en edad para producir. Las mujeres ni siquiera forman parte de esta jerarquía; simplemente no existen. Es por ello que la subordinación de las mujeres se dará siempre en relación a un hombre, independientemente de la jerarquía que éste ocupe. De esta forma, la subordinación de una mujer respecto de un hombre de una misma categoría o superior será directa (por ejemplo, hombre blanco-mujer blanca), mientras que será indirecta o simbólica si esta subordinación se da en un contexto de categoría inferior del hombre en relación a la mujer (por ejemplo, hombre pobre-mujer adinerada).
- En el mismo sentido, todo hombre que no posea los atributos del hombre hegemónico estará en situación de subordinación por ser considerado inferior, como los niños, los adolescentes, los esclavos, los negros, los homosexuales y a quienes se considere diferentes étnica o culturalmente.

27 Cfr. FACIO MONTEJO y FRÍES MONLEÓN, ob. cit., págs. 280 y 281.

El patriarcado se sostiene, mantiene y reproduce a través del sexismo, que es entendido como la creencia, fundamentada en una serie de mitos y mistificaciones, en la superioridad del sexo masculino, lo que se traduce en una serie de privilegios para los hombres²⁸.

El sexismo, como expresión del dominio masculino patriarcal, se manifiesta a través de diferentes formas: el androcentrismo, el machismo, la misoginia, la ginopia y la homofobia.

- El androcentrismo consiste en ver el mundo desde lo masculino, lo que implica tomar al hombre como la medida, parámetro o modelo de lo humano²⁹.
- El machismo está constituido por aquellos actos, físicos o verbales, por medio de los cuales se manifiesta de manera vulgar y poco apropiada el sexismo subyacente en la estructura social³⁰.
- La misoginia es el odio o desprecio a lo femenino³¹.
- La ginopia es la imposibilidad de ver lo femenino³².
- La homofobia es el rechazo u odio hacia las personas homosexuales; lo que también constituye una forma de reflejar el orden patriarcal heterosexista, que glorifica la heterosexualidad como norma social y rechaza toda expresión sexual o de género que atente contra su lógica binaria de los sexos y los géneros³³.

El sistema patriarcal instala un sistema de regulaciones sociales entre hombres y mujeres que justifica las desigualdades e inequidades, donde el control ejercido por los hombres a través del uso de la violencia es un elemento clave en la perpetuación de este sistema.

III. La Igualdad y No Discriminación

1. Contenido y regulación del principio de igualdad/no discriminación

La igualdad es un concepto normativo, una atribución que se le otorga a una persona, cosa o hecho al relacionarlo con otro/a. Implica siempre un juicio de valor, consistente en comparar ciertos aspectos, propiedades o características

28 Cfr. FACIO MONTEJO, ob. cit., p. 23.

29 Cfr. FACIO MONTEJO, ob. cit., p. 25.

30 Cfr. SAU, Victoria. *Diccionario Ideológico Feminista*. Barcelona, España, ICARIA Ediciones, 1981, citada por FACIO MONTEJO, ob. cit., p. 26.

31 Cfr. FACIO MONTEJO, ob. cit., p. 25.

32 Cfr. FACIO MONTEJO, ob. cit., p. 25.

33 Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO y FUNDACIÓN JUAN VIVES SURIÁ, ob. cit., p. 67.

que se consideran relevantes, con el objeto de determinar si existe una correlación entre estos rasgos³⁴. De esta forma, “igualdad” presupone la falta de identidad u homogeneidad entre las personas, cosas o hechos, es decir, la existencia de diferencias³⁵.

El principio de igualdad parte del reconocimiento de estas diferencias, procurando que sean tuteladas y respetadas. Así, impone su abstracción, prescribiendo que todas las personas, solo por el hecho de serlo, tienen garantizados los mismos derechos, considerándolos, además, iguales ante la ley³⁶.

Lo mismo ocurre con la no discriminación, que surge como la otra cara de la igualdad. Si bien “discriminación” sólo implica seleccionar o distinguir, en el contexto analizado debe entenderse como una forma de exclusión injusta. Así, discriminar consiste en la utilización de alguna característica o rasgo de una persona para justificar un trato desigual que la desvaloriza y afecta el reconocimiento o ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales. Cabe señalar que el atributo de la persona que justifica la conducta discriminatoria, es considerado diferente respecto del resto de miembros del grupo al cual pertenece.

Las categorías de distinción que pueden dar lugar a una conducta discriminatoria son variadas y dependen del tiempo y contexto sociocultural en que se aprecien. Sin perjuicio de esto, existen categorías que en la gran mayoría de los casos van a traer aparejada una exclusión injusta. Estos “criterios prohibidos de discriminación” o “categorías sospechosas” guardan relación con determinadas situaciones de diferencias históricas, fuertemente arraigadas, que han situado a sectores de la población en condiciones desventajosas, ya sea por el actuar de los poderes públicos como por la práctica social³⁷. Así, distinciones basadas en la raza, etnia, color, creencias, religión, entre otros, son consideradas *per se* discriminatorias.

34 Cfr. AÑÓN ROIG, María José. *Igualdad, diferencias y desigualdades*. México D.F., México, Fontanara, 2001; y DÍAZ GARCÍA, Iván. “Igualdad en la aplicación de la ley: concepto, iusfundamentalidad y consecuencias” [en línea]. En: *Ius et Praxis*, vol. 18, n.2, 2012, págs. 33-76. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200003&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 25 de abril de 2017].

35 Cfr. GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. “La complementariedad entre la igualdad y la diferencia” [en línea]. En: *Frónesis*, vol. 15, N° 2, 2008, págs. 69-98. Disponible en: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682008000200006&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 25 de abril de 2017].

36 Cfr. AÑÓN ROIG, ob. cit.

37 Cfr. DULITZKY, Ariel. “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana” [en línea]. En: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 3, 2007, págs. 13-32, p. 20. Disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13452/13720>. [fecha de consulta: 12 de abril de 2017].

Por su parte, “sexo” y “género”³⁸ (y recientemente orientación sexual, identidad y expresión de género³⁹), han sido reconocidos internacionalmente como categorías de distinción “sospechosas”, dado que, en la mayoría de los casos, implicarán una conducta discriminatoria.

Normativamente, los principios de igualdad y no discriminación son considerados en la actualidad como un eje central en el reconocimiento y protección de los derechos humanos. Esto ha sido consagrado en el Sistema Universal de Derechos Humanos, en los respectivos sistemas regionales y en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra en sus artículos 1º y 2º que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y “[t]oda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Asimismo, señala en su artículo 7º que “[t]odos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”⁴⁰.

38 Dado que en la mayoría de los instrumentos internacionales se ha utilizado solamente el concepto “sexo”, se ha tenido que llevar a cabo una labor exegética para poder incluir otras categorías. Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas (en adelante Comité CEDAW) ha manifestado que si bien la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer no menciona el término “género”, “al interpretar el artículo 1 junto con el párrafo f) del artículo 2 y el párrafo a) del artículo 5 se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de género” (cfr. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* [en línea]. 2010, párr. 5. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm> [fecha de consulta: 6 de abril de 2017]).

Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas indicó que “orientación sexual” se encuentra incluida, para estos efectos, en la categoría “sexo” (cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Toonen vs. Australia. Comunicación No. 488/1992* [en línea]. CCPR/C/50/D/488/1992, 1992, párr. 8.7. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/vws488.htm> [fecha de consulta: 6 de abril de 2017]). Oo. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* [en línea]. E/C.12/GC/20, 2009, párr. 32. Disponible en: www.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20_sp.doc [fecha de consulta: 6 de abril de 2017], que lo incluye como “otra condición social”.

39 Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, artículo 1.1.

40 Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reiteran estas prescripciones, añadiendo que los Estados se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres la igualdad de goce de todos los derechos que enuncian (artículo 3º de cada pacto)⁴¹.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana) reitera dicho mandato a los Estados, estableciendo que deben respetar los derechos y libertades y garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas, sin discriminación alguna por los motivos señalados en la Declaración Universal (artículo 1º). Asimismo, reconoce la igualdad ante la ley en su artículo 24⁴².
- Por último, en el caso chileno, la Constitución Política de la República reconoce que “[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1º inc. 1) y asegura como garantía la igualdad ante la ley, incluyendo expresamente una referencia a la igualdad entre hombres y mujeres; y la prohibición para la ley y autoridad de establecer diferencias arbitrarias (artículo 19 N° 2º).

La jurisprudencia internacional también ha reafirmado la importancia de la vigencia y respeto irrestricto del principio de igualdad y no discriminación. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) ha señalado que este principio fundamental ha ingresado al *ius cogens* (norma perentoria de derecho internacional que no puede ser infringida por los Estados), descansando sobre él “el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico”⁴³.

-
- 41 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966, promulgado mediante Decreto N° 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976. Diario Oficial 29 de abril de 1989; y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 19 de diciembre de 1966, promulgado mediante Decreto N° 326 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 27 de mayo de 1989. Diario Oficial 27 de mayo de 1989.
- 42 Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), adoptada por la Organización de Estados Americanos, 22 de noviembre de 1969, promulgada mediante Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 23 de agosto de 1990. Diario Oficial 5 de enero de 1991.
- 43 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, 24 de febrero de 2012, párr. 79.

2. Igualdad de *iure* y de *facto*

Si bien el reconocimiento normativo-formal de los principios de igualdad y no discriminación (igualdad de *iure*) ha sido esencial para garantizar el correcto goce y ejercicio de los derechos de todas las personas, esto no resulta suficiente.

Como se ha señalado, la igualdad es un concepto relacional entre “pares en comparación”⁴⁴. Ante esta afirmación, cabe preguntarse quién es el/la que lleva a cabo esta comparación y qué o quién es el “punto de comparación” y el/la “comparado/a”. Estos cuestionamientos permiten comprender que el concepto de igualdad depende del orden social, y su aplicación va a encontrarse sesgada por la existencia de grupos privilegiados/dominantes y grupos marginados/dominados⁴⁵. En este sentido, la “igualdad” pasa a ser una herramienta para excluir a todas las personas que presenten alguna diferencia con el grupo que ostenta el poder: los hombres.

El punto de partida del orden social y cultural para el establecimiento de diferencias es androcéntrico, tomando al hombre como el parámetro y medida de todo. Es éste quien dicta las normas y las aplica. Por ende, toda persona que no cumpla con estos estándares será distinta, “desigual”. Así, la igualdad de *iure*, no satisface las necesidades de los grupos marginados, puesto que no se encuentran en una misma situación para el goce y ejercicio de derechos y libertades.

De esta manera, para lograr una igualdad real o de *facto*, es necesario abordar las causas que subyacen a la desigualdad y discriminación. Es necesario abandonar los conceptos liberales clásicos de la igualdad y no discriminación, adoptando una concepción más amplia, vinculada a terminar con la subordinación de ciertos grupos de la población, en especial de las mujeres. Esta interpretación permite dejar de utilizar criterios que al parecer son neutrales, pero que en realidad perpetúan discriminaciones históricas (como la meritocracia, que en definitiva sólo favorece a las personas que han tenido mayores oportunidades); y permite la adopción de medidas que apunten a otorgar un trato diferenciado “cuando, debido a las circunstancias

44 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 388, quien hace referencia a las fórmulas utilizadas por el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

45 Cfr. YOUNG, Iris Marion. “Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal”. En: CASTELLS, Carme (Coord.). *Perspectivas feministas en teoría política*. Madrid, España, Paidós, 1996, págs. 99-126.

que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho⁴⁶.

En este ámbito, los instrumentos internacionales han establecido el deber de implementar medidas o acciones especiales/afirmativas/positivas, consistentes en “acciones de carácter temporal que tienen por objeto asegurar el progreso de ciertos grupos”⁴⁷, erradicando conductas, percepciones y actitudes, muchas de ellas históricas. Dichas acciones también han sido denominadas “discriminación inversa o positiva”; concepto que ha sido cuestionado por ser tendencioso debido a la carga negativa del término “discriminación”.

Estos deberes han sido consagrados en distintas convenciones internacionales, adoptadas con el objeto de abordar la discriminación de determinados grupos de personas, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y las convenciones interamericanas para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia⁴⁸.

Respecto a la desigualdad y discriminación por motivos de sexo/género, en 1979 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida como “CEDAW” por sus siglas en inglés), suscrita por Chile en 1980 y promulgada nueve años después, que reconoce la necesidad de “*modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia*” (preámbulo)⁴⁹.

Este instrumento define discriminación contra la mujer como “*toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*” (artículo 1º).

46 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas* [en línea]. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 2007, párrs. 74, 75 y 99. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/women/ Acceso07/ indiceacceso.htm> [fecha de consulta: 6 de abril de 2017].

47 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ob. cit., párr. 99.

48 Adoptada en 2013, se encuentra suscrita por sólo algunos Estados (Chile fue uno de ellos) y aún no ha entrado en vigencia por la falta de ratificación. Se destaca por incluir expresamente dentro de las categorías que pueden dar origen a conductas discriminatorias, la orientación sexual, identidad y expresión de género (artículo 1.1).

49 Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1979, promulgada mediante Decreto N° 789 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 27 de octubre de 1989. Diario Oficial 9 de diciembre de 1989.

Dispone que los Estados deben velar por la erradicación de prejuicios y estereotipos que resultan discriminatorios contra las mujeres, “*basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres*” (artículo 5° a). Esto debe llevarse a cabo a través de políticas generales que garanticen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de todas las niñas, las adolescentes y las mujeres⁵⁰.

Asimismo, establece que se deberán adoptar “*medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer*” (artículo 4.1). El Comité CEDAW ha hecho presente que estas acciones “son parte de una estrategia necesaria de los Estados Partes para lograr la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales” y que abarcan una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas, de índole legislativa, ejecutiva, administrativa, y reglamentaria⁵¹.

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) reafirma la relación entre discriminación y violencia, señalando que: “*el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros (...) [e]l derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación*” (artículo 6° letra a). De igual forma dispone la necesidad de tomar medidas apropiadas de todo tipo para “*modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres*” (artículo 8° a)⁵².

IV. Violencia de género

1. Género y violencia

Según las teorías feministas expuestas precedentemente⁵³, el patriarcado como sistema de organización social se articula a través de normas, patrones de

50 Cfr. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación general N° 25 sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal* [en línea]. 2010, párr. 19. Disponible en: [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf) [fecha de consulta: 6 de abril de 2017].

51 Cfr. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER., ob. cit., párrs. 18 y 22.

52 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Organización de Estados Americanos, 9 de junio de 1994, promulgada mediante Decreto N° 1.640 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 23 de septiembre de 1998. Diario Oficial 11 de noviembre de 1998.

53 Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO y FUNDACIÓN JUAN VIVES SURÍA, ob. cit.; y FACIO MONTEJO y FRÍES MONLEÓN, ob. cit.

comportamiento, mandatos, roles, estereotipos, símbolos y valores discriminatorios, que se encuentran internalizados y naturalizados en la sociedad, y que mantienen la desigualdad que está en la base de ese orden patriarcal.

De esta forma, la discriminación, como sistema de prácticas que consagran la desigualdad y subordinación, tomaría a la violencia como método para mantener y asegurar esta situación, puesto que, a través de ella, el sistema patriarcal mantiene su orden. Por lo tanto, la violencia de género aparece como una eficaz técnica del poder patriarcal.

Esta violencia será ejercida cada vez que se requiera sancionar a quien no se comportó de acuerdo al orden de las cosas: si la persona subordinada no actúa conforme a los mandatos, roles, estereotipos, comportamientos y valores que la sociedad patriarcal le asigna, se utilizará la violencia como medio para corregir esa falta.

Así, la violencia sanciona cualquier desvío que se haga de lo ordenado cumplir, violencia que se traduce no sólo en dominación, sino que también emerge bajo otras formas como la exclusión, descalificación, banalización, segregación, desvalorización, negación, invisibilización, prohibición, limitación y ridiculización.

2. Reconocimiento normativo de la violencia de género

La violencia basada en el género es un término generalmente utilizado para designar cualquier daño que se cometa contra una persona, y que resulte de las desigualdades de poder que se basan en los roles de género.

Cabe señalar que, si bien “violencia de género” no es sinónimo de “violencia contra las mujeres”, es innegable que en todas las culturas son ellas las que se ven principalmente afectadas por estas conductas. Las mujeres pueden ser víctimas de esta violencia a lo largo de sus ciclos de vida, manifestándose de diferentes formas, tales como el matrimonio forzado, la mutilación genital, el femicidio, la violación, la explotación sexual y la discriminación legal.

La prevalencia y gravedad de este fenómeno en el caso de las mujeres (que incluso ha sido catalogado como un “grave problema de salud pública” por la Organización Mundial de la Salud⁵⁴), ha hecho que la comunidad internacional condene estas conductas e impulse acciones en miras de lograr su erradicación.

54 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer* [en línea]. 2016. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/> [fecha de consulta: 1 de mayo de 2017].

A nivel normativo, las primeras referencias expresas a la violencia de género/ contra la mujer surgen a comienzos de la década de los 90⁵⁵. El Comité CEDAW define violencia basada en el sexo como “*la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada*”, incluyendo dentro de ésta “*actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad*”⁵⁶. Por su parte, la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, reconoce que la violencia de género resulta incompatible con la dignidad y el valor de las personas humanas⁵⁷.

Así es como en 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclama la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, que marca un relevante hito en el reconocimiento de este método de dominación. En su preámbulo, la Declaración reconoce que “*la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer*”, configurando “*uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre*”⁵⁸.

Dicha declaración ha inspirado la adopción de tratados específicos en esta materia a nivel regional, que han establecido obligaciones a los Estados respecto a la protección de los derechos de las mujeres y a tomar acciones concretas para la eliminación de la violencia de género:

55 Como fue señalado, los pronunciamientos internacionales previos guardan relación con el sexo/género como una categoría de discriminación, pero referidos directamente a la violencia. Si bien en 1989 el Comité CEDAW hace referencia en su Recomendación general N° 12 a la violencia contra la mujer (cfr. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación general N°12, La violencia contra la mujer* [en línea]. 1989. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm> [fecha de consulta: 6 de abril de 2017]), no es hasta 1992 que se pronuncia extensamente al respecto.

56 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación general N° 19, La violencia contra la mujer* [en línea]. A/47/38, 1992, párr. 6. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm> [fecha de consulta: 6 de abril de 2017].

57 Cfr. NACIONES UNIDAS. *Declaración y Programa de Acción de Viena* [en línea]. A/CONF.157/24, 1993, párr. 18. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx> [fecha de consulta: 12 de abril de 2017].

58 NACIONES UNIDAS. *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* [en línea]. A/RES/48/104, 1993, Preámbulo. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1286> [fecha de consulta: 6 de abril de 2017].

- La Convención de Belém do Pará define lo que se entiende por violencia contra las mujeres, prescribiendo expresamente que es una forma de violencia de género: “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (artículo 1º); sin importar que ésta se ejerza dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, por una persona que comparta o haya compartido domicilio con la mujer; en la comunidad por cualquier persona; o “perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra” (artículo 2º).
- Por su parte, el Convenio de Estambul del Consejo de Europa distingue, definiendo de manera separada, lo que se entiende por “violencia contra las mujeres” y “violencia contra las mujeres por razones de género”: “por *“violencia contra las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada*”; y “por *“violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada*” (artículo 3, letras a y d).

Por su parte, la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales (en adelante LGBTI), no ha sido abordada de forma especial por alguna convención internacional o regional. Sin embargo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha hecho presente a través de dos informes (2011 y 2015) que los episodios de violencia homofóbica y transfóbica “constituyen una forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género”⁵⁹. Asimismo, los actos de violencia contra estos grupos que configuren ilícitos penales, son abordados habitualmente en la categoría de “crímenes de odio” (*hate crimes*)⁶⁰.

59 NACIONES UNIDAS. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género* [en línea]. A/HRC/19/41, 2011, párr. 20. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/170/78/PDF/G1117078.pdf?OpenElement> [fecha de consulta: 12 de abril de 2017].

60 Definidos por el Federal Bureau of Investigation (FBI) de Estados Unidos como delitos en contra de una persona o propiedad motivados, en todo o parte, por prejuicios respecto a la raza, religión, discapacidad, orientación sexual, etnia, género o identidad de género (<https://www.fbi.gov/investigate/civil-rights/hate-crimes>).

3. Violencia de género como violación de los derechos humanos

Si bien, desde hace algunas décadas, las mujeres han tenido una importante y activa participación en la defensa de los derechos humanos⁶¹, esto no ha significado un reconocimiento de los temas de género en el ámbito del derecho internacional. La conciencia de las mujeres -y en general de los grupos subordinados- como sujetos de derecho, es una cuestión relativamente reciente, y que conlleva un cuestionamiento de la visión androcéntrica y de la vivencia de su subordinación como algo normal o natural⁶².

En este contexto, las demandas principalmente de las mujeres en torno a los derechos humanos, también son una consecuencia de la construcción de nuevas formas de ejercicio de la ciudadanía y de su deseo de acceder a ésta en condiciones de igualdad.

La violencia de género es una evidente transgresión de los principios consagrados en los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, debido a que estas conductas constituyen una clara manifestación de discriminación y configuran, entre otros, atentados contra el derecho a la vida, integridad, libertad, seguridad y a no ser objeto de tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes de las víctimas.

Por otra parte, se ha comenzado a reconocer que esta violencia también implica una afectación al derecho a la identidad, puesto que refuerza y reproduce la subordinación de la mujer al varón, así como la distorsión del ser humano; del derecho al afecto, debido a que la violencia es la antítesis de toda manifestación de esa índole; del derecho a la paz y a relaciones personales enriquecedoras, ya que es una forma negativa de resolución de conflictos; del derecho a la protección, debido a que crea una situación de desamparo, que no proviene sólo del esposo y la familia sino también del Estado, que niega protección a las mujeres, y de la sociedad que invisibiliza el problema; del derecho al desarrollo personal, puesto que las víctimas

61 Cabe destacar la relevancia de los movimientos feministas en Estados Unidos en las décadas de los 60 y 70, que visibilizaron la violencia sistemática que padecían como grupo y que constituyeron un aporte significativo en el impulso de cambios sobre la forma en que eran tratadas las víctimas por la Administración de Justicia (cfr. FATTAH, Ezzat. "Victimology: Past, Present and Future" [en línea]. En: *Criminologie*, vol. 33, N° 1, págs. 17-46, 2000. Disponible en: <https://www.erudit.org/fr/revues/crimino/2000-v33-n1-crimino142/004720ar.pdf> [fecha de consulta: 15 de abril de 2017]).

62 Cfr. MONTESO CURTO, Pilar. "Dificultades para el avance de las mujeres: diferentes teorías sociológicas" [en línea]. En: *Enferm. glob.*, v. 13, N° 36, p. 265-274, 2014. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1695-61412014000400014&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 18 de abril de 2017].

sufren una parálisis psicológica que les impide desarrollar su potencial creativo; del derecho a la participación social y política, debido a que coarta la realización de actividades extradomésticas (con excepción de las mínimas relacionadas con los roles tradicionales), como la participación en organizaciones, grupos o reuniones; del derecho a la libertad de expresión, y del derecho a una salud física y mental óptima⁶³.

El Secretario General de las Naciones Unidas⁶⁴ ha manifestado que el enfoque de la violencia de género como una cuestión de derechos humanos, trae consigo relevantes consecuencias, entre las que se cuentan:

- Poner de manifiesto las normas y obligaciones vinculantes para los Estados en la materia, haciéndolos responsables ante incumplimientos. Así, tomar medidas para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a estos derechos “sale del reino de la discrecionalidad y pasa a ser un derecho protegido jurídicamente”⁶⁵.
- Permitir una mayor comprensión del fenómeno de la violencia por motivos de género, lo que permite tomar acciones para su prevención y respuesta.
- Empoderar a las víctimas, reconociendo que son titulares de derechos que deben ser protegidos y respetados, y no meras receptoras pasivas de beneficios.
- Dar acceso a las víctimas, para su protección o reparación, a una serie de instrumentos y mecanismos establecidos a nivel nacional, regional e internacional.

En el caso americano, además de los deberes establecidos en la Convención Americana, los Estados se encuentran obligados por lo dispuesto en la Convención de Belém do Pará. Es por esto que, ante casos de violencia de género contra mujeres, los Estados deben respetar y garantizar los derechos y libertades generales -tanto en el ámbito internacional como interno-, incluyendo las garantías reconocidas a las víctimas de delito; y los que emanan por la calidad de mujer de las afectadas. Más

63 Cfr. RICO, María Nieves. *Violencia de género: un problema de derechos humanos* [en línea]. Serie Mujer y Desarrollo N° 16, 1996, p. 14. Disponible en: <http://www.cepal.org/mujer/noticias/paginas/3/27403/violenciadegenero.pdf> [fecha de consulta: 20 de abril de 2017].

64 Cfr. NACIONES UNIDAS. *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer: Informe del Secretario General* [en línea]. A/61/122/Add.1, 2006, párrs. 39, 40 y 68. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/61/122/Add.1> [fecha de consulta: 4 de abril de 2017].

65 Cfr. NACIONES UNIDAS. *Estudio a fondo*, párr. 39.

aún, en el caso de concurrir otra situación o condición que aumente la vulnerabilidad de las víctimas (por ejemplo, tener alguna discapacidad, ser migrante o pertenecer a una comunidad o pueblo originario), otras normas o directrices deben aplicarse⁶⁶.

Dentro de este último grupo se encuentran las niñas y las adolescentes víctimas. El Comité CEDAW ha señalado que ellas son más vulnerables a la discriminación, trata de personas, maltrato, explotación y violencia, siendo aún más precaria la situación en el caso de las adolescentes⁶⁷. Es por esto que se requiere llevar a cabo un ejercicio de integración normativa de todos los tratados internacionales y regionales que regulan de forma complementaria su especial condición (Convención sobre los Derechos del Niño y las diversas directrices, recomendaciones y disposiciones emanadas de organismos internacionales sobre los derechos humanos de la niñez y adolescencia), lo que implica el “uso inteligente y creativo de las herramientas que tenemos”⁶⁸.

Por último, cabe señalar que no toda conducta que viole los derechos y libertades fundamentales de una mujer o de una persona LGBTI será constitutiva de violencia de género. Tal como se ha señalado anteriormente, el núcleo de los actos u omisiones es la discriminación, que busca mantener la desigualdad o subordinación establecida por el patriarcado. En este sentido, la Corte Interamericana ha establecido que es necesario demostrar “que los hechos se basaran en el género o sexo de las presuntas víctimas”⁶⁹.

66 Entre estas se destaca, por su reciente aprobación en Chile, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en cuyo artículo 9 se reconoce el derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia.

67 Cfr. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación general N° 28*, ob. cit., párr. 21.

68 BELOFF, Mary. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2009, p. 201. En este sentido, es relevante la interpretación hecha por la Corte Interamericana en sus opiniones consultivas y sentencias, en las que ha manifestado que: “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”) vs. Guatemala, 19 de noviembre de 1999, párr. 194).

69 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ríos y otros vs. Venezuela, 28 de enero de 2009, párr. 279. En este caso la Corte declara que el Estado es responsable por incumplir su obligación de garantizar la libertad de buscar, recibir y difundir información por actos de agentes públicos y particulares en contra de veinte periodistas de un medio informativo (RCTV), pero descarta la infracción al derecho de igualdad y a las normas de la Convención de Belém do Pará por las agresiones sufridas por las mujeres del grupo.

V. Debida diligencia y perspectiva de género

1. El deber de actuar con la debida diligencia

En materia de derechos humanos -y por tanto ante casos de violencia de género-, los Estados deben cumplir principalmente con dos obligaciones:

- **Respetar** los derechos y libertades consagrados internacionalmente, es decir cumplir con lo que establece la norma en concreto, que puede implicar actuar o abstenerse de hacerlo⁷⁰. En consecuencia, la obligación de respetar implica el establecimiento de límites al ejercicio del poder estatal.
- **Garantizar** su libre y pleno ejercicio, incluso ante actos de agentes privados, lo que siempre trae consigo la adopción de medidas positivas⁷¹.

La Corte Interamericana ha señalado que, como consecuencia de la obligación de garantía, los Estados Partes deben “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención [Americana de Derechos Humanos] y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos”⁷². Para poder cumplir con este mandato, los Estados deben actuar con la “debida diligencia”, es decir, adoptando todas las medidas que estén a su alcance para evitar o responder frente a las violaciones de los derechos humanos.

70 Obligación consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana (Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social). En el caso de las mujeres, se ve reforzada por lo establecido en el artículo 7 letra a) de la Convención de Belém do Pará (Artículo 7. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación).

71 Respecto a este punto puede consultarse NASH ROJAS, Claudio. “La protección internacional de los derechos humanos”. En: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales*. 1ª ed., México D.F., México, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, págs. 191-257, págs. 206 y sgtes.

72 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 29 de julio de 1988, párr. 166.

El criterio de la debida diligencia ha sido especialmente invocado en materia de violencia contra la mujer. A comienzos de la década de los 90, el Comité CEDAW señaló que: “los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización”⁷³. Asimismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas incluyó en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, la obligación de proceder con la debida diligencia en la prevención, investigación y castigo de estos casos, ya sean cometidos por el Estado o por particulares⁷⁴. A nivel regional, la Convención de Belém do Pará consagra expresamente este deber en su artículo 7 letra b⁷⁵.

El contenido de esta obligación es amplísimo, sobre todo en lo que respecta al deber de **prevención**. En este ámbito las medidas integrales para proteger a las mujeres incluyen, entre otras, la ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos, la adecuación de la legislación interna y la implementación de políticas públicas especiales, principalmente en el área de educación y sensibilización, con el fin de cambiar los patrones culturales discriminatorios que normalizan la violencia en la sociedad.

Respecto a la **investigación** y **sanción** de los actos de violencia, garantizar un adecuado acceso a la Justicia es la principal obligación que tienen los Estados⁷⁶. Este deber “constituye la base de la exigibilidad de los derechos y la fuente principal del cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados, a través de la cual se materializa el mandato de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas sujetas a su jurisdicción”⁷⁷.

73 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación general N° 19*, ob. cit., párr. 9. En el año 2010, el Comité CEDAW vuelve a reiterar la obligación de proceder con la debida diligencia ante actos de violencia por motivos de género (cfr. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación general N° 28*, ob. cit., párrs. 13 y 19).

74 Cfr. NACIONES UNIDAS. *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, ob. cit., artículo 4° letra c.

75 Artículo 7. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

76 El marco jurídico que reconoce esta garantía se encuentra principalmente establecido en la Convención Americana (artículos 8.1 y 25); Convención de Belém do Pará (artículos 4 letra g y 7 letras f y g); y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 2 letra c).

77 NASH ROJAS, Claudio, MUJICA TORRES, Ignacio y CASAS BECERRA, Lidia. *Protocolo de actuación para operadores de justicia frente a la violencia contra las mujeres en el*

La Relatoría sobre Derechos de las Mujeres de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión Interamericana) ha definido “acceso a la Justicia” como “el acceso de jure y de facto a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia, de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos”⁷⁸. De esta forma, se impone a los Estados el deber de consagrar en los respectivos ordenamientos jurídicos, acciones y procedimientos que permitan a las víctimas acudir ante los órganos de la Administración de Justicia por amenazas o atentados contra sus derechos. Esta obligación, dirigida principalmente al Poder Legislativo, incluye reconocer las características específicas de las víctimas de violencia de género, impulsando, entre otras acciones, medidas especiales.

Sin perjuicio de lo anterior, la regulación legal/formal de procesos e instancias no satisface a cabalidad el estándar exigido. La debida diligencia implica, a su vez, garantizar a través de las actuaciones investigativas y judiciales, que los recursos y garantías sean efectivos, sencillos, rápidos, idóneos e imparciales⁷⁹. Esta responsabilidad recae en los órganos y funcionarios/as pertenecientes a la Administración de Justicia, principalmente Ministerio Público y tribunales, quienes, al momento de ejercer las funciones que les encomienda la ley, deben verificar que sus actos se conformen a las normas internacionales y no aplicar la regulación interna contradictoria⁸⁰.

marco de las relaciones de pareja [en línea]. Santiago, Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011, p. 4. Disponible en: <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/122734> [fecha de consulta: 22 de marzo de 2017].

78 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Acceso a la justicia*, ob. cit., párr. 5.

79 Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Acceso a la justicia*, ob. cit., párr. 5.

80 Si bien en principio este control de convencionalidad recae sólo en los tribunales (al ser un control jurisdiccional), la misma Corte Interamericana ha ampliado este deber a todos los órganos vinculados al Sistema de Justicia: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26 de noviembre de 2010, párr. 225). En el mismo sentido el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (cfr. MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (MESECVI). *Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará* [en línea]. Washington DC, Estados Unidos MESECVI, 2012, p. 71. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/mesecvi-segundoinformehemisferico-es.pdf> [fecha de consulta: 4 de abril de 2017]) y GARCÍA PINO, Gonzalo. “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile”. En: NOGUEIRA ALCALÁ,

2. La perspectiva de género

El deber de debida diligencia que se exige ante casos de conductas motivadas por el género, se funda en la interrelación entre discriminación y violencia. Esto lleva a la necesidad de analizar lo ocurrido junto con los factores discriminatorios que pueden haberlo motivado, agravado o caracterizado de una forma particular⁸¹. Esta forma de análisis de los hechos se debe llevar a cabo con “perspectiva de género”.

La incorporación de la perspectiva o enfoque de género significa analizar y comprender las relaciones, necesidades y visiones de hombres y mujeres, de acuerdo a su realidad específica, esto es, considerando su raza, clase social, edad, orientación sexual, entre otras variables; así como también implica el reconocimiento de las diferencias de género, con el objeto de propender hacia relaciones más equitativas y solidarias entre hombres y mujeres. Es una estrategia cuyo objetivo es hacer que las preocupaciones y las experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante en la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las leyes, las políticas y los programas en todas las esferas económicas, políticas, culturales y sociales, para que tanto las mujeres como los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad.

