ISSN: 0718-6479

FISCALIA
MINISTERIO PUBLICO DE CHILE

Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº 70 - Agosto 2017

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N° 70 - Agosto 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: Catedral 1437, Santiago, Chile.

E-mail: sluco@minpublico.cl

Teléfono: 229659693

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

ÍNDICE

PRÓLOGO

I. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

Sobreseimiento definitivo de acuerdo al artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal: alcances, oportunidad y estándar para afirmar que el hecho investigado no es constitutivo de delito 9
Angélica Torres Figueroa

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

Artículos

Prevalencia del artículo 62 de la Ley N° 20.000 respecto del artículo 1° inciso quinto de la Ley N° 18.216 35
Josefina Gutiérrez Weil

Sentencias Comentadas

Análisis de sentencia: la sanción del delito de tenencia de precursores y sustancias químicas esenciales como figura independiente del delito de tráfico de drogas, en las hipótesis de tenencia o posesión de drogas 49
Patricio Martínez Felip

III. UNIDAD DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

Artículos

Cooperación Internacional: tramitación, obtención de pruebas e incorporación de documentos y evidencias. 63
María Luisa Montenegro Torres

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

La facultad de no declarar establecida en el artículo 302 del Código Procesal Penal: Una dificultad para sancionar la violencia contra la mujer 87
María Angélica San Martín Ponce

El consentimiento de la víctima de violencia doméstica en el proceso penal La situación de Chile y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos 107
María José Taladriz Eguiluz

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

Artículos

La finalidad de los "trabajos o servicios forzados" en el delito de trata de personas 163
Karen Guzmán Valenzuela

Últimas modificaciones introducidas en materia de incautación y comiso por la Ley 20.818: bienes por valor equivalente 191
Consuelo del Pilar Salinas Sánchez

VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

Artículos

Técnicas Especiales de Investigación en los delitos contra la propiedad 215
Renzo Figueroa Aste

Algunas consideraciones sobre la figura del sicariato y su tratamiento jurídico penal 239
Juan Pablo Llancas Hernández

PRÓLOGO

Luego de dieciséis años de publicaciones ininterrumpidas, hemos llegado a la edición número setenta de nuestra Revista, siempre en la búsqueda de nuestro objetivo original, cual es aportar al desarrollo de la dogmática penal y del derecho procesal penal, así como a la difusión de la actividad jurisprudencial.

Y en la consecución de ese objetivo, cumplimos además con una exigencia de transparencia, al poner en conocimiento de nuestros lectores cuáles son las posturas jurídicas que la Fiscalía de Chile sustenta en diversas temáticas, considerando el rol clave que le corresponde a nuestra institución en el sistema penal, en escenarios cambiantes que nos enfrentan día a día a nuevos desafíos en cuestiones procesales o penales, los cuales derivan tanto de la actividad legislativa, de las nuevas realidades criminógenas o de la actividad jurisdiccional.

Entre estos fenómenos sin duda cobran importancia aquellos ilícitos cometidos por grupos organizados y que cada tanto impactan fuertemente a la opinión pública, los que han demostrado importantes capacidades de evolución y de aprovechamiento de la globalización que caracteriza a nuestra época, lo que en definitiva representa un desafío permanente y de gran relevancia no sólo para el legislador, sino también para todos quienes están llamados a operar en la justicia penal.

Ofrecemos así un artículo que profundiza en la incautación y el comiso a partir de los bienes por valor equivalente –con el fin de impedir que se aprovechen las ganancias derivadas de ilícitos perpetrados–, en tanto que un segundo artículo desarrolla el preocupante tema de la figura del sicariato y la creciente necesidad de una tipificación propia. Y presentamos también otro que aborda el problema de aquellos ilícitos que cruzan fronteras, y que hacen indispensable la cooperación internacional, tema que es analizado a partir de la prueba y las dificultades que se deben enfrentar ante a la escasez de normativa nacional sobre la materia.

En el interés de la función que está llamado a cumplir el Ministerio Público como uno de los actores del proceso penal y responsable de las investigaciones, es que en esta edición presentamos artículos que analizan tópicos tan relevantes como son la determinación del momento en que puede ser declarado el sobreseimiento definitivo, así como sobre las nuevas herramientas investigativas dispuestas en la Ley N° 20.931, para los delitos contra la propiedad.

En el ámbito de la violencia contra las mujeres, publicamos un artículo que analiza la facultad de no declarar contemplada en el artículo 302 del Código Procesal Penal como un obstáculo para arribar a una sanción y otro que se refiere al consentimiento de la mujer víctima de violencia.

Ofrecemos también un acabado estudio sobre la finalidad de los trabajos forzados en el delito de trata de personas y finalmente, en materia de delitos vinculados a drogas ilícitas, presentamos un análisis de jurisprudencia respecto de la procedencia de penas sustitutivas en este tipo de delitos, así como otro que versa sobre la independencia de los ilícitos de tenencia de precursores y sustancias químicas esenciales y el de tráfico de drogas.

JORGE ABBOTT CHARME
Fiscal Nacional

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO DE ACUERDO AL ARTÍCULO 250 LETRA A) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL: ALCANCES, OPORTUNIDAD Y ESTÁNDAR PARA AFIRMAR QUE EL HECHO INVESTIGADO NO ES CONSTITUTIVO DE DELITO

AngélicaTorres Figueroa[1]

Con fecha 28 de marzo de 2017 la Excma. Corte Suprema dictó resolución en causa ROL N° 2996-17[2], resolviendo la presentación de un recurso de queja en el contexto del caso "FIPES", caso en el que se investigaba –sin existir aún formalización de la investigación– la entrega de dineros al H. Senador P.W.P. para financiar la campaña política del entonces candidato al parlamento don I.F., hoy H. Diputado de la República, a través de la emisión irregular de documentación tributaria por parte de personas relacionadas al Senador, dineros cuya entrega habría sido coordinada por parte de la Federación de Industrias Pesqueras (FIPES), entidad que agrupa a las empresas Friosur S.A., Empresa de Desarrollo Pesquero de Chile S.A. o EMDEPES (dueña de la empresa Salmones Antártica), y Pesca Chile S.A. El recurso de queja fue presentado por el Ministerio Público, al considerar que la resolución dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Coyhaique[3], que revocó por mayoría la resolución del Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Puerto Aysén[4], decretando en su lugar el sobreseimiento definitivo del H. Senador P.W.P., había sido dictada con grave falta o abuso.