Utilizar el enfoque de género como herramienta de análisis del Derecho, permite comprender que las leyes no son neutras y, por lo tanto, no tienen iguales efectos en hombres y mujeres. Al contrario, las leyes están necesaria e irremediamente impregnadas por las creencias, costumbres, ideas y pensamientos de las personas que las elaboran, interpretan y aplican, de manera que éstas se plasman en una manera de concebir el mundo que determinan la condición y posición de las mujeres y los hombres en la sociedad.

Esta mirada del fenómeno jurídico, importa una reconceptualización de lo que se entiende por Derecho, incluyendo otros factores al análisis, de manera que se visualicen los efectos que el género tiene en su definición, principios

Humberto (coord.). *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 1ª ed., Santiago, Chile, Librotecnia, 2014, págs. 355-379, p. 370.

Por su parte Nogueira Alcalá, si bien establece que todos los órganos del Estado deben ejercer dicho control, centra la primera responsabilidad en el “Estado juez” (órganos que ejerzan jurisdicción, pertenecientes o no al Poder Judicial) (cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Sistema interamericano de protección de derechos humanos, control de convencionalidad y aplicación por parte de las jurisdicciones nacionales”. En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.). *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 1ª ed., Santiago, Chile, Librotecnia, 2014, págs. 395-421, p. 400).

81 Cfr. DULITZKY, ob. cit., p. 27.

y prácticas⁸². Del mismo modo permite comprender que el Derecho es más que un conjunto de normas aplicadas de forma aislada de un contexto social, cultural, político y económico.

Por lo tanto, este proceso debe ser aplicado al momento de investigar y sancionar, lo que comprende⁸³:

- Entender el concepto de género y las relaciones de poder y desigualdad en la sociedad.
- Entender que la violencia que sufren las personas en situación de subordinación es consecuencia de la desigualdad estructural y no de un comportamiento particular aislado.
- Reconocer la influencia de prejuicios y estereotipos de género, evitando que las decisiones que se tomen se vean influenciadas por patrones socioculturales discriminatorios.
- Incorporar en el actuar estándares internacionales sobre derechos humanos y violencia de género.

3. Estándares para la investigación

La normativa, jurisprudencia y organismos internacionales de derechos humanos, han fijado estándares mínimos que los Estados deben tener presentes al momento de investigar y perseguir penalmente a las personas responsables. Su desconocimiento (y por tanto su incumplimiento), puede generar responsabilidad internacional del Estado, junto con traducirse en una pérdida de eficacia de la protección que debe entregarse a las víctimas de estos delitos⁸⁴.

82 Cfr. FACIO MONTEJO, Alda. “Con los lentes del género se ve otra justicia”. En: *El Otro Derecho*, N° 28, Bogotá, Colombia, ILSA, 2002, págs. 85-102, p. 86.

83 Cfr. ABRIL MARTÍ, María Isabel, TOLEDANO BUENDÍA, Carmen, UGARTE BALLESTER, Xus y FERNÁNDEZ PÉREZ, María Magdalena. “Introducción a la interpretación en contextos de violencia de género: conceptos básicos de interpretación, contextos, competencias y deontología”. En: TOLEDANO BUENDÍA, Carmen y DEL POZO TRIVIÑO, Maribel (Eds.). *Interpretación en contextos de violencia de género*. Valencia, España, Tirant Humanidades, 2015, págs. 48-100, págs. 66 y 65.

84 Cfr. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES y CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL. *Debida diligencia en la actuación del Ministerio Público Fiscal en casos de violencia de género*. 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Eudeba, 2013, p. 18.

Estas consideraciones están dirigidas tanto a los/as operadores/as que tienen a cargo la indagación de los hechos constitutivos de delito, como a la institución a la que pertenecen.

En el caso del Ministerio Público, se ha relevado el rol preponderante que cumple en combatir la impunidad en los casos de violencia de género y en el respeto y protección de los derechos de las víctimas durante los procesos penales:

- En el ámbito investigativo, dado el contexto general de violencia que se aprecia en los actos motivados por razón de género, es particularmente importante que la persecución penal sea efectiva, considerando la necesidad de condenar socialmente estas conductas⁸⁵.
- En relación con las víctimas, hay que tener presente que, para la mayoría de éstas, los/las fiscales son una figura de autoridad, por lo que su actuar repercute directamente en la confianza que éstas tengan en la Administración de Justicia, e incluso impacta en sus procesos de reparación.

Debido a esto, se han fijado estándares internacionales relativos a la forma en que deben ser conducidas las investigaciones de estos delitos y al tratamiento de las víctimas de violencia. Asimismo, se han propuesto desafíos institucionales a abordar por parte del Ministerio Público.

a. Conducción de la investigación

Tanto la Comisión como la Corte Interamericana⁸⁶ han reiterado que el deber de investigar los hechos denunciados es una obligación de medio y no de resultado. Esto implica que no existe una infracción del ente persecutor si en una causa no se logran acreditar los hechos ni participación punible, siempre que los/as fiscales hayan actuado con todos los medios que tengan a su disposición para el debido esclarecimiento del caso. De esta manera, se deberá demostrar que la investigación ha sido:

- **Inmediata.** Las investigaciones deben iniciarse sin dilación luego de que el Estado ha tomado conocimiento de los hechos constitutivos de delito. Asimismo, si se cuenta con elementos de prueba claros, no

85 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 293, en el que hace referencia a la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Angelova e Iliev c. Bulgaria, 26 de julio de 2007, párr. 98.

86 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 29 de julio de 1988, párr. 177; Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 289; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Fondo, N° 55/97, Juan Carlos Abella y Otros (Argentina), 18 de noviembre de 1997, párr. 412.

deben existir retardos injustificados en la toma de decisiones. En estos casos, la celeridad con la que se actúe es vital para otorgar una debida protección a las víctimas y para obtener evidencias que permitan conducir correctamente la persecución penal.

La Comisión Interamericana ha manifestado su preocupación ante la no consideración de estos casos como prioritarios, debido a la influencia de patrones socioculturales discriminatorios en las personas a cargo de las investigaciones, por ejemplo, al estimar que estos asuntos pertenecen a un ámbito privado/familiar. De esta forma, se retrasa la realización de diligencias, lo que trae consigo consecuencias perniciosas para la persecución penal y para las víctimas⁸⁷.

- **Exhaustiva.** Los/as operadores/as deben practicar todas las diligencias útiles que estén a su alcance, teniendo siempre como límite la intimidad y dignidad de las víctimas⁸⁸.

En este tipo de investigaciones, a lo menos, se debe recopilar y analizar la evidencia material, documental y testimonial⁸⁹. Cabe hacer presente que la Corte Interamericana ha establecido que el Estado puede ser responsable por no ordenar, practicar o valorar pruebas que sean fundamentales para el esclarecimiento de los hechos⁹⁰.

87 Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Acceso a la justicia*, ob. cit., párr. 127 y sgtes.

88 NACIONES UNIDAS. *Estrategias y Medidas Prácticas Modelo para la eliminación de la violencia contra la mujer en el campo de la prevención del delito y la justicia penal* [en línea]. Anexo de Resolución 52/86, A/RES/52/86, 1998, párr. 8 b) Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/IEGM_VAC_BKK/GA_Res_68_189_-S.pdf [fecha de consulta: 12 de abril de 2017].

89 Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Acceso a la justicia*, ob. cit., párr. 47. Sobre este punto, cabe señalar que internacionalmente ha existido un mayor desarrollo de estándares sobre la investigación de causas de violencia extrema por motivos de género (femicidio/feminicidio) y violencia sexual. En este marco, se han dictado numerosos protocolos de actuación a nivel iberoamericano (consúltese por ejemplo BARRERO, Raquel, CARTAGENA, Juan, DONAT, Emilio, PERAMATO, Teresa y UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DE LA FISCALÍA NACIONAL DE CHILE. *Manual sobre Investigación para casos de violencia de pareja y femicidios en Chile*. Santiago, Chile, Lom Ediciones, 2012). Incluso en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional se han fijado normas respecto al tratamiento de la víctima ante casos de violencia sexual (cfr. CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Reglas de Procedimiento y Prueba* [en línea]. 2ª ed., La Haya, Países Bajos, Corte Penal Internacional, 2013, regla 70. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RulesProcedureEvidenceSpa.pdf> [fecha de consulta: 12 de abril de 2017]).

90 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”) vs. Guatemala, 19 de noviembre de 1999, párr. 230.

La exhaustividad en las investigaciones exige proactividad de los/las fiscales, quienes deben fomentar formas de trabajo colaborativas con organizaciones públicas y de la sociedad civil a nivel local, que permitan canalizar de mejor forma los recursos (por ejemplo, ante la falta de personal policial especializado o una red pericial adecuada) y favorezcan la efectividad de la persecución penal.

- **Seria.** La persecución debe siempre estar dirigida al esclarecimiento de los hechos y el posterior juzgamiento y sanción de las personas responsables.

La obligación de investigar los hechos debe ser asumida como un deber jurídico propio del Estado y no como una gestión de intereses de la víctima o sus familiares. Esto implica que la investigación no puede depender únicamente de la aportación privada de evidencia o de la iniciativa procesal de la víctima, sin que la autoridad pública se comprometa y realice gestiones útiles⁹¹.

En este sentido, las actividades meramente formales que no vayan encaminadas a la resolución del caso, o centrar la investigación en medios probatorios cuya obtención se le encargue de forma exclusiva a la víctima, no cumplen con el criterio de debida diligencia exigido.

- **Imparcial.** Se deben explorar todas las líneas investigativas posibles, sin sesgos o estereotipos. Una obligación y un permanente desafío para los/as fiscales lo constituye evitar cualquier tipo de discriminación en sus labores, basada principalmente en estereotipos de género y patrones socioculturales de conducta negativos⁹².

Cabe señalar que no afecta a la imparcialidad y objetividad de la investigación, la revisión o la utilización de antecedentes sobre conductas violentas previas de la persona investigada. De hecho, la Asamblea General de las Naciones Unidas exhorta a todos los Estados a tomar medidas para que en los procesos penales “se tengan en cuenta las pruebas de actos de violencia, malos tratos, acecho y explotación perpetrados con anterioridad por el autor del hecho”⁹³.

91 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 29 de julio de 1988, párr. 177.

92 Cfr. NACIONES UNIDAS. *Directrices sobre la Función de los Fiscales, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente* [en línea]. A/CONF.144/28/Rev. 1, 1990, párr. 13 a). Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx> [fecha de consulta: 12 de abril de 2017].

93 NACIONES UNIDAS. *Estrategias y Medidas Prácticas Modelo para la eliminación de la violencia contra la mujer en el campo de la prevención del delito y la justicia penal* [en línea]. Anexo de Resolución 52/86, A/RES/52/86, 1998, párr. 7 f) Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/IEGM_VAC_BKK/GA_Res_68_189_-S.pdf [fecha de consulta: 12 de abril de 2017].

Tampoco vulnera la imparcialidad la negativa a investigar el comportamiento previo de la víctima, sobre todo en el ámbito sexual. De hecho, en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional se indica que “[l]a credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo” y “(...) la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima”⁹⁴. Esta prohibición encuentra su fundamento en la obligación que recae en los/as agentes del Estado de no discriminar, puesto que las averiguaciones sobre su forma de vestir, su ocupación laboral, su conducta sexual, entre otras, están directamente influenciadas por nociones estereotipadas sobre cómo debe ser una víctima “ideal” y cómo deben comportarse las mujeres en el ámbito público⁹⁵.

Otro estándar respecto a la investigación es el deber de fundamentar y justificar las decisiones que se tomen durante todo el proceso, teniendo en consideración la fenomenología de la violencia de género, sus formas y manifestaciones; las normas y jurisprudencia internacionales; y las recomendaciones y directrices de organismos de derechos humanos⁹⁶. Esta medida adquiere especial relevancia al momento de efectuar presentaciones al tribunal, dado que permite explicar de manera integral los hechos de violencia, por ejemplo, al solicitar una medida cautelar o una diligencia intrusiva.

b. Relación con las víctimas

El proceso penal debe concebirse como un espacio institucional respetuoso, acogedor y reparador de las víctimas⁹⁷. La forma en que la Administración de Justicia puede asegurar esto es tratándola adecuadamente, lo que implica reconocer a la persona ofendida por el delito su “status” o “calidad de víctima” desde el primer contacto que tenga con el sistema.

94 Cfr. CORTE PENAL INTERNACIONAL, ob. cit., reglas 70 y 71.

95 Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Acceso a la justicia*, ob. cit., párr. 155.

96 Cfr. CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, *Protocolo*, ob. cit., p. 54; MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (MESECVI), ob. cit., p. 71; y NACIONES UNIDAS, *Estudio a fondo*, ob. cit., párr. 318.

97 BERISTAIN IPIÑA, Antonio. “Nuevo proceso penal desde las víctimas”. En: SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés y MESSUTI, Ana (coord.). *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*. Buenos Aires, Argentina, Universidad, 2001, págs. 17-34, p. 21.

Reconocer la “calidad de víctima” a una persona, no es nada más -y tampoco menos- que garantizarle la posibilidad de ejercer los derechos que han sido consagrados por la Constitución y las leyes. En las investigaciones por violencia de género, este status se encuentra reforzado por las especiales características de las víctimas que, debido a la relación de subordinación estructural en la que se encuentran, son más propensas a ser revictimizadas y a experimentar de forma más intensa, victimización secundaria⁹⁸.

En concreto, esto implica que el Ministerio Público debe orientar su actuación al cumplimiento de determinados estándares, entre los que se relevan los siguientes⁹⁹:

- **No discriminar.** Este deber implica la autoevaluación de las ideas, creencias y opiniones que el/la operador/a tenga respecto de la violencia de género, y de esta forma, sea capaz de reconocer prejuicios, roles y estereotipos que impidan una actuación con los estándares de neutralidad y objetividad necesarios¹⁰⁰.
- En el caso de las mujeres, los papeles y estereotipos de género que recaen sobre ellas, muchas veces traen consigo una descalificación de su credibilidad, una asunción de su responsabilidad en los hechos denunciados y a una minimización de lo ocurrido. Dado que “lo femenino” está asociado con lo doméstico y el mundo privado, una mujer tendrá que enfrentarse a diversos prejuicios si, por ejemplo, fue víctima de un delito en una fiesta, si había ingerido alcohol, si estaba vestida de cierta manera, etc. Asimismo, se ven enfrentadas a concepciones asociadas a los motivos por los que presenta una denuncia: “lo hace para conseguir algo” o “lo hace para castigar al hombre”.

98 Se entiende por “re-victimización” una nueva experiencia victimal sufrida por la víctima (ser nuevamente víctima de un delito). Por su parte, “victimización secundaria” hace referencia al impacto que las víctimas pueden llegar a experimentar por las acciones u omisiones de terceras personas, posteriores a la comisión del delito, debido a la incorrecta respuesta a sus necesidades (negación de sus derechos).

99 Cfr. CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. *Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* [en línea]. 2008, reglas 24 y sgtes. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037> [fecha de consulta: 6 de abril de 2017]; NACIONES UNIDAS, *Estrategias y Medidas Prácticas*, ob. cit., párr. 7 y sgtes; OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Handbook on Justice for Victims on the use and application of the Declararion of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*. Nueva York, Estados Unidos, Center for International Crime Prevention, 1999; y LARRAURI PIJOAN, Elena. “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial”. En: LAURENZO COPELLO, Patricia, MAQUEDA ABREU, María Luisa y RUBIO CASTRO, Ana María (Coords.). *Género, violencia y derecho*. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2008, págs. 311-328.

100 Cfr. ABRIL MARTÍ, TOLEDANO BUENDÍA, UGARTE BALLESTER y FERNÁNDEZ PÉREZ, ob. cit., p. 66.

Por su lado, existen además mitos sobre la violencia de género, sobre todo la que ocurre dentro del espacio doméstico. Por ejemplo suele mencionarse que estos actos sólo se cometen en hogares de escasos recursos y que siempre está relacionada con el abuso de alcohol o drogas.

Estas ideas pueden plasmarse, entre otras, en una actitud displicente del/la fiscal; en la negativa a otorgar una medida de protección a favor de la víctima o en decretar una no acorde a su riesgo; y en una mala o nula tramitación de la causa.

- **No victimizar.** Se debe brindar a la víctima un trato acorde a su status, y además a concentrar, en la medida de lo posible, la realización de diligencias investigativas y evitar la repetición de las mismas, a fin de no exponerla a situaciones que involucren su victimización.
- **Proporcionar información.** Se ha establecido como un punto relevante en la atención de víctimas de violencia de género, la entrega de información oportuna, simple y clara, tanto respecto a sus derechos como sobre el funcionamiento y etapas del proceso penal. Esta información debe incluir las posibilidades ciertas de obtener resultados investigativos en la causa.

Asimismo, este deber implica comunicarle las decisiones que se tomen en el caso, especialmente en las referidas a su término.

- **Proteger y evaluar el riesgo de la víctima.** Se requiere adoptar todas las medidas que correspondan, tanto autónomas como judiciales, para dar una efectiva y correcta protección a las víctimas durante el proceso. En este sentido, la Convención Belém do Pará señala como deber del Estado *“adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad”* (artículo 7 letra d).

Por su parte, evaluar el riesgo es necesario para adecuar no sólo las medidas de protección que se dispondrán, sino que *“también para construir con la víctima medidas de autoprotección y una estrategia de acompañamiento y asistencia desde el primer momento”*¹⁰¹⁻¹⁰².

101 MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES y CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL, ob. cit., p. 73.

102 En este sentido, cobra especial relevancia el trabajo conjunto del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Ministerio de la Mujer y Equidad de Género, Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y Ministerio Público, en la elaboración de un protocolo de actuación con el objeto de aplicar una pauta unificada de evaluación inicial de riesgo para casos de violencia de

- **Resguardar la intimidad.** Se deben adoptar medidas para poder facilitar la participación de las víctimas, garantizando su intimidad y la confidencialidad de las actuaciones en el proceso penal, por ejemplo, evitando cualquier confrontación con la persona denunciada y acondicionando los espacios para la privacidad de las diligencias.

Dado que la declaración de la víctima constituye, en la mayoría de los casos, una prueba central, se deben generar oportunidades e instancias adecuadas que faciliten su participación y que permitan obtener la mayor cantidad de información para orientar la investigación.

- **Respetar la voluntad de la víctima.** La participación de las víctimas durante el proceso será siempre voluntaria, no debiendo forzar su comparecencia ni aplicarle alguna sanción por su deserción.

Dado que la retractación y el desistimiento de las víctimas son fenómenos comunes en las investigaciones de violencia de género, estos no pueden ser motivos para no investigar debidamente los hechos ni para desestimar la causa.

El cumplimiento de estos estándares aumenta la adherencia de las víctimas al proceso, estando más disponibles a colaborar con la investigación; minimiza las posibilidades de retratación, y generan un impacto positivo en los resultados investigativos. Asimismo, reafirma la confianza que estas personas tuvieron en el Sistema de Justicia al momento de interponer la respectiva denuncia.

c. Desafíos institucionales

Por último, dentro de las obligaciones que recaen en el Ministerio Público por el hecho de ser la institución a cargo de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, se destacan las siguientes¹⁰³:

- Diseñar una política institucional de acceso a la justicia con perspectiva de género, para facilitar la participación de las víctimas, respetar sus derechos y brindar una protección más efectiva.

pareja intrafamiliar en contra de mujeres. En este protocolo se establecen lineamientos básicos para la adopción de acciones y procedimientos coordinados con el objeto de brindarles una protección oportuna y efectiva.

103 Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Acceso a la justicia*, ob. cit., párr. 298; CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, *Reglas de Brasilia*, ob. cit., reglas 24 y sgtes.; NACIONES UNIDAS. *Estudio a fondo*, ob. cit., párrs. 284 y 295; OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, ob. cit.

- Velar porque los procesos de trabajo permitan cumplir de forma efectiva con las obligaciones que recaen en sus funcionarios/as.
- Implementar programas permanentes de especialización, capacitación y sensibilización para todos/as los/as funcionarios/as. Dichos programas deben comprender la fenomenología de la violencia de género, sus formas y manifestaciones, como aspectos legales referidos a derechos humanos (nacionales e internacionales) con énfasis en las garantías de las víctimas.
- Establecer medidas tendientes a fomentar la colaboración e intercambio de información interinstitucional, principalmente entre el Ministerio Público, el Poder Judicial y las policías.
- Fomentar el trabajo multidisciplinario entre profesionales de distintas áreas, especialmente de la psicología, trabajo social, sociología y antropología.
- Habilitar espacios adecuados para las víctimas.
- Elaborar protocolos que permitan uniformar las prácticas investigativas a nivel nacional, que consagren las diligencias mínimas que se deben practicar en estas causas.
- Evaluar el efectivo cumplimiento de las instrucciones y lineamientos que se entreguen a los/as funcionarios/as.
- Conformar unidades especializadas en violencia de género que tengan por objeto analizar de manera global este fenómeno en el país. Asimismo, una de las recomendaciones que han surgido en los últimos años, es la creación de observatorios de violencia de género, que tienen como fin principal abordar su tratamiento a través de sus distintas manifestaciones en el ámbito penal¹⁰⁴.

4. Consecuencias ante el incumplimiento de los deberes del Estado

Otorgar una mejor respuesta ante los casos de violencia de género, es un desafío para Chile. De hecho, la Comisión Interamericana ha manifestado su

104 Recientemente, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias de las Naciones Unidas, ha hecho hincapié en el establecimiento en todos los Estados de “*observatorios contra el asesinato de mujeres por razones de género*”. Dichas instancias deben recopilar información y cifras sobre los delitos con miras a elaborar estrategias eficaces para hacer frente a esta grave violación de los derechos humanos (cfr. NACIONES UNIDAS. *La violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias* [en línea]. A/71/398, 2016, párr. 29. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/61/122/Add.1> [fecha de consulta: 4 de abril de 2017].

preocupación respecto a la brecha entre la gravedad y magnitud de los actos de violencia contra las mujeres y el abordaje del Estado chileno ante dichas conductas. Esto configuraría un incumplimiento a las obligaciones contraídas por el país, principalmente en lo que respecta a adoptar medidas contra la discriminación y al deber de actuar con la debida diligencia¹⁰⁵.

La falta de cumplimiento por parte de los órganos que forman parte de la Administración de Justicia, trae consigo serias consecuencias para la sociedad, para las víctimas y para el mismo Estado.

a. Consecuencia social: perpetúa la violencia

La inacción de las instituciones encargadas de la persecución y juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos, constituye una violación al deber de garantía del Estado, al no asegurar el libre ejercicio de los derechos y libertades de las personas. La impunidad de estos delitos propicia su repetición crónica, dejando en total indefensión a las víctimas y a su familia¹⁰⁶, junto con generar un sentimiento generalizado de desconfianza en la Justicia.

Hay que recordar que el Estado cumple un rol central en el cambio de los roles y relaciones de poder discriminadoras que imperan en la sociedad y que originan la violencia de género. Por lo tanto, la falta de diligencia ante estas conductas, reafirma su utilidad como mecanismo de control: intensifica la subordinación de las víctimas y envía al resto de la comunidad el mensaje de que la violencia es aceptable e inevitable¹⁰⁷.

b. Consecuencia para las víctimas: violación de sus derechos

La falta de una respuesta adecuada y oportuna a las víctimas por parte del Sistema de Justicia, implica una afectación a sus derechos y, en consecuencia, una violación a la obligación de respeto por parte del Estado de las garantías individuales. Estas acciones u omisiones estatales pueden causar en los/as afectados/as una profundización de los efectos negativos del delito o generar nuevos perjuicios.

105 Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política* [en línea]. OEA/Ser.L/V/II.134, 2009, párrs. 14 y 23. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/ChileMujer2009sp/Chilemujer09indice.sp.htm> [fecha de consulta: 6 de abril de 2017].

106 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Paniagua Morales y otros (“Panel Blanca”) vs. Guatemala, 8 de marzo de 1998, párr. 173.

107 Cfr. NACIONES UNIDAS, *Estudio a fondo*, ob. cit., párr. 76.

Según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, las características particulares de algunas víctimas (entre las que se menciona el género), pueden llevar a los/as operadores/as de la Justicia penal a no reconocer su calidad de víctima de un delito. Esto trae consigo la negación completa de sus derechos humanos¹⁰⁸.

c. Consecuencia para el Estado: da lugar a su responsabilidad internacional

El Estado es responsable por las acciones u omisiones motivadas por razones de género que sean discriminatorias o que afecten otros derechos humanos, al quebrantar las obligaciones convencionales adquiridas. Como ya se ha señalado, esta responsabilidad puede surgir de las acciones directas de sus agentes o por no adoptar medidas positivas para garantizar los derechos y libertades de las personas.

En el caso de conductas cometidas por particulares, para determinar si éstas darán origen a la responsabilidad internacional del Estado, se debe atender a las circunstancias particulares del caso; al conocimiento efectivo que las instituciones estatales tenían de la situación de riesgo para la víctima; y a la posibilidad razonable de impedir la realización de ese riesgo¹⁰⁹. Es por esto que se debe procurar examinar los hechos con perspectiva de género, lo que permitirá verificar si se evidencia una situación estructural de subordinación y desigualdad de las víctimas.

Si las instituciones pertenecientes a la Administración de Justicia no proceden dentro del marco señalado, tomando conocimiento de un caso y no realizando todas las actuaciones útiles que se encuentran a su disposición, generarán consecuencias jurídicas para el Estado.

La Comisión y la Corte Interamericana¹¹⁰ se han pronunciado sobre el incumplimiento de las obligaciones de investigar y sancionar los actos de

108 Cfr. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, ob. cit., págs. 9 y sgtes.

109 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 280. En el mismo sentido, el Secretario General de las Naciones Unidas, haciendo referencia a pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha manifestado que “[n]o se trata de un criterio de responsabilidad objetiva, con arreglo al cual el Estado sería considerado responsable de los actos de violencia contra la mujer independientemente de las circunstancias, sino más bien de un criterio de razonabilidad (...) basado en los principios de no discriminación y aplicación de buena fe” (NACIONES UNIDAS, *Estudio a fondo*, ob. cit., párr. 257).

110 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha manifestado su preocupación sobre la inactividad estatal en casos de violencia de género, lo que ha sido recogido en algunos fallos recientes. Pueden consultarse los casos Halime Kılıç c. Turquía, 28 de

violencia de género en tres casos emblemáticos: María da Penha contra Brasil, Penal Castro Castro contra Perú y el caso “Campo Algodonero” llevado contra México.

- En el caso **María da Penha contra Brasil** (2001), la Comisión Interamericana tuvo la posibilidad de pronunciarse respecto a la debida diligencia en la investigación y juzgamiento de la violencia en el marco de las relaciones de pareja. Da Penha fue víctima de constantes actos de maltrato físico, psíquico y económico por parte de su cónyuge, dentro de los que se cuentan dos tentativas de homicidio que le causaron, entre otras consecuencias, una paroplejía irreversible.

La denuncia presentada por la víctima alega la existencia de un patrón general de tolerancia e ineficacia de la Administración de Justicia ante los casos de violencia doméstica, que en concreto significó no haber tomado medidas efectivas para procesar y sancionar al agresor por diecisiete años.

La Comisión verificó la inactividad sistémica del Estado ante todos los casos de violencia doméstica, lo que “no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer”¹¹¹. Concluye que Brasil efectivamente violó los derechos de la víctima consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (garantías judiciales y protección judicial) por “la dilación injustificada y tramitación negligente del presente caso de violencia doméstica”¹¹². Asimismo, tuvo la posibilidad de aplicar por primera vez la Convención de Belém do Pará, estableciendo el incumplimiento de la obligación del Estado de ejercer la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

- Por su parte, la Corte Interamericana utilizó esta convención por primera en la resolución del caso del **Penal Miguel Castro Castro contra Perú** (2006). Los hechos que originaron el caso ocurrieron en 1992, en el contexto de una implementación sistemática, por parte del Gobierno, de prácticas violatorias de los derechos humanos para combatir la subversión de grupos armados no estatales (Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso). El Gobierno dispuso la realización del “Operativo Mudanza 1” en el penal Castro Castro que, oficialmente, pretendía trasladar a internas sindicadas de pertenecer a los grupos mencionados a una cárcel

junio de 2016; M.G. c. Turquía, 22 de marzo de 2016; Eremia y otras c. Moldavia, 28 de mayo de 2013; y Kaluczka c. Hungría, 24 de abril de 2012.

111 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 54/01, Caso 12.051, María Da Penha Maia Fernandes contra Brasil, 16 de abril de 2001, párr. 55.

112 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 54/01, Caso 12.051, María Da Penha Maia Fernandes contra Brasil, 16 de abril de 2001, párr. 60.

de máxima seguridad. Sin embargo, la Corte determinó que el objetivo real fue llevar a cabo un ataque premeditado contra la vida e integridad de dichas internas y otras personas recluidas. Asimismo, concluye que existió una especial violencia contra las internas, dado que los actos estuvieron principalmente dirigidos contra ellas, motivados por razón de género. Incluso en el caso de siete mujeres hubo violencia sexual.

Además de estimar que el Estado violó los derechos a la vida, integridad personal y la prohibición de ser objeto de tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, se reconoce la violación a las obligaciones establecidas en la Convención de Belém do Pará, al no haber velado porque los agentes estatales se abstuvieran de acciones y prácticas de violencia contra las mujeres, y al no haber investigado con la debida diligencia los hechos que se mencionan¹¹³.

- Por último, el mismo Tribunal en el caso **González y otras**, conocido como “**Campo Algodonero**” (2009) estableció la responsabilidad internacional de México por los cientos de homicidios de mujeres jóvenes de escasos recursos, cometidos en Ciudad Juárez entre 1993 y 2005. El tribunal declaró que el Estado incumplió su deber de garantizar los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las víctimas, junto con violar su deber de investigar diligentemente.

La Corte concluyó que los crímenes fueron influenciados “por una cultura de discriminación contra la mujer, la cual (...) ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta de las autoridades frente a éstos”. Respecto a esta respuesta, la ineficiencia e indiferencia de la Administración de Justicia permitieron que la violencia se perpetuara. Algunas de las prácticas que llevaron a la Corte a esta conclusión fueron:

- Existencia de estereotipos discriminatorios¹¹⁴. Los/as agentes estatales actuaron con visiones estereotipadas al momento de recibir las denuncias de los familiares de las víctimas, lo que influyó en su (nula) respuesta. Las autoridades minimizaron los hechos, atribuyendo las desapariciones a decisiones de las víctimas (“andan con el novio”, “andan con los amigos de vaga”) o las culpaban por tener vidas reprochables (“ella se lo buscaba, porque una niña buena, una mujer buena, está en su casa”).

113 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, 25 de noviembre de 2006, párrs. 292 y 470.6.

114 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, 16 de noviembre de 2009, párrs. 196 y sgtes.

- Falta de perspectiva de género por parte de los/as agentes del Estado en la investigación de los delitos denunciados, al no considerarlos como parte de un fenómeno global de violencia de género¹¹⁵.
- Graves irregularidades en la custodia del sitio del suceso, recolección y manejo de evidencias, elaboración de las autopsias e identificación de los restos¹¹⁶. La Corte verificó numerosas falencias en las diligencias y pericias, vulneratorias de los estándares mínimos en investigación. Por ejemplo, ausencia de cadenas de custodia en cajas con restos humanos; anomalías en la realización de autopsias que derivan en la falta de certeza en la causa de muerte de las víctimas; y falta de determinación científica e irrefutable de la identidad de las víctimas, asignándose en un primer momento nombres en los cuerpos de forma arbitraria.
- Demora injustificada en la tramitación de las causas¹¹⁷. Ocho años luego de cometidos los hechos, las investigaciones continuaban en su fase preliminar. A pesar de que el Estado demostró que se estaban llevando a cabo nuevas actuaciones, la Corte indicó que las falencias iniciales “difícilmente podrían ser subsanadas por las tardías e insuficientes diligencias probatorias que el Estado ha desarrollado a partir del año 2006”.
- Inexistencia de investigaciones contra los/as agentes estatales por su negligencia. La falta de esclarecimiento de las graves irregularidades en la investigación hace aún más manifiesta la indefensión de las víctimas, contribuye a la impunidad y “propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos”.

Un último caso que permite ejemplificar las consecuencias del incumplimiento de investigar con la debida diligencia las causas de violencia de género, es el ocurrido entre los años 1998 y 2001 en **Alto Hospicio**, en la Región de Tarapacá, Chile. Catorce mujeres (entre las que se cuentan nueve adolescentes) desaparecieron ante la indiferencia de las instituciones públicas que tomaron conocimiento de los hechos. La revisión de los antecedentes permite comprobar que las familias de las víctimas acudieron ante las policías a denunciar la desaparición de sus hijas, pero los estereotipos marcaron la respuesta estatal. De hecho, los informes policiales hicieron referencia a testigos que las habían

115 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 150.

116 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, 16 de noviembre de 2009, párrs. 296 y sgtes.

117 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, 16 de noviembre de 2009, párrs. 347 y sgtes.

visto ejerciendo el comercio sexual en la frontera chileno peruana o que se habían fugado por maltratos al interior de su hogar, lo que incluso fue ratificado por el Subsecretario del Interior de la época. Tres años después de la primera denuncia, y sin resultados investigativos, se encontraron los cuerpos de las desaparecidas y se detuvo al autor de los crímenes, sólo gracias a la declaración de una adolescente que sobrevivió a una violación e intento de homicidio.

La similitud entre la respuesta estatal chilena con lo ocurrido en el caso Campo Algodonero, deja patente la necesidad de que en Chile se tomen las providencias necesarias por parte de las instituciones del Estado para garantizar que toda violación a los derechos humanos, y especialmente los actos fundados en discriminación por razones de género, sean investigados cumpliendo los estándares de la debida diligencia.