En concreto, el Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Puerto Aysén había rechazado la solicitud de la defensa, de decretar el sobreseimiento definitivo por la causal contemplada en el artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal, estimando que los antecedentes de la carpeta investigativa eran insuficientes para resolver el sobreseimiento definitivo, que la investigación se encontraba en una etapa muy primitiva, que aún no existía claridad respecto de los hechos imputados, además de que la petición de sobreseimiento era prematura, que la imputación era de carácter compleja y que existían diligencias pendientes. Por su parte, la Iltma. Corte de Apelaciones revocó dicha resolución, estimando que el imputado puede solicitar el sobreseimiento en cualquier momento, que no se había acreditado vínculo entre los aportes económicos recibidos

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

2 Corte Suprema, 28 de marzo de 2017, ROL N° 2996-17.

3 Corte de Apelaciones de Coyhaique, 16 de enero de 2017, ROL N° 127-2016.

4 Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Puerto Aysén, 5 de diciembre de 2016, RUC N° 1600653878-2, RIT N° 1018-2016.

por el H. Senador W. y la infracción a los deberes de su cargo, y que las diligencias pendientes en la investigación no eran relevantes para esclarecer los hechos investigados. La Excma. Corte Suprema, en tanto, consideró que no se acreditó falta o abuso grave por parte de los recurridos, al momento de estimar que las diligencias pendientes no serían relevantes para esclarecer los hechos, en particular, el vínculo entre los aportes económicos recibidos por el H. Senador W. y la infracción a los deberes de su cargo. Respecto a la oportunidad en que se dictó el sobreseimiento, estimó que la existencia de pesquisas en trámite no constituía un óbice para decretarlo, pues el artículo 93 f) del Código Procesal Penal permite al imputado solicitarlo sin establecer límite por el estado o avance del proceso, desde la primera actuación del procedimiento en su contra.

Con posterioridad, en algunas otras investigaciones en que los delitos investigados también eran delitos como cohecho y fraude al Fisco, la estrategia de defensa igualmente fue la solicitud de sobreseimiento definitivo de conformidad al artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal; sin embargo, dichas investigaciones no siguieron la misma suerte que el caso FIPES[5].

En ese contexto, al no compartir los argumentos esgrimidos por la Excma. Corte en la resolución de causa ROL N° 2996-17, es que surge la inquietud por parte del Ministerio Público de analizar la naturaleza del sobreseimiento definitivo contemplado en el artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal, la oportunidad en que es posible solicitarlo y decretarlo y el estándar que debiera exigirse para afirmar que el hecho investigado no es constitutivo de delito.

1. Algunas consideraciones acerca del sobreseimiento definitivo

a. Consideraciones generales

El sobreseimiento se encuentra regulado en los artículos 250 a 256 del Código Procesal Penal, a propósito de la conclusión de la etapa de investigación en el procedimiento ordinario[6]. Es aquella resolución mediante la cual el tribunal dispone el término del procedimiento o su suspensión, a propuesta del Ministerio Público o a petición del imputado, y en los casos que señala la ley[7].

5 Así por ejemplo: Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de abril de 2017, ROL N° 528-2017; Juzgado de Garantía de Talca, 21 de abril de 2017, RUC N° 1500249932-8, RIT N° 2778 – 2015.

6 VELOSO SCHILE, Carlos. "Del Sobreseimiento". En: *Reforma Procesal Penal. Doctrina y Jurisprudencia,* Volumen II, Universidad de Concepción, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2002, p. 157.

7 VELOSO, ob. cit., p. 159.

De la definición entregada se desprende que puede clasificarse en definitivo y temporal, poniendo término al procedimiento el primero y suspendiéndolo, el segundo (arts. 250 y 252 del C.P.P.)[8].

En cuanto al sobreseimiento definitivo, las causales contempladas en el artículo 250 del Código Procesal Penal son las siguientes:

a) Cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito;

b) Cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado;

c) Cuando el imputado estuviere exento de responsabilidad criminal en conformidad al artículo 10 del Código Penal o en virtud de otra disposición legal;

d) Cuando se hubiere extinguido la responsabilidad penal del imputado por algunos de los motivos establecidos en la ley;

e) Cuando sobreviniere un hecho que, con arreglo a la ley, pusiere fin a dicha responsabilidad, y

f) Cuando el hecho de que se tratare hubiere sido materia de un procedimiento penal en el que hubiere recaído sentencia firme respecto del imputado.

El propio Código contempla otros casos en los cuales se dispone el sobreseimiento definitivo[9], tales como los casos de extinción de la acción penal a propósito del cumplimiento de las condiciones por el período establecido por una suspensión condicional del procedimiento, o como efecto del cumplimiento de las obligaciones del acuerdo reparatorio, etc.

En cuanto a los efectos, la consecuencia principal del sobreseimiento definitivo es poner fin al procedimiento. Tiene autoridad de cosa juzgada. *"Ello implica que termina no sólo la investigación contra el imputado, sino que, además, la resolución tiene autoridad de cosa juzgada, es decir, está impresa esta resolución con la certeza de que el asunto está resuelto, por ende, que no puede volver a discutirse sobre los mismos hechos que dieron origen a la investigación"*[10].

8 VELOSO, ob. cit., p. 161.

9 VELOSO, ob. cit., p. 163.

10 VELOSO, ob. cit., págs. 164 y 165.

b. Consideraciones respecto a la causal establecida en la letra a) del artículo 250

Como se señaló anteriormente, la causal contemplada en la letra a) del artículo 250 establece que el Juez de Garantía decretará el sobreseimiento definitivo cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito.

De acuerdo con Aguilar, esta causal se funda en la falta de tipicidad del hecho investigado por el Ministerio Público. De otra forma, se trata de *"la falta de adecuación de una conducta determinada a un tipo penal"*[11].

A contrario sensu, la causal en análisis no diría relación con aspectos de antijuridicidad ni culpabilidad.

En el mismo sentido Guzmán Dálbora, quien realiza un análisis de la tipicidad como elemento fundamental del proceso penal, y de la falta de tipicidad como elemento para decretar el sobreseimiento por el art. 250 a), sin tener que efectuar un análisis de la prueba reunida[12]. Sostiene este autor que *"el carácter cognoscitivo de la instrucción –que gobierna parejamente las actuaciones del ministerio público y del tribunal de garantía–, en que se manifiesta el valor procesal de la tipicidad, descansa en la consideración de que el tipo es uno de los presupuestos del proceso penal, es más, representa una de sus condiciones de existencia. En tanto en cuanto la investigación carezca de algún tipo delictivo tampoco se tendrá "el gancho a que colgar el caso". Por eso la denuncia debe referirse a "un hecho que revistiere caracteres de delito" (artículo 173 del Código procesal penal), y si los hechos relatados en ella "no fueren constitutivos de delito", el fiscal ha de abstenerse de toda investigación (ídem, art. 168). De ahí, también, que el juez de garantía no debe admitir a tramitación una querella en que los hechos expuestos "no fueren constitutivos de delito" (íd., art. 114); que para decretar la prisión preventiva es necesario que haya antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investiga (íd., art. 140), etc. Toda una plétora de disposiciones procesales, cuya cumplida relación hacemos gracia de detallar al lector, viene a demostrar el poder procesal de la tipicidad, ese supuesto en cuya falta el proceso punitivo queda ayuno de base y para designar el cual la ley adjetiva, tanto la nueva como la antigua, se sirve de expresiones dotadas de un tenor que remite inequívocamente al juicio con que se lo establece: cuerpo del delito y hecho punible, en el Código de procedimiento penal (artículo 108), hecho que revista caracteres o sea constitutivo de delito, en el Código procesal penal"*[13].

11 AGUILAR ARANELA, Cristian. *Manual de Derecho Procesal Penal Oral*. Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2004, Tomo I, p. 398.

12 GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Informe en Derecho elaborado a petición de la Fiscalía Regional de Valparaíso, Ministerio Público. Valparaíso, 2011, págs. 2-3.

13 GUZMÁN, ob. cit., p.3

Este párrafo permitiría argumentar que, si en un caso concreto se declaró la admisibilidad de una querella, se formalizó investigación y se otorgaron medidas cautelares por parte del mismo tribunal que luego resolverá la solicitud de sobreseimiento, al menos podría esperarse cierta coherencia en su resolución, es decir, si consideró que existía tipicidad para declarar admisible una querella u otorgar medidas cautelares, no sería coherente que luego decretara el sobreseimiento definitivo, al menos por la causal contemplada en la letra a) del artículo 250.

Introduce el autor, además, la idea de que esta causal no está facultando al juez para efectuar un análisis de fondo o una evaluación basada en la debilidad o falta de pruebas –idea que será retomada en el apartado 2.b. del presente artículo– sino que únicamente le faculta a pronunciarse sobre la atipicidad de los hechos investigados. En efecto, afirma que "*la hipótesis que interesa en esta sede es otra, la del sobreseimiento decretado porque el hecho no es constitutivo de delito. Quedó dicho que ella alude a la atipicidad del acto que indaga el promotor fiscal, por tanto, no a la circunstancia de que éste fracasó en su propósito de reunir pruebas suficientes de la entidad fáctica del hecho típico. La ley nacional tampoco faculta al juez de garantía para disponer un sobreseimiento basado en semejante falta o debilidad de la prueba, por la potísima razón de que si bien la instrucción recoge y ordena pruebas, no lo hace contradictoriamente, audiatur et altera pars. De modo que si el hecho en cuestión es típico, pero de demostración incierta, sólo incumbe al ministerio público decidir si arrostra el riesgo de llevar el asunto al juicio oral o, al revés, que comunicará su intención de no persistir en el procedimiento "por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación" (íd., art. 248). De lo que se sigue que, una vez formulada, no puede el tribunal de garantía sobreseer la causa, salvo que el hecho, cualquiera que fuere su base probatoria, sea incontestablemente atípico*"[14].

Respecto a las situaciones en que "el hecho no es constitutivo de delito" afirma Oliver que *"el primer motivo de sobreseimiento definitivo, puede concurrir en dos situaciones. La primera se verifica cuando de los antecedentes de la investigación del fiscal resulta que no existe el hecho material que dio lugar a la indagación. Si agotada la investigación no ha podido establecerse su existencia, no tiene razón de ser la continuación del proceso, pues falta el elemento principal del juicio penal, cual es la comprobación del hecho punible; en otras palabras, no existe el "cuerpo del delito". Es cierto que el artículo 250 CPP. no consagra explícitamente, como causa de sobreseimiento definitivo, una similar a la contenida en el número 1º del artículo 408 del antiguo Código de Procedimiento Penal, que tenía lugar "cuando, en el sumario, no aparezcan presunciones de que se haya verificado el hecho que dio*

14 GUZMÁN, ob. cit., p. 4.

motivo a formar la causa". Pero ello no es un obstáculo que impida concluir que si el fiscal, al cerrar su investigación, se convence de que el hecho investigado nunca ocurrió, tenga que solicitar el sobreseimiento definitivo por el motivo de la letra a) del citado artículo 250 CPP. Es obvio que si el hecho investigado jamás tuvo lugar, no es constitutivo de delito. Y la segunda situación en la que puede darse esta primera causa de sobreseimiento definitivo –que el hecho investigado no fuere constitutivo de delito– tiene lugar cuando concurre una eximente de responsabilidad penal"[15].

Es decir, el autor se refiere en primer lugar –y en lo que a este análisis interesa– a aquellos casos en que el hecho típico jamás tuvo lugar, no existió, no a casos en que existiendo un hecho, el tribunal deba calificar si la prueba es suficiente para acreditarlo o calificarlo jurídicamente de acuerdo a un tipo penal u otro.