VI. Consideraciones finales

El género es una categoría de análisis que considera a lo femenino y a lo masculino como una construcción social. Este sistema de relaciones sociales organiza, legitima y reproduce la jerarquía de unos (los hombres) a través de la diferencia sexual.

Estas diferencias se han traducido en situaciones de discriminación, ante lo que el Derecho ha debido reformular lo que tradicionalmente consideraba como igualdad. De esta manera, se establece una diferencia entre igualdad de *iure* e igualdad de *facto*, al resultar insuficiente la dictación de normas iguales para todos/as. Ello porque existen determinados grupos de personas que se encuentran en situaciones de desventajas estructurales que ameritan ser revisadas para que gocen de una efectiva igualdad. Esta revisión implica, entre otras, que el Estado deba adoptar medidas para atender las necesidades relacionadas con aquella desventaja.

La violencia de género es una forma de discriminación y una violación a los derechos humanos. Este reconocimiento, trae consigo una mayor exigencia para los/as operadores/as del Sistema de Justicia Penal, quienes deben investigar y juzgar estos hechos con debida diligencia y perspectiva de género.

Investigar con perspectiva de género implica levantar el velo a través del cual se ha mirado esta violencia, derribando estereotipos creados sobre la identidad de hombres y mujeres. Uno de los factores que se resalta en la utilidad de aplicar la perspectiva de género en la investigación de hechos punibles, es que los/as operadores/as del sistema que conocen y están capacitados en estas materias, contribuyen a remover aquellas estructuras y patrones de poder o dominación que someten a las mujeres a distintas formas de violencia, incluso la muerte, en el marco de sus relaciones de afectividad y de familia.

El incumplimiento de las obligaciones de investigar sin la debida diligencia y sin perspectiva de género, trae consigo serias consecuencias para las víctimas, la sociedad y el Estado. Asimismo, en el caso de la omisión del enfoque de género implica una vulneración al principio de igualdad.

Reiterando lo señalado al principio de este artículo, las obligaciones internacionales imponen al Ministerio Público el desafío de contribuir, a través del correcto desempeño de las funciones consagradas en la Constitución, en la erradicación de la violencia de género.

VII. Referencias bibliográficas

- ABRIL MARTÍ, María Isabel, TOLEDANO BUENDÍA, Carmen, UGARTE BALLESTER, Xus y FERNÁNDEZ PÉREZ, María Magdalena. “Introducción a la interpretación en contextos de violencia de género: conceptos básicos de interpretación, contextos, competencias y deontología”. En: TOLEDANO BUENDÍA, Carmen y DEL POZO TRIVIÑO, Maribel (Eds.). *Interpretación en contextos de violencia de género*. Valencia, España, Tirant Humanidades, 2015, págs. 48-100.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- AÑÓN ROIG, María José. *Igualdad, diferencias y desigualdades*. México D.F., México, Fontanara, 2001.
- BARRERO, Raquel, CARTAGENA, Juan, DONAT, Emilio, PERAMATO, Teresa y UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DE LA FISCALÍA NACIONAL DE CHILE. *Manual sobre Investigación para casos de violencia de pareja y femicidios en Chile*. Santiago, Chile, Lom Ediciones, 2012.
- BELOFF, Mary. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2009.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio. “Nuevo proceso penal desde las víctimas”. En: SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés y MESSUTI, Ana (coord.). *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*. Buenos Aires, Argentina, Universidad, 2001, págs. 17-34.
- COLEMAN, Eli (Ed.). *John Money: A tribute*. Nueva York, Estados Unidos, The Haworth Press, 1991.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas* [en línea]. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 2007. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/women/Acceso07/indiceacceso.htm> [fecha de consulta: 6 de abril de 2017].

- *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política* [en línea]. OEA/Ser.L/V/II.134, 2009, párrs. 14 y 23. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/ChileMujer2009sp/Chilemujer09indice.sp.htm> [fecha de consulta: 6 de abril de 2017].
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* [en línea]. E/C.12/GC/20, 2009, párr. 32. Disponible en: www.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20_sp.doc [fecha de consulta: 6 de abril de 2017].
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Toonen vs. Australia. Comunicación N° 488/1992* [en línea]. CCPR/C/50/D/488/1992, 1992, párr. 8.7. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/vws488.htm> [fecha de consulta: 6 de abril de 2017].
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación general N° 12, La violencia contra la mujer* [en línea]. 1989. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm> [fecha de consulta: 6 de abril de 2017].
- *Recomendación general N° 19, La violencia contra la mujer* [en línea]. A/47/38, 1992. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm> [fecha de consulta: 6 de abril de 2017].
- *Recomendación general N° 25 sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal* [en línea]. 2010, párr. 19. Disponible en: [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf) [fecha de consulta: 6 de abril de 2017].
- *Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* [en línea]. CEDAW/C/GC/28, 2010. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm> [fecha de consulta: 6 de abril de 2017].
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Reglas de Procedimiento y Prueba* [en línea]. 2ª ed., La Haya, Países Bajos, Corte Penal Internacional, 2013, Regla 70. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RulesProcedureEvidenceSpa.pdf> [fecha de consulta: 12 de abril de 2017].
- CREACIÓN POSITIVA. *Género* [en línea]. Barcelona, España, s/f. Disponible en: <http://creacionpositiva.org/banco-de-recursos/MALETA%20SRTA%20CRESPI/03-def.pdf> [fecha de consulta: 6 de mayo de 2017].
- CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. *Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* [en línea]. 2008. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037> [fecha de consulta: 6 de abril de 2017].

- *Protocolo de Actuación Judicial para casos de Violencia de Género contra las Mujeres* [en línea]. 2014, p. 17. Disponible en: http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=5a9deba1-60d44db6-b25e-dc2090fb4930&groupId=10124 [fecha de consulta: 6 de abril de 2017].
- DE BEAUVOIR, Simone. *El Segundo Sexo*. Madrid, España, Ediciones Cátedra (Grupo Anaya S.A.), 2005.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO y FUNDACIÓN JUAN VIVES SURIÁ. *Lentes de género. Lecturas para desarmar el patriarcado*. Serie Derechos Humanos. Género y Derechos de las Mujeres. N° 1, Caracas, Venezuela, Fundación Editorial El perro y la rana, 2010.
- DÍAZ GARCÍA, Iván. “Igualdad en la aplicación de la ley: concepto, iusfundamentalidad y consecuencias” [en línea]. En: *Ius et Praxis*, vol. 18, n. 2, 2012, págs. 33-76. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200003&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 25 de abril de 2017].
- DULITZKY, Ariel. “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana” [en línea]. En: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 3, 2007, págs. 13-32, p. 20. Disponible en: <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13452/13720>. [fecha de consulta: 12 de abril de 2017].
- GARCÍA PINO, Gonzalo. “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile”. En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.). *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 1ª ed., Santiago, Chile, Librotecnia, 2014, págs. 355-379.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. “La complementariedad entre la igualdad y la diferencia” [en línea]. En: *Frónesis*, vol. 15, N° 2, 2008, págs. 69-98. Disponible en: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682008000200006&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 25 de abril de 2017].
- FACIO MONTEJO, Alda. *Cuando el género suena, cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. San José, Costa Rica, ILANUD, 1992.
- “Con los lentes del género se ve otra justicia”. En: *El Otro Derecho*, N° 28, Bogotá, Colombia, ILSA, 2002, págs. 85-102.
- FACIO MONTEJO, Alda y FRÍES MONLEÓN, Lorena. “Feminismo, género y patriarcado” En: *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, número 6, Buenos Aires, Argentina, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, 2005, págs. 259-294.
- FATTAH, Ezzat. “Victimology: Past, Present and Future” [en línea]. En: *Criminologie*, vol. 33, n° 1, 2000, págs. 17-46. Disponible en: <https://www.erudit.org/fr/revues/crimino/2000-v33-n1-crimino142/004720ar.pdf> [fecha de consulta: 15 de abril de 2017].

- GUZMÁN STEIN, Laura. *Elementos conceptuales y metodológicos para la investigación de Derechos Humanos con Perspectiva de Género* [en línea]. San José, Costa Rica, s/f. Disponible en: <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/docente/pd-000126.pdf>. [fecha de consulta: 6 de mayo de 2017].
- LAGARDE Y LOS RÍOS, Marcela. *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*. Madrid, España, Editorial Horas y Horas, 1996.
- LAMAS, Marta. “La Perspectiva de género” [en línea]. En: *La Tarea. Revista de Educación y Cultura de la sección 47 del SINTe*. 1996. Disponible en: <http://www.latarea.com.mx/articu/articu8/lamas8.htm> [fecha de consulta: 3 de abril de 2017].
- LARRAURI PIJOAN, Elena. “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial”. En: LAURENZO COPELLO, Patricia, MAQUEDA ABREU, María Luisa y RUBIO CASTRO, Ana María (Coords.). *Género, violencia y derecho*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2008, págs. 311-328.
- LERNER, Gerda. *La Creación del patriarcado*. Barcelona, España, Editorial Crítica S.A., 1990.
- MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (MESECVI). *Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará* [en línea]. Washington DC, Estados Unidos MESECVI, 2012. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/mesecvi-segundoinformehemisferico-es.pdf> [fecha de consulta: 4 de abril de 2017].
- MILLETT, Kate, *Política Sexual*, Madrid, España, Ediciones Cátedra S.A., 1995.
- MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES y CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL. *Debida diligencia en la actuación del Ministerio Público Fiscal en casos de violencia de género*. 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Eudeba, 2013.
- MONTESO CURTO, Pilar. “Dificultades para el avance de las mujeres: diferentes teorías sociológicas” [en línea]. En: *Enferm. glob.*, v. 13, n° 36, p. 265-274, 2014. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1695-61412014000400014&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 18 de abril de 2017].
- NACIONES UNIDAS. *Estrategias y Medidas Prácticas Modelo para la eliminación de la violencia contra la mujer en el campo de la prevención del delito y la justicia penal* [en línea]. Anexo de Resolución 52/86, A/RES/52/86, 1998. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/IEGM_VAC_BKK/GA_Res_68_189_-S.pdf [fecha de consulta: 12 de abril de 2017].

- *Declaración y Programa de Acción de Viena* [en línea]. A/CONF.157/24, 1993, párr. 18. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx> [fecha de consulta: 12 de abril de 2017].
- *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* [en línea]. A/RES/48/104, 1993. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1286> [fecha de consulta: 6 de abril de 2017].
- *Estrategias y Medidas Prácticas Modelo para la eliminación de la violencia contra la mujer en el campo de la prevención del delito y la justicia penal* [en línea]. Anexo de Resolución 52/86, A/RES/52/86, 1998. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/IEGM_VAC_BKK/GA_Res_68_189_-S.pdf [fecha de consulta: 12 de abril de 2017].
- *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer: Informe del Secretario General* [en línea]. A/61/122/Add.1, 2006. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/61/122/Add.1> [fecha de consulta: 4 de abril de 2017].
- *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. A/HRC/19/41*, 2011. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/170/78/PDF/G1117078.pdf?OpenElement> [fecha de consulta: 12 de abril de 2017].
- *La violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias* [en línea]. A/71/398, 2016. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/61/122/Add.1> [fecha de consulta: 4 de abril de 2017].
- NASH ROJAS, Claudio. “La protección internacional de los derechos humanos”. En: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales*. 1ª ed., México D.F., México, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, págs. 191-257.
- NASH ROJAS, Claudio, MUJICA TORRES, Ignacio y CASAS BECERRA, Lidia. *Protocolo de actuación para operadores de justicia frente a la violencia contra las mujeres en el marco de las relaciones de pareja* [en línea]. Santiago, Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011. Disponible en: <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/122734> [fecha de consulta: 22 de marzo de 2017].
- “Sistema interamericano de protección de derechos humanos, control de convencionalidad y aplicación por parte de las jurisdicciones nacionales”. En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.). *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 1ª ed., Santiago, Chile, Librotecnia, 2014, págs. 395-421.

- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Handbook on Justice for Victims on the use and application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*. Nueva York, Estados Unidos, Center for International Crime Prevention, 1999.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer* [en línea]. 2016. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/> [fecha de consulta: 1 de mayo de 2017].
- RICO, María Nieves. *Violencia de género: un problema de derechos humanos* [en línea]. Serie Mujer y Desarrollo N° 16, 1996. Disponible en: <http://www.cepal.org/mujer/noticias/paginas/3/27403/violenciadegennero.pdf> [fecha de consulta: 20 de abril de 2017].
- WALKER, Stephen y BARTON Len (Eds.). *Gender, class and education*. Nueva York, Estados Unidos, The Falmer Press, 1983.
- YOUNG, Iris Marion. “Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal”. En: CASTELLS, Carme (Coord.). *Perspectivas feministas en teoría política*. Madrid, España, Paidós, 1996.

Jurisprudencia

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Fondo, N° 55/97, Juan Carlos Abella y Otros (Argentina), 18 de noviembre de 1997.

Informe N° 54/01, Caso 12.051, Maria Da Penha Maia Fernandes contra Brasil, 16 de abril de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 29 de julio de 1988.

Caso Paniagua Morales y otros (“Panel Blanca”) vs. Guatemala, 8 de marzo de 1998.

Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”) vs. Guatemala, 19 de noviembre de 1999.

Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, 25 de noviembre de 2006.

Caso Ríos y otros vs. Venezuela, 28 de enero de 2009.

Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, 16 de noviembre de 2009.

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26 de noviembre de 2010.

Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, 24 de febrero de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Halime Kılıç c. Turquía, 28 de junio de 2016.

Caso M.G. c. Turquía, 22 de marzo de 2016.

Caso Eremia y otras c. Moldavia, 28 de mayo de 2013.

Caso Kaluczka c. Hungría, 24 de abril de 2012.

Caso Angelova e Iliev c. Bulgaria, 26 de julio de 2007.

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

SOBRE LA DISTINCIÓN DE ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS Y DOGMÁTICOS EN EL ÁMBITO DE LA CRIMINALIDAD INFORMÁTICA

José Luis Cortés Zepeda¹

Introducción

Una de las dificultades que exhibe la criminalidad informática parece estar radicada en la fuerte imbricación de aspectos jurídicos y criminológicos. Un lugar central ocupa la descripción de la fenomenología de los atentados que se observan en el ámbito informático, la que no siempre coincide con las definiciones trazadas legislativamente como tipos penales. No es inusual observar la tendencia a realizar un análisis crítico de la legislación que identifique “vacíos” en ella. Se observa también un entrecruzamiento, por un lado, de los desarrollos técnicos –tanto los que inciden en la forma que adoptan los atentados en la práctica como los que dicen relación con las limitaciones y potencialidades de las herramientas de investigación– con las facultades normativamente atribuidas a los investigadores, por el otro. A continuación se intentará ofrecer un panorama de los aspectos jurídicos de la cibercriminalidad, en el entendido que distinguirlos de otras materias (o, al menos, propender a efectuar esa distinción) contribuye a enfrentar de mejor manera los desafíos que genera el fenómeno. Esta tarea es particularmente relevante en la actual coyuntura –la adhesión de Chile al Convenio de Budapest²–, la que debiera generar la necesidad, largamente postergada, de emprender, a nivel nacional, las reformas que impone una eficaz y eficiente persecución de la criminalidad informática actual.

La tarea de presentar un catálogo de temáticas de relevancia jurídica de la criminalidad informática ha de emprenderse, con todo, con la seguridad de que

- 1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 La Convención sobre Ciberdelincuencia, abierta para su suscripción en Budapest, Hungría, el 23 de noviembre de 2001, fue elaborada por el Consejo de Europa, en Estrasburgo, Francia, contando con la participación, además de sus Estados miembros, de Canadá, Sudáfrica, Japón y Estados Unidos, países que participaron en la negociación como observadores (*vid.* VATIS, Micheal A. The Council of Europe Convention on Cybercrime, p. 207 [en línea]. Disponible en: <https://cs.brown.edu/courses/csci1950-p/sources/lec16/Vatis.pdf> [fecha de consulta: 16 de mayo de 2017]). La Convención entró en vigencia el 1 de julio de 2004 (véase CLOUGH, Jonathan Allan. “A world of difference: The Budapest Convention on Cybercrime and the challenges of harmonisation” [en línea]. En: *Moasch University Law Review*, vol. 40, N° 3, p. 698. Disponible en: https://www.monash.edu/_data/assets/pdf_file/0019/232525/clough.pdf [fecha de consulta: 16 de mayo de 2017]).

no alcanzará un carácter exhaustivo: muy probablemente habrá importantes aspectos que no alcancemos a percibir y que, por lo tanto, constituyan sensibles omisiones. De todos modos, la realización de una contribución –siquiera parcial– parece suficiente motivación, aun si ella es de carácter panorámico y, por ende, no suponga tratar cada uno de los aspectos jurídicos en profundidad.

Con este propósito trazado, surge la necesidad de identificar genéricamente la trascendencia de la cibercriminalidad, para luego distinguir las aproximaciones desde las que, tradicionalmente, se ha analizado el fenómeno delictivo (criminológica, dogmática y político-criminal), para luego darnos a la tarea de exponer panorámicamente aquellos aspectos de carácter jurídico, particularmente, aquellos de naturaleza jurídico-penal.

2. La cibercriminalidad y su relevancia general

En la actualidad, “a pesar de ser historia conocida, el ritmo del cambio tecnológico continúa sorprendiendo”³. Por ello, no extraña que las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) jueguen un rol central en la forma en que actualmente interactuamos, tanto en el ámbito social como en el comercial, brindando acceso a un increíble rango de información y servicios⁴. Gracias a la revolución informática, por ejemplo, “hoy podemos hacer caber 18.000 Biblias en un *pendrive* del tamaño de un botón, o almacenar el texto de los 5,4 millones de artículos de la versión inglesa de Wikipedia –el equivalente a unos 2.300 volúmenes impresos de la Enciclopedia Británica– por bastante menos de un dólar”⁵. La verdad es que, al tomar conciencia de este y otros datos, no podemos sino continuar asombrándonos, aunque, paradójicamente, sus potencialidades estén incorporadas en la vida cotidiana, contribuyendo a una mejora sustancial de nuestro estándar de vida⁶, como ocurre, por ejemplo, con la llamada “internet de las cosas”, con un número de objetos interconectados que excedería a la población global⁷.

3 CLOUGH, ob. cit., p. 698.

4 CLOUGH, ob. cit., p. 698.

5 BARAÑAO, Joaquín. *Historia universal freak*. Santiago, Chile, Editorial Planeta, 2016, volumen II, p. 153.

6 BARAÑAO, ob. cit., p. 165, pone en evidencia la mejora del estándar de vida a causa del desarrollo tecnológico comparando el costo de una hora de iluminación en razón del sueldo británico promedio (medio segundo de trabajo) y el costo de financiar una hora de lámpara de aceite de sésamo en Babilonia en el año 1750 a. de J. C. (50 horas de empleo).

7 Cf. CLOUGH, ob. cit., p. 699. Según estimaciones de 2011, “[p] ara el año 2020, el número de dispositivos interconectados por la red (el ‘Internet de los objetos’) rebasará a las personas en una proporción de seis a uno, transformando las concepciones actuales de lo que es Internet” (UNODC, *Estudio exhaustivo sobre el delito cibernético*, Borrador. Nueva York, Naciones Unidas, 2013, p. xv.)

Un grado de penetración semejante no permite sostener razonablemente que, en la actualidad, la cibercriminalidad sea una preocupación exclusiva de la dogmática y la criminología en el contexto de la política criminal. La relevancia que la informática juega hoy en día en el más amplio rango de actividades humanas, la que –por lo demás– sólo pareciera ir en incremento, genera como natural consecuencia que los ataques en este ámbito sean de primera importancia para la más variada gama de disciplinas o áreas del conocimiento.

El interés por las comunicaciones es una de las primeras áreas en que la importancia capital de la informática salta a la vista. “Aproximadamente 2.900 millones de personas, casi el 40% de la población mundial, están conectados a internet”⁸. A nivel global, “existen casi 1.200 millones de suscripciones a banda ancha móvil. Esto representa el doble de las suscripciones a banda ancha en línea fija y corresponde a alrededor del 16 por ciento de la población mundial”⁹. En cuanto a la red social Facebook, por ejemplo, ya “los usuarios activos son 1.600 millones”¹⁰. El mal funcionamiento en esta área puede generar importantes dificultades y perjuicios, como deja en evidencia, por ejemplo, el caso de la llamada “Operación Aurora”¹¹. Por lo tanto, ha de entenderse que los atentados intencionales en este ámbito interesan a las ciencias vinculadas con las comunicaciones, por ejemplo, en el desarrollo de medidas de seguridad que resguarden el correcto funcionamiento de las telecomunicaciones.

Es difícil concebir hoy en día el tráfico comercial, particularmente el de los medios de pago, prescindiendo de los elementos de naturaleza informática. Los cambios impuestos por el avance tecnológico han dejado atrás (o relegado a un segundo plano) medios de pago tradicionales, como el cheque, por ejemplo, imponiéndose el uso *on line* de las tarjetas de crédito y otros medios electrónicos de pago¹². Y eso descontando las proyecciones (y la relevancia actual) de las llamadas “criptomonedas”. La afectación del adecuado desempeño de los

8 CLOUGH, ob. cit., p. 699.

9 UNODC, ob. cit., p. 2 (citando datos de 2012 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones).

10 BARAÑAO, ob. cit., p. 159.

11 UNODC, ob. cit., p. 19, citando Trustware 2011. Informe sobre seguridad mundial de SpiderLabs: “En 2010, varias compañías de software de alto perfil reportaron una serie de ataques en línea. Al final se registraron violaciones de seguridad en una firma grande que maneja un motor de búsqueda. Usando una vulnerabilidad día cero en un navegador web, los atacantes crearon un túnel hacia una red interna a través de las estaciones de trabajo comprometidas de empleados, obtuvieron acceso a cuentas de correo y de forma inadecuada se hicieron con repositorios de código fuente”.

12 CLOUGH, ob. cit., p. 698: “El valor estimado de ventas en *retail* mediante comercio electrónico en Estados Unidos para el segundo trimestre de 2014 fue de US\$7.500 millones”. Ver, para el caso de Chile, PARRADO H., Eric. “Ciberseguridad en la industria financiera” [en línea]. Santiago, Chile, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, 2017. Disponible en: http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_11623.pdf [fecha de consulta: 16 de mayo de 2017].

sistemas informáticos, por ende, puede generar perjuicio a la circulación de bienes y a la economía, a consecuencia del mal funcionamiento del sistema de pagos, por ejemplo. Si se tiene en mente el caso del virus “Goxi”¹³, salta a la vista que la cibercriminalidad pueda ser de interés para disciplinas en este ámbito.

Pero, gracias a la penetración de la informática, la cibercriminalidad es relevante en ámbitos menos evidentes, como son los procesos electorarios. La utilización de los medios tecnológicos para ejercer el derecho de sufragio ciertamente ofrece ventajas tales como la posibilidad de un procesamiento rápido de los resultados. Sin embargo recientemente se han conocido supuestos atentados que habrían tenido por objeto los últimos procesos electorarios¹⁴. La criminalidad informática, de esta forma, podría resultar de interés para aquellas áreas del conocimiento que se ocupan de los procesos electorarios, como las ciencias políticas.

Estas áreas –mencionadas sólo a modo ejemplar– permiten identificar la extensión del uso de los sistemas informáticos, así como el potencial daño que podría generar la explotación de sus vulnerabilidades, como una primera fuente de interés de la cibercriminalidad. Otra fuente distinta se podría entender radicada en las potencialidades de los medios tecnológicos¹⁵. Esa eficiencia que exhibe la informática para facilitar y mejorar las actividades humanas lícitas tiene también su aspecto negativo en tanto que, como medio, puede ser utilizada para generar daños aún más intensos¹⁶. Piénsese, por ejemplo, en el terrorismo y las

13 UNODC, ob. cit., p. 19, citando <http://www.fbi.gov>: “A principios de 2013, tres hombres europeos fueron acusados por fiscales norteamericanos de la creación y distribución de un virus informático que infectó más de un millón de computadores en todo el mundo dándoles acceso a información bancaria personal con la que robaron al menos 50 millones de dólares entre 2005 y 2011. El virus fue introducido en Europa y regado a Norteamérica, donde también infectó computadoras que pertenecían a agencias nacionales. Se han iniciado procesos de extradición contra dos de los acusados. Se dice que el caso es ‘uno de los más destructivos en términos financieros que se han visto’ (destacados en el original).”

14 *V. gr.* “Obama asegura que hackeos fueron impulsados por altos niveles del gobierno ruso” en *El Mercurio*, edición del 17 de diciembre de 2016, p. A4.

15 La eficacia puede ser insospechada, como lo demuestra el dato que aporta BARAÑAO, ob. cit., p. 158: “Google Earth y Google Maps, por ejemplo, permitieron descubrir casi dos mil sitios arqueológicos en Arabia Saudita, cadáveres humanos en Brasil y la sorpresa que las vacas tienden a alinearse hacia el norte magnético para pasar sus rumiantes días”.

16 Desde la perspectiva de la capacidad de traspasar fronteras, BRENNER, Susan W. “La Convención sobre Cibercrimen del Consejo de Europa” [en línea]. En: *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 1, N° 1, 2012, p. 224. Disponible en: <http://revistaliteratura.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/viewFile/24030/25629> [fecha de consulta: 16 de mayo de 2017]: “Muchas cosas pueden llegar a ser posibles en un entorno tecnológico [...] la informática ha facilitado la comisión de los delitos más tradicionales, los cuales pueden trascender fácilmente las fronteras nacionales”. Así también, LA MISMA, ob. cit., p. 228: “Es efectivo que la tecnología computacional puede incrementar exponencialmente la

nuevas herramientas tecnológicas son empleadas en este ámbito¹⁷ o, desde las disciplinas relacionadas con la defensa, en la “ciberguerra”¹⁸.

Uno de los enfoques desde los que, sin embargo, tradicionalmente se aborda el fenómeno de la cibercriminalidad es su consideración como riesgo jurídico-penalmente relevante¹⁹. El propósito de explorar los aspectos jurídicos –y, particularmente, jurídico-penales– del fenómeno exige delimitarlo de las restantes ciencias que recaen sobre el fenómeno delictivo, siquiera someramente.

3. Dogmática, criminología y política criminal

En términos generales (lo que también es aplicable a los delitos informáticos en cuanto especie de este género), “[e]l delito y los medios de que se sirve la sociedad para combatirlo son objeto de estudio desde diferentes puntos de vista, lo que ha dado origen también a disciplinas distintas”²⁰. Recurriendo al modelo –quizá simple, pero muy plástico– “de la estructura tridimensional del Derecho, que distingue en él una dimensión de *norma*, otra de *hecho* y una tercera de *valor*, cabría decir que la Dogmática jurídico-penal se ocupa del Derecho Penal como norma, la Criminología como hecho y la Política criminal como valor”²¹.

capacidad de alguien para cometer fraude o para producir y diseminar pornografía infantil, pero esto es igualmente cierto respecto de otros delitos, tales como la extorsión”.

- 17 A vía ejemplar, *vid.* UNODC, ob. cit., p. 21: “En mayo de 2012, un tribunal de Europa occidental sentenció a uno de sus ciudadanos a cinco años de prisión por participar en una conspiración delictiva para preparar un acto terrorista. En el juicio, la fiscalía presentó docenas de comunicaciones por correo electrónico descriptadas con contenido yihadista, que fueron enviadas, entre otras, a la página web del presidente del país, y fueron rastreadas hasta un miembro de un grupo extremista que opera globalmente. [...] Esto indicó que el acusado activamente se encargaba, *inter alia*, de la traducción, cifrado, compresión y protección con contraseña de materiales pro-yihadistas, que posteriormente cargaba y difundía en internet; y que realizaba acciones concretas para dar apoyo financiero al grupo extremista, entre otras formas, con intentos de uso de PayPal y otros sistemas de pago virtual”.
- 18 VATIS, ob. cit., p. 221, da cuenta de la propuesta de Rusia para implementar un tratado internacional en control de armas cibernéticas, país que, desde 1998, ha instado a favor de medidas de las Naciones Unidas orientadas a limitar los ciberataques, comparando el poder destructivo de las armas cibernéticas con aquel de las armas de destrucción masiva.
- 19 En este sentido, BRENNER, ob. cit., p. 226: “Se equipara al cibercrimen con la delincuencia y enseguida trata a aquél como una amenaza interna, de la cual se ocupa con el sistema de justicia criminal”.
- 20 CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. 10ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 123.
- 21 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 9ª ed., Buenos Aires, Montevideo, Editorial Bdef, 2011, p. 51.

a) Ciencia del Derecho Penal (dogmática)

La ciencia del Derecho Penal –también denominada “dogmática”²²– reconoce su objeto en el delito, pero desde una perspectiva jurídica, de lo que se sigue que su atención recae sobre “*las normas penales y el sistema que ellas configuran*”²³. De esta forma, más que limitarse a ofrecer una mera exégesis de las disposiciones penales, la dogmática aspira a articular armónicamente las normas en un sistema que permita resolver, por aplicación de principios generales, los casos particulares equivalentes de un modo semejante²⁴.

Sin embargo, “la aspiración tradicional de la dogmática no ha sido la de cultivar su disciplina *l’art pour l’art*, sino la de obtener seguridad jurídica, y reafirmar así la idea de *Estado de Derecho* y la concepción del Derecho Penal como *magna charta*”²⁵.

b) Criminología

En cambio, la criminología, como “ciencia empírica del delito”²⁶, es una “ciencia de la realidad”²⁷. Al menos según una concepción amplia, ella es “la ordenada totalidad del saber empírico sobre el delito, los delinquentes, la reacción social negativa y el control de esa conducta”²⁸. Por ello, la criminología “[c]ientíficamente representa el lado empírico”²⁹ de las disciplinas jurídicas y está convocada a contribuir con “los imprescindibles datos acerca de la fenomenología criminal y las diversas instancias implicadas en ella (delincuente, víctima, aparatos de control social)”³⁰.

22 MIR PUIG, ob. cit., p. 49: “[t]ambién se habla en el mismo sentido de ‘**Dogmática jurídico-penal**’ (destacado en el original). EL MISMO, ob. cit., p. 51: “aunque suele limitarse la expresión ‘Ciencia del Derecho penal’ a la Dogmática jurídico-penal, también es corriente hablar de ‘**Ciencias penales**’ o ‘**Ciencia global del Derecho penal**’ en un sentido comprensivo de todas las perspectivas teóricas señaladas” (cita del texto original omitida y destacados originales).

23 CURY, ob. cit., p. 137.

24 Cf. CURY, ob. cit., p. 137.

25 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. 2ª ed., Montevideo, Buenos Aires, Editorial Bdef, 2012, págs. 64-65.

26 SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 70.

27 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (traducción de la 2ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, p. 46.

28 ROXIN, ob. cit., p. 46, citando a KAISER. *Kriminologie. Ein Lehrbuch*. 1988, § 1, nm. 2. Recogiendo la definición de Hassemmer, SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 153 ve en la criminología una “ciencia de los factores empíricos de la desviación delictiva”.

29 ROXIN, ob. cit., p. 46.

30 SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 70.

Las exposiciones relativas a la criminología suelen enfatizar el derrotero que ella ha seguido y que supone una variación de su objeto³¹. Así, se enfatiza que la criminología clásica, “[e]n su versión inicial de la Escuela Positiva italiana, [...] se ocupaba de buscar las causas del delito como fenómeno empírico, individual (Antropología y Psicología Criminal) y social (Sociología Criminal)”³², sin indagar en “la explicación sociológica de las normas e instituciones penales, sino que creía poder estudiar el delito como una realidad natural independiente de aquellas normas e instituciones”³³. Aunque esta aproximación “no ha desaparecido en la Criminología ‘oficial’, se rechaza hoy por la Criminología Crítica, que ha dirigido la atención al estudio sociológico de las instancias de control penal (normas penales, policía, Administración de Justicia, cárceles)”³⁴.

c) Política criminal

La función tradicional de la política criminal aparece relacionada con la idea de valoración³⁵. Así, se la entendió como “el arte de enjuiciar críticamente el derecho penal en vigor y realizar su reforma o modificación, de acuerdo con los datos proporcionados por la ciencia sobre la forma y recursos más adecuados para combatir el delito”³⁶. Aunque no de modo idéntico, sí al menos en el mismo sentido, se reconoce que la política criminal está llamada a brindar “la necesaria referencia a fines y valores, al cumplir la ‘misión política’ de orientar la evolución de la legislación penal (perspectiva *de lege ferenda*) o su propia aplicación en el presente (perspectiva *de lege lata*) a las finalidades materiales del Derecho penal”³⁷. Concebida de esta manera, “la Política Criminal no es una disciplina teórica, sino orientación práctica”³⁸.

31 Además de las referencias siguientes, *vid. y*, CURY, ob. cit., págs. 128-137 y, parcialmente, SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., págs. 67-68.

32 MIR PUIG, ob. cit., p. 50 (destacados del original se han omitido).

33 MIR PUIG, ob. cit., p. 50 (destacado en el original omitido).

34 MIR PUIG, ob. cit., p. 50 (destacado en el original omitido). SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 158, habla de “criminología ‘estándar’”.

35 Aunque en referencia a la política criminal actual, SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 156 destaca que “la política criminal actual opera mediante la valoración (desde concretas perspectivas jurídico-políticas) de los datos empíricos suministrados por la criminología”.