Así lo ha afirmado también la jurisprudencia al señalar que "*la falta de tipicidad involucra consecuencias procesales que impiden la investigación o el desarrollo del juicio oral, cuando ella emane de una forma fehaciente, clara y nítida, sin que sea menester apreciar más antecedentes que los contenidos en la presentación de las partes o tenidos a la vista en una investigación, ni que sea necesario valorar otros datos probatorios"*[16].

Hasta ahora, en los casos que se ha planteado esta estrategia de defensa, la discusión ha estado centrada en la oportunidad en que se ha presentado la solicitud y se ha decretado el sobreseimiento, y en si el Juez de Garantía puede efectuar o no un análisis y ponderación de prueba. Ello pareciera ser así en consideración a que la falta de tipicidad no ha resultado palmaria o evidente –como sí ocurre cuando por ejemplo, no ha acaecido hecho alguno, o acaeciendo es evidente o "incontestablemente" (en palabras de Guzmán) atípico–. Un análisis más profundo será necesario si, para determinar la inexistencia del hecho típico, la investigación debe centrarse, por ejemplo, en elementos normativos del tipo o en elementos subjetivos, sobre todo aquellos que no integran el dolo, y no en elementos descriptivos, que pudieran resultar de más fácil constatación.

En ese sentido, si el debate se centrara exclusivamente en la inexistencia palmaria de tipicidad, sería irrelevante continuar con el análisis de los otros elementos propuestos al inicio del artículo, es decir, la oportunidad para solicitar el sobreseimiento por la letra a) del artículo 250 y el estándar para

15 OLIVER CALDERÓN, Guillermo. "¿Constituye un orden de prelación el listado de causas de sobreseimiento definitivo del artículo 250 del "código procesal penal"?". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI*, Valparaíso, Chile, 2° Semestre de 2008, págs. 357 – 366.

16 Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de julio de 2013, ROL N° 1390-2013.

decretarlo. Sin embargo, en el entendido que el debate se ha venido dando en los términos antes expuestos, se estima pertinente hacer mención a la oportunidad para solicitar y declarar el sobreseimiento y al estándar para decretarlo.

2. Oportunidad para decretar el sobreseimiento definitivo de acuerdo al artículo 250 letra a). Derechos del imputado, rol de los intervinientes, estado de avance de la investigación y principios de la reforma procesal penal

Existe una serie de elementos que pueden analizarse a la hora de argumentar cuál es la oportunidad pertinente para solicitar y decretar el sobreseimiento definitivo por considerar que los hechos investigados no son constitutivos de delito. A continuación haré referencia a los siguientes: Derechos del imputado, rol del Ministerio Público, rol del Juez de Garantía y estado de avance de la investigación.

a. Derechos del Imputado. Facultad de solicitar el sobreseimiento

El artículo 93 letra f) del Código Procesal Penal, que establece los derechos y garantías del imputado señala:

Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes.

En especial, tendrá derecho a:

f) Solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare;

Si bien es cierto nada se indica en el Código Procesal Penal respecto a la oportunidad exacta de la solicitud de sobreseimiento por parte del imputado –toda vez que sólo se menciona que los derechos y garantías pueden hacerse valer hasta la terminación del proceso– ni sobre la actitud que el Juez de Garantía debe tomar frente a esta solicitud, estimo que es necesario interpretar este derecho del imputado de manera armónica con otras disposiciones del Código Procesal Penal.

Así por ejemplo, a propósito de la solicitud de sobreseimiento que realiza el fiscal una vez cerrada la investigación, el artículo 256 –que establece las facultades del juez respecto del sobreseimiento– señala que *podrá acogerla, sustituirla, decretar un sobreseimiento distinto del requerido o rechazarla, si no la considerare procedente*. Es decir, frente a una solicitud del órgano encargado de la persecución penal, el Juez de Garantía puede optar por una alternativa diferente a la solicitada por él. De la misma forma, estimo que si el imputado ha solicitado el sobreseimiento fundado en alguna de las causales del artículo

250, el tribunal podría rechazarlo o decretar un sobreseimiento distinto, sin que ello implique estar afectando el derecho contemplado en el artículo 93 letra f). El hecho que el Código Procesal Penal otorgue el derecho al imputado a solicitar el sobreseimiento en cualquier momento, no significa que éste deba acogerse siempre y en todo caso, y menos en cualquier oportunidad procesal.

Ahora bien, diferente es el caso en que se estime que se esté vulnerando algún derecho del imputado otorgado por las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, las leyes o los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En ese caso, y de acuerdo a lo previsto por el artículo 10 del Código Procesal Penal, el juez adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio, y *si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento por el menor tiempo posible y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo.*

Por lo tanto, podría decretarse el sobreseimiento temporal en cualquier momento cuando las medidas dictaminadas por el juez no sean suficientes para resguardar derechos tales como el derecho a defensa, la presunción de inocencia, etc.[17]. Pero no correspondería dictar en cualquier momento el sobreseimiento definitivo solicitado por el imputado por alguna causal del artículo 250 que requiera un análisis más complejo que la mera constatación de ausencia evidente de tipicidad, por el solo hecho de estar contemplado como un derecho en el artículo 93 letra f).

17 Corresponde mencionar que, de acuerdo a lo señalado por HORVITZ LENNON, María Inés. LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, Tomo I, págs. 101 y 102, el origen de esta disposición, según da cuenta la historia de la ley, más que surgir como una herramienta de carácter general para la protección de las garantías del imputado, nació vinculada a la preocupación de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado por "el caso de aquellas personas que, con posterioridad al hecho que se investiga, vean debilitadas de tal manera sus aptitudes que, si bien pudiera ser dudoso que queden comprendidas dentro del concepto normativo de 'enajenado mental', no se presenten en cambio mayores vacilaciones para concluir que no pueden acogerse en plenitud a la garantía de un racional y justo procedimiento que les asegura la Constitución Política ni las garantías judiciales que explicita en mayor medida la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en particular las que configuran el derecho a defensa.

b. Rol del Ministerio Público

De acuerdo con el artículo 1° de la Ley N° 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público, artículo 3 del Código Procesal Penal y artículo 83 de la Constitución Política de la República, el Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, encargado de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delitos, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado.