36 Citando a Liszt, CURY, ob. cit., p. 124 (destacados del original omitidos).

37 SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 71.

38 MIR PUIG, ob. cit., p. 50.

Por ende, la política criminal realiza un ejercicio de valoración, echando mano a criterios científicos (criminológicos) y axiológicos (valores), tanto en la fase de aplicación (interpretación) como instando por su mejora (reforma)³⁹.

d) Necesaria complementariedad

No debe perderse de vista “que para la comprensión científica de la Justicia penal no basta en absoluto el conocimiento del Derecho penal material”⁴⁰, que “sólo dice qué conducta está prohibida como criminal y con qué penas o medidas se la conmina”⁴¹, ya que, en lo que aquí interesa, “las soluciones de problemas jurídicos en un campo (p. ej. en el Derecho penal material) pueden depender de los conocimientos obtenidos en otro campo (v. gr. de datos procesales o de perspectivas criminológicas)”⁴².

En efecto, “ninguna disciplina que estudie el Derecho penal puede dejar de tener en cuenta que el mismo es siempre y a un mismo tiempo norma, hecho y valor”⁴³, por lo que “[u]n Derecho penal moderno no es imaginable sin una constante y estrecha colaboración de todas las disciplinas parciales de la ‘ciencia global del Derecho penal’.”⁴⁴. Así pues, desde una influyente propuesta, se ha enfatizado “la necesidad, no de prescindir del sistema en favor de una consideración tópica, sino de conformar un ‘sistema abierto’ del Derecho penal: abierto tanto al ‘problema’ como a las ‘consideraciones valorativas’, entre las que se incluyen las consistentes en valorar las nuevas aportaciones de las diversas ciencias sociales”⁴⁵.

Constatar que “las decisiones centrales del Derecho penal y, en concreto, las propias de la dogmática del delito (por ejemplo, la que versa sobre la atribución de responsabilidad) son decisiones valorativas”⁴⁶, ha conducido a sostener la necesidad de “una suma pureza metodológica a la hora de

39 Con todo, SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 151, destaca que “la política criminal, como conjunto de proposiciones valorativas (expresión de un deber ser), no puede obtenerse como derivación necesaria de ciertas constataciones empíricas (pertenecientes al plano del ser), sino que sólo puede derivar de otras premisas valorativas”, aunque “ellas tendrán por objeto datos de la realidad, pero éstos no condicionan su contenido”. Similar, EL MISMO, ob. cit., p. 156.

40 ROXIN, ob. cit., p. 47.

41 ROXIN, ob. cit., p. 47.

42 ROXIN, ob. cit., p. 47.

43 MIR PUIG, ob. cit., p. 31.

44 ROXIN, ob. cit., p. 47. Similar, SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 153.

45 SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 70. Similar, EL MISMO, ob. cit., p. 157.

46 SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 154.

integrar en el sistema las conclusiones dogmáticamente relevantes que pueda aportar la ciencia criminológica”⁴⁷.

Este llamado es particularmente acuciante en el ámbito de la delincuencia informática, en el que los elementos del análisis criminológico tienden a confundirse con los aspectos jurídicos.

4. Perspectivas jurídicas y criminológicas del delito informático

a) Contribución a la delimitación: el caso de las categorías

El relativamente reciente desarrollo de la informática⁴⁸ explica la orientación a la descripción del fenómeno que es posible advertir. Tanto como sorprenden los avances tecnológicos, así mismo impresionan las “proezas” técnicas de quienes los emplean para perjudicar a terceros. Naturalmente estos riesgos generan como reacción la implementación de medidas destinadas a evitarlos, constituyendo el camino tradicional el recurso a las sanciones penales⁴⁹. Fruto de esta dinámica, es que las distintas clasificaciones (en que se insertan categorías tales como sabotaje y espionaje informático, *hacking*, *software* malicioso, ataque de denegación de servicio, etc.), tan usuales en este ámbito⁵⁰, hayan surgido como la descripción de un fenómeno lesivo, anterior a la reacción penal y, por ende, ellas son expresión de un contenido criminológico.

Para ejemplificar, puede traerse a colación el sabotaje informático. Si bajo esta categoría se pretenden incardinar aquellos “atentados ilícitos que se cometan contra el software o soporte lógico –datos y programas –de un sistema

47 SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 154.

48 RIQUERT, Marcelo Alfredo. *Informática y Derecho Penal argentino*. Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 22: “Podemos, en consecuencia, ubicar en la década del 40 el inicio de la ‘era de la computadora”.

49 Sostiene BRENNER, ob. cit., págs. 222-223, que: “cuando se hizo claro que la tecnología computacional podía ser empleada en la comisión de diversos tipos de actividades indeseables [...] los países habían comenzado a adoptar leyes que específicamente penalizaban tanto este ‘nuevo’ tipo de actividades, como el uso de tecnología computacional para la comisión de delitos convencionales”, ello en un contexto en que “la respuesta histórica a la aparición de nuevas conductas indeseables ha sido su penalización”.

50 Por estos tres últimos, BRENNER, ob. cit., p. 224. En términos generales, a propósito de las clasificaciones del delito informático e incluyendo numerosas categorías más, MAGLIONA MARKOVICHTH, Claudio Paul/ LÓPEZ MEDEL, Macarena. *Delincuencia y fraude informático. Derecho comparado y Ley N° 19.223*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1999, págs. 46-63.

informático”⁵¹ o si se lo entiende “como la acción típica, antijurídica y dolosa destinada a destruir o inutilizar el soporte lógico de un sistema computacional mediante el empleo natural de las tecnologías de la información”⁵², nada se ha dicho del análisis jurídico-penal de estos fenómenos. De hecho, la dimensión jurídico penal, en abstracto, podría arrojar numerosos escenarios: desde que ninguno de los casos estén desvalorados hasta que los estén, ya sea a través de una única figura, ya sea mediante una multiplicidad de hipótesis delictivas. En el caso concreto del ordenamiento nacional, de hecho, el fenómeno criminológicamente delineado pareciera estar normativamente sancionado en la Ley N° 19.223 que tipifica figuras penales relativas a la informática⁵³. Quedarían comprendidas en el artículo 1°, que sanciona al “que maliciosamente destruya o inutilice un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o modifique su funcionamiento”⁵⁴, aunque también podría pensarse que la abarca la hipótesis del artículo 3°, que se refiere, ya no al sistema, sino a los “datos” (directamente y no como consecuencia de la afectación del sistema, configurando una figura calificada)⁵⁵, lo que dependerá en último término de la caracterización criminológica.

Salvo en cuanto pueda contribuir a orientar la interpretación, la asociación de los conceptos criminológicos con las valoraciones jurídicas contenidas en las disposiciones legales será un ejercicio fútil. Corresponde, en realidad, enfrentarse a una determinada hipótesis delictiva con las herramientas valorativas de la dogmática y, si ellas conducen a una conclusión que se separe de la categoría fenomenológica, habrá que estarse a ellas, dejando espacio para la crítica política criminal, si sus parámetros la demandan. Los riesgos de un escenario en que se introduzca la confusión se insertan en la restricción indebida del ámbito punible o, lo que puede ser peor, la extensión indebida de su alcance, con el consiguiente sacrificio del principio de legalidad. En este

-
- 51 JIJENA LEIVA, Renato. “Seguridad, responsabilidad y delitos informáticos”. En: *Gaceta Jurídica*, N° 321, Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2007, p. 23.
- 52 LARA BERRÍOS, Bernardo/ MORALES GODOY, Misael. “Los delitos informáticos. ¿Nuevos tipos penales o nuevas formas comisivas de los delitos tradicionales?”. En: *La Revista de Derecho. Derecho, sociedad, cultura*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, año X, N° 6, Santiago, Chile, Universidad Central de Chile, 2004, p. 189. Por otras formulaciones, MAGLIONA/ LÓPEZ, ob. cit., págs. 52, 54-55, 56.
- 53 Publicada en el Diario Oficial el 7 de junio de 1993 (en adelante, “Ley de delitos informáticos” o “Ley N° 19.223”).
- 54 Así, MAGLIONA/ LÓPEZ, ob. cit., p. 161, descartando tal carácter respecto de la figura del artículo 3° (LOS MISMOS, ob. cit., p. 168).
- 55 Así, HUERTA MIRANDA, Marcelo/ LÍBANO MANZUR, Claudio. *Delitos informáticos*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1998, p. 285.

ámbito, por ende, conviene estar muy atentos a la naturaleza de la categoría y enfocarse en si ellas están sancionadas penalmente (o normativamente seleccionadas o desvaloradas), como punto de partida del análisis jurídico, para recién confrontarlas con miras a la crítica de *lege ferenda*⁵⁶.

La confusión, por otro lado, contribuye a oscurecer el aporte criminológico. Así, por ejemplo, sostener que la producción y difusión de malware no está comprendida en tal o cual instrumento jurídico, hechas sin distinguir entre el elemento fenomenológico y normativo, puede oscurecer el alcance del aporte empírico, construyendo su rendimiento. Perfectamente, una observación como la anterior, realizada desde una perspectiva criminológica, podría no estar sosteniendo que dichas conductas sean impunes, sino que su sanción según una figura genérica (por ejemplo, el daño al sistema informático) es insuficiente por la gravedad de las consecuencias observadas, de suerte que la crítica, en realidad, se dirige a la magnitud de la penalidad, que existiría y sería aplicable, pero resultaría exigua. De ser así, las exigencias criminológicas deben orientarse a recopilar aquellos datos empíricos (extensión de los daños, por ejemplo) que justifiquen la configuración de una penalidad calificada.

Desde una perspectiva jurídica, los parámetros relevantes serán los tipos penales existentes (contenidos en la Ley N° 19.223, principalmente) y las obligaciones jurídicas de incriminación (luego de la adhesión de nuestro país a la Convención de Budapest)⁵⁷. La Convención de Budapest obliga a “criminalizar: i) varias actividades que tienen en la mira los sistemas informáticos y la data; ii) la falsificación informática; iii) los fraudes informáticos; iv) el uso de la tecnología computacional para crear, distribuir o procesar pornografía infantil; y v) el uso de la tecnología computacional para cometer infracciones a la propiedad intelectual (artículos 2.º a 10.º)”⁵⁸. Por su parte, “[l]as actividades que tienen en la mira a los sistemas informáticos y la data i), en concreto, son: obtener acceso no autorizado a ellos, dañar los mismos y el denominado ‘abuso de dispositivos’ (artículos 2.º

56 En otro ámbito, por ejemplo, MAÑALICH R., Juan Pablo, “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho Penal chileno”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 2, Santiago, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2011, p. 280, ha destacado: “La etiqueta ‘criminalidad organizada’ muestra una vocación primariamente criminológica, que puede ser de utilidad para el discurso de la así llamada ‘política criminal’, como agenda de preocupación primariamente fenoménica. Pero mientras prevalezca una orientación fenoménica hacia el problema de la interrelación entre las categorías ‘delito’ y ‘organización’, nuestras posibilidades de elaboración dogmática se verán gravemente comprometidas. Por eso cabe hablar, en lo que sigue, del problema de la ‘organización delictiva’ como objeto de referencia idóneo del discurso de la dogmática jurídico-penal”.

57 Según puntualizan MATUS A., Jean Pierre/ RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Fundamentos y límites constitucionales del derecho penal positivo*. 3ª ed., Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2015, p. 181, los tratados internacionales “no crean penas ni delitos, sino que limitan el alcance de las potestades del legislador para crearlos y del intérprete para determinar su alcance y sentido”.

58 BRENNER, ob. cit., p. 227.

a 6.º)⁵⁹. La Ley N° 19.223, de otro lado, prevé figuras tales como “1.- acceso indebido a información contenida en un sistema de tratamiento de la misma; 2.- destrucción de un sistema informático o alteración del funcionamiento del mismo; 3.- daño, alteración y divulgación indebida de datos informáticos”⁶⁰.

Otro elemento de carácter criminológico es el concepto mismo de delito informático⁶¹⁻⁶². Esta definición, sujeta a una notable dispersión de pareceres⁶³, atiende a variados factores o criterios, tales como los medios empleados⁶⁴, el objeto de ataque⁶⁵, las necesidades investigativas⁶⁶, la evolución tecnológica⁶⁷ o la normativa internacional⁶⁸.

59 BRENNER, ob. cit., p. 227.

60 Aunque citando un proyecto de ley que pretende reformar este cuerpo legal, LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando. “Los delitos informáticos en el proyecto de reforma en actual trámite parlamentario”. En: *Revista Chilena de Derecho Informático*, N° 4, Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004, p. 172.

61 Así los destacan MAGLIONA/ LÓPEZ, ob. cit., págs. 35-36; también, CALDERONI, Francesco. “The European legal framework on cybercrime: striving for an effective implementation” [en línea]. En: *Crime, Law and Social Change*, 54, 2010, p. 11. Disponible en: http://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/27731/ssoar-clsc-2010-5-calderoni-the_european_legal_framework_on.pdf?sequence=1 [fecha de consulta: 16 de mayo de 2017].

62 Un problema relacionado es el de las múltiples y diversas denominaciones que se le puedan prodigar y las distinciones que se puedan proponer.

63 CÁRDENAS ARAVENA, Claudia. “El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos”. En: *Política Criminal*, N° 6, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2008, p. 2: “en este campo la terminología no está del todo asentada”.

64 Sería el caso, por ejemplo, de la definición, recogida por MAGLIONA/ LÓPEZ, ob. cit., 39, propuesta por Klaus Tiedemann que alude a “los actos antijurídicos [...] realizados con el empleo de un equipo automático de procesamiento de datos”. Parcialmente, el concepto que propone GONZÁLEZ MARÍN, Patricio. “Desde el delito computacional al delito de alta tecnología: Notas para una evolución hacia el concepto y estructura del delito informático”. En: VAN WEEZEL, Alex (ed.). *Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*. Santiago, Legal Publishing Thomson Reuters, 2013, p. 1085, en cuanto hace referencia a que esta clase de conducta es “cometida mediante el uso de la informática”. Así también, CÁRDENAS ARAVENA, ob. cit., p. 3, cuando menciona su realización “por medio, en utilización [...] de un sistema informático”.

65 Parcialmente, CÁRDENAS ARAVENA, ob. cit., p. 3, en cuanto hace referencia a su realización “en contra de un sistema informático”. Asimismo, GONZÁLEZ MARÍN, ob. cit., p. 1085: “[...] contra el soporte lógico (software) de un sistema de tratamiento de la información, los datos digitales contenidos en el o los programas computacionales empleados en el mismo”.

66 Así, la definición del Departamento de Justicia de EE.UU., que recoge MAGLIONA/ LÓPEZ, ob. cit., p. 38, exige que “el conocimiento de la tecnología informática sea esencial para su investigación o persecución”.

67 Así, GONZÁLEZ MARÍN, ob. cit., págs. 1078-1092.

68 En este sentido, CALDERONI, ob. cit., p. 2.

En este escenario, presta también utilidad distinguir entre el aspecto dogmático y el aspecto criminológico. Desde una perspectiva jurídica, la dogmática emprende la clasificación de las hipótesis delictivas atendiendo al bien jurídico, al que se le atribuye una función sistemática. Esta función permite reconocer en el bien jurídico “un criterio jurídico-penal adecuado para clasificar las diversas figuras delictivas contenidas en la parte especial de la legislación penal considerando la naturaleza y gravedad del ataque”⁶⁹. Ha de concluirse, entonces, que los restantes criterios se escapan de la naturaleza dogmática y aparecen orientados criminológicamente.

Esta conclusión muestra utilidad al aproximarse a la Convención de Budapest, en particular, respecto de lo que el mismo tratado denomina de “Derecho penal sustantivo”. Bajo esta sección, se recogen como medidas que debe adoptarse a nivel nacional, cuatro categorías: “(1) atentados contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información y los sistemas computacionales; (2) atentados relacionados con los computadores (fraude y falsificación informáticos); (3) atentados relacionados con el contenido (pornografía infantil); y (4) infracciones de propiedad intelectual”⁷⁰.

En mi opinión, de estas cuatro categorías, sólo la primera puede servir de base desde un punto de vista dogmático, pues sólo en ella sería posible identificar un bien jurídico como subyacente a dichas infracciones (aunque sea discutible). Estas hipótesis parecieran estar recogidas en las figuras que contempla la Ley N° 19.223 (salvo quizá el abuso de dispositivos), en cuya tramitación parlamentaria se invocó un bien jurídico distinto a los tradicionales. Obrando en coherencia al establecer un estatuto independiente para los delitos informáticos, “en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.223, sobre delitos informáticos, se dejó expresa constancia de que este proyecto de ley tenía ‘por finalidad proteger un nuevo bien jurídico que ha surgido con el uso de las modernas tecnologías computacionales: la calidad, la pureza e idoneidad de la información en cuanto tal, contenida en un sistema automatizado de tratamiento de la misma y de los productos que de su operación se obtengan”⁷¹. Abona esta conclusión que la categoría en cuestión se identifique con la idea de “objetivo del delito”⁷², que parece sugerir la afectación de un interés⁷³. De hecho, existen cuestionamientos acerca del

69 NÁQUIRA R., Jaime. *Derecho Penal chileno. Parte general*. 2ª ed., Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2015, tomo I, p. 115.

70 CLOUGH, ob. cit., p. 702.

71 MAGLIONA/ LÓPEZ, ob. cit., p. 65.

72 CALDERONI, ob. cit., p. 2.

73 Aunque bien podría tratarse de una referencia al objeto material.

fundamento de la inclusión de las restantes categorías en la Convención de Budapest⁷⁴.

A favor de esta aproximación puede invocarse, además, otro argumento que principia en la distinción entre categorías dogmáticas y criminológicas: ninguna figura delictiva pareciera comprender las hipótesis que analizamos, cuando ellas se entiendan cometidas por medios informáticos. Si bien podría pensarse en los daños que lesionan la propiedad y los atentados en contra de la privacidad⁷⁵, cierto es que las hipótesis recogidas por la Convención de Budapest perfectamente podrían configurarse aunque no se afecte la propiedad ni se vulnere la privacidad, en la medida en que se afecte el funcionamiento de un sistema de información⁷⁶.

La conclusión que se sigue es que las restantes categorías de la Convención caen dentro de lo que podría considerarse un concepto criminológico, cuyo fundamento parece radicarse esencialmente en los medios utilizados (su carácter tecnológico), más específicamente, en la relevancia estadística del empleo de estos medios en su comisión. Dogmáticamente fraude, falsificación, pornografía infantil e infracciones a la propiedad intelectual pertenecerán a otras familias de delitos, según el bien jurídico relevante en cada caso. Si bien los medios pueden ser un elemento relevante jurídico-penalmente⁷⁷, lo cierto es que la clasificación del delito no atiende a ello o, al menos, no debiera hacerlo. La proximidad de las figuras entre sí no se halla en el objeto de protección, sino en el dato

74 Para BRENNER, ob. cit., págs. 227-228, es posible “argumentar que no era necesario incluir estos delitos tradicionales porque ellos ya se encuentran prohibidos por los códigos criminales de las naciones modernas, pero la misma Convención incluye a lo menos tres delitos tradicionales: falsificación, fraude y pornografía infantil”. Y agrega, *loc. cit.*, que “[n]i la Convención ni el Reporte Explicativo adjunto a la misma indican: i) ¿por qué sólo un subgrupo de delitos fueron incluidos en la Convención?, y (ii) ¿por qué este particular conjunto de conductas fue elegida?”.

75 Así, respecto de los daños, OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2013, págs. 553-554.

76 Según Informe explicativo (STE núm 185) [en línea]. Estrasburgo: Consejo de Europa. Disponible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802fa403> [fecha de consulta: 16 de mayo de 2017], en el caso de los ataques a la integridad del sistema, “[e]l interés jurídico protegido es el interés de los operadores y los usuarios de los sistemas informáticos y de telecomunicaciones en su funcionamiento correcto”. En el mismo lugar, en relación con el caso del acceso ilícito, se destaca que “[l]a necesidad de protección refleja los intereses de las organizaciones y las personas para manejar, operar y controlar sus sistemas sin interrupciones ni restricciones”, siendo sólo una posibilidad, entre otras (“puede”), el acceso a datos confidenciales.

77 LONDOÑO MARTÍNEZ, ob. cit., p. 174: “Los medios o formas de afectación de los *bienes jurídicos* interesan, en cambio, sólo en un segundo nivel, cuando se trate de superar problemas técnicos de construcción de los tipos, o bien de asumir decisiones de política criminal”.

empírico de la frecuencia en que adoptan este modo de comisión⁷⁸. Coherente con esta interpretación es que las medidas de carácter procesal (contenidas en la sección 2 del capítulo II de la Convención de Budapest) sean aplicables a toda clase de delito y no sólo a los que ella comprende⁷⁹.

Una aproximación diferente a la que adoptó el legislador supone la opción de entender que los delitos informáticos, criminológicamente entendidos, son sólo formas novedosas de atacar bienes jurídicos tradicionales.⁸⁰ Conforme a este planteamiento, no existiría ningún bien jurídico diferente a los tradicionales y tiene como consecuencia lógica la opción por la inclusión de figuras específicas asociadas a las tradicionales, cuando se genera un vacío.

b) Aproximación a la cibercriminalidad desde una perspectiva jurídica

Con el propósito de exponer, los aspectos jurídicos de la criminalidad informática, principiaremos distinguiendo entre los aspectos criminales y las restantes consideraciones jurídicas de interés. Conviene constatar que estas últimas pueden exhibir un amplio alcance, tales como las que se vinculan con los aspectos regulatorios, particularmente en materia de telecomunicaciones (proveedores de internet, por ejemplo); el Derecho Comercial y la regulación de los medios de pago⁸¹; entre otros.

Un aspecto jurídico extrapenal dice relación con el Derecho Constitucional y, en general, las garantías individuales. La reacción contra el cibercrimen genera cuestionamientos de esta naturaleza, vinculados con la privacidad y la libertad de expresión. Estas críticas, que se concentraron en los inicios de la Convención

78 Crítica, BRENNER, ob. cit., p. 228.

79 BRENNER, ob. cit., p. 230: “Este artículo requiere que las partes apliquen los procedimientos establecidos por la Convención no sólo para los delitos definidos de acuerdo a ella misma, sino también i) para la investigación de cualquier delito ‘cometido mediante un sistema computacional’, y ii) para la recolección de evidencia digital a ser usada en un procedimiento relativo a cualquier otro delito”.

80 LONDOÑO MARTÍNEZ, ob. cit., p. 174: “el proyecto del Ejecutivo [...] opta por considerar que la criminalidad informática corresponde sólo a un moderno medio de ataque de los bienes jurídicos tradicionales. En consecuencia, propone hacerse cargo de esos nuevos medios en el campo ya regulado del Código Penal, introduciendo las correcciones y ampliaciones necesarias a los tipos penales comunes, tradicionales”.

81 De hecho, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”. En: *Política Criminal*, N° 5, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2008, p. 26, destaca que las figuras penales de su artículo 5° “nunca fueron el objeto principal del mismo”, agregando que “la moción de un grupo de diputados que le dio origen (de 14 de noviembre de 2002, Boletín 3129-03), sólo perseguía, como su nombre por lo demás indica, limitar la responsabilidad civil de los titulares de tarjetas de crédito extraviadas, hurtadas o robadas por las operaciones realizadas por terceros con las mismas.

de Budapest⁸², son consecuencia de la autorización de diligencias investigativas que limitan la privacidad, por un lado, y, por otro lado, de la criminalización de conductas ejecutadas en el ejercicio de la libertad de expresión. Por ello, estas consideraciones se sitúan a medio camino entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal (sustantivo y adjetivo). De hecho, la forma de abordar estas objeciones son propias del discurso de estas últimas áreas: la justificación de la medida intrusiva conforme al principio de proporcionalidad⁸³ y la justificación del recurso al *ius puniendi* conforme a los principios limitadores de carácter material (intervención mínima, *ultima ratio*, subsidiariedad)⁸⁴.

Derechamente, en el ámbito criminal, parece conveniente hacer una ulterior distinción. Bajo los aspectos de Derecho Penal, ocupan un lugar destacado las figuras delictivas (tipos penales), correspondiéndole a la dogmática la tarea de emprender su interpretación y sistematización (para elevar, en su caso, la crítica político criminal). También pertenecen al Derecho Penal los problemas relativos a los efectos territoriales de la ley penal, que son consecuencia del carácter transnacional del delito informático, dato este último que es consecuencia de la facilidad de cruzar las fronteras que caracteriza a la criminalidad informática en la actualidad⁸⁵.

Pertenecerían al Derecho Procesal Penal la regulación de las medidas investigativas especiales que la delincuencia informática requiere como consecuencia de la generación de evidencia de carácter digital que ella supone y de las características particulares que esta última presenta (volatilidad, etc.).

Finalmente, desde el Derecho Internacional (formalmente considerado), inciden en materias criminales las obligaciones asumidas por el Estado de incriminar conductas y hacerles aplicables la ley penal nacional (derecho sustantivo), así como las medidas de investigación, a lo que podría agregarse la extradición y la cooperación internacional (medidas de carácter adjetivo).

82 VATIS, ob. cit., p. 218: “Cuando la Convención entró en vigencia encontró oposición de parte de muchos grupos de libertades civiles, que temían que estas nuevas facultades investigativas que crearían los estados parte y que el incremento de la cooperación internacional generaría una erosión de la privacidad y otros derechos [...] En años más recientes, sin embargo, la oposición ha sido más débil”.

83 CLOUGH, ob. cit., p. 709: “Las partes deben también incorporar el principio de proporcionalidad”.

84 En esta línea pueden inscribirse las aproximaciones que identifican un bien jurídico protegido por un sector de los delitos informáticos; *vid.*, por ejemplo, MAGLIONA/LÓPEZ, ob. cit., págs. 63-66.

85 CÁRDENAS ARAVENA, ob. cit., p. 4: “En delitos cometidos a través de Internet lo corriente será que se trate de ‘delitos a distancia’ en los que la conducta no se inicia o no tiene lugar en el mismo Estado que la consumación, o de ‘delitos de tránsito’, donde tanto la conducta como la consumación tienen lugar en país extranjero, sirviendo el Estado de que se trate solamente de lugar de tránsito (por ejemplo, porque la información pasa por un servidor ubicado allí)”. BRENNER, ob. cit., p. 236 habla de “una delincuencia sin base territorial”.

MODIFICACIONES DE LA LEY Nº 20.931 “AGENDA CORTA”, ¿DEROGACIÓN O SUSTITUCIÓN DE LA AGRAVANTE DE PLURALIDAD DE MALHECHORES? ESTUDIO DE LAS AGRAVANTES DEL ARTÍCULO 456 BIS Nº 3 Y 449 BIS DEL CÓDIGO PENAL EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD¹

Tania Gajardo Orellana²

I.- Discusión de la Ley Nº 20.931. Transformaciones del artículo 449 bis en la historia de la ley

Con fecha 23 de enero de 2015, ante el Congreso Nacional, en la sesión 122, periodo de legislatura 362, fue presentado por Mensaje de la S.E. Presidenta de la República de Chile, el proyecto de ley número 6 del año 2015, llamado “proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos”.

Dentro de sus objetivos, está el número iv) “Establecer un delito especial para abordar el problema de la criminalidad organizada en torno a la comisión de delitos cuantiosos contra la propiedad, asignando pena de crimen a los responsables de los delitos de robo y receptación por cuantías superiores a 400 UTM”, importante para este estudio, ya que en el proyecto de ley presentado ese día este objetivo se concreta en el propuesto artículo 449 bis del Código Penal, que se introduciría al Código Penal con el siguiente texto: “Art. 449 bis. Se impondrá la pena de presidio mayor en su grado mínimo cuando la cuantía de lo robado o receptado exceda de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que el hecho constituya uno de los crímenes señalados en el párrafo 2º anterior, caso en el que se impondrá la pena prevista para cada delito, con exclusión de su grado mínimo³.” En este proyecto de ley no estaba incorporada la derogación del artículo 456 bis número 3 del Código Penal.

- 1 Artículo publicado en Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal Nº 28, año 2016, Facultad de Derecho Universidad de Los Andes.
- 2 Abogado asesor Unidad de Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional.
- 3 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley Nº 20.931, Mensaje Presidencial [en línea] Santiago, Chile: Congreso Nacional, 2016 Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/> [fecha de consulta: 05 de enero de 2017].

La Corte Suprema conoció en pleno el proyecto de ley con fecha 3 de marzo del año 2015, el que le fue remitido por la Cámara de Diputados. Con respecto a lo que aquí nos preocupa que es el origen del actual artículo 449 bis, sostuvo la siguiente opinión: “El artículo 449 bis propuesto, impone la pena de presidio mayor en su grado mínimo cuando la cuantía de lo robado o receptado exceda de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que el hecho constituya uno de los crímenes señalados en el párrafo 2° anterior, caso en el cual se impondrá la pena prevista para cada delito, con exclusión de su grado mínimo. Por de pronto, debe advertirse que el “párrafo segundo anterior” no contempla ningún crimen, sino que trata de las penas aplicables a los condenados reincidentes.

“El criterio monetarista utilizado para la determinación legal de la pena ha sido muy criticado, tanto en la doctrina nacional como foránea. El Código Penal español lo suprimió en la reforma de 1983”⁴.

La opinión de la Corte Suprema acerca del intento de “atacar” el crimen organizado en los delitos contra la propiedad, mediante un criterio “monetarista”, resultó lapidaria. Criticó fuertemente el proyecto de ley indicando además de lo ya señalado que, en el Código Penal vigente en los delitos de robo en general y en el de receptación no se toma en cuenta el valor de la cosa objeto del robo, lo que sería inconsistente con las penas actuales de los delitos de robo con fuerza en las cosas y del robo con violencia, artículos 440 y 436 respectivamente. Indica “no resulta coherente tomar en cuenta este monto para determinar la pena, cuando el tipo base no considera este factor para la penalización”⁵.

Parece lógica la crítica de la Corte Suprema, en cuanto a que los delitos de robo en general no tienen la escala de penas monetarista del hurto, y aumentar la pena del robo (cualquier tipo de robo que este sea) porque el monto de lo robado superara las 400 UTM era incoherente con el resto del sistema vigente de delitos contra la propiedad. Además si el objetivo era la persecución del crimen organizado dentro de este tipo de delitos, no se entiende la vinculación entre el monto de lo robado y el número de sujetos que cometen los delitos. Quizás se pensó en que los grupos que se dedican al robo pueden robar más bienes, y sumados podrían exceder las 400 UTM, y así se le podría aplicar una pena mayor a quienes actúan en grupo, pero esta iniciativa está lejos de las soluciones comparadas de persecución de criminalidad organizada, que

4 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley 20.931, Informe de la Corte Suprema, página 5 [en línea] Santiago, Chile: Congreso Nacional, 2016 Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5088/> [fecha de consulta: 05 de enero de 2017].

5 Idem.

van desde la sanción agravada de quienes actúan en grupos (por la mayor peligrosidad que representan) hasta la sanción concreta del delito de asociación ilícita en concurso real con los delitos cometidos por la asociación.

Continuó la discusión del proyecto y en el informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana, de la Cámara de Diputados, de fecha 02 de julio del 2015, llama la atención que la única opinión de expertos que se refirió en concreto al artículo 449 bis fue la de don Carlos Sánchez, Director de Litigación Estructural Para América del Sur (LEASUR) quien indicó que dicho artículo: “Por una parte, atenta contra el principio de legalidad: si quiere incriminarse más intensamente el crimen organizado debiesen establecerse mecanismos específicos para atacarlo. Tal como está descrito el tipo penal, este no distingue, ni se refiere a delitos reiterados, a la existencia de una organización, o siquiera un conjunto de sujetos. De hecho el título en el proyecto es receptación y robos cuantiosos⁶”.

En el Informe de la Comisión de Constitución, de fecha 03 de septiembre de 2015, los diputados Osvaldo Andrade, Guillermo Ceroni, Fuad Chahin, Cristián Monckeberg, René Saffirio y Matías Walker, propusieron aplicar la norma del artículo 449 bis solo a la receptación, aceptando la incoherencia que implicaba aplicar este a los robos, los que no se miden por el valor de la cosa robada, a diferencia de los hurtos. Además agregaron la posibilidad de que el juez suba la pena en un grado, por la comisión de los delitos de robo en agrupaciones criminales, quedando redactado así: “Artículo 449 bis.- Tratándose del delito previsto en el artículo 456 bis A, se impondrá el grado máximo de la pena establecida en el inciso primero de la referida disposición, si el valor de lo receptado excede de cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

El juez podrá aumentar la pena en un grado si el delito fuere cometido por una agrupación u organización la que se calificará en atención a la cantidad de sus miembros, su dotación de recursos y medios, así como su capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo. Cuando la organización se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá, además, como consecuencia accesoria a la pena impuesta sobre los responsables individuales, la disolución o la cancelación de la personalidad jurídica⁷.”

6 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.931, Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara, página 37 [en línea] Santiago, Chile: Congreso Nacional, 2016 Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/5088/> [fecha de consulta: 05 de enero de 2017].

7 Idem.

La propuesta fue aprobada, rechazándose el planteamiento del ejecutivo en este punto. Una vez en el Senado, en sesión de fecha 23 de noviembre de 2015 fueron invitados los profesores Juan Domingo Acosta y Jean Piere Matus. Este último advirtió acerca de la redacción del 449 bis lo siguiente: “La regla que agrava el hecho por la pertenencia a una agrupación está mal redactada, porque se remite a la difícil prueba de la asociación ilícita. Explicó que para solucionar el problema, basta que se indique que se trata de un delito cometido por tres o más personas, tal como lo señala el Tratado de Palermo”⁸.

Luego de la discusión en sala, el proyecto salió del Senado con la siguiente redacción del artículo 449 bis: “El juez podrá aumentar la pena en un grado si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes”. Esta redacción fue propuesta por los Senadores Espina, Coloma, García, Harboe y Larraín, y obedeció a la observación de simplificar la redacción con la que venía de la Cámara, y así facilitar la persecución de la criminalidad organizada en los delitos contra la propiedad, cual era uno de los objetivos del Mensaje de la Presidenta de la República al enviar este proyecto de ley.

En el segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado, intervino nuevamente el profesor Matus planteando los problemas que traería la redacción nueva propuesta del 449 bis, en cuanto a que se pueda confundir con los requisitos del artículo 292 del Código penal, esto es, del delito de asociación ilícita. En este sentido propuso que “Si se quiere hacer operativo el párrafo primero de la proposición, debería especificarse que la agrupación o reunión de delincuentes de que se trata no requerirá configurar el tipo de la asociación ilícita”⁹.

Los Senadores presentes afirmaban que la intención era hacer aplicable esta agravante, facilitando su configuración. En la misma sesión el Profesor Acosta indicó que: “Si se quiere establecer una agravación focalizada en la comisión de los delitos de este párrafo facilitada por la concurrencia de una agrupación sin requerir que se constituya la figura de la asociación ilícita, es necesario derogar el número 3º del artículo 456 bis, que justamente agrava por esa misma causa la responsabilidad de los partícipes del robo y hurto.

8 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.931, Informe de la Comisión de Constitución del Senado, página 46 [en línea] Santiago, Chile: Congreso Nacional, 2016 Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/> [fecha de consulta: 05 de enero de 2017].

9 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.931, Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado, página 24 [en línea] Santiago, Chile: Congreso Nacional, 2016 Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/> [fecha de consulta: 05 de enero de 2017].

Estas intervenciones fueron aceptadas por el Senado, lo que se manifestó en la redacción final del 449 bis, en que se diferencia la agravante de agrupación u organización del delito de asociación ilícita, pretendiendo facilitar la aplicación de la agravante. También se manifestó en la derogación el artículo 456 bis número 3 del Código Penal, por tratarse de la *misma agravante* del artículo 449 bis que se estaba incorporando al Código Penal.

La redacción, el segundo informe de la Comisión de Constitución del Senado, quedó de la siguiente manera: “Art. 449 bis. Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis de este título, y del descrito en el artículo 456 bis A, el hecho que el imputado haya obrado formando parte o valiéndose de una agrupación o reunión conformada por dos o más personas, cuando ello no configure la asociación ilícita de que trata el párrafo 10 del título VI del libro segundo de este Código.”

Introducir un número 3), nuevo, del siguiente tenor, alterándose correlativamente la numeración de los restantes:

“3) Suprímase la circunstancia 3ª del artículo 456 bis.¹⁰”.

Sustenta la tesis de que solo se sustituyó la gravante del 456 bis número 3 por la del 449 bis, al analizar los dichos nuevamente del profesor Acosta, quien indicó: “La disposición signada como nuevo artículo 449 bis parece bien formulada a la luz de la discusión que tuvo lugar en la sesión anterior, especialmente en lo relativo a establecer una agravante para el caso de comisión plural de delitos contra la propiedad que no alcancen a configurar una asociación ilícita. En ese contexto, la supresión de la circunstancia 3ª del artículo 456 bis es acertada, porque la nueva agravación que se plantea ya la contiene¹¹”.

Por su parte en la Comisión de Constitución del Senado fue escuchado el Fiscal Nacional (S) señor Andrés Montes, quien manifestó que: “La disposición propuesta soluciona varios problemas prácticos. En primer lugar, supera los inconvenientes que existen para aplicar la circunstancia 3ª del artículo 456 bis, pues los tribunales han interpretado que la palabra “malhechores” se refiere a personas que han hecho del delito su ocupación, es decir, que tienen varias condenas previas por delitos de la misma índole. En cambio, si se trata de primerizos no opera la agravación, aunque en la práctica el delito haya sido cometido con el auxilio de un grupo, esto porque los primerizos no pueden ser calificados como malhechores.”

10 Idem, página 25.

11 Idem, página 28.

En el informe de la Cámara, en tercer trámite constitucional, a propósito del cambio del artículo 449 bis en el Senado, se indicó: “El Art. 449 bis, aprobado en la Cámara de Diputados, hace referencia al aumento de pena de la receptación cuantiosa. El Senado optó por trasladar esta materia al Art. 456 bis A que regula la receptación e incorporó en esta norma una agravante para los delitos contra la propiedad, consistente en cometer el delito actuando y formando parte de una agrupación u organización, siempre que no sea asociación ilícita. Dado esto se suprime la agravante particular contemplada en el art. 456 bis de la pluralidad de malhechores¹²”. Estos cambios fueron aprobados en la Cámara de origen.

El proyecto de ley al ser controlado por el Tribunal Constitucional, el mismo no se hizo cargo de los cambios tratados en este estudio, debido a que no trataban materias de carácter constitucional.

Finalizados todos los trámites correspondientes al proyecto de ley, el día 24 de junio de 2016 se promulgó la ley que “Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos”, más conocida como “Agenda corta anti delincuencia”. Analizada su tramitación paso a paso, es claro que, el espíritu de la misma en el tema que aquí se trata, es aplicar una pena agravada a los delitos que se cometen en grupo, por la mayor peligrosidad que estos presentan para la población, separándola de la asociación ilícita, y rebajando los requisitos que estaban establecidos en el antiguo 456 bis número 3 de pluralidad de malhechores.

II.- ¿Qué ha pasado con la aplicación de la ley?

Desde el mes de julio de 2016, en que entró en vigencia la Ley N° 20.931, al 10 de enero del 2017, se han presentado 84 amparos constitucionales ante la Corte Suprema para rebajar la pena debido a la derogación de la gravante de pluralidad de malhechores del artículo 456 bis número 3.

Ante los Tribunales Orales en lo Penal de todo el país, se han presentado 77 solicitudes de rebaja de condena por aplicación del artículo 18, basándose en la derogación del artículo 456 bis número del Código penal.

Las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones de Santiago, San Miguel, Antofagasta y Punta Arenas han conocido 8 recursos de nulidad, basados en la letra

12 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.931, Informe Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara, página 4 [en línea] Santiago, Chile: Congreso Nacional, 2016 Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelay/nc/historia-de-la-ley/5088/> [fecha de consulta: 05 de enero de 2017].

b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es: “Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, en que las defensas solicitan que se rebajen las penas de delitos contra la propiedad a los que se les aplicó la agravante del 456 bis número 3.

La mayoría de las Cortes han rechazado los recursos porque el tribunal *a quo* tuvo la posibilidad de recorrer toda la extensión de la pena, según el artículo 68 del Código Penal, no influyendo sustancialmente en lo dispositivo del fallo el cambio de la agravante.

La excepción ha sido la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, que ha conocido tres recursos de nulidad y ha sostenido: *“Que en relación al recurso de nulidad deducido en esta causa, se debe tener presente que la ley 20.931, publicada en el Diario Oficial de 5 de julio de este año suprimió el número tres del artículo 456 bis del Código Penal – que establecía que en los delitos de robo y hurto es circunstancia agravante la de ‘ser dos o más los malhechores’– por lo que no puede considerarse la referida modificatoria de responsabilidad penal, a partir de esa data, situación fáctica y jurídica, que determina la procedencia de pretensión de la defensa de no tomarla en cuenta, con la salvedad que dicha decisión se funda en la modificación legal ya indicada, exclusivamente. Esta nueva normativa debe aplicarse en virtud de lo establecido en el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal, al prescribir que ‘si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento’, máxime si en este caso, al considerarse concurrente la agravante en cuestión, la sanción solo puede imponerse en los grados medios y máximo de la pena que fija el inciso primero del artículo 436 del Código Penal, sin tomar en cuenta el grado mínimo de ella. Y frente a esa restricción en la consideración de todos los rangos de la pena a imponer, la ley 20.931 permite imponer una menos rigurosa. De consiguiente, al haberse impuesto en la sentencia una pena superior a la que legalmente correspondiere, corresponde dictar la pertinente sentencia de reemplazo, de conformidad a lo previsto en el artículo 385 del Código Procesal Penal¹³”.*

En una de las audiencias de rebaja de pena solicitadas por las defensas en virtud del artículo 18 del Código Penal, en el Tribunal del juicio oral en lo Penal de Santa Cruz se dio una discusión interesante, ya que si bien se rechazó la solicitud por el tribunal, debido a que el artículo 68 les facultaba para recorrer toda la extensión de la pena, y para el tribunal la pena impuesta era la pena justa, el magistrado Rodrigo Gómez Marambio realizó un voto de prevención, mediante el cual indicó: *“La defensa sostuvo su petición bajo el*

13 Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12 de julio de 2016, Rol N° 145-2016; 22 de julio de 2016, Rol N° 159-2016 y 26 de julio de 2016, Rol N° 173-2016.

supuesto erróneo de que la ley 20.931, que entró en vigencia el 5 de julio de este año, resultó crear un escenario más favorable para su representado, lo que no es necesariamente así, En efecto, como señaló la defensa, dicha ley –en lo que interesa a esta discusión– en su artículo 1 numeral 4) suprimió la agravante establecida en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, relativa a ser dos o más los malhechores, la que fue configurada en la sentencia definitiva dictada en esta causa y se invocó para agravar el castigo del condenado; pero cierto es también que la misma ley introdujo al Código Penal el artículo 449 bis, conforme al cual, en los delitos que señala –dentro de los que aparece el robo violento materia de la condena de Duque–, será agravante ‘el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles’. Conforme a los supuestos fácticos establecidos en la sentencia, este juzgador entiende que en uno u otro escenario la conducta del encartado habría configurado la agravante respectiva, ya sea la vigente en esa época o la introducida por la nueva normativa, de modo que resulta incorrecto e inoficioso descartar la agravante y efectuar la rebaja de pena propuesta. **Cabe agregar que en realidad no operó una derogación propiamente tal que lleve a encontrarnos en la situación del artículo 18 del Código Penal, ya que es una misma Ley, la 20.931, la que establece, por las razones que se refieren en la historia fidedigna de su establecimiento, que se suprime el artículo 456 bis N° 3 del mismo estatuto no para eliminar el mayor reproche que merece quien comete un robo violento, sino para mejorar su redacción y cambiarla de articulado. Nunca fue objetivo del Gobierno que propuso el cambio legislativo ni del Congreso que aprobó el proyecto rebajar las sanciones a los delincuentes que cometen esta clase de ilícitos, todo lo contrario. Finalmente, cabe señalar que aceptar lo que solicita la defensa implica tomar de una ley solo lo que le conviene, solo la parte en que suprime una norma, no aquella en que la misma idea punitiva se recoge en un nuevo artículo, es decir, instando por la aplicación de la nueva ley parcialmente, postulando una especie de tercera ley, ni la antigua ni la nueva completa; lo que, siempre en concepto de este juez, es improcedente¹⁴.**

Un interesante fallo de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso analiza el problema desde la inserción de la agravante de pluralidad de malhechores en el Código Penal, hasta su sustitución por el artículo 449 bis actual, rechazando el recurso de nulidad presentado por la defensa en contra de la sentencia que no rebajó la pena por aplicación del artículo 18 del mismo Código. Se trata de la causa Rol 1088-2016, conocida solo a días de la vigencia de la norma analizada y en sus considerandos noveno y décimo indicó: *‘Asimismo cabe tener presente que la opción contenida en el artículo 18 en comento, implica la aplicación íntegra de la nueva normativa, quedando vedada su aplicación parcial aprovechando solo lo favorable de una u otra disposición legal [...] Que, efectivamente la Ley*

14 Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz, 15 de febrero de 2012, RUC N° 1100864916-4, RIT N° 1-2012.

Nº 20.931, en su artículo 1º número 4) suprime la circunstancia del artículo 3º del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal. Sin embargo agregó los siguientes artículos 449 y 449 bis nuevos¹⁵.

La Corte Suprema ha sostenido¹⁶, en los rechazos a los amparos en los que las defensas reclaman en contra de Tribunales de Juicio Oral en lo Penal que no han rebajado la pena por aplicación del artículo 18, los siguientes argumentos:

1. Los Tribunales de Juicio oral en lo penal han aplicado la norma correcta, que es la del artículo 68 del Código Penal, norma que no ha sido modificada por la Ley Nº 20.931, la que les autoriza a recorrer la pena en toda su extensión.
2. La norma que suprime el artículo 456 bis número 3, no exime el hecho de actuar en grupo de toda pena, ni tampoco impone una pena menos rigurosa.
3. La ilegalidad reclamada no existe, dado que aún suprimida la agravante la pena aplicada podría haber sido la misma.

Los dos fallos que ha dictado la Corte Suprema han sido pronunciados por la totalidad de sus miembros titulares, lo que le realza la importancia de la interpretación esgrimida como número 2, esto es, que no deja de existir la penalidad agravada del actuar en grupo, ni tampoco se rebaja la pena por el actuar en grupo.

En síntesis, desde la vigencia de la Ley Nº 20.391 las defensas han intentado por distintas vías procesales rebajar las penas a las que han sido condenados sus representados, sosteniendo que el artículo 18 del Código Penal permite que se rebaje la pena en casos como este, lo que mayoritariamente ha sido rechazado, argumentando que los jueces en los casos que conocieron antes de la vigencia de la ley en análisis aplicaron correctamente el artículo 68 del Código Penal, recorriendo toda la extensión de la pena.

Por otra parte encontramos sentencias que realzan la importancia de que la Ley Nº 20.391 se aplique en su totalidad y no parcializada solo en aquello que favorece al reo, reconociendo que la Ley 20.391 no sólo derogó la agravante de pluralidad de malhechores, sino que a la vez instauró una nueva agravante del artículo 449 bis del Código Penal, con el cual se agravan las penas de quienes cometen estos delitos en grupo.

15 Corte de Apelaciones de Valparaíso, 26 de julio de 2016, Rol Nº 1088-2016.

16 Corte Suprema, 29 de noviembre de 2016, Rol Nº 94846-2016 y 29 de noviembre de 2016, Rol Nº 94849-2016.

La Excelentísima Corte Suprema ha indicado en pleno con todos sus ministros titulares que la Ley N° 20.391 no exime la pena del actuar en grupo en este tipo de delitos, ni les impone una pena menos gravosa, esto porque una interpretación armoniosa, sistémica y de acuerdo al espíritu de la ley nos da cuenta de que se substituyó la agravante de pluralidad de malhechores por la de actuar en grupo o agrupación, simplificando la aplicación de la misma.

III.- Propuesta de aplicación y diferencias con la asociación ilícita.

El artículo 449 bis del Código Penal finalmente indica: “Será agravante el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una **agrupación** u **organización** de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyere una asociación ilícita”

Esta agravante recae sobre los siguientes delitos: Hurto, Robo con violencia o intimidación, Piratería, Robo con fuerza en las cosas, Hurtos agravados, Abigeato y Receptación.

Los elementos de la agravante son los siguientes:

- a. Comisión del delito por dos o más personas.
- b. El delito debe ser uno de los indicados contra la propiedad.
- c. Este grupo u organización de sujetos no debe constituir una asociación ilícita del artículo 292 y siguientes del Código Penal.

Las diferencias conceptuales entre grupo y organización las encontramos en las definiciones de la Real Academia de la lengua Española, así un grupo es “Pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado”¹⁷.

Luego organización es la acción de organizar, la que a su vez es “Establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados”¹⁸.

De estas definiciones podemos concluir que un grupo de personas es tan solo una pluralidad de personas que forman un conjunto, mientras que una organización tendría un poco más de estructura en cuanto requiere que estas

17 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Diccionario [en línea]. Madrid, España, 2016 Disponible en: [//dle.rae.es/?id=JaoUQPQ](http://dle.rae.es/?id=JaoUQPQ) [fecha de consulta: 06 de enero de 2017].

18 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Diccionario [en línea]. Madrid, España, 2016 Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=RBn9hqd> [fecha de consulta: 10 de enero de 2017].

personas agrupadas lo estén para el logro de un fin, que en el caso de la agravante en cuestión sería la de cometer uno de estos delitos.

En este sentido la agrupación de personas sería lo más similar a la antigua pluralidad de malhechores, con la diferencia que habla de personas y no de malhechores, lo que implicaba demostrar alguna participación pretérita en un hecho penal de alguno de los sujetos.

La organización sería una estructura intermedia entre la agrupación y la asociación ilícita, dado que deben tener una finalidad común y estar coordinados para ello, en estos casos para cometer este tipo de delitos, pero no se exige que estén presentes los elementos del delito autónomo de asociación ilícita que veremos a continuación.

Para configurar el delito de asociación ilícita del artículo 292 y siguientes del Código Penal, se requiere en cambio: pluralidad de sujetos, objetivo común de cometer delitos contra los bienes jurídicos indicados en el 292 o en leyes especiales, permanencia en el tiempo y organización, en la que podamos distinguir a lo menos jefaturas y partícipes con funciones en la misma¹⁹.

En el Código Penal argentino, el artículo 210 establece una figura similar a la nuestra, en la que los requisitos según Cristián Cúneo son: 1) tomar parte en una asociación 2) el objetivo de sus integrantes debe ser cometer delitos indeterminados 3) número mínimo de personas para su constitución²⁰ (desde tres personas en el caso argentino).

En el caso argentino se presenta la agravante de actuar en “banda”, y el delito autónomo de asociación ilícita, la diferencia para el autor citado está en la determinación o indeterminación de los delitos, si se trata de tres o más personas asociadas para cometer delitos indeterminados, estamos ante un delito autónomo de asociación ilícita, si se trata de tres o más personas que cometen delitos determinados, se trata de la agravante de actuar en banda²¹.

En España el catedrático García Pablos de Molina hace la diferencia entre un concepto amplio y un concepto restrictivo de “asociación”, el amplio es sinónimo de acuerdo para delinquir, similar a la agravante de actuar en grupo, y el restrictivo se asemeja al tipo penal de asociación ilícita en cuanto se le

19 Vid. GAJARDO ORELLANA, Tania. “Elementos del tipo penal de asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal. Propuesta, análisis doctrinal y jurisprudencial”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 45, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2010, págs. 229-243.

20 CÚNEO LIBARONA, Cristián. *Asociación ilícita: Elementos del delito*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Fabián J. Di Plácido, 2006, págs. 55 y siguientes.

21 Ibid, p. 65.

añaden requisitos como “estabilidad, permanencia, organización y número mínimo de miembros²²”

Para Abel Cornejo: “Cuando tres o más personas se ponen de acuerdo, en forma organizada y permanente, para cometer delitos, y dicha organización tiene carácter estable, existiendo además un vínculo de comunidad y pertenencia entre sus miembros, está en presencia de una sociedad ilícita²³”.

IV. Conclusión

Las modificaciones al Código Penal chileno realizadas por la Ley N° 20.391, conocida mediáticamente como “Agenda corta anti delincuencia”, tienen como objetivo principal hacer más eficiente la persecución penal y sanción de los delitos contra la propiedad. Para ello el proyecto de ley comenzó con un artículo 449 bis que sancionaba con mayor pena los delitos contra la propiedad sobre 400 UTM, con la intención de castigar a las bandas que se dedican a los robos y hurtos, ya que por el actuar conjunto probablemente podían llegar a este monto en su botín.

Este artículo fue mutando a raíz de la crítica que realizó la Corte Suprema, en cuanto a la monetización del robo, delito cuya pena no depende del monto de lo sustraído, a diferencia del hurto.

Luego en el Senado, se sugirió modificarlo solo para las receptaciones, y después de la intervención de los profesores Matus y Acosta se sostuvo que para la persecución de la criminalidad en grupo de estos delitos la vía no era aumentar la pena por el monto, sino que derechamente establecer una agravante que sancionara mayormente a quienes actuaban en grupo en cualquiera de los delitos contra la propiedad para los que quedó establecido.

En la Comisión de Constitución del Senado se perfeccionó el artículo 449 bis, dejándolo aislado de la asociación ilícita, explicitando que la agravante se aplica a quien actúa en grupo o agrupación, pero sin que se necesiten para constituirlos los elementos del delito autónomo de asociación ilícita. Fue aquí también en donde a sugerencia del profesor Acosta, se derogó el artículo 456 bis número 3, agravante de pluralidad de malhechores, dado que el artículo 449 bis establecía la misma agravante, y no tenía sentido que esta se repitiera.

22 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*. Barcelona, España, Editorial Bosch, 1977, p. 23.

23 CORNEJO, Abel. *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*. Santa Fe, Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni, 2010, p. 49.

Desde julio del año 2016 se han presentado muchas solicitudes de rebaja de pena por parte de las defensas, debido a la “derogación de la pluralidad de malhechores” por las que fueron condenados sus representados, las que cuando han sido negadas han llegado a las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones e incluso a la Corte Suprema, quienes han sostenido una interpretación acorde al artículo 68 del Código Penal, en cuanto a la posibilidad que tuvieron los jueces al fallar de recorrer la pena en toda su extensión, por lo que no influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo la derogación de la agravante, la que es solicitada por aplicación del artículo 18 del Código Penal. La única Corte que ha hecho una interpretación distinta es la de Antofagasta, quien sí ha otorgado las rebajas de pena.

La Corte Suprema, por su parte, ha interpretado correctamente la norma, aludiendo al espíritu de la ley y a la aplicación de la ley en su conjunto y no sólo en la parte que le sería útil a la defensa, ya que no solo deroga el 456 bis número 3, sino que también introduce un 449 bis, que sanciona como agravante la misma situación, incluso facilitando su aplicación.

Finalmente se propone, más allá de la efervescencia que produjo la ley en su entrada en vigencia y el intento por todos los medios posibles de bajar las condenas por entender que en Chile ya no se sanciona como agravante la criminalidad en grupo en estos delitos, interpretar la agravante del 449 bis del Código Penal de acuerdo a su tenor y espíritu, esto es: cuando se cometen estos delitos contra la propiedad en grupo, es decir, cuando hay dos o más personas reunidas, se está ante la agravante especial, y cuando este grupo cumple con los requisitos de la asociación ilícita se está ante dos delitos, la asociación y el robo o el delito contra la propiedad de que se trate. Así, en ningún caso pasa a ser impune el actuar en grupo cuando se cometen delitos contra la propiedad.

Esta interpretación sigue el espíritu con el que fue dictada la Ley 20.391, cual es el de “facilitar la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejorar la persecución penal en dichos delitos”.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN
RESPONSABILIDAD PENAL
ADOLESCENTE Y DELITOS
VIOLENTOS

JUDICIALIZACIÓN DE LA MEDICINA: ROL DE LA IMPRUDENCIA EN LAS DECISIONES JUDICIALES SOBRE MALA PRAXIS MÉDICA

Alejandra Vera Azócar¹

*“Durante muchos años la medicina se ha movido
dentro de un contexto misterioso y mágico,
al actuar en los mecanismos
desconocidos de la vida y de la muerte”*

I. Aspectos preliminares

Tradicionalmente, la posición de nuestro legislador penal ha sido renuente a incluir tipos culposos en el ámbito punitivo, criterio disímil al de algunas legislaciones comparadas que estableciendo un paralelo a título de culpa de los diversos tipos penales, sancionaban la correspondiente ejecución culposa². Este sistema abierto no se ha levantado como la posición dominante, al contrario, el derecho penal contemporáneo en materia de delitos imprudentes, no advierte que existan mayores posibilidades en sostener que la culpa pueda constituir en todos los casos suficiente fundamento de punibilidad.

En esta línea, no existe en nuestro Código Penal una figura genérica que contemple una incriminación culposa abierta (*numerus apertus*), sino que siguiendo el criterio restrictivo de punibilidad culposa, es que los artículos 2, 4, y 10 N° 13 del Código Penal, establecen como regla general la impunidad

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

2 V. gr., Código Penal Español anterior al de 1995, contemplaba un sistema *numerus apertus* de la imprudencia, a través de cláusulas generales que relacionadas con los delitos dolosos, permitían la sanción general de la forma culposa. En efecto, el anterior artículo 565 establecía que “el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que si mediare dolo constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor”. En Roma, tempranamente, la Ley Aquilia comprendió la responsabilidad por dolo y culpa, señalando que “se entiende que se mata injustamente cuando eso sucede por dolo o por culpa; ninguna otra ley castiga el daño que se causa sin injusticia; así pues, queda impune el que sin culpa ni dolo malo causa un daño por algún accidente”.

de los hechos atribuibles a la culpa, salvo en los casos expresamente penados por la ley (*numerus clausus*)³.

En esos casos excepcionales en que se establece una sanción penal a los delitos culposos, encontramos fundamentalmente a los cuasidelitos contra las personas comprendidos en el Título X del Código Penal. Dentro de esta incriminación limitada, en atención a que se erige como una trascendental actividad creadora de riesgos y a que involucra bienes jurídicos de especial valor que el derecho penal debe proteger, es que el legislador optó por establecer un tipo penal especial para el caso de la falta de cuidado en la profesión médica, entendiéndose que aquellos que se desempeñan en el quehacer sanitario, por ejercer una actividad en sí riesgosa, tienen asignado un deber más estricto de evitación de resultados infaustos en el ejercicio de su profesión.

En la actualidad, resulta indiscutible la especial relevancia que han adquirido los delitos imprudentes, tanto para la dogmática jurídico-penal, como para la sociedad, que evidencia constantemente un alza en la ejecución de ese tipo de ilícitos. Piénsese sólo en la gran cantidad de muertes producto del tráfico rodado, accidentes laborales o cuasidelitos en general, y además, recordemos la premisa de la teoría de la defensa social, cuya máxima postula que “la sociedad debe defenderse tanto de los malos como de los imprudentes”. Es en este contexto, que están ocupando un sitio primordial los cuasidelitos cometidos por profesionales de la salud, entendiéndose que la actividad curativa, por la gravedad de los resultados que puede aparejar derivada de infracciones al debido cuidado, no puede quedar exenta de reproche penal. Así lo ha entendido la jurisprudencia, la que ha tomado conocimiento, cada vez en mayor medida, de la responsabilidad en el área sanitaria, lo cual se explica por el creciente número de acciones judiciales que se interponen por parte de los pacientes quienes reclaman alguna infracción a la *lex artis* cometida por el galeno.

Ante este escenario que se ha descrito como el fenómeno de la “judicialización de la medicina”, es que se hace indispensable conocer la forma en que los tribunales resuelven los conflictos sanitarios, máxime si se entiende que ésta constituye una materia especialmente compleja que yuxtapone el área jurídica con la medicina. Empero, como el ámbito dogmático y jurisprudencial involucra un gran abanico de temas, hacemos presente que no pretendemos

3 Este fue el criterio seguido por nuestro legislador penal, desde la redacción del Código Punitivo. En efecto, en la Sesión 117 del 17 de marzo de 1873 de la Comisión Redactora del Código Penal de la República de Chile, se tomó en consideración la indicación del señor Fábres para definir el cuasidelito como una de las materias de que se debía ocupar este Código, haciéndose presente que “era necesario redactarla de modo que abrace tanto a los actos positivos como a las omisiones i comprenda que no todo delito convertido en cuasi-delito por haber en él culpa i no dolo, deba siempre llevar pena, sino solamente aquellos que de un modo espreso castigue la lei”.

abarcarlos en este trabajo en su totalidad, sino que, siendo un poco menos ambiciosos, esperamos poder aportar en el estudio del hecho culposo y del tipo penal del artículo 491 del Código Penal, lo que contribuirá a ir ilustrando y cimentando los deslindes de la responsabilidad penal médica, la cual ya desde el Código de Hammurabi, la Ley Aquilia y Las Partidas, se encontraba establecida⁴, entendiéndose desde los inicios del derecho positivo que el médico que actúa culposamente, prescindiendo de la cautela a la que está obligado y ocasionando con ello un resultado infausto, ejecuta un hecho de relevancia criminal que debe ser sancionado.

II. La Responsabilidad Penal Médica en la dogmática penal y su regulación en la legislación chilena

El inciso primero del artículo 491 del Código Penal contempla un tipo especial para la llamada negligencia médica, estableciendo que: “El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior”. De esta forma, si bien se trata de cuasidelitos, en atención a la calidad del sujeto involucrado, a que el quehacer de la salud corresponde a actividades altamente riesgosas, y al deber de garante que pesa sobre estos sujetos que ejercen una determinada profesión⁵, el legislador chileno, distinguiéndose de otros ordenamientos

4 En lo pertinente, el Código de Hammurabi establecía que si un médico ha tratado a un hombre célebre de una afección grave con el punzón de bronce y ha hecho morir al hombre y ha perdido el ojo el hombre, córtesele las manos. Por su parte, en Roma, la Ley Aquilia sancionaba la negligencia profesional. Las Partidas disponían que en el caso de muerte del enfermo, el médico tenía como sanción el destierro por cinco años a una isla “por no saber hacer las cosas como debían ser”. En este sentido, CAMPOS QUIROGA, Jaime, “*La Responsabilidad Médica de carácter culposo en la legislación y jurisprudencia*”. Revista de Derecho N° 174, Universidad de Concepción, 1983, p. 27.

5 Recordemos que desde que el médico acepta la atención o asume el tratamiento del paciente, se genera una posición de garante respecto del paciente. En este sentido, Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 292 “...una especial posición de garante en determinados sujetos que ejercen una profesión (médico, matrona, etc.)”; Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal. Parte General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, Tomo II, p. 191 “el médico se encuentra en posición de garante del paciente”; y Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, España, Editorial Thomson Reuters, 2014, Tomo II, p. 864, 870-871 “garante es con ello el médico frente a su paciente, el instructor o profesor de natación o de conducción de vehículos frente a sus alumnos...El caso más importante prácticamente de posición de garante en virtud de una función de protección es el médico en relación con el paciente. La asunción de la función de protección se produce aquí ya con la aceptación o promesa –en su caso también telefónicamente– de tratamiento por el médico... Por consiguiente, si el paciente se ha presentado al médico y éste, aunque al principio sea sólo por medio de un compromiso verbal, asume el tratamiento, le conciernen a él todos los deberes de garante”.

penales que incluyen el cuasidelito cometido por profesional de la salud en la figura general de los delitos culposos -como es el caso del Código Penal Francés y el Código Penal Suizo- o bien en las negligencias de los profesionales -tratada así por el Código Penal Venezolano y el Código Penal Argentino- resolvió contemplar una figura específica para estos profesionales y tratarlos separadamente en un artículo propio, remitiéndose sin embargo, para los efectos de la penalidad, al artículo 490.

Esta regulación contenida en el artículo 491 del Código Penal, como figura específica relativa a los médicos, cirujanos, farmacéuticos, flebotomianos o matronas, no ha estado exenta de debates ya desde los albores de nuestro Código Penal. En efecto, en las Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, se constata que, al momento de discutirse la falta en que incurre el médico que no da parte a la autoridad de los delitos de que tiene conocimiento con motivo de su profesión, “se hizo notar en seguida, un vacío respecto de los perjuicios que ocasionaban los médicos, cirujanos, farmacéuticos, etc., por su descuido o negligencia culpable. A indicación del Sr. Renjifo, se resolvió considerar este caso como un cuasi-delito, agregándolo como inciso del art. 477 cuando se causa daño a las personas, i como falta si no concurren esas circunstancias, considerándose en este segundo caso como un nuevo inciso del art. 479”⁶.

De esta forma, ya desde los cimientos de nuestro Código Penal se advirtió la imperiosa necesidad de regular el ejercicio de la profesión médica que, por su naturaleza y por involucrar los bienes jurídicos más relevantes de la sociedad, como son, la vida, la salud y la integridad corporal, obliga a quienes la ejercen a desempeñarse con una mayor pericia y prudencia que el resto de los particulares, actuando así con el debido cuidado y conforme a la *lex artis* médica, tal como lo ejemplifica Quintano Ripollés al señalar que: “quien sin conocimientos médicos atiende de momento a un herido y le infecta la lesión por usar en el vendaje un pañuelo, no incurrirá normalmente en responsabilidad; sí en cambio, ese mismo acto, objetivamente el mismo, perpetrado por un facultativo, obligado a guardar las precauciones de asepsia”⁷.

En cuanto a su penalidad, si el hecho cometido por el profesional de la salud importare crimen, será sancionado con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, y si se tratare de un simple delito, la pena será de reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

6 Sesión 110 de 19 de agosto de 1872. Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal de la República de Chile. Valparaíso, Edeval, 1974, p. 449.

7 QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Derecho Penal de la Culpa*. Barcelona, Bosch, 1958. En: *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 174, Concepción, Chile, Universidad de Concepción, 1983, p. 26.

Encaminándonos al análisis y comprensión del artículo 491 del Código Penal, conviene referirnos primeramente a algunos aspectos del delito atribuible a la culpa, para posteriormente estudiar sus requisitos a la luz de la jurisprudencia nacional.

1. La Culpa

En esta materia, la generalidad de la doctrina ha estimado que la culpa está asociada a la infracción de un deber de cuidado. Así, según Mezger, “actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado”⁸. Por su parte, Garrido Montt sostiene que: “la substancia del hecho culposo es no emplear el cuidado debido en el cumplimiento del deber o en la realización de una acción creadora de riesgos”⁹. Novoa señala que: “hay culpa en la voluntaria realización de un determinado movimiento (o inacción) corporal, sin asentimiento o aceptación del resultado antijurídico que de él deriva, pero con violación de un concreto deber de atención y cuidado, que obliga a abstenerse de tal movimiento en razón de ser previsible dicho resultado antijurídico”¹⁰. Para Etcheberry, “culpa es la voluntad de obrar, sin atender a las consecuencias típicas previsibles del acto o confiando en poder evitarlas”¹¹. Maggiore afirma que la culpa “es una conducta voluntaria (acción u omisión) que ocasiona un resultado antijurídico, no querido, pero sí previsible, o excepcionalmente previsto, y tal que hubiera podido evitarse con la atención debida”¹².

Al cotejar distintos enfoques doctrinales, podemos colegir que la tendencia mayoritaria de los científicos utiliza locuciones similares, como “deber de cuidado”, “cuidado debido”, “deber de atención y cuidado” y “atención debida”, para dotar de contenido a la culpa, coincidiendo igualmente en los presupuestos de aquella, estimando que en estos casos existe un resultado antijurídico previsible, pero no querido, pues de lo contrario, de quererse el resultado, excedería el ámbito de la culpa y entraríamos al terreno del dolo.

8 MEZGER, EDMUNDO, *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

9 GARRIDO MONTT, MARIO, *Derecho Penal. Parte General*. Segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, Tomo II, p. 162.