- De acuerdo con lo anterior, las funciones del Ministerio Público son:
- Dirección exclusiva de la investigación de los delitos;
- Ejercer, en su caso, la acción penal pública en la forma prevista por la ley;
- Función de dar protección a víctimas y testigos[18].

Que una de las principales funciones del Ministerio Público sea la dirección exclusiva de la investigación de los delitos, claramente supone un cambio de paradigma en relación al antiguo proceso penal. Para ejercer esta función, el Ministerio Público cuenta con una serie de disposiciones en el Código Procesal Penal, y debe regirse por determinados principios. Algunos de estos principios son:

- Principio de oficialidad y legalidad;
- Principio de objetividad;
- Principio de eficiencia;
- Principio de transparencia y probidad;
- Principio de responsabilidad[19].

En concordancia con el tema analizado en el presente artículo, parece relevante destacar el principio de legalidad. De acuerdo con Horvitz y López, este principio determina que una vez promovida la persecución penal de un hecho que reviste caracteres de delito, el Ministerio Público está obligado a investigarlo y, si existe fundamento suficiente, debe formular la correspondiente acusación contra la o las personas que aparezcan como responsables del mismo sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley (Art. 166 CPP)[20].

18 HORVITZ; LÓPEZ, ob. cit., págs. 143 y sgtes.

19 HORVITZ; LÓPEZ, ob. cit., págs. 149 y sgtes.

20 HORVITZ; LÓPEZ, ob. cit., p. 151.

Señalan los autores que "*este principio tiene su origen histórico en la necesidad de garantizar que el Ministerio Público persiguiera todos los delitos, sin atender a la persona del imputado ni su calidad o investidura*"[21]. Sin embargo, los fundamentos teóricos de este principio se habrían debilitado una vez que decae la teoría absoluta sobre los fines de la pena y se comienzan a instaurar las teorías relativas. De todas maneras, su legitimidad se sostendría hoy en día en otros pilares. Afirman los autores que "*los principios constitucionales que emanan del Estado como uno democrático de Derecho, especialmente el de igualdad, imponen que sea principalmente el legislador quien determine los presupuestos de la conminación penal, evitando dejar a las autoridades de persecución penal la decisión sobre quién deba ser perseguido y castigado en el caso concreto (…) por ello, la tendencia actual es a incorporar progresivamente excepciones regladas y objetivas a dicho principio de modo de transparentar y hacer igualitaria, lo más posible, la selectividad inherente a todo sistema de justicia criminal*"[22].

En este sentido, se ha señalado también que *"la opción político criminal adoptada por nuestro legislador al momento de aprobar el Código Procesal Penal fue la de establecer un modelo de oportunidad reglada o de discrecionalidad restringida, en contraposición al modelo de legalidad absoluta existente en nuestro sistema hasta antes de la reforma. Como consecuencia de la decisión anterior, desde un punto de vista formal, el nuevo sistema sigue estando sometido a la regla tradicional consistente en la inexcusabilidad o necesidad de la persecución penal, expresada en la formulación del principio de legalidad (Art. 166 inciso segundo). Esto significa que los fiscales están, en principio obligados a llevar adelante la persecución en todos aquellos casos en los que tengan conocimiento de un hecho punible, sin que puedan excusarse de ello. No obstante, el Código consagra algunas excepciones importantes, las que permiten afirmar que, en realidad, el nuevo sistema es de aquellos en los que la persecución está, en general, sometida a un régimen de discrecionalidad reglada, ejercida por los fiscales"*[23].

De lo anteriormente señalado, es relevante destacar dos aspectos:

En primer lugar, que el fundamento actual que otorga legitimidad al principio de legalidad es la igualdad, en el sentido de transparentar y hacer igualitaria la selectividad inherente a todo sistema de justicia criminal.

En segundo lugar, que el sistema de discrecionalidad vigente es de carácter reglado, es decir, se contempla expresamente cuáles son las excepciones al principio de legalidad.

21 Ibídem

22 HORVITZ; LÓPEZ, ob. cit., p. 152.

23 DUCE, Mauricio. RIEGO, Cristián. *Proceso Penal*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007, p. 199.

En ese sentido, existirían dos categorías de excepciones al principio de legalidad establecidas en el Código Procesal Penal: *los mecanismos de selección o descongestión de casos, dentro de los cuales se encuentra el archivo provisional, contemplado por el artículo 167, y el denominado principio de oportunidad (en sentido estricto) en el artículo 170, todos del Código Procesal Penal. Una segunda categoría está constituida por las denominadas salidas alternativas, dentro de las cuales se contempla la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, regulados en los artículos 237 a 246 del Código Procesal Penal*[24].

Considerando lo anterior, y que se trata de principios que rigen el actuar del Ministerio Público, pero que también se extrapolan e inciden directamente en la forma de llevar a cabo la persecución penal, me parece que una aplicación armoniosa de estos principios debiese alcanzar el actuar de todos los intervinientes en el proceso penal, en particular, al Juez de Garantía, cuando su intervención pudiera vulnerar el principio de legalidad o encubrir un mecanismo de selectividad no regulado expresamente por el Código Procesal Penal.

Si se vincula lo anterior a la oportunidad para decretar el sobreseimiento definitivo, se estima que ésta, cualquiera sea, no puede poner fin intempestivamente al actuar del Ministerio Público que encuentra su fundamento en la inexcusabilidad o necesidad de la persecución penal. Y eso es precisamente lo que ocurre al existir mecanismos no reglados de selectividad.

Como se señaló al inicio de este acápite, no sólo existen principios que regulan el actuar del Ministerio Público al momento de dirigir la investigación, sino también normas contempladas en el Código Procesal Penal, que regulan los plazos y la forma en que se lleva a cabo la investigación. Así lo establece el propio código al indicar, en el artículo 77 que *los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley.* En ese sentido, a modo de ejemplo de la forma prevista por la ley para ejercer la acción penal, es posible señalar que el artículo 250, que regula el sobreseimiento, se encuentra en el Párrafo 7 titulado "Conclusión de la investigación", lo que presupone que el Fiscal ya ha desarrollado y finalizado una investigación antes de solicitar el sobreseimiento definitivo. Esta afirmación cobra especial relevancia para la causal en análisis –la letra a) cuando la constatación de la falta de tipicidad no resulta evidente– y para cualquiera de las causales si es que no es posible afirmar su existencia sin un análisis de fondo –como por ejemplo la contemplada en la letra d), cuando se alega que existe prescripción de la

24 Ibídem Cabe señalar que los autores mencionan en una nota al pie que, por razones sistemáticas incluyen dentro de estas facultades, aun cuando técnicamente no constituye una excepción al principio de legalidad, la facultad de no iniciar la investigación contemplada en el artículo 168 del Código Procesal Penal.

acción penal, pero se requiere una investigación si es que se estima que puede existir interrupción de la prescripción por la comisión de nuevos delitos–. Lo anterior tiene respaldo en el propio artículo 248, que establece: *"practicadas las diligencias de investigación necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes: a) Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa"*. Así pareciera entenderlo también la doctrina cuando señala que el Código Procesal Penal trata la institución a propósito de la conclusión de la etapa de investigación en el procedimiento ordinario, en cambio, el Código de Procedimiento Penal, contemplaba la institución en el Título XII del Libro II, que trata sobre el Juicio Ordinario, lo que demuestra un giro en el tratamiento que el legislador ha dado a la institución[25].

c. Rol del Juez de Garantía

El Juez de Garantía es *el órgano jurisdiccional, unipersonal y letrado, con competencia para ejercer las atribuciones que la ley le reconoce desde el inicio de la etapa de investigación preparatoria hasta la dictación del auto de apertura de juicio oral que da término al procedimiento intermedio*[26].

En cuanto a sus funciones, de acuerdo con el artículo 14 del Código Orgánico de Tribunales, le corresponde:

a) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal;

b) Dirigir personalmente las audiencias que procedan, de conformidad a la ley procesal penal;

c) Dictar sentencia, cuando corresponda, en el procedimiento abreviado que contemple la ley procesal penal;

d) Conocer y fallar las faltas penales de conformidad con el procedimiento contenido en la ley procesal penal;

e) Conocer y fallar, conforme a los procedimientos regulados en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal, las faltas e infracciones contempladas en la Ley de Alcoholes, cualquiera sea la pena que ella les asigne;

f) Hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal;

25 VELOSO, ob. cit., p. 157.

26 HORVITZ; LÓPEZ, ob. cit., págs. 200 y 201.

g) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que la ley de responsabilidad penal juvenil les encomienden, y

h) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que este Código, la ley procesal penal y la ley que establece disposiciones especiales sobre el Sistema de Justicia Militar les encomienden.

La doctrina ha señalado que con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal *se trastocó el paradigma del viejo proceso penal chileno, asignándosele al Juez de Garantía, de una parte un rol contralor de la legalidad del actuar del persecutor penal y, de otra, una función relacionada con el fallo de la acción penal sustentada en cierto tipo de procedimientos especiales; a saber: monitorio, simplificado, abreviado y de acción penal privada*[27]. Por lo tanto, el Juez de Garantía posee un rol contralor del actuar del Ministerio Público en relación con los derechos del imputado, y también un rol fallador.

Respecto a su rol contralor, cabe señalar precisar dos cosas:

En primer lugar, en cuanto al rol del Juez de Garantía y su vínculo con el rol del Ministerio Público y los derechos del imputado antes enunciados, relevante es la opinión de Duce y Riego, quienes a propósito de la etapa previa a la formalización de la investigación mencionan que el juez *deberá habitualmente ponderar, por una parte, el legítimo interés estatal en llevar adelante la persecución estatal de una manera eficaz. Así, el juez debe considerar, desde esa perspectiva, que los fiscales son quienes intentan dar cumplimiento a las reglas de convivencia que nos hemos dado democráticamente por la vía del Parlamento y desarrollan esta actividad en nombre del conjunto de la comunidad, la que los ha comisionado para tal tarea. Por lo tanto, debe el juez permitirles ejercer su función razonablemente. Por otra parte, el sujeto afectado es un ciudadano que goza de todos los derechos que la Constitución establece en su favor, los cuales, en principio, no debieran ser afectados en modo alguno por la mera existencia de una imputación en su contra. Esta persona se encuentra especialmente protegida por la presunción de inocencia que predica precisamente el deber del Estado de tratar como inocente a quien no ha sido condenado. (…) La forma más clara de entender el rol judicial durante esta etapa del procedimiento es concebirla como la de un articulador de intereses legítimos a los que debe estar permanentemente balanceando, a efecto de evitar que sus decisiones se inclinen sólo en pos de alguno de ellos, dejando en desprotección o sin consideración al otro*[28].

27 SALAS ASTRAÍN, Jaime. *Problemas del proceso penal*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2009, págs. 24 y 25.

28 DUCE; RIEGO, ob. cit., p. 218.

Me parece que esta ponderación es relevante en cualquier etapa del procedimiento, y que resulta clave para el tema en análisis, toda vez que correspondería al juez ponderar los derechos del imputado al momento de solicitar el sobreseimiento y los legítimos intereses del Ministerio Público, de ejercer la persecución penal. Lo anterior se vincula, además, con el legítimo interés del persecutor en no interrumpir una investigación en curso, cuando estima que existen diligencias pendientes, tema que será tratado en el apartado 2.d. del presente artículo.

En segundo lugar, corresponde analizar algunas de las disposiciones del Código Procesal Penal que establecen el rol contralor del Juez de Garantía.