10 NOVOA, EDUARDO, *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, Tomo I, p. 494.

11 ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho Penal. Parte General*. Tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, Tomo I, p. 314.

12 MAGGIORE, GIUSEPPE, *Derecho Penal*. Bogotá, Editorial Temis, 1954. En: Novoa, ob. cit., p. 497.

En palabras sencillas, un sujeto actuará culposamente cuando pesa sobre éste una obligación de cautela que debe respetar para ejecutar una determinada actividad riesgosa, la que, sin embargo, lleva a cabo transgrediendo la necesaria atención y cuidado que debía emplear, y ocasiona con ello un resultado lesivo que era previsible. Así por ejemplo, en el caso de un paciente con sensación febril, taquicardia, náuseas, mialgias, ictericia, que presenta en la piel del brazo una lesión macular de color rosado en su superficie y en el centro aspecto necrótico y que además en la anamnesis refiere dolor en la zona y haber estado dormido y al despertar encontrar una araña, todo lo cual da cuenta de un cuadro clínico que hace sospechar inmediatamente la mordedura de una araña de rincón y el consiguiente compromiso cutáneovisceral que presentará el paciente, obrará con culpa, aquel médico que habiendo sospechado este tipo de mordedura deriva al paciente a su domicilio, sin considerar su hospitalización, ni tomar las medidas profilácticas y/o terapéuticas (tales como corticoides, antihistamínicos, antibióticos) o de pesquisa en laboratorio (existencia de anemia hemolítica o daño renal) que eran necesarias conforme a la *lex artis*, tal como lo establece la Guía Clínica para el Manejo de Mordedura de Araña de Rincón (*Ixosceles laeta*) del Ministerio de Salud. Estas normas, que constituyen la *lex artis* para estas situaciones, deberían estar en conocimiento de todo médico promedio, el cual debe conocer que si retarda o no indica oportunamente el tratamiento, restará posibilidades de recuperación y/o sobrevida al paciente, lo cual, en este tipo de casos, puede terminar ocasionando su muerte.

Luego, podemos advertir que el Código Punitivo no utiliza la voz “culpa” en la generalidad de sus disposiciones, sino que emplea una pluralidad de expresiones para referirse a las conductas culposas, encontrándonos con términos como imprudencia, negligencia, descuido culpable, ignorancia, inobservancia de reglamentos, negligencia inexcusable, mera imprudencia, ignorancia inexcusable, o negligencia con infracción de reglamentos, nomenclaturas diversas que, sin embargo, tienen un común denominador referido a la falta de diligencia o infracción del cuidado esperado por el ordenamiento jurídico para la ejecución de actividades riesgosas.

Respecto a estas especies de culpa a que se refiere el Código Penal, para nosotros cobran especial relevancia la “imprudencia temeraria” del artículo 490 y la “negligencia culpable” del artículo 491.

2. Imprudencia Temeraria

Doctrinariamente, se ha entendido que el grado mayor de intensidad de culpa es la imprudencia temeraria. Cury señala que aquella “importa un alto grado de irreflexión o descuido y una actuación del agente creadora

del riesgo”¹³. Garrido Montt la trata como “la omisión de aquel cuidado que puede exigirse a las personas menos diligentes al realizar una actividad creadora de riesgos; consistente en la inobservancia de la diligencia más elemental y se equipararía al concepto civil de culpa lata, no observar lo que en el caso concreto hubiese resultado evidente a cualquiera”¹⁴. Silvela sostiene que es “aquel cuidado y diligencia, aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente”¹⁵. Para Etcheberry, la imprudencia se caracteriza por el afrontamiento de un riesgo, por la violación del deber general de diligencia y precaución, dándose en general en las acciones, y por excepción, en las omisiones¹⁶.

El proyecto de Código Penal Español de 1962 ya intentaba una definición de “temeridad”, prescribiendo algunas situaciones en que puede estimarse grave una imprudencia: “ello puede suceder cuando el sujeto, por grave descuido, no advierte que realiza el tipo, pero también cuando el mismo, con una frívola falta de consideración, no tiene en cuenta la posibilidad claramente advertida de realización del tipo. Sucede también cuando el sujeto infringe un deber que se ha de tomar especialmente en serio”¹⁷.

Mir Puig plantea que en estos casos de imprudencia debe tenerse en cuenta tanto la peligrosidad de la conducta como la valoración social del riesgo. “Para determinar la peligrosidad de la conducta deben combinarse dos variables fundamentales: el grado mayor o menor de probabilidad de la lesión y la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado (a igual probabilidad de lesión, mayor gravedad si se refiere a un bien jurídico más importante). La valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido”¹⁸. Finalmente, el autor afirma que podrá ser gravemente imprudente el emprender una conducta muy peligrosa sin haberse preocupado de advertir siquiera los riesgos que evidentemente supone.

Jurisprudencialmente, la imprudencia temeraria “parece referirse a supuestos de actuaciones especial y conocidamente peligrosas, donde hasta “la más

13 CURY, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*. Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, 1996, Tomo I, p. 339.

14 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 172

15 SILVELA, LUIS, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, España, Editorial R. Fé 1879, Tomo II, p. 161.

16 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 319.

17 ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*. España, Editorial Civitas, 1997, Tomo I, p. 1025.

18 MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Editorial Reppertor, 2011, p. 294.

sencilla de las almas” advertiría el peligro desencadenado y la necesidad de su especial previsión y de poner el cuidado necesario para su evitación”¹⁹.

Normalmente, las infracciones al debido cuidado en que incurren los profesionales de la salud, se encontrarán subsumidas en el artículo 491 del Código Penal, tipo penal específico de la actividad curativa, que contempla un grado menor de intensidad respecto a la culpa con la que actúa el sujeto, pues mientras el artículo 490 exige “imprudencia temeraria”, el artículo 491 se satisface con la “negligencia” del facultativo. Con todo, pueden existir casos en que no sea subsumible la conducta contraria a la *lex artis* en el referido tipo penal propio de los profesionales de la salud. Esto se produce regularmente por inconvenientes respecto del sujeto activo, pues la técnica legislativa utilizada no contempló un tipo penal abierto que incluyera a “todos aquellos profesionales que se desempeñan en el ámbito de la salud”. Asimismo, por la época de dictación del Código Penal, no se incluyó en el artículo 491 a la gran variedad de profesiones vinculadas al quehacer sanitario que existen hoy en día, tales como aquellas profesiones técnicas o auxiliares de la medicina, odontología y química y farmacia. Sobre esta problemática volveremos más adelante, pero lo que resulta necesario exponer aquí, es que en este tipo de situaciones, cuando se trata de un sujeto activo no contemplado en el señalado artículo 491, en ningún caso constituye una circunstancia de atipicidad, sino que deberá determinarse en cada caso, la existencia de imprudencia temeraria por parte del profesional de la salud que haga aplicable el artículo 490 o verificar si aquél obró infringiendo disposiciones reglamentarias, con lo cual podrá ser procedente el artículo 492 del Código Punitivo.

3. Negligencia

Siguiéndole en grado, con una escala descendente de intensidad, encontramos la imprudencia o negligencia del artículo 491 del Código Penal, la que “se identifica con la falta de cuidado que el hombre medio emplea en la actividad que desarrolla...Corresponde a actividades creadoras de riesgos que exigen de quien las realiza mayor acuciosidad y se equipararía a la culpa leve civil... Se ha dicho que “conceptualmente representa una fórmula residual que comprende todas las hipótesis de imprudencia”²⁰.

Etcheberry sostiene que la negligencia se traduce en una falta de actividad, en que no se pone la debida atención en lo que se hace, “se pudo haber evitado el resultado desplegando más actividad que la desarrollada”²¹. Politoff, Matus

19 POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 291.

20 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 173.

21 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 142.

y Ramírez, señalan que esta mera imprudencia “supone admitir una especial posición de garante en determinados sujetos que ejercen una profesión (médico, matrona, etc.) que implica riesgos, lo que la doctrina prevaleciente entre nosotros ha interpretado como razón bastante para limitar la exigencia de intensidad de la infracción al deber de cuidado... a la culpa leve”²². Labatut indica que la negligencia se traduce en “descuido y desatención, en falta de precaución y cuidado en lo que se realiza, en no prever lo previsible. Es en el fondo una especie de pereza psíquica”²³.

En la doctrina comparada, juristas especializados distinguen entre negligencia e imprudencia, acercando la negligencia más un comportamiento omisivo del cuidado debido, mientras que la imprudencia se asocia a una actuación, al hacer más de lo que se debía, desempeñándose de manera irreflexiva o precipitada. En este sentido, Soler estima que “todas las formas de culpa son reducibles a dos: a) el incumplimiento de un deber, llamado negligencia, y b) el afrontamiento de un riesgo, llamado imprudencia. En el primer caso, el sujeto pudo evitar el daño si hubiese desplegado más actividad en determinado sentido. En el segundo, el sujeto pudo evitar el daño, siendo más reposado, es decir, desplegando menos actividad, u obrando más reflexivamente”²⁴. Para Montanelli, imprudente es quien realiza algo que debió evitar, quien actúa con temeridad manifiesta en forma precipitada y atrevida “actúa sin moderación, discernimiento, cordura, sensatez ni buen juicio”, mientras que la negligencia consiste en omitir lo que el deber de prudencia mínimo y previsión necesaria indicaban realizar, actúa negligentemente quien no adopta las precauciones debidas ni tampoco guarda las precauciones necesarias, actuando con descuido u omisión, olvidando la prudencia y diligencia indispensables²⁵.

Entre nosotros, Labatut considera que la impudencia “consiste en obrar con ligereza, sin la cautela que la común experiencia de la vida enseña que debe emplearse en la ejecución de aquellos actos nuestros que pueden causar daños a terceros. Implica, por lo mismo, escasa o ninguna consideración por el derecho ajeno”²⁶. Para Etcheberry, en la culpa por imprudencia “lo que se viola es el deber general de diligencia y precaución”²⁷.

22 POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., p. 292.

23 LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*. Novena edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, Tomo I, p. 126.

24 SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires, Editorial La Ley, 1945. En: NOVOA, ob. cit., p. 508.

25 MONTANELLI, NORBERTO, *Responsabilidad Criminal Médica*. Buenos Aires, Editorial García Alonso, 2005, págs. 118-119.

26 LABATUT, ob. cit.

27 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 319.

Por su parte, el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, dispone en su artículo 22 que: “falta a la ética el médico que en la atención de un enfermo actúe con negligencia, imprudencia o impericia. Será negligente aquel profesional que poseyendo el conocimiento, las destrezas y los medios adecuados, no los haya aplicado. Actúa con imprudencia aquel médico que poseyendo los recursos y preparación necesarios para la atención de un paciente, los aplicare inoportuna o desproporcionadamente, como también si, careciendo de los recursos o preparación adecuados, efectuare una atención sometiendo al paciente a un riesgo innecesario”.

De esta forma, para configurar la responsabilidad penal del médico debe ser posible atribuirle una conducta culposa, debiendo comprobarse respecto del profesional de la salud, si de su parte hubo violación del deber objetivo de cuidado, y en su caso, la necesaria relación de causalidad entre ella y el resultado dañoso²⁸, recordando que tanto en la negligencia como en la imprudencia, la culpa se sustenta en el incumplimiento del deber de cuidado o prudencia que el ordenamiento exigía para llevar a cabo esa actividad creadora de riesgos.

4. Impericia

Además de las referidas modalidades de la culpa, pueden producirse otros casos de incumplimiento del deber de cuidado producto de la impericia del profesional de la salud, derivada de la falta de preparación, conocimientos, actualización o perfeccionamiento continuo del estado del arte, indispensable para desempeñar adecuadamente su profesión.

Este reconocimiento de la necesidad de sanción para los casos de actuaciones con impericia ya aparecía tempranamente regulado en Roma. En efecto, el Digesto señalaba al respecto que: “dice Próculo, que si un médico hiciese con impericia alguna operación al siervo, compete la acción de locación o la de la Lex Aquilia. Lo mismo se dice si usase mal del medicamento”²⁹.

Doctrinariamente, se ha centrado el concepto de impericia en la falta de competencia, aptitud o deficiencia para ejercer un determinado oficio, actividad o quehacer profesional. En este sentido, Eduardo Novoa sostiene que la impericia consiste en la falta de aptitud para una determinada función o para cierta especial actividad voluntaria que se acomete, de las cuales resultará el efecto no querido; generalmente se presenta en relación con

28 CN Crim. y Correc., sala V, junio 14-988. P.P.H.) L Ley, 1988-e, 569 (38.062-S). En: MONTANELLI, ob. cit., p. 31.

29 DIGESTO, Libro 9º, Título 2, 8. “Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex lege Aquilia competere actionem. Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit”.

profesiones cuyo inadecuado ejercicio puede traer males a los bienes jurídicos, así en la impericia, concurre el menosprecio o falta del debido respeto por el bien jurídico lesionado, puesto que, a sabiendas, el sujeto se determinó a una acción para la cual carecía de habilidad o aptitud, por lo cual era previsible el resultado antijurídico que podía derivar³⁰. Labatut indica que la impericia consiste “en la insuficiencia o falta de aptitud para el ejercicio de un arte o profesión”³¹. Para Etcheberry, la ignorancia o impericia “es una forma especial de culpa que se presenta en el ejercicio de ciertas actividades que requieren conocimientos o destrezas especiales: cirugía, manejo de máquinas peligrosas, etc.”. Indica el autor, que en el fondo, la impericia se reduce a imprudencia o negligencia: el médico de poca experiencia o habilidad que emprende una difícil operación, en la que el paciente muere, pese al cuidado puesto por el médico, resulta reprochable, no por no saber, sino por haber emprendido la operación a conciencia de su falta de habilidad, lo cual significa imprudencia... Por otra parte, si se trata de un médico experimentado, pero que no pone la debida atención en lo que hace, resultaría un caso de negligencia³².

De lo sostenido, podemos apreciar que, para una parte de la doctrina, la impericia no constituye una forma específica de culpa, sino que se manifiesta como una variante de la negligencia o de la imprudencia que puede darse en el campo profesional; en cambio, otro sector categoriza a la impericia como una forma de culpa particular. En esta línea, encontramos una sentencia condenatoria de la Corte de Apelaciones de Concepción, en que se define a la impericia como “una modalidad caracterizada de la culpa”, que consiste en la carencia de aptitud, experiencia y conocimientos prácticos necesarios e indispensables para el ejercicio de una actividad, profesión u oficio³³.

Ahora bien, cualquiera sea la postura que se adopte en ese sentido, ya sea estimándola como variante de la negligencia o la imprudencia, o como una modalidad de culpa particular, lo cierto es que igualmente la impericia constituye una infracción al debido cuidado vinculada a la ignorancia inexcusable o culpable en el desempeño de un arte o profesión que merece reproche penal.

Por consiguiente, entendiendo que la medicina es una actividad esencialmente riesgosa en que la puesta en peligro involucra los bienes jurídicos más relevantes, quien decide emprender una actividad debe informarse y verificar si es apto para ejecutar la conducta. Si no cuenta con los conocimientos, práctica

30 NOVOA, ob. cit., p. 509.

31 LABATUT, ob. cit.

32 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 142.

33 ETCHEBERRY, Alfredo, *El derecho penal en la jurisprudencia*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987, Tomo IV, p. 80.

o habilidad para precaver o hacer frente a los peligros en su concreción, debe abstenerse de intervenir. Si, no obstante presentar estas insuficiencias el sujeto decide emprender la conducta, obrará con imprudencia y/o impericia (voces que no son excluyentes entre sí y que pueden darse simultáneamente: en la asunción de la actividad obró temerariamente, haciendo más de lo que correspondía y, además, sin aptitud o desconociendo las más elementales nociones para ejecutar la actividad). En breves palabras, tal como lo señala Roxin, “quien no sabe algo, debe informarse; quien no puede hacer algo, debe dejarlo”³⁴, o la fórmula de Bustos, “a quien no tiene las aptitudes para participar se le exige no hacerlo, y a quien tiene las aptitudes superiores se le exige aplicarlas”³⁵.

Así, no existen mayores prevenciones –o al menos no deberían existir– en estimar que obró con culpa y por tanto debe ser sancionado, por ejemplo, el médico anesthesiólogo que emprende una intervención quirúrgica desconociendo las propiedades, efectos, cantidad, técnica de administración o tipo de anestesia que debe aplicar al paciente en un determinado procedimiento, y que en atención a dicha falta de conocimientos o ignorancia utiliza una técnica errónea, aplica una anestesia equivocada o administra una dosis mayor a la que corresponde, ocasionando con ello un desenlace fatal. Esto aparece agravado si pensamos que la medicina es una ciencia integrada por conocimiento altamente técnico y específico y, como tal, constituye una actividad esencialmente reglamentada, ya sea por Guías Clínicas, Protocolos, Normativa Interna o por la propia literatura médica –entre otros–, que pasan a conformar la *lex artis* médica, siendo un deber y una exigencia de todo profesional que se desempeña en el ámbito de la salud, conocer y aplicar estas reglas del arte médico.

En nuestro país, en el ámbito sanitario, el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, recogió la impericia como una falta del profesional de la salud, estableciendo en su artículo 22 que constituye impericia “la falta de los conocimientos o destrezas requeridas para el acto médico de que se trata”.

Se trata en definitiva de un profesional de la salud que no ha adquirido o que queda rezagado o postergado de los avances de la ciencia médica, presentándose como un inexperto en estas materias existiendo respecto de

34 ROXIN, ob. cit., p. 1010.

35 BUSTOS, Juan, *El delito culposo*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 40. Cabe señalar que para Bustos además de los conocimientos especiales, también deberá considerarse la destreza de la persona que también forma parte de la situación concreta, así, indica que no es lo mismo la destreza de Guillermo Tell que la de un ciudadano cualquiera, de modo que al valorar la situación en que actúa Guillermo Tell o el gran corredor de autos, hay que tomar en cuenta su destreza más allá de sus conocimientos especiales.

aquél “supina ignorancia del proceder más elemental en un arte o profesión... Abarca aquellos actos profesionales ejercidos, ignorando sus reglas respectivas como también la insuficiencia de aptitudes en la profesión que desarrolla, desconociendo procedimientos básicos y elementales de la misma”³⁶, defraudando con ello la confianza que los pacientes ponen en sus manos en la creencia que domina la ciencia que ejerce y que está suficientemente preparado para ejecutar las acciones destinadas a la recuperación de su salud.

Resulta relevante destacar que la falta de actualización o estudio permanente del galeno implica el incumplimiento de uno de los deberes fundamentales de todo profesional de la salud, cual es, actualizar continuamente sus conocimientos. En efecto, la habilitación para desempeñarse como facultativo no es suficiente en el ámbito de la ciencia médica, en la cual existen continuos cambios terapéuticos y avances tecnológicos, por lo cual, se requiere que el médico estudie permanente el ámbito sanitario para poner todos los medios y conocimientos a disposición del paciente. De lo contrario, podrá ocurrir que éste no se entere o no conozca las nuevas posibilidades que ofrece la ciencia médica para tratar una respectiva dolencia y, por tanto, deje al paciente sin la posibilidad de acceder a una nueva alternativa terapéutica que podría conllevar su sanación.

Un profesional de la salud que cumple con el deber de actualizar continuamente sus conocimientos mantiene una actitud cuidadosa y de diligencia en su quehacer profesional, respetando la *lex artis* médica, actuará conforme al mandato legal y responderá adecuadamente al compromiso asumido y a la confianza que la sociedad ha depositado en él como garante de los bienes jurídicos de la máxima transcendencia, como son, la vida, la integridad corporal y la salud.

En este mismo sentido se pronuncia el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, el cual dispone en su artículo 13 que “el médico deberá mantener su capacidad clínica, conocimientos, habilidades y destrezas actualizados, y utilizar todos los medios técnicos y científicos a su alcance para lograr una atención óptima e integral de sus pacientes”. “Mantener actualizados sus conocimientos y desarrollar habilidades y destrezas constituye el primer imperativo ético de la profesión médica”³⁷.

Esta actitud cuidadosa, en cumplimiento de la *lex artis*, es lo que la doctrina anglosajona ha denominado como el ‘standard of care’, esto es, estándar de

36 MONTANELLI, ob. cit., p. 123.

37 COLEGIO MÉDICO, “Consideraciones sobre Lex Artis, error y negligencias médicas” [en línea], artículos de interés. Disponible en: http://www.colegiomedico.cl/?page_id=1082 [fecha de consulta: 9 de mayo de 2017].

cuidado, en que “un médico practicante, porque ha ejercido la Medicina, la que requiere cualificaciones, conocimiento y habilidades especiales, debe buscar un patrón de habilidad y competencia en la atención del paciente, un patrón no medido en términos superlativos, pero el cual puede ser razonablemente esperado del médico practicante promedio”³⁸.

Vinculado a la obligación de actualizar continuamente sus conocimientos, se encuentra otro deber del facultativo referido a la necesidad de solicitar la colaboración de otros especialistas para brindarle una atención adecuada e integral al paciente. Así, la última parte del artículo 13 del Código de Ética del Colegio Médico preceptúa que: “cuando sea necesario, deberá recurrir a la interconsulta para una mejor atención”. Esta disposición está relacionada con la imprudencia o impericia como forma de infracción a la *lex artis*, derivada de aquellos casos en que el médico decide actuar o inmiscuirse en terrenos propios de otra especialidad con la cual no está familiarizado.

En nuestro país, el médico cirujano, mención con la cual se titulan los estudiantes de medicina, está habilitado para ejercer actuaciones para la prevención, mantenimiento, recuperación y rehabilitación de la salud. Sin embargo, siendo la medicina una ciencia tan compleja, en la actualidad, la especialización ha ido cobrando máxima relevancia, existiendo distintas especialidades médicas dedicadas al estudio específico de una persona, órgano o parte del cuerpo humano en particular.

En efecto, la especialización permite dotar a los profesionales de la salud de los conocimientos pormenorizados y específicos, tanto fisiológicos como fisiopatológicos, acerca de un área del cuerpo humano, de una patología, de un órgano determinado, o en general de aspectos médicos específicos según la estructura o zona corporal o rama de la medicina de que se trate.

Tan trascendental resulta este conocimiento específico acucioso, que incluso la necesidad de alguna especialidad determinada puede manifestarse tempranamente en la atención de un paciente, a partir de los primeros aspectos clínicos y anamnésticos, los cuales pueden orientar a una cierta noxa que requerirá de un estudio específico de la patología u órgano involucrado. Por consiguiente, obrará prudentemente el médico que, a sabiendas que una patología determinada excederá su ámbito de competencia, solicita una interconsulta o deriva oportunamente al paciente con aquél especialista que tiene los estudios y expertiz necesarios para atender su dolencia, con

38 LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, GUSTAVO, *Defensas en las negligencias médicas*. Segunda edición, Madrid, Editorial Dykinson, 1991, p. 42. Citado en: TERRAGNI, Marco Antonio, “El delito culposo en la praxis médica”, Buenos Aires, Argentina, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2003.

lo cual no priva al paciente de las posibilidades que existen y que se van desarrollando con una ciencia médica en constante evolución, de poder recurrir a un especialista que proporcione el adecuado estudio y óptima atención que su caso clínico requiere para poder lograr su recuperación. Así, por ejemplo, el médico que constata en un paciente sintomatología de dolor abdominal severo, vómitos, distensión abdominal, y estreñimiento, que lo hace sospechar de un abdomen quirúrgico o de una obstrucción intestinal, deberá derivar o solicitar de inmediato interconsulta si no cuenta con los conocimientos para intervenir. De lo contrario, obrará imprudentemente si resuelve dejar al paciente en observación o sin tratamiento, a pesar de la clara sintomatología de abdomen quirúrgico que presenta y que él observó (hipótesis diagnóstica que hace necesario una intervención de urgencia), o si a sabiendas que no cuenta la expertiz para manejarse en este campo y habiendo tenido posibilidades de solicitar interconsulta, derivar o consultar opiniones, decide proceder de manera precipitada, arriesgada o temeraria, haciendo más allá de lo que debe, y operar, con lo cual denota falta de sensatez, reflexión y prudencia que configuran una violación del deber de cuidado.

En cuanto a la certificación propiamente tal que deben tener los galenos, si bien aún no existe en Chile una ley que regule las especialidades médicas y su campo de acción, consuetudinariamente y en la práctica ocurre que para ejercer propiamente y habilitarse en la respectiva especialidad, el médico debe contar con un certificado otorgado por alguna de las instituciones certificadoras de especialidades médicas, en el cual se valide o certifique que el médico cuenta con la respectiva especialidad³⁹.

Esta acreditación objetiva los conocimientos técnicos especializados que debe tener el galeno para desempeñarse en un área específica del cuerpo humano, en determinadas técnicas quirúrgicas o en procedimientos o métodos diagnósticos específicos, reafirmando el deber que pesa sobre estos profesionales en cuanto a adoptar una actitud consciente, prudente y responsable respecto a los límites de su propia capacidad y preparación. Así, el facultativo prudente reflexionará, deteniéndose en la situación particular para analizar si efectivamente cuenta con las destrezas y conocimientos que lo habilitan para actuar, debiendo rechazar la posibilidad de intervenir en especialidades que corresponden al ámbito de experticia de otro galeno y respecto de las cuales no se encuentra familiarizado. En estos casos le corresponderá derivar, consultar opiniones o solicitar

39 En general, la especialidad respectiva es estudiada por parte del galeno en la propia Universidad que es la que la certifica y otorga el título de especialista. Otra posibilidad de certificar la especialidad es rindiendo una prueba de conocimientos ante la Corporación Nacional Autónoma de Certificación de Especialidades Médicas (CONACEM), para lo cual es necesario haberse desempeñado durante cinco años o más en instituciones públicas de la salud en la misma especialidad.

interconsulta, en el entendido que no tendrá las competencias, conocimientos o expertiz necesarios para pronunciarse respecto a determinada dolencia que aqueja al paciente. Con ello actuará prudentemente y evitará llegar al terreno de la impericia, debiendo considerarse, en todo caso, los medios y circunstancias que rodean la atención y que configuraban la *lex artis ad hoc*.

En consecuencia, aun cuando no exista una ley de especialidades médicas vigente en el país, la *lex artis*, indica que el profesional médico debe tratar a los pacientes en aquellas patologías o materias en las cuales tenga experticia, evitando entrar en terrenos desconocidos, por lo tanto, en los casos referentes a otra especialidad, deberá derivar al paciente a aquel profesional que tenga los conocimientos y la expertiz en la materia, en conformidad a los medios y circunstancias del caso. Tempranamente en la ciencia médica ya se establecía una regulación en este sentido, así, el Juramento Hipocrático contempla el compromiso de “no operar ni siquiera a los pacientes enfermos de cálculos, sino dejarlos en manos de quienes se ocupan de estas prácticas”.

Decisiones de la jurisprudencia comparada en el ámbito de la impericia

En esta materia, existen dos relevantes sentencias de tribunales argentinos en las cuales se da cuenta expresamente de la impericia del facultativo derivada de la falta de la especialidad requerida para intervenir en el acto médico concreto y de la falta de conocimientos necesarios para el tratamiento de la patología que presentaba el paciente.

Sentencia C. 16.496 de 29 de septiembre de 1983⁴⁰

En esta sentencia se condena a un médico por homicidio culposo: “1) ... por haber actuado con impericia, al haber aplicado anestesia peridural a la víctima sin tener la especialidad en la materia, estando contraindicado en casos de pérdida de sangre y sin efectuar la constatación científicamente exigida en esos casos, ya que no tomó la presión venosa central ni realización otra medición fuera de la presión arterial. 2) No existió el invocado estado de necesidad para que el encausado, sin ser especialista practicara la mencionada anestesia, que fue la que ocasionó la muerte a la damnificada, ya que tuvo tiempo hasta de concertar sus honorarios por la atención particular de la paciente 3) ... por la falta de habilidad derivada de su condición de Médico no habituado a realizar ese tipo de prácticas anestesiológicas, aquél consumó una anestesia subaracnoidea en lugar de una peridural y las condiciones de la misma originaron la muerte de la paciente debiendo responder por su impericia del hecho de autos”.

40 Sent.: C. 16.496, sala III, 29/9/83. En: MONTANELLI, ob. cit., p. 124.

Sentencia C. 29.219 de 20 de agosto de 1991⁴¹

Los hechos vertidos en este juicio involucraron a una paciente que ingresa a un establecimiento asistencial con un embarazo de 38 semanas y rotura de la bolsa de líquido amniótico, diagnosticándose respecto del recién nacido encefalopatía neonatal (disfunción o alteración neurológica) derivada de la hipoxia intrauterina que sufrió, la cual se produjo por la tardía interrupción del embarazo. Esta es justamente una de las causas más habituales de infracción a la *lex artis* que se configuran en el terreno de la ginecología-obstetricia, pues suele ocurrir que el facultativo retarde sin justificación la interrupción del embarazo, elevando el riesgo en que se encuentra tanto la madre como el nonato, ocasionándose en la generalidad de los casos una hipoxia fetal que puede llegar a producir el resultado desfavorable de muerte o lesiones al feto o al recién nacido.

En este caso, el tribunal señala que este resultado dañoso: “habría ocurrido por impericia de los encausados quienes no llevaron los controles preparto indicados según la buena práctica médica... las afecciones mentales que sufriera el nasciturus serían consecuencia de la impericia manifestada por los imputados, quienes, pese a las revisiones efectuadas, aguardaron aproximadamente 13 horas el alumbramiento, en conocimiento de las características físicas en que ingresó tanto la parturienta (rotura de membrana con pérdida de líquido amniótico y escasa dilatación) como el feto, el que se encontraba en su semana 38 de gestación, con un peso por debajo de lo normal... En las particulares circunstancias evidenciadas en autos...no se vislumbra que los imputados hayan hecho uso de todos los medios técnicos y científicos a su alcance, habida cuenta que, inclusive desde la lógica y experiencia del hombre común es dable concluir que debió haberse favorecido o acelerado el alumbramiento y no aguardar 13 horas a que este se produzca espontáneamente...Consideramos, prima facie, que los imputados han violado cada uno en sus respectivas funciones el deber de cuidado que les incumbía, consistente en preservar y cuidar a las personas sometidas a sus cuidados médicos, evitando todo riesgo en su salud”.

III. La Responsabilidad Penal Médica en las decisiones de los tribunales chilenos

A continuación, nos referiremos a los principales pronunciamientos que han efectuado nuestros tribunales respecto al delito culposo, y específicamente al artículo 491 del Código Penal, para los efectos de dar por configurada una negligencia médica.

41 Sent.: C. 29.219, sala III, 20/8/1991. En: MONTANELLI, ob. cit., p. 125.

Sentencia Corte Suprema de 15 de septiembre de 2008, Rol N° 7070-07

La situación fáctica establecida en este caso dice relación con una paciente diagnosticada con cáncer de mama, producto de lo cual es sometida a una mastectomía radical derecha (extirpación del seno derecho). Posteriormente, al efectuar la respectiva biopsia, se descartó la malignidad y se confirmó que no se trataba de un tumor, sino de una enfermedad fibroquística de la mama, que no justificaba la mastectomía.

Para determinar la responsabilidad del facultativo tratante en los hechos, la Corte efectuó un análisis del delito culposo, indicando los requisitos para que éste se configure. Así, indica que actúan culposamente, tanto el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado, como el que no prevé, o bien, el que previéndolo confía imprudentemente en poder evitarlo. De manera que para que nazca la responsabilidad culposa se requiere:

- a) Que exista un comportamiento voluntario;
- b) Que ese acto humano, acción u omisión, origine un resultado antijurídico;
- c) Que ese resultado sea previsible;
- d) Que exista la obligación de preverlo;
- e) Que haya relación causal entre la acción u omisión y el resultado típico.

“De los requisitos señalados, se desprende que la Teoría de la Culpa está cimentada en dos pilares básicos, a saber, el deber de cuidado, que obliga al sujeto a poner en su actividad una atención suma a objeto de no dañar los bienes protegidos por el legislador y la previsibilidad del resultado, establecido a partir de parámetros ordinarios o comunes, puesto que nadie puede responder por resultados imprevisibles...”

Por otro lado, como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades este tribunal, habrá culpa por el solo hecho de que el sujeto activo haya ejecutado el acto prohibido o no haya realizado el ordenado por la ley o el reglamento, pues significa que omitió las medidas de prudencia o precaución necesarias para evitar un daño...”

De esta forma, el supremo tribunal, analizando la figura del delito culposo en nuestro ordenamiento jurídico, especifica los elementos que deben concurrir para configurar la responsabilidad por culpa. En este contexto, la acción u omisión que produce el resultado típico y antijurídico y el nexo de causalidad entre el comportamiento y el resultado, esgrimidos por el tribunal en las letras a), b) y e), hacen referencia al aspecto objetivo del delito culposo en el cual queda inserta la culpa, y recogen lo sostenido por la generalidad de la doctrina, que indica como presupuestos de la culpa⁴²:

42 Entre otros, Labatut y Novoa.

- Una conducta voluntaria, realizada imprudente o negligentemente;
- Que esa conducta voluntaria produzca un resultado típico y antijurídico;
- La relación causal entre la conducta y el resultado.

De lo anterior se deduce, entonces, que el delito culposo se define fundamentalmente por la concurrencia de dos elementos, uno subjetivo: imprevisión de lo previsible o no aceptación ni asentimiento de lo previsto; y otro objetivo: el daño resultante de la acción u omisión voluntaria⁴³.

Centrándonos en los requisitos dados por la sentencia que estamos analizando, es posible señalar que los dos primeros, esto es, a) la existencia de comportamiento voluntario y b) un acto humano, acción u omisión que origine un resultado típico, no son otra cosa que la referencia a la noción legal de delito que da nuestro legislador penal en el artículo 1 del Código Punitivo, a saber: “es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley” (afirmación que para nosotros da un concepto genérico de delito que comprende su posibilidad dolosa y culposa)⁴⁴, complementada con la noción sistemática de delito que recoge los elementos que la doctrina mayoritaria estima inherentes a éste y que hemos aprendido en el estudio del mismo en las aulas universitarias. Nos referimos a la definición de delito como una “acción u omisión típica, antijurídica y culpable”.