Así por ejemplo, en materia de formalización de la investigación, el artículo 229 del Código Procesal Penal establece que la formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del Juez de Garantía, que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados. Corresponde en esta instancia al Juez de Garantía verificar que ella constituye una formulación clara, precisa y comprensible de hechos[29]. Sin embargo, al Juez de Garantía *no le corresponde calificar o evaluar la corrección de la información de la formalización entregada por el Ministerio Público, ya que son los fiscales los encargados de la persecución penal y ellos responderán de los errores y los aciertos que tengan las formalizaciones de la investigación y las persecuciones criminales que lleven adelante*[30]. Ilustrativa resulta al respecto la afirmación de Duce y Riego quienes sostienen que *el juez no podría decir algo así como "muy bien, me parece que usted ha formalizado correctamente, pero yo creo que no tiene antecedentes en este caso y, por tanto, no vamos a tener por formalizada la investigación". Evidentemente eso es algo que escapa de las facultades que se han contemplado para los tribunales*[31]. Sin perjuicio de retomar esta idea en los párrafos siguientes a propósito del rol fallador del Juez de Garantía, corresponde señalar que este caso es un ejemplo en que el tribunal tiene una función de garantía central como contralor, pero esa función en caso alguno le permite coartar la función del persecutor penal. En la práctica, si un tribunal decreta el sobreseimiento definitivo por considerar que no existe delito, basado en la insuficiencia de antecedentes más que en la ausencia de tipicidad, estará actuando de la misma forma que el juez del ejemplo, que decide tener por no formalizada la investigación, por estimar que el fiscal no tiene antecedentes suficientes para el caso.

Por otra parte, y en un sentido algo diverso a la facultad analizada en el párrafo anterior, existe el control jurisdiccional sobre una investigación cerrada

29 DUCE; RIEGO, ob. cit., p. 225.

30 DUCE; RIEGO, ob. cit., p. 224.

31 Ibídem

e incompleta, establecido en el artículo 257 del Código Procesal Penal que regula la reapertura de la investigación. El referido artículo establece en sus incisos 1° y 2°: *Dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado.*

Si el juez de garantía acogiere la solicitud, ordenará al fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias, en el plazo que le fijará. Podrá el fiscal, en dicho evento y por una sola vez, solicitar ampliación del mismo plazo.

Señala la doctrina que *esta es la única hipótesis en que el Código autoriza al Juez de Garantía para ordenar al fiscal una actuación que es de su competencia exclusiva, como es la práctica de diligencias de investigación. El fundamento de esta norma no constituye un resabio inquisitivo del legislador, pues no faculta al juez para disponer nuevas diligencias de investigación, sino únicamente aquéllas ya solicitadas por las partes y no realizadas por el fiscal. Esta atribución judicial tiene por fin controlar que el Ministerio Público haya cumplido debidamente con el principio de objetividad e investigado todos aquellos hechos y circunstancias pertinentes alegados por las partes a través de sus solicitudes de investigación*[32].

Esta afirmación me parece sumamente relevante por dos motivos: en primer lugar, porque da cuenta que esta es la única situación en que el Juez de Garantía puede "ordenar" al persecutor hacer algo en relación a la investigación. Y en segundo lugar, porque el fundamento para que el tribunal pueda ejercer esta facultad radica en el cumplimiento del principio de objetividad, velando porque se investiguen todos los hechos y circunstancias pertinentes. Es decir, en base a estos fundamentos, no podría aceptarse que el tribunal "ordene hacer algo" al persecutor fuera de esta hipótesis, ni que lo ordene en contra del principio de objetividad. Por lo que no resultaría pertinente que el tribunal ordenara al Ministerio Público decretar un sobreseimiento definitivo cuando éste aún no ha investigado todos los hechos y circunstancias pertinentes. En este caso el legislador ha instado porque el tribunal impulse la persecución penal, pero en ningún caso lo ha facultado para coartar el rol del persecutor.

En cuanto al rol del Juez de Garantía como fallador, como ya se señaló, el tribunal es el encargado de fallar la acción penal sustentada en el procedimiento monitorio, simplificado, abreviado y de acción penal privada. Fuera de esos casos, no le corresponde ejercer esa facultad.

En ese sentido, reitero la idea esbozada en el apartado 1.b. a propósito de las consideraciones respecto a la causal establecida en la letra a) del artículo 250,

32 HORVITZ; LÓPEZ, ob. cit., p. 579.

en el sentido que la ley nacional no faculta al Juez de Garantía para disponer un sobreseimiento basado en falta o debilidad de prueba, de modo que si el hecho es típico, pero de demostración incierta, sólo incumbe al Ministerio P*úblico decidir si* lleva el asunto al juicio oral o si comunica la decisión de no perseverar en el procedimiento. La causal contemplada en el artículo 250 letra a) no permite al Juez de Garantía evaluar la existencia de indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que motivó la instrucción de la causa[33].

También rescato la idea ya enunciada a propósito del Juez de Garantía y su rol contralor en la formalización de la investigación. Como señalan Duce y Riego, al Juez de Garantía no le corresponde calificar o evaluar la corrección de la información de la formalización entregada por el Ministerio Público, ya que son los fiscales los encargados de la persecución penal y ellos responderán de los errores y los aciertos que tengan las formalizaciones de la investigación y las persecuciones criminales que lleven adelante[34]. Por lo tanto, quien puede pronunciarse sobre la falta de antecedentes es el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, o bien el Juez de Garantía, pero única y exclusivamente en alguno de los procedimientos mencionados, es decir, procedimiento monitorio, simplificado, abreviado y de acción penal privada.

Por otra parte, relevante a este respecto me parece la opinión de Salas en cuanto afirma que "*por extraño que parezca a quien se hubiere formado bajo la antigua escuela procesal penal nacional, lo cierto es que el actual Juez de Garantía ha quedado sometido al mismo paradigma del Juez Civil que lo obliga a asumir una posición pasiva frente a los restantes intervinientes y a limitarse en forma estricta a los parámetros de intervención que le fuere reclamada por ellos, tal cual reza el artículo 76 inciso 2° de la Constitución Política de la República (…) Esta posición del Juez de Garantía constituye una verdadera viga estructural del sistema de enjuiciamiento penal nacional, razón por la cual, sea que actúe como contralor de la legalidad de los actos de investigación del Ministerio Público o como Juez fallador en su sentido estricto, no podrá actuar o resolver por iniciativa propia a falta de norma legal que lo autorice*"[35].