Por su parte, la previsibilidad del resultado lesivo y su obligación de preverlo, esgrimidos por la Corte en las letras c) y d), no es una cuestión reciente en el escenario jurídico, sino que ya había formado parte de la construcción jurisprudencial romana y había sido recogida en el Digesto del Emperador Justiniano. Así, en dicha obra jurídica se señalaba que: “si un podador, al tirar una rama de árbol, o un hombre que trabajaba en un andamio mató a un esclavo transeúnte, queda obligado, si la cosa cae en un lugar público y no dio voces para que pudiera evitarse el accidente. Pero también dijo Mucio que, aunque hubiera ocurrido lo mismo en un lugar privado, puede demandarse por culpa; pues es culpa lo que pudiendo haber sido previsto por persona diligente no lo fue, o se avisó en un momento en que podría evitarse el peligro”⁴⁵.

Carrara, definiendo la culpa, hizo hincapié en este elemento, sosteniendo que la culpa es la omisión voluntaria de diligencia al calcular las consecuencias

43 LABATUT, ob. cit., p. 123.

44 En el mismo sentido, Garrido Montt, ob. cit., p. 12, y Enrique Cury, ob. cit., p. 252.

45 DIGESTO, Libro 9º, Título 2, 31. “Si putator, ex arbore ramum quum deiceret, vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat, nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi; culpam autem esse, quod, quum a diligente provideri potuerit, non esset provisum, aut tum denuntiaturum esset, quum periculum evitari non posset”.

posibles y *previsibles* del acto propio. En consecuencia, el resultado dañoso se produjo porque el sujeto no reflexionó, como era su deber, sobre las contingencias de su actividad⁴⁶.

Luego, autores como Giuseppe Valditara señalan que: “forma parte de la culpa la posibilidad abstracta de que el agente hubiera podido prever al menos parte del resultado lesivo de su acción”⁴⁷.

Por su parte, Garrido Montt afirma que para que exista infracción del deber de cuidado es fundamental que el riesgo que debe precaverse sea susceptible de previsión y evitación, teniendo presente que no interesa al efecto que el sujeto se lo haya o no representado, lo que importa es la posibilidad de su representación y evitación. De este modo, quien realiza una actividad riesgosa tiene la obligación de prever el riesgo (deber interno o subjetivo de cuidado) que su ejecución involucra. Si esa previsión no se da en el realizador de la conducta, resulta más grave su descuido, pues quiere decir que el sujeto ni siquiera tuvo la diligencia de representarse las posibles consecuencias de su actuar, con lo que infringiría el deber de cuidado obrando con la llamada culpa inconsciente⁴⁸.

Para Labatut la previsibilidad del resultado ilícito es un elemento fundamental que permite diferenciar el dolo de la culpa, pues en la acción dolosa el resultado es previsto y querido, o al menos asentido por el agente, en cambio, en la culpa no fue previsto, siendo previsible, o fue previsto, pero no querido ni asentido⁴⁹. Precisando, Etcheberry afirma que lo que se requiere no es la previsibilidad de que un resultado se vaya a seguir con certeza de la actividad, sino que la posibilidad de que aquél se produzca. Esta previsibilidad estará determinada por la experiencia ordinaria, los conocimientos, las circunstancias concretas, y en general, por la situación particular del que ha obrado⁵⁰, por tanto, el tribunal deberá tomar en consideración las características del sujeto activo, el contexto situacional, el comportamiento conforme a esos antecedentes y las manifestaciones externas del sujeto. Así, la confianza que pueda tener el sujeto en la no producción del resultado, es jurídicamente irrelevante si permanece

46 CARRARA, Francesco. En: LABATUT, ob. cit., p. 124.

47 VALDITARA GIUSEPPE, “*Damnum iniuria datum*”. En: Derecho romano de las obligaciones, España, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, págs. 860 y 861.

48 GARRIDO MONTT, ob. cit., págs. 168 y 169. Existe discrepancia entre los autores en torno a la consideración de mayor o menor gravedad de la culpa consciente e inconsciente. Ver al respecto, Etcheberry, Labatut, Politoff, Matus y Ramírez, Jiménez de Asúa, Novoa, entre otros.

49 LABATUT, ob. cit.

50 ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho Penal. Parte General*. Tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, Tomo I, p. 314.

en su fuero interno y no se manifiesta en conductas externas evitadoras o auténticamente previsoras del resultado, debiendo existir circunstancias objetivas que efectivamente fundamenten la confianza en la no producción del resultado típico.

En este punto, al tomar en consideración las circunstancias del sujeto activo y el contexto situacional como criterios a valorar en el marco de la conducta del profesional sanitario, nos situamos en la llamada *lex artis ad hoc*. Precisamente, quienes se desempeñan en el área de la medicina, deberán adoptar una conducta acorde con la *lex artis ad hoc*, que es aquella que regirá la pauta de conducta del profesional de la salud, considerando el tiempo y lugar, su situación particular, los medios disponibles y las circunstancias del caso. Con ello se entiende que no es aplicable el mismo baremo de cuidado en todos los casos. Así, por ejemplo, no podemos exigirle a un médico de una zona extrema, que no cuenta con sala de pabellón, que no tiene los medios ni personal auxiliar para efectuar una intervención o que incluso no ha efectuado antes este tipo de cirugías, que se disponga a operar de inmediato al paciente que cursa una obstrucción intestinal. Distinta es la situación del médico que se encuentra en un hospital de alta complejidad, que tiene los medios disponibles para determinar la causa y el nivel de la obstrucción intestinal y que cuenta con el personal sanitario necesario para operar. En el primer caso y entendiendo que la obstrucción requiere una intervención quirúrgica de urgencia, no podemos exigirle al médico que opere a todo evento, por lo tanto, el facultativo cumplirá con su deber de cuidado si, verificando la gravedad del paciente, resuelve oportunamente su traslado urgente a un centro de mayor complejidad, en atención a que no cuenta con los medios para tratarlo. Con todo, debemos efectuar en este punto una relevante salvedad: si el médico se encuentra capacitado para intervenir y el riesgo de efectuar la operación en esas condiciones es inferior al riesgo de trasladarlo en el estado en que se encuentra, el facultativo deberá operar y, de producirse un resultado fatal, éste no sería imputable si en definitiva, con su actuación, el médico disminuyó el riesgo en que se encontraba la vida del paciente. En el segundo caso, el comportamiento adecuado a la *lex artis*, será intervenir oportunamente, puesto que el médico cuenta con los conocimientos y los medios necesarios para ello (en caso de no contar con los conocimientos podrá solicitar interconsulta o colaboración en el mismo establecimiento), y en consecuencia, actuará imprudentemente el facultativo que teniendo el diagnóstico correcto, las condiciones y los medios para actuar y salvar la vida del paciente, resuelve dejarlo injustificadamente en observación o abandonarlo, manteniéndolo sin el tratamiento adecuado para su dolencia.

Nuestra jurisprudencia ha seguido el criterio que establece a la “previsibilidad” o “advertibilidad” y a la “evitabilidad” como presupuestos de la conducta imprudente, tratando la previsibilidad del resultado ilícito como elemento integrante de la culpa, junto con la infracción del deber de cuidado. Dando

un paso más allá, se podría advertir entonces que el deber de cuidado se construye sobre la base de dos elementos: el intelectual o cognoscitivo que se traduce en prever la posibilidad del resultado dañoso, y el volitivo, que implica adoptar un comportamiento para evitar su concreción. Usando una fórmula matemática, diríamos que previsión más evitación son el resultado del deber de diligencia. Al respecto, la Corte Suprema ha sostenido que es de la esencia de la culpa la previsibilidad, así, no hay culpa cuando el hecho no pudo razonablemente ser previsto. Esto nos permite reprochar la conducta del sujeto activo cuando éste la lleva a cabo con violación del “deber de atención y cuidado que lo obligaba a abstenerse de tal movimiento, en razón de ser previsible ese resultado antijurídico”⁵¹.

Igualmente, cabe señalar que la previsibilidad como requisito del delito culposo, no ha sido un criterio unánime en la doctrina, fundamentalmente, a la luz de la imputación objetiva, toda vez que aquella constituiría suficiente parámetro para verificar la realización de las hipótesis culposas, sin necesidad de recurrir a la previsibilidad. En este sentido, desde la perspectiva científica comparada, autores como Triffterer y Roxin han discutido la procedencia de la previsibilidad como presupuesto del comportamiento imprudente, sosteniendo este último que “para la constatación del cumplimiento de un tipo culposo no es necesario acudir más allá de la teoría de la imputación objetiva, pues lo que se produciría simplemente cuando no hay previsibilidad es ausencia de realización del peligro, lo que es una cuestión a resolver conforme a los criterios de imputación objetiva”⁵².

Ahora bien, aplicando estos conceptos a la actividad curativa que nos convoca, como el médico se desenvuelve en una actividad esencialmente riesgosa como lo es la medicina, tiene la obligación de prever los peligros que sus actuaciones pueden conllevar para la vida o salud del paciente, por lo cual, por ejemplo, previendo la posibilidad de complicación del paciente, debe derivarlo oportunamente si se trata de un caso de difícil manejo y no cuenta en el establecimiento con los medios humanos o materiales para tratarlo, o debe realizar una correcta anamnesis y efectuar los exámenes de laboratorio o imagenológicos pertinentes antes de decidir operar, previendo la posibilidad de algún diagnóstico diferencial que no justifique la intervención. “Responde penalmente el médico que operó quebrantando las normas de cuidado exigido porque él hubiera podido y debido prever y evitar ese resultado”⁵³.

51 ETCHEBERRY, ob. cit., págs. 76 y 77.

52 ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito*. Barcelona, Editorial PPU, 1992, p. 93.

53 POLITOFF, Sergio, *Derecho Penal*. Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1997, Tomo I, p. 498.

En definitiva, existirá imprudencia por parte del galeno cuando con su actuación u omisión crea un peligro que excede los límites admisibles. Luego, esta previsibilidad como elemento normativo debe determinarse mediante un juicio ex ante, esto es, el tribunal debe colocarse al tiempo de ejecución de la acción conforme lo indicado por la lex artis desde la perspectiva de un médico medio o razonable.

Finalmente, en cuanto a la letra e) como último requisito indicado por la Corte Suprema para configurar la responsabilidad culposa, referido a la relación de causalidad que debe existir entre la acción u omisión y el resultado típico, cabe señalar que aquello responde a que los tipos que involucra la negligencia médica son delitos de resultado, por lo tanto, un resultado infausto debe encontrarse causalmente vinculado a la falta de cuidado con que se emprendió la actividad riesgosa. En la dogmática jurídica y en la moderna estructura del delito culposo, el criterio ampliamente acogido para resolver la vinculación entre la acción y el resultado es la teoría de la imputación objetiva, tesis procedente de Alemania, que reconoce sus orígenes en la teoría de la relevancia y que permite determinar si es posible imputar el resultado producido al autor en una situación particular.

Analizados los requisitos dados por el máximo tribunal para que nazca la responsabilidad culposa, cabe destacar también en esta sentencia, otro pronunciamiento que efectúa la Corte Suprema en cuanto a la efectiva posibilidad de configurar una responsabilidad médica, desechando la pretérita posición sostenida por algunos autores que pretendían excluir de la teoría de la responsabilidad a los galenos por tener una intención curativa respecto de los pacientes. Al efecto, la Corte señala que: *“Es evidente que la actividad médica operar, aplicar un electroshock, administrar drogas y remedios puede provocar lesiones, heridas, maltrato físico y psíquico y también el fallecimiento de una persona, situaciones que entran en colisión con las normas tutelares penales que prohíben matar, mutilar, herir, golpear o maltratar a otro. Ante esta realidad, cabe preguntarse si el profesional médico puede llegar a cometer una de las figuras penales sancionadas como tales en el Código Penal.*

La respuesta a esta interrogante discurre en el sentido de excluir de su actuar el tipo doloso de lesiones corporales o de homicidio sobre el supuesto de una acción curativa, objetiva y subjetivamente realizada conforme a las reglas de las Lex Artis y con el debido cuidado. Lo ocurrente será esto último, es decir, que se prescindió del cuidado debido, caso en el cual, estaremos en presencia de un delito culposo o cuasidelito...

Por lo dicho, es indudable que se tiene que descartar la idea sustentada por algunos tratadistas de la absoluta irresponsabilidad de los profesionales médicos, por el contrario esta responsabilidad penal y civil existe”.

Sentencia Juzgado de Garantía de Temuco de 10 de noviembre de 2014, RUC 1200899253-1

Los hechos investigados en esta causa se refieren a una paciente que ingresó al Hospital Clínico de la Universidad Mayor para la realización de una cesárea. Al momento de efectuar este procedimiento, el cirujano a cargo de la intervención procede a desinfectar la zona operatoria, con la sustancia antiséptica de base alcohólica “clorhexidina”, vertiendo excedentes de clorhexidina en la zona operatoria e iniciando la intervención quirúrgica, sin retirar el exceso de clorhexidina ni esperar el tiempo suficiente para que se evaporara la solución de base alcohólica. Como consecuencia de lo anterior, al proceder el imputado a realizar la incisión utilizando un electrobisturí, provocó la inflamación del líquido desinfectante que causaron quemaduras de tipo AB y B en el flanco izquierdo y en ambos muslos de la paciente.

Si bien en esta sentencia el tribunal no efectúa un análisis acucioso del delito culposo y de sus elementos, resulta interesante destacarla por la gravedad de los hechos y por las dificultades probatorias que influyeron en la convicción del tribunal.

En sus consideraciones, el tribunal circunscribe su exposición señalando que: *“El médico... que causare mal en las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión... será sancionado con las penas contempladas en el artículo anterior, por lo que los requisitos del tipo penal son a) que el facultativo en el ejercicio de su profesión cause un mal en las personas, b) que ese mal sea causado por una negligencia culpable, lo que se exige por el especial deber de cuidado que pesa sobre las personas que ejercen el arte de curar. Al respecto y para determinar las reglas del deber de cuidado hay que recurrir a la denominada lex artis y luego determinar si hubo una infracción a dicha lex artis”*. Lo anterior, no es otra cosa que replicar lo establecido por el artículo 491 del Código Penal que prescribe que: “el médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior”.

En lo resolutivo, el tribunal optó por absolver al cirujano tratante. Para ello se basó en la falta de acreditación acerca de cuál era la lex artis para el adecuado uso de clorhexidina, qué es lo que no se debe hacer y cuánta es en definitiva la cantidad de clorhexidina y forma de utilización en estas situaciones. Esa información permitiría entender si en el caso concreto existió o no un exceso o errónea utilización del referido antiséptico y con ello una mala praxis médica.

En efecto, no se rindió prueba sobre las instrucciones del fabricante en el uso de la clorhexidina, su aplicación y efectos, ni se incorporó un informe clínico, literatura, protocolos o normas ministeriales acerca del uso del referido desinfectante que permitiera establecer una referencia en cuanto a su forma de aplicación. Por tanto, no se esclareció, en concepto del tribunal, lo que establece la lex artis para estas situaciones, ergo, no pudo establecerse el actuar negligente del facultativo.

Sentencia 8º Juzgado de Garantía de Santiago de 24 de septiembre de 2009, RUC 0700827401-5

Esta sentencia efectúa un razonamiento legal, doctrinal y jurisprudencial del delito culposo, analizándose el deber de cuidado, la previsibilidad del riesgo y la configuración de la culpa en los casos en que no se prevé el riesgo siendo éste previsible o, cuando habiéndolo previsto, no se toman todas las medidas necesarias y posibles para evitarlo.

Primeramente, el tribunal se refiere al criterio restrictivo que adoptó nuestra legislación para el castigo de los hechos culposos, sosteniendo al respecto que: *“en términos generales el derecho Penal sanciona los hechos de acción u omisión dolosa y solo por excepción los hechos de acción u omisión culposo, requiriendo en este caso un actuar imprudente o negligente, en atención a que es necesario la actuación dentro de un riesgo permitido, que la sociedad permite este margen de riesgo y solo cuando se traspassa este margen de riesgo permitido, el Derecho Penal lo sanciona como delito culposo o cuasidelito”*.

En cuanto al delito culposo, se efectúa un lato análisis acerca de sus elementos, ilustrando con criterios doctrinarios, señalando en este sentido que: *“El delito culposo tiene un elemento subjetivo que dice relación con las características del sujeto activo, las circunstancias situacionales concretas y el comportamiento conforme a tales antecedentes. A juicio del profesor Juan Bustos (“El Delito Culposo”, pg. 41) “a quien no tiene aptitudes para participar se le exige no hacerlo y a quien tiene aptitudes superiores se le exige aplicarlos”. En este sentido es importante el conocimiento que el imputado tenga de la acción que desarrolla y los riesgos que ello implica.*

En cuanto al elemento objetivo a juicio de Bustos implica determinar qué riesgos o peligros debieron ser previsibles para el imputado conforme a la acción desarrollada y sus circunstancias fácticas y personales y qué medidas de precaución o cuidado aparecían como “exigidas o debían haber sido implementadas”. La previsibilidad aparece discutida por Roxín conforme a su teoría de la imputación objetiva, el cual a su juicio no hay culpa cuando el hecho no era previsible y no era previsible cuando había ausencia de realización de peligro (“Política criminal y estructura del delito”, pg 93).

Las medidas de cuidado o de precaución se refiere a lo que la persona debió hacer era abstenerse del comportamiento o realizarlo conforme a los reglamentos, normas de regulación o protocolos que la propia autoridad ha dado o bien la propia organización se ha dado, sea a través de reglamentos, códigos ética profesional o reglas técnicas. De esta manera, los que desarrollan esta actividad deben conocer y aplicar estas normas o regulaciones en su comportamiento profesional...

...El profesor Alfredo Etcheverry (“Tipos penales aplicables a la actividad médica”, Rev, Chilena de Derecho, Nº 13), señala que “los médicos y cirujanos

deben actuar cuidadosamente porque los daños que pueden derivarse de este actuar negligente recaen sobre bienes elementales y más valiosos de las personas como son la vida, la integridad corporal y la salud. El deber de cuidado exige prever el riesgo posible y tomar todas las medidas o precauciones necesarias para evitar que ocurra. La culpa se presentará cuando no se prevé el riesgo, siendo éste previsible o cuando habiéndolo previsto el sujeto no toma todas las medidas necesarias y posibles para evitarlo y reducirlo”.

De esta forma, al igual que en la primera sentencia que destacáramos, el tribunal hace hincapié en la previsibilidad como factor integrante del deber de cuidado, por lo cual nos remitimos a lo señalado en esa primera parte en cuanto a dicho aspecto y a los presupuestos que deben concurrir para sostener una imputación a título de culpa.

Sentencia Corte Suprema de 30 de noviembre de 2009, Rol N° 6384-2008

En lo pertinente, en cuanto al establecimiento de la responsabilidad médica, la Corte señala que: *“para sancionar penal y civilmente a un médico en el ejercicio de su profesión, resulta indispensable que en el proceso se establezcan los elementos fundamentales de esta clase de responsabilidad y que son: a) que el autor sea un médico y que su actuar se centre en el ejercicio de su profesión; b) que dicho actuar médico haya producido un mal en la persona del paciente; c) que el médico haya actuado culpablemente; d) que exista relación de causalidad entre el acto culposo y el daño resultante; y e) que el resultado sea previsible.*

Respecto de esta última exigencia, valga destacar que la previsibilidad del resultado es una condición objetiva de la culpa, es decir, que el resultado lesivo requiere ser previsible, pero que en el caso concreto de que se trate, el médico no lo previó, debiendo hacerlo. Ha dicho un autor que “el verdadero elemento diferencial de los delitos culposos es la previsibilidad de aquello que no se ha previsto.

La previsibilidad, en efecto, es límite necesario y suficiente de la culpa; es el límite necesario, porque sin ella se entra en lo imprevisible, esto es, en lo fortuito; y es el suficiente, porque fuera de ello se entra en lo previsto, esto es, en lo voluntario” (Manuel Luzón Domingo: Tratado de la Culpabilidad, Tomo I, p. 232, Editorial Hispano Europea, 1960)”.

En este caso, la Corte Suprema efectúa una asociación entre los requisitos señalados y estudiados en la primera sentencia destacada, Rol N° 7070-07 del mismo tribunal, y el artículo 491 del Código Penal, recalándose una vez más la necesidad de la previsibilidad del resultado y agregando en este caso lo sostenido por algunos autores en cuanto al rol de deslinde que juega la previsibilidad, que nos puede llevar desde el terreno del caso fortuito, pasando por la culpa, hasta llegar al dolo en los casos de obtenerse un resultado previsto y querido, o al menos asentido, por el autor.

IV. La Responsabilidad Penal Médica en la jurisprudencia comparada

Si bien puede escapar del objetivo de nuestro estudio y resultar extensivo para el lector, no podemos dejar de mencionar algunos pronunciamientos de tribunales extranjeros en la materia que permiten ir reconociendo la posición ya cimentada en general en el derecho comparado, en cuanto a estimarse intolerable la actuación del profesional de la salud que lleva a cabo su función con infracción al deber de cuidado, exponiendo imprudentemente los bienes jurídicos más valiosos y dignos de protección a un resultado dañoso, a fortiori, si se piensa que aquél se encuentra en posición de custodia de la vida y de la salud de los pacientes, todo lo cual lo hace reprochable y merecedor de una sanción penal.

A este respecto, haremos mención a dos interesantes sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires en esta materia, en las cuales se toma como baremo en el actuar del profesional el aumento del riesgo permitido en la actividad curativa, siendo imputable aquellas conductas que aumentan el marco del riesgo tolerado, exponiendo al paciente a mayores peligros para su vida o su salud.

Sentencia Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires de 27 de febrero de 1991⁵⁴

En esta sentencia, analizando la conducta de un médico de guardia que dio de alta a un paciente con traumatismo craneal sin adoptar todas las medidas que el caso aconsejaba, lo que ocasionó que finalmente éste falleciera al día siguiente, el tribunal sostuvo que existió una violación al deber de cuidado que le era exigido y que: *“la acción del profesional resulta intolerable cuando supera el riesgo permitido en el arte médico, no pudiendo actuar de manera que se exponga la vida de la enferma a un mayor riesgo, teniendo por el lugar que ocupa un mayor deber, funcionando en estos supuestos los delitos imprudentes como delitos de infracción a un deber, alcanzado la violación a éste a realizar el tipo, completándose el aspecto subjetivo por el deber de previsión del resultado, como consecuencia de sus conocimientos generales y específicos como médico, que lo obligaban a actuar de otra forma.*

El resultado en los delitos culposos, integra el tipo, debiendo rechazarse un doble juego de normas, pudiéndose imputar el resultado acudiendo a la llamada “causalidad de evitabilidad”, sosteniéndose la autoría cuando el accionar no evita el daño al bien jurídico, siendo exigible otra conducta, por lo que no es relevante ni la magnitud de las posibilidades de salvamento, ni el curso hipotético en caso de alternativas de comportamientos no realizados”.

54 CN de Apel. en lo Crim. y Correc., Cap. Fed. Sala 01, s/Homicidio culposo, 27/02/1991. En: MONTANELLI, ob. cit., p. 90.

Sentencia Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires de 11 de junio de 1985⁵⁵

En este caso, el análisis del tribunal discurre sobre el abandono del paciente, configurándose la responsabilidad del facultativo por un cuasidelito de homicidio, fundado en que éste no se detuvo a analizar la sintomatología de la enfermedad del paciente, no solicitó una interconsulta o evaluación con el especialista, no concurrió a evaluar y verificar la efectividad del tratamiento que se implementó, el cual además, después de siete horas, no produjo ningún cese de la dolencia, limitándose simplemente a dejarlo a cargo de personal de enfermería, todo lo cual significó un abandono del paciente y un aumento del riesgo permitido en el arte de curar, que finalmente conllevó al desenlace fatal.

V. Sujeto activo del artículo 491 del Código Penal

Como sabemos, sujeto activo es quien realiza todo o una parte de la acción descrita por el tipo. Por regla general, los tipos penales descritos en nuestro ordenamiento jurídico son neutros en cuanto al sujeto, es decir, no contemplan exigencias particulares o características propias respecto a los mismos. Sin embargo, excepcionalmente, el legislador estableció ciertos tipos penales que restringen la posibilidad de ejecución a ciertos sujetos, tales como empleados públicos, parientes o cónyuge. Dentro de esta categoría de tipos especiales que requieren de un sujeto calificado, se encuentra el artículo 491 del Código Penal, que es la norma específica que sanciona los casos en que un profesional de la salud causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión. Esto es así, porque dicho artículo no estableció un tipo neutro referido a los profesionales de la salud en general, sino que contempló una enumeración taxativa de cinco personas vinculadas al quehacer de la salud que serán los sujetos activos de este tipo penal. Así, esta norma incluye a sujetos determinados, que son, el “médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona”.

El hecho que el legislador haya incorporado sólo a determinados sujetos activos en la norma, obedece, principalmente, a la época de dictación del Código Penal, tiempo en que no existía la amplia gama de profesiones que existen en la actualidad relacionadas con el ámbito de la salud, por lo tanto, con el referido tipo penal se abarcaban la casi totalidad de los sujetos que se desempeñaban en el quehacer sanitario de esa época.

55 CN Crim. y Correc., sala IV, junio 11-985, 1985-D. 54 r. En: MONTANELLI, ob. cit., p. 257.

De esta forma, el artículo 491 del Código Penal no suscitaba mayores inconvenientes en cuanto al sujeto activo, sin embargo, desde un cierto tiempo a la actualidad, se han levantado discusiones en torno a la posibilidad de incorporar determinados sujetos relevantes en cuanto al área de la salud que no están expresamente contenidos en la nomenclatura de la norma, pero que tienen una irrefutable y fundamental relevancia en materia de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, y que hoy día están vinculados directamente con el paciente, pudiendo ser perfectamente agentes causadores de resultados desfavorables en atención a su falta de cuidado. Tal es el caso, por ejemplo, de los paramédicos, las enfermeras, tecnólogo médico, pabellonera, odontólogos, y en general, a diversas profesiones técnicas o auxiliares que no quedan comprendidas en la negligencia médica propia del artículo 491⁵⁶.

Ante esta situación, no podemos dejar de mencionar qué es lo que ocurre con respecto a los actos culposos ejecutados por profesionales de la salud que no se encuentran incluidos en la figura específica de la llamada negligencia médica.

Desde ya, importante resulta aclarar que una infracción al cuidado debido cometida por alguno de los profesionales de la salud que no se encuentran mencionados en el referido artículo, en ningún caso constituye una situación atípica, por lo que descartamos cualquier posibilidad de exclusión de sanción respecto a estos sujetos que ejercen la actividad sanitaria. En efecto, al no encontrarse comprendidos en el referido artículo, aquellos recaerán en el tipo penal genérico de cuasidelitos que contempla el artículo 490 del Código Penal, si obró con imprudencia temeraria, o en el artículo 492 si existió una mera imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos.

Razonar al contrario, implicaría dejar en la esfera de la impunidad las conductas culposas de profesionales de la salud que tienen directo contacto con el paciente, que también realizan actividades creadoras de peligro respecto de los bienes jurídicos vida, salud e integridad corporal, y que ejecutan conductas tan relevantes como las de los mencionados en el artículo 491 del Código Penal. Así lo ha entendido la jurisprudencia, contemplándose diversos fallos que han condenado en virtud del artículo 490 a profesionales de la salud no incluidos en el artículo 491 del Código Penal⁵⁷.

56 Véase al respecto el artículo 112 del Código Sanitario y el Decreto 90 de 17 de enero de 2017 que Aprueba Reglamento para el ejercicio de las Profesiones Auxiliares de la Medicina, Odontología, Química y Farmacia y Otras, y otras regulaciones de profesiones auxiliares, como la acupuntura y el quiromasaje.

57 Sentencia Juzgado de Garantía de Antofagasta, de 18 de marzo de 2014, RUC 1200615663-9, que condena a un paramédico y sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, de 21 de noviembre de 2007, Rol N° 34906-2004, que condena a una arsenalera.

Ahora bien, son pocos los fallos que se han detenido a analizar la dificultad existente entre los sujetos activos contemplados por la norma específica de las negligencias médicas y el cambio existente en la medicina de hoy que abarca numerosas profesiones sanitarias, que a pesar de desempeñarse en el quehacer de la salud, no forman parte de los sujetos activos establecidos en ese tipo penal, optándose en general, por aplicar derechamente los tipos penales genéricos de los cuasidelitos de los artículos 490 y 492 del Código Penal, sin entrar a pronunciarse mayormente sobre esta problemática.

A continuación, destacamos algunos fallos que han reflexionado sobre la calidad del sujeto activo del artículo 491 del Código Penal de ciertos profesionales de la salud, distinguiéndose en este tema, dos principales cuestionamientos que se han presentado, a saber, la calidad de sujeto activo de la enfermera y la calidad de sujeto activo del odontólogo.

La enfermera como sujeto activo del artículo 491 del Código Penal

Sin duda, las enfermeras tienen un relevante rol en la relación médica y ejercen una trascendental labor en el ámbito sanitario en general, lo cual queda asentado al analizar sus funciones, que van desde la prevención, a la administración y a la intervención en el proceso completo de atención, tratamiento y recuperación de la salud paciente. En este sentido, el 113 del Código Sanitario señala que “los servicios profesionales de la enfermera comprenden la gestión del cuidado en lo relativo a la promoción, mantención y restauración de la salud, la prevención de enfermedades o lesiones, y la ejecución de acciones derivadas del diagnóstico y tratamiento médico y el deber de velar por la mejor administración de los recursos de asistencia para el paciente”.

En las sentencias que se destacan en este acápite, se consideró incluida a la enfermera en la enumeración de sujetos activos establecidos en el artículo 491 del Código Penal.

Sentencia ICA Valparaíso de 7 de abril de 2008, Rol N° 625-2007

Los hechos objeto de este juicio dicen relación con la hospitalización de un menor de dos meses de edad, quien estaba cursando un cuadro de neumonía, el cual fue adecuadamente tratado, lográndose su recuperación, motivo por el cual se le informó a la madre que sería dado de alta. Antes de verificar el alta, se ordenó por parte del médico tratante la extracción de sangre al lactante, la que se practicó por una enfermera, quien procedió a tomar la muestra desde la vena yugular, sin que el médico lo dispusiera de esa manera, y sin contar con la colaboración de un técnico paramédico para inmovilizar al paciente, tal como lo indica el Procedimiento en punción de vena yugular interna en lactantes establecido por el Hospital. La enfermera efectuó dos punciones en

la vena yugular, una externa fallida y luego otra en la yugular interna derecha, provocando esta última al lactante enfisema subcutáneo supraesternal, cianosis facial, dificultad respiratoria, llanto extraño y neomotórax bilateral que le produjeron la muerte ese mismo día.

La *lex artis* indica que este tipo de punciones sólo puede ser realizada por un médico, justamente por el riesgo de producir neumotórax por punción de la pleura en el vértice superior de la cavidad pleural, que fue lo que sucedió en este caso.

Resolviendo, la Corte estimó que en este caso se configura: *“el cuasidelito de homicidio en la persona del lactante... previsto y sancionado en el artículo 491 del Código Penal, toda vez que la profesional acusada, realizó un examen de sangre, obteniendo la muestra de la vena yugular interna, procedimiento que el Hospital Gustavo Fricke autoriza para ser efectuado por una enfermera, apartándose de las instrucciones de aquel, en cuanto exige la colaboración de un Técnico Paramédico, lo que constituye negligencia culpable en el desempeño de sus funciones, más aún si como se señala en la pericia de fs. 41, este procedimiento debe ser realizado por un médico en las condiciones que se mencionan, pues es de riesgo para producir neumotórax, como aconteció en la especie”* (considerando 3º). En lo que respecta al sujeto activo, la defensa de la acusada solicitó su absolución por no reunirse uno de los requisitos del tipo penal, puesto que su representada, siendo enfermera, no puede ser sujeto activo de este delito culposo. Al efecto la Corte señaló: *“Que en lo que respecta a la alegación principal, debe tenerse en cuenta que los profesionales a que alude el artículo 491 del Código Penal, se desempeñan en el área de la salud pública, y si bien no se mencionan los enfermeros, dada la data del Código Penal, 1874, si se incluyen los flebotomianos o sangradores, que equivalen en cuanto a su función, a la de la acusada, por lo que se rechazará la solicitud de absolución por falta de requisitos del tipo penal”*.

En cuanto al razonamiento que tuvo la Corte para dar por cumplidos los requisitos del tipo penal y en específico, el sujeto activo del mismo, es posible advertir que el raciocinio no se dirigió a sustentar la adición de un sujeto activo no contenido en el tipo penal, sino que por el contrario, estimó que la enfermera sí estaba contenida en la norma, y específicamente en la nomenclatura de “flebotomiano”, profesionales de la salud antiguamente conocidos como los “sangradores”, equiparando las funciones de éstos con los que actualmente ejercen las enfermeras, estimando por tanto, que el legislador ya lo había contemplado en el texto legal, ergo, son sujetos activos del artículo 491 del Código Penal.

De esta forma, la Corte condena a la acusada a la pena de sesenta y un días de reclusión en su grado mínimo, en su calidad de autora del cuasidelito de homicidio cometido en la persona del lactante.

Sentencia 8° Juzgado de Garantía de 28 de diciembre de 2016, RUC 1300580570-2

En este caso que involucró a una auxiliar de enfermería y a una enfermera, el Ministerio Público presentó requerimiento de procedimiento simplificado en contra de las mismas en su calidad de autoras de un cuasidelito de lesiones graves del artículo 490 N° 2 respecto de la primera, y del artículo 491 en el caso de la segunda.

Los supuestos fácticos que se tuvieron por acreditados consistieron en que la víctima ingresó al Hospital de Carabineros con el diagnóstico de coledocolitiasis, quedando hospitalizada para iniciar su tratamiento. Fue sometida a una colesistectomía laparoscópica asociado a un procedimiento de ERCP (colangio pancreatografía retrógrada endoscópica) con extracción de cálculos coledocianos, utilizándose para ello el equipo denominado duodenoscopia. Durante el postoperatorio, la paciente evolucionó con dolor abdominal y fiebre, consecuencia de una colangitis o infección de la vía biliar producida por la bacteria *Pseudomona Aeruginosa*, y que fue introducido a través del duodenoscopia utilizado en la ERCP, el que no fue debidamente desinfectado antes de su utilización.

Esta contaminación del duodenoscopia utilizado en el procedimiento de la paciente con la bacteria *Pseudomona Aeuroginosa* se produjo por la falta de realización del procedimiento denominado “Desinfección de Alto Nivel” (DAN) de acuerdo al protocolo previamente establecido en el Hospital de Carabineros y que debía efectuar la auxiliar de enfermería de turno del Servicio de Endoscopia, y controlado por la enfermera, según las mismas normas del Hospital en su calidad de Enfermera Universitaria de la Unidad de Endoscopia.

El tribunal dio por establecida la participación de la enfermera en los hechos, estimando que era a ésta a quien le correspondía garantizar el cumplimiento del desarrollo del procedimiento de DAN del duodenoscopia utilizado en la intervención practicada a la ofendida, lo que no efectuó, razón por la que con su conducta omisiva incurrió en una negligencia culpable en el desempeño de su profesión, condenándola finalmente por la figura cuasidelictual imputada en el requerimiento.

Si bien no se efectuaron discusiones ni razonamientos por parte del tribunal respecto a la calidad de sujeto activo del artículo 491 del Código Penal de la enfermera, incluimos esta sentencia en nuestro estudio en atención a la escasez de jurisprudencia que existe a este respecto y a que sin ser objeto de debate, se consideró a la enfermera como sujeto activo, condenándola por el cuasidelito de lesiones graves, previsto y sancionado en el artículo 491 del Código Punitivo.

En contra de esta sentencia, la defensa interpuso recurso de nulidad, el que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago, estimándose configurada la causal contemplada en la letra e) del artículo 374, en relación con el artículo 342 letra c), ambos del Código Procesal Penal⁵⁸.

Al respecto, la Corte estimó que no se entregaron las razones que condujeran a concluir que sólo por la conducta que se atribuyó a las acusadas se produjo la infección, ya que podrían haber existido otras causas. Tampoco se determinó de manera precisa y clara cuál es el hecho que motiva el reproche que se hace a la acusada y del cual emana su responsabilidad penal, cuál es la clase de conducta de la que debía responder, y en qué consistiría el deber reglamentario incumplido y su relevancia en las consecuencias producidas.

Un aspecto de interés se produjo con respecto al tema del sujeto activo que estamos estudiando, toda vez que, a pesar de no haberse discutido en primera instancia y no haber formado parte de ninguna de las alegaciones de la defensa para sustentar el recurso de nulidad interpuesto, la Corte se pronunció de oficio sobre esta problemática, sosteniendo que a pesar que no se menciona expresamente en el recurso, resulta relevante precisar el por qué se considera sujeto activo del artículo 491 del Código Penal a quien tiene el título de “enfermera universitaria”.

Actualmente, se encuentra pendiente un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de la enfermera ante el Tribunal Constitucional, en que se solicitó la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 491, inciso primero del Código Penal, para que surta efectos en el proceso que se sustancia ante el 8° Juzgado de Garantía.

El requerimiento se acogió a tramitación y se ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión judicial en que incide. Luego, en la etapa procesal de admisibilidad del requerimiento, éste se declaró admisible, con el voto en contra del Ministro señor Gonzalo García Pino, quien estimó que es propio del ámbito del juez ordinario la correcta interpretación y alcance de la ley penal, y que no resulta plausible solicitar la exclusión de la norma que le permitirá a la parte requirente demostrar que no está dentro de aquellos sujetos activos que pueden cometer el delito del artículo 491 del Código Penal conforme a los principios que fundan autónomamente el Derecho Penal, por lo cual, concurre la causal de inadmisibilidad del numeral 6° del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

58 Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, de 8 de marzo de 2017, Rol N° 154-2017.

Lo anterior, da cuenta de que aún siguen vigentes las discusiones en torno a los sujetos activos que contempla el artículo 491 del Código Penal, situación que no ha sido zanjada en lo que respecta a una de las profesiones que más admite discusión, esto es, la enfermera. Al momento de la elaboración de este artículo, todavía se encontraba pendiente la gestión judicial de inaplicabilidad, por lo cual, esperamos en una futura oportunidad retomar esta discusión a la luz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

2. El odontólogo como sujeto activo del artículo 491 del Código Penal

El cirujano dentista es otro importante profesional de la salud respecto del cual se ha discutido si efectivamente se encuentra comprendido o no en el tipo penal en estudio. Esto, a pesar de que sin embargo no existen dudas de la enorme y relevante actuación que esta especialidad cumple hoy en día en la mantención y restablecimiento de la salud, lo que determinó su regulación en el artículo 115 del Código Sanitario.

Esta discusión respecto a si se encuentra incluido en la negligencia médica del artículo 491 del Código Penal no es baladí, pues debe tenerse presente que en la actualidad se ha ampliado exponencialmente la cantidad de población que accede y que requiere, con mayor frecuencia y más tempranamente, incluso desde pequeños, la evaluación por parte de este profesional, lo que ha conllevado, a su vez, al aumento de profesionales que ejercen esta especialidad. Todo ello contribuye a acrecentar las posibilidades de que se produzca algún evento adverso o falta de cuidado en la atención que ocasione un resultado lesivo merecedor de sanción penal.

De una lectura rápida del tenor literal del artículo 491 del Código Penal, podría llegar a concluirse que los dentistas u odontólogos no están incorporados en la norma. Recordemos que los sujetos activos que incluye el referido precepto son el médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona, sin que se haga mención al dentista. Ahora bien, avanzando un poco más para entender y desentrañar las profesiones incorporadas en el referido artículo, es posible verificar que el odontólogo no sólo puede estar incluido en alguna de las terminologías, sino que más aún, está incluido en dos. En primer lugar, en “cirujano”, ya que el título profesional que habilita a este tipo de profesionales para practicar la odontología es el de “cirujano dentista”, y el legislador utilizó de modo neutro la terminología “cirujano”, con lo cual puede entenderse perfectamente incluido a este tipo de cirujanos, que son, los cirujanos dentistas; y en segundo lugar, también podríamos subsumir a los odontólogos en el vocablo “flebotomiano”, en el cual nos detendremos un poco más para explicarlo con mayor claridad.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, flebotomiano es un “sangrador”, “el hombre que tenía por oficio sangrar”. En nuestro país, los primeros que se acercaron en forma sistemática al tema

dental fueron los barberos, quienes se dedicaban a extraer piezas dentales, tarea que a la mayoría de los médicos del siglo XVIII no les resultaba atractiva, pues preferían delegar labores en que se produjese sangramiento⁵⁹. A mediados del siglo XIX a estos barberos que practicaban “sangrados” a sus clientes se les comenzó a llamar Flebotomos y en 1854 se estableció un curso de Flebotomía, que derivó posteriormente en la creación de la Escuela Dental en 1888. De esta forma, a la época de dictación de nuestro Código Penal, el término acuñado para aquellos que se dedicaban a la labor de sangradores o extracción de dientes era el de “flebotomianos”, actividad que posteriormente evolucionó hasta convertirse en una carrera formal, dictada en la Escuela Dental, dependiente en esos momentos de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, en la cual se incluían estudios de cirugía y clínica dentaria.

Así las cosas, a la época de dictación de nuestro Código Penal, la expresión de “flebotomiano” o “sangrador” era la que había sido acuñada. Posteriormente, la Ley N° 13.301, de 27 de septiembre de 1917, sustituyó en los numerales 8 y 10 del artículo 494 del Código Penal el vocablo “flebotomiano” por “dentista”, sustitución que no efectuó en la norma del artículo 491 del Código Penal (lo que algunos atribuyen a un olvido por parte del legislador). Lo anterior, no entraba su aplicación a esta especialidad, toda vez que las normas deben interpretarse conforme a su sentido y alcance, y así también, de acuerdo al análisis del concepto, puede desprenderse que aquellas funciones que pretendían ser cubiertas por el tipo penal, son las que corresponden a la odontología. En este mismo sentido, Etcheberry señala que: “el flebotomiano (en otro tiempo sangrador) es lo que hoy se llama “dentista”, y más recientemente, “odontólogo”; es el cirujano que se ocupa de los dientes y enfermedades de la boca en general⁶⁰.

En efecto, si bien en un principio el criterio era renuente a entender incorporado al odontólogo dentro de los sujetos activos del artículo 491 del Código Penal, hoy en día la discusión está más bien superada y la jurisprudencia ha entendido que el cirujano dentista efectivamente es un agente que forma parte del tipo penal, existiendo diversas sentencias condenatorias por infracción al debido cuidado cometido por este tipo de profesionales, entre las cuales destacamos dos, tomando en consideración la gravedad de los hechos y que se efectúa un análisis del tipo penal, en el cual se incluye al odontólogo dentro los sujetos activos mencionados en el artículo 491 del Código Penal.

59 Interesante resulta recordar en este punto un retrato de los barberos sangradores que efectúa Tirso de Molina en una de sus comedias: “ha estudiado cirugía; no hay hombre más afamado; agora imprime un tratado todo de flosomía. Suele andar en un machuelo, que en vez de caminar vuela; sin parar saca una muela; más almas tienen en el cielo que un Herodes y un Nerón; conócenle en cada casa: por donde quiera que pasa le llaman la Extrema Unción”.

60 ETCHEBERRY, ALFREDO, “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo IV, pág. 344, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

Sentencia 8° Juzgado de Garantía de Santiago de 24 de septiembre de 2009, RUC 0700827401-5

Este caso se trata de una paciente que concurre a una consulta dental para la colocación de un implante de la pieza 30. En el procedimiento se produjo una complicación consistente en la ausencia de fijación primaria del implante, razón por la cual el odontólogo tratante solicitó la intervención del odontólogo jefe, quien sin el debido cuidado y contra lo sugerido por la *lex artis* médica para estos casos, continúa taladrando para fijar el implante, introduciéndolo más profundamente en el hueso mandibular que aloja el nervio dentario inferior, hasta que la paciente presenta abundante sangramiento y se queja de dolor, por lo cual detiene la operación, solicita una nueva radiografía y se percata que cercenó el canal mandibular, acción que se tradujo en una parestesia o insensibilidad del territorio que inerva, lesiones calificadas de carácter grave, con casi nula posibilidad de recuperar la sensibilidad del mentón, labios y rostro del lado izquierdo.

Al respecto, el tribunal razonó que: *“El delito de negligencia médica, contemplado en el artículo 491 inciso 1° del Código Penal, requiere necesariamente de una calidad especial del sujeto activo, debiendo ser un médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona. En el caso de autos, el autor es un cirujano dentista u odontólogo. Se requiere además que en el desempeño de su profesión cause un mal a una persona por negligencia culpable. En el caso en comento, el imputado desempeñándose en su profesión de dentista provocó una lesión de carácter grave consistente en una parestesia o insensibilidad del territorio que inerva, cuya sanación es superior a los 30 días, según declaración de la perito del SML. Para provocar este daño o lesión, el imputado actuó con negligencia culpable al faltar a las normas de la *lex artis* propia de su profesión médica, puesto que el protocolo médico para una intervención quirúrgica de implante dentario requería previamente un acabado estudio radiológico de la mandíbula de la víctima, situación que no se hizo... siendo previsible como complicación médica una inestabilidad primaria del implante en el hueso, puesto que dentro de la literatura médica aparece esta complicación como posible de ocurrir y el imputado, como especialista implantólogo debía saber. También era previsible que frente a esta inestabilidad primaria del implante, producto de la mala calidad del hueso mandibular y tratar de enroscar aún más el implante en dicho hueso, podía con el instrumental rotatorio cavar más de la cuenta, traspasando el canal mentoniano donde se aloja el nervio dentario y lesionar el nervio cercenándolo, causando de esta manera una parestesia la cual puede ser irreparable.... Como esta complicación y sus efectos eran previsible por el imputado, lo que debió realizar y no lo hizo adecuadamente, era obtener previamente una radiografía, evaluarla acuciosamente y detener o suspender la operación, extrayendo el implante, suturando la herida y diferir la operación... y no proceder inmediatamente a enroscar y profundizar el lecho del implante, incurriendo de esta manera en una negligencia culpable por faltar a las normas de la *lex artis* propia de la odontología de implantes dentarios”.*

Finalmente, el tribunal condena al cirujano dentista a la pena de 150 días de presidio menor en su grado mínimo como autor de un cuasidelito de lesiones graves.

Sentencia 8º Juzgado de Garantía de Santiago de 30 de junio de 2015, RUC 1110033493-5

Este caso también involucra a un cirujano dentista en una postura de implantes, procedimiento que justamente por su complejidad y exigencia técnica, constituye una de las situaciones en que con mayor ocurrencia se producen errores o negligencias en su ejecución.

Los hechos consistieron en que una paciente concurrió a la consulta de su dentista tratante para la extracción de las piezas dentales 29 y 30. Después de la extracción, es citada para la colocación de los respectivos implantes en los lechos de las referidas piezas ubicadas en el maxilar inferior, sin que se haya solicitado por parte del odontólogo ninguna clase de exámenes imagenológicos de la zona a intervenir, como lo indica la *lex artis* médica para estos casos. Durante la intervención, debido a la falta de exámenes y mediciones en torno al diámetro y profundidad de los implantes, estudios mandados por la *Lex Artis* médica para esta clase de procedimiento, lesionó la III (tercera) rama del nervio trigémino izquierdo, lesión de carácter grave, provocándole una discapacidad física de carácter permanente del 60%, acompañada de un dolor agudo e invalidante en la zona inervada por este nervio, dolor que perdura y del cual no se ha recuperado a pesar de las terapias a que ha sido sometida por especialistas médicos y dentistas del área de la neurocirugía, maxilo facial y del dolor, condenándola a una neuralgia permanente y al uso de fuertes fármacos sólo paliativos de sus padecimientos.

El tribunal dio por acreditados los hechos, considerando relevantes los dichos de la víctima, quien indicó que no se le pidió radiografías para realizar las maniobras tanto de extracción, como para la posterior colocación de los implantes, sumado a lo cual en la ficha clínica tampoco se consignó la realización de las radiografías necesarias para realizar el procedimiento médico, con lo cual se puede sostener que no se respetó por el acusado la *lex artis* establecida para estos procedimientos, superándose así el estándar de convicción del artículo 340 del Código Procesal Penal.

En cuanto a la calificación jurídica el tribunal estimó que los hechos que se dieron por acreditados son constitutivos del cuasidelito de lesiones graves en grado de consumado, previsto y sancionado por el inciso primero del artículo 491 en relación con el artículo 490 N° 2 del Código Penal, condenando al odontólogo tratante a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo.

VI: Algunas tendencias actuales en el ámbito de la responsabilidad médica

1. El consentimiento informado como causal de exculpación del acto imprudente

A pesar que excede el contenido de nuestro estudio, conviene, desde ya, dejar asentado aquí para despejar cualquier tipo de duda al respecto, que el consentimiento del paciente en ningún caso lleva aparejada la aceptación o aquiescencia de alguna conducta negligente, imprudente o imperita por parte del facultativo, por tanto, la aceptación del tratamiento, procedimiento o intervención quirúrgica no constituye un mecanismo que ampare el descuido, la imprudencia, o la falta de conocimientos, aptitudes o destrezas del profesional de la salud. Así las cosas, el consentimiento informado opera como un componente trascendental en la relación médico-paciente que pasa a formar parte de la *lex artis* y no puede justificar o exculpar una conducta ejecutada con falta al cuidado debido. Por consiguiente, un médico respetuoso de los derechos del paciente, proporciona una adecuada atención y se comporta de acuerdo a la *lex artis*, cuando cumple con el consentimiento informado, lo que no sólo contribuye a fortalecer la confianza del paciente en el médico tratante y a robustecer la relación médico-paciente, sino que además permite precaver futuras acciones en contra del facultativo por la falta de información y por la realización de procedimientos médicos arbitrarios.

Lo anterior, se refuerza con la dictación de la Ley N° 20.584, que consagró expresamente la necesidad de contar con el consentimiento informado, elemento que si bien ya formaba parte de la práctica médica y estaba recogido en el Código de Ética y en alguna normativa aislada y contaba, por lo demás, con un amplio desarrollo en el derecho comparado⁶¹, no tenía la explícita regulación que vino a establecer el artículo 14 de la Ley que Regula los Derechos y Deberes que tienen las Personas en relación con Acciones vinculadas a su atención en Salud, que al respecto señala que:

“Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16.

Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10.

61 Véase al respecto, VERA Alejandra, “El consentimiento informado en la praxis médica”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 44, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2010, p. 177.

En ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio.

Por regla general, este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado. En estos casos, tanto la información misma, como el hecho de su entrega, la aceptación o el rechazo deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente y referirse, al menos, a los contenidos indicados en el inciso primero del artículo 10. Se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse”.

2. Teoría de la pérdida de oportunidad

No podemos dejar de detenernos unos momentos para abordar una de las teorías que está teniendo cada vez más auge en el escenario de la judicialización de la medicina. Nos referimos a la llamada teoría de la pérdida de oportunidad. Esta teoría emerge desde la práctica, pues la situación fáctica nos ha demostrado que no siempre existe una relación directamente proporcional entre la infracción al deber de cuidado y el daño producido a la salud del paciente. Así, puede ocurrir que una negligencia del facultativo no derive en un resultado infausto proporcionado, lo cual puede ocurrir por diversos motivos tales como que se alcanzó a controlar oportunamente el resultado desfavorable, se minimizó el daño o intervino otro agente que desvió el curso causal.

Ejemplifiquemos alguna situación para clarificar lo que estamos sosteniendo. Pensemos en los típicos casos de olvido de una compresa en la cavidad abdominal de un paciente al momento de realizar una intervención quirúrgica. Puede ocurrir que el galeno opere con rapidez y proceda precipitadamente a cerrar el campo operatorio sin efectuar el conteo de compresas, retirándose al terminar la operación, sin esperar a verificar el estado del paciente –al menos en el postoperatorio inmediato– ni derivarlo al cuidado de otro médico con igual expertiz y capacidad. El paciente no evoluciona favorablemente producto de la propia patología que estaba cursando, debiendo ingresar nuevamente a pabellón para la realización de una laparotomía exploratoria, momento en que otro facultativo encuentra el trozo de gasa que fue dejado en la primera intervención. En este caso, existe una falta de cuidado por parte del primer profesional de la salud, quien no sólo omitió realizar una de las etapas fundamentales en toda intervención quirúrgica que es el recuento de compresas, sino que además dejó abandonado al paciente, cuando aún se encontraba bajo sus cuidados y se mantenía su obligación de cautela. Sin perjuicio de lo anterior, su negligencia no

alcanzó a producir un daño considerable al paciente, toda vez que fue subsanada oportunamente por otro galeno. Ahora, cabe preguntarnos ¿qué habría pasado si no hubiera existido otro cirujano de turno en el establecimiento de salud en ese momento para reintervenir de urgencia al paciente?, ¿o si el paciente no hubiera manifestado complicaciones en el postoperatorio o si estas complicaciones no hubieran sido advertidas oportunamente por algún profesional de la salud? Sin duda alguna, los resultados de las imprudencias y negligencias en que incurrió el médico tratante hubieran sido bastante distintos y perjudiciales y podrían haber involucrado la pérdida de la vida o un empeoramiento de la salud del paciente.

En el caso del ejemplo, y como puede ocurrir en medicina, la relación entre la negligencia y el daño causado a la salud del paciente no tiene una directa proporción o equivalencia. Por tanto, retomando la teoría de la pérdida de oportunidad o pérdida de la chance, como algunos lo han denominado, lo que puede verificarse es que la negligencia cometida reduzca las posibilidades de sanación o sobrevida de una persona, ocasionando una pérdida de oportunidades para el paciente, lo cual debe ser considerado a la hora de analizar la buena o mala praxis médica. En efecto, en la práctica pueden existir situaciones en que el médico omite solicitar una interconsulta, no tome los exámenes adecuados, no derive oportunamente, o incluso, en casos más extremos, resuelva no intervenir cuando advierte que por el estado en que se encuentra el paciente la muerte sobrevendrá o la curación no será posible. Con ello, ocasiona una pérdida de oportunidades para el mejoramiento, restablecimiento o sobrevida de una persona, incluso, puede llegar a acelerar el curso causal, todo lo cual constituye un relevante factor que el tribunal debe valorar al momento de definir si existió una conducta por parte del facultativo que implicó un aumento del riesgo para la vida o salud del paciente.

Roxin, tratando el pronunciamiento jurisprudencial en el ámbito de la omisión, señala que aquél se aproxima a la teoría del incremento del riesgo –que aquí debería llamarse mejor teoría de la disminución del riesgo– y que considera como suficiente para sancionar el hecho que hubiera habido una pequeña prolongación de la vida como consecuencia de la intervención exigida. Así se ha resuelto en este tipo de situaciones, que “con una intervención quirúrgica practicada ese día, la paciente, con una probabilidad rayana en la seguridad, habría sobrevivido un día más, y ello habría satisfecho la exigencia de una elevada probabilidad de supervivencia”, y que “el tratamiento en este punto temporal habría llevado a que la posibilidad de supervivencia del paciente hubiera sido significativamente mayor. Según entendió el tribunal de instancia su vida se habría prolongado al menos en horas”⁶².

62 ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*. España, Editorial Thomson Reuters, 2014, Tomo II, p. 771. Cabe señalar que se consideró fundamental para la decisión, la disminución del riesgo que hubiera traído consigo la intervención requerida.

Ilustrando de manera práctica los casos en que es aplicable esta teoría, reflexionemos en el contexto de un médico dermatólogo que constata en un paciente una lesión pigmentaria sospechosa de un melanoma y resuelve extirparlo bajo criterio oncológico y luego enviarlo a estudio histopatológico para confirmar la presencia de cáncer y eventuales ramificaciones, tal como indica la *lex artis* en este tipo de casos. Sin embargo, por distintas razones, abandona el seguimiento del estudio solicitado por él mismo y no revisa los resultados. Al cabo de unos meses, regresa el paciente con sintomatología pulmonar y al estudio se constató la existencia de metástasis o ramificación del melanoma a pulmones y otros órganos, lo que significa un estado terminal del cáncer y un lacónico tiempo de vida para el paciente. La pregunta que algunos se harán para determinar la responsabilidad del facultativo, aun cuando no haya verificado el estado del paciente posterior a la extirpación del tumor y confirmado su sospecha de cáncer, es si al tiempo de la extracción del melanoma, este cáncer se encontraba ya en etapa de metástasis hacia los otros órganos y así, igualmente, aunque el dermatólogo hubiera hecho el adecuado seguimiento de la biopsia, el resultado muerte del paciente, no habría sido modificado, pues ante el avance de la enfermedad, ya no quedaba mucho por hacer.

Es justamente en este tipo de situaciones en que se puede advertir la pérdida de la chance con mayor claridad, pues efectivamente lo que ocurre es que la negligencia del médico tratante en cuanto a “olvidar” el resultado del informe histopatológico, conducta contraria a la *lex artis* médica, conllevó que el paciente fuera abandonado, dejándolo sin la posibilidad de acceder a tratamientos o cuidados paliativos⁶³ para el cáncer que estaba presentando, y aunque pueda argumentarse que el estado actual de la ciencia médica no proporciona tratamientos muy efectivos para disminuir la mortalidad por un melanoma diseminado, lo cierto es que aquello no es óbice para observar en todo momento una conducta diligente, y que la negligencia del facultativo le hizo perder al paciente su oportunidad de acceder a una mejor calidad de vida, así como a posibilidades de curación o supervivencia. En este sentido, se ha pronunciado la Corte de Apelaciones, que, confirmando la sentencia condenatoria de primera instancia en una situación similar, señaló que: “si bien del mérito de autos, no aparece que se haya rendido prueba útil, que acredite que efectivamente de haberse diagnosticado (...) oportunamente la enfermedad que padecía, con toda seguridad, habría vivido más tiempo del que vivió, lo cierto es que por una parte como ya se dejó establecido precedentemente, **el error culpable en el diagnóstico de que fue objeto la privó durante más de un año de acceder a un tratamiento que pudo darle una mejor calidad de vida**”.

63 Recordemos que conforme al artículo 16 de la Ley N° 20.584 que Regula los Derechos y Deberes que tienen las Personas en relación con Acciones vinculadas a su Atención en Salud, las personas en estado de salud terminal “tienen derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad”.

en su enfermedad lo que constituye un hecho notorio y que emana del sentido común, puesto que ante cualquier dolencia que cause aún pequeñas molestias, no cabe duda que el paciente se sentirá mejor si aquella es tratada, lo que permite idealmente dimensionar el significado que pudo tener en esa enferma la omisión producida... **habiéndosele privado también de haber podido aspirar a una sobrevida, aún cuando inexorablemente por la enfermedad que padeció iba a morir, todo lo cual permite concluir que en la especie existió para ella una pérdida de chance**⁶⁴.

VII. Reflexiones finales

Actualmente, a diferencia de otros tipos penales que tienen un largo desarrollo, en materia de responsabilidad médica no existe una amplia diversidad de estudios ni una extensa cuantía de pronunciamientos jurisprudenciales, lo que justamente deviene porque esta especialidad hasta hace algunos años no presentaba el escenario jurídico que se da en la actualidad, caracterizado por el incremento sostenido de reclamos y ejercicio de acciones judiciales en que se persigue la responsabilidad de los profesionales de la salud, aumento sostenido que al parecer se advierte -al menos en el corto plazo- no tener vuelta atrás.

Ello motivó la realización del presente estudio acerca de los principales aspectos que se han debatido en sede jurisprudencial respecto a la tipificación del artículo 491 del Código Penal, que contempla la negligencia médica, entendiendo que si bien subsisten otras relevantes materias que discutir, se destacaron aquellas que resultaron de más cotidiana y compleja aplicación, como la delimitación de la culpa, las formas de imprudencia en que puede incurrir el facultativo, los requisitos para la configuración del tipo penal de artículo 491 del Código Penal y las complejidades en cuanto al sujeto activo.

Persiguiendo aportar de la manera más completa posible, analizamos estas temáticas a la luz de la doctrina nacional y comparada, ilustrando además, acerca de la forma en que nuestros tribunales han resuelto estas materias.

Ahora bien, cabe aprovechar esta instancia para relevar el hecho de que sin duda, no sólo dogmática y jurisprudencialmente, éste es un tema que ha quedado pendiente, sino que además, el legislador lo ha mantenido relegado, por lo que resulta trascendental que se impulse una revisión del tipo penal, que adoptado en 1874 aparece como un precepto anacrónico a la ciencia médica que existe en la actualidad, debiendo superar las deficiencias que mantiene la norma y que pueden llevar a conclusiones tan incomprensibles como sostener

64 Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, 11 de diciembre de 2008, Rol N° 776-2008.

que profesionales tan relevantes como la enfermera, pabellonera, técnicos paramédicos u otras profesiones afines, no se encuentran incluidos en el tipo penal del artículo 491 del Código Penal y, por lo tanto, les resultaría aplicable un estándar más elevado de culpa que incluso a los propios médicos, o que resultan atípicas las negligencias del facultativo que provocan la muerte del feto en el vientre materno al no contemplarse a éste como sujeto pasivo u “otro” para los efectos de proteger la vida del que está por nacer.

Así, existe aún un largo camino por recorrer, en el cual esperamos haber contribuido a fundar algún cimiento que permita aclarar el panorama e ir desarrollando la adecuada aplicación e interpretación que debe darse respecto a los delitos culposos cometidos por profesionales de la salud.

Finalmente, no podemos dejar de hacer presente, que nuestra máxima en esta materia es propender primeramente a que se establezca una adecuada relación médico-paciente, un respeto por los derechos de éste, fortalecidos a la luz de la Ley N° 20.584, y una actuación acorde con la *lex artis* médica, de manera de evitar resultados dañosos que lleven el ámbito sanitario al sistema judicial. Con todo, en aquellos casos en que esto no se produzca y el profesional de la salud actúe con infracción al debido cuidado, ocasionando resultados desfavorables por su negligencia, imprudencia o impericia, nuestra pretensión es que se efectúe una adecuada aplicación y exégesis de los tipos penales aplicables, recalcando que el Derecho Penal, en la salvaguarda de los bienes jurídicos de la máxima relevancia que están involucrados en estas conductas, como son la vida, la salud y la integridad corporal, debe garantizar y otorgar la debida protección a los afectados, reprobando estas conductas que por la gravedad de su resultado, son merecedoras del reproche penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACIGALUPO, Enrique. “Derecho penal. Parte General”, Perú, Ediciones Ara, 2004.
- BULLEMORE, Vivian, Mackinnon, John. “Curso de Derecho Penal”, Tomo III, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2011.
- BULLEMORE, Vivian. “Tratado de Jurisprudencia y Doctrina”, Tomo I, Editorial Thomson Reuters, 2001.
- BULLEMORE, Vivian, Mackinnon, John. “La Lex Artis y la relación médico-paciente”, Revista N° 50.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Obras Completas. Derecho Penal”, Parte General, Tomo I, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “El delito culposo”, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

- CAMPOS QUIROGA, JAIME, “La responsabilidad médica de carácter culposo en la legislación y jurisprudencia”. Revista de Derecho, N° 174, 1983, Universidad de Concepción.
- CASTRESANA, Amelia. “Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana”, España, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.
- CÓDIGO DE ÉTICA, Colegio Médico de Chile
- CURY, Enrique. “Derecho Penal”, Parte General, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- DE RIVACOBIA Manuel. “Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal”, Edeval, Valparaíso, 1974.
- DIGESTO del Emperador Justiniano, traducido y publicado por el licenciado don Bartolomé Rodríguez de Fonseca, Madrid, 1872.
- EQUIPO EDITORIAL Thomson Reuters, “Jurisprudencia sobre Negligencia Médica”, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2014.
- ENRICO Altavilla. “La Culpa”, Bogotá, Editorial Temis, 1956.
- ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”, Parte General, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”, Parte Especial, Tomo III, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”, Parte Especial, Tomo IV, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- ETCHEBERRY, Alfredo. “Tipos penales aplicables a la actividad médica”.
- ETCHEBERRY, Alfredo, “El derecho penal en la jurisprudencia”, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 1987.
- GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal”, Parte General, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal”, Parte Especial, Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- LABATUT, Gustavo. “Derecho Penal”, Tomo II, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- MARTÍNEZ, Marco. “La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por actos de mala praxis médica: un análisis dogmático, jurisprudencial y económico”, artículo Polít. Crim. vol. 6 N° 12, Santiago, 2011.
- MATUS, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Parte Especial, Tomo I, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2014.

- MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal”, Parte General. Barcelona, Editorial Reppertor, 2011.
- MONTANELLI, Norberto. “Responsabilidad Criminal Médica”, Argentina, Editorial García Alonso, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “Teoría General del Delito”, Temis, Bogotá, Colombia, 1990.
- NOVOA, Eduardo. “Curso de Derecho Penal Chileno”, Parte General, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- PARICIO, Francisco. “Derecho Romano de Obligaciones”, España, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- PIZARRO, Carlos. “Obligaciones y responsabilidad civil”, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 17, 2011.
- POLITOFF, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- POLITOFF, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Parte Especial, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- POLITOFF, Sergio, “Derecho Penal”, Tomo I, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1997.
- QUINTANO Ripollés, Antonio. “Derecho Penal de la Culpa”, Bosch, Barcelona, 1958.
- ROXIN, Claus. “Derecho Penal”, Parte General, Tomo I, España, Editorial Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus, “Derecho Penal”. Parte General, Tomo II, España, Editorial Thomson Reuters, 2014.
- ROXIN, Claus, “Política criminal y estructura del delito”, Barcelona, Editorial PPU, 1992.
- RUIZ, Guillermo. “Responsabilidad penal del médico”. Revista de Derecho, N° 8, 2003.
- SILVELA. “El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España”, Tomo II.
- SOLER, Sebastián. “Derecho Penal Argentino”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1945.
- TERRAGNI, Marco Antonio. “El delito culposo en la praxis médica”. Argentina, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2003.

CONTENIDOS

Artículos

Bien jurídico y estructura de imputación del delito de microtráfico de drogas
Nicolás Oxman Vilches

El procedimiento de extradición ante la legislación chilena y su tramitación en los Juzgados de Garantía
Daniel Soto Betancourt

Violencia de género e investigación penal: deberes y desafíos para el Ministerio Público
Ivonne Sepúlveda Sánchez
Maurizio Sovino Meléndez

Sobre la distinción de aspectos criminológicos y dogmáticos en el ámbito de la criminalidad informática
José Luis Cortés Zepeda

Modificaciones de la Ley N° 20.931 “Agenda corta”, ¿derogación o sustitución de la agravante de pluralidad de malhechores?
Estudio de las agravantes del artículo 456 bis N° 3 y 449 bis del Código Penal en los delitos contra la propiedad
Tania Gajardo Orellana

Judicialización de la medicina: rol de la imprudencia en las decisiones judiciales sobre mala praxis médica
Alejandra Vera Azócar

Sentencias Comentadas

Comentario a las sentencias dictadas por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago y la Excm. Corte Suprema en el marco de la solicitud de desafuero del H. Senador de la República J.O.B.
Claudia Ortega Forner