Los párrafos anteriores dan cuenta de que si para decretar un sobreseimiento de acuerdo a la causal contemplada en la letra a) del artículo 250, en un caso en que la ausencia de tipicidad no sea evidente y se requiera un análisis más profundo, o ponderación de la prueba, el juez necesita efectuar un análisis como "juez fallador", ello no sería posible, de conformidad a las reglas del Código Procesal Penal, a la Constitución Política y a los principios que rigen

33 GUZMÁN, ob. cit., p. 4.

34 DUCE; RIEGO, ob. cit., p. 218

35 SALAS, ob. cit., págs. 25 y 26.

el sistema. Por lo tanto, en una situación de esa naturaleza, debería rechazar el sobreseimiento solicitado por el imputado.

d. Rol y derechos de la víctima

Resulta relevante tener en consideración no sólo los derechos del imputado, el rol del Ministerio Público y el rol del Juez de Garantía, sino también el rol y, sobre todo, los derechos de la víctima en el proceso penal. En ese sentido, cobra importancia lo dispuesto en el artículo 109 letras e) y f) del CPP, que establecen:

"Derechos de la víctima. La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:

e) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y

f) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento".

Lo anterior no hace sino reafirmar que, el hecho que el imputado tenga derecho a solicitar el sobreseimiento en cualquier etapa del procedimiento no implica que éste sea otorgado de forma automática, toda vez que el Juez de Garantía, actuando en su rol contralor, debe ponderar los derechos de todos los intervinientes, antes de emitir un pronunciamiento.

e. Estado de avance de la investigación

Respecto al estado de avance de la investigación, el análisis se centrará en primer lugar en la etapa del procedimiento en que el sobreseimiento se solicite, y luego, en el estado de las diligencias de investigación.

Respecto al momento en que puede solicitarse, señala Maturana que es posible efectuar la siguiente distinción[36]:

- Antes de la intervención del Juez de Garantía en el procedimiento
- Luego de la formalización de la investigación
- En la audiencia de preparación del juicio oral
- En el juicio oral

36 MATURANA MIQUEL, Cristian. "Análisis del sobreseimiento definitivo a la luz de la última jurisprudencia de nuestros tribunales." Presentación efectuada en Jornada de Fiscales Especializados Anticorrupción, Santiago, Chile, 24 de octubre de 2017

Respecto a la solicitud antes de la intervención del Juez de Garantía en el procedimiento, estima Maturana que pueden concurrir otras instituciones que ponen término a la investigación, pero sólo con un carácter temporal, como acontece, por ejemplo, con el archivo provisional (Art. 167 del CPP) y la facultad de no iniciar la investigación (Art. 168 del CPP)[37].

En cuanto a la facultad de no inicio de la investigación, contemplada en el artículo 168 del Código Procesal Penal, ésta se funda en dos causales muy similares a las contempladas en dos numerales del artículo 250. En efecto, el artículo 168 establece que *en tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía.*

Es decir, se contempla esta posibilidad al inicio de la investigación –cuando los hechos no sean constitutivos de delito–, lo que hace suponer que el sobreseimiento definitivo debiera recibir aplicación en otra instancia y no al inicio de la investigación, y es por ello que el legislador lo ha regulado en los artículos 250 a 256 del Código Procesal Penal, a propósito de la conclusión de la etapa de investigación en el procedimiento ordinario[38], lo que constituye un argumento de orden lógico y sistemático. En este sentido, afirma Oliver que *"es cierto que el artículo 168 faculta al fiscal para abstenerse de toda investigación cuando los antecedentes y datos suministrados permiten establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado, decisión que debe ser fundada y someterse a la aprobación del juez de garantía. Sin embargo, esta disposición se halla dentro del párrafo 1º (Persecución penal pública) del título I (Etapa de investigación) del libro II (Procedimiento ordinario) del mencionado Código. De ello se desprende que su ámbito de aplicación natural se encuentra en el inicio de la investigación. Consecuentemente, opera cuando al comenzar la investigación del fiscal, se tiene la certeza de que el hecho se encuentra prescrito o de que la responsabilidad penal se ha extinguido por otro motivo. En estos casos parece razonable que no se dé curso al juicio. Pero cuando al inicio de la investigación no se tiene esa certeza, debe continuarse la investigación. (…) Y si la investigación arroja como resultado que el hecho investigado no existió o que no era constitutivo de delito por ser atípico, o que el imputado no tuvo participación en él, la decisión*

37 MATURANA MIQUEL, Cristian. "Análisis del sobreseimiento definitivo a la luz de la última jurisprudencia de nuestros tribunales." Presentación efectuada en Jornada de Fiscales Especializados Anticorrupción, Santiago, Chile, 24 de octubre de 2017.

38 VELOSO, ob. cit., p. 157.

que se adopte debe ser de mérito, un sobreseimiento por inexistencia del hecho delictivo o por total inocencia del imputado, por mucho que en esta etapa procesal se tenga claridad de que el plazo de prescripción ha vencido"[39].

Es decir, cuando el Ministerio Público estime que está en presencia de una situación de ausencia de tipicidad evidente, lo más probable es que haga uso de la facultad contemplada en el artículo 168. Pero si el caso merece dudas, porque la ausencia de tipicidad no es algo evidente, se requiere un análisis de fondo, iniciará la investigación, y una vez finalizada ésta, de acuerdo a lo previsto en el artículo 248, podrá decidir solicitar el sobreseimiento definitivo.

Estima Maturana que la aplicación del sobreseimiento definitivo en esta instancia resulta cuestionable, porque no se está en una fase ni siquiera sometida a control jurisdiccional. Añade, refiriéndose al principio de congruencia, que tanto el sobreseimiento como la acusación sólo pueden referirse a hechos y personas incluidas en la formalización de la investigación –por lo tanto, a lo menos debe existir formalización de la investigación-. Si el sobreseimiento se refiere a hechos o personas no incluidos en una formalización, estima que se violaría el principio de la competencia que posee el tribunal[40].

En cuanto al momento posterior a la formalización de la investigación, junto al sobreseimiento definitivo puede operar el principio de oportunidad (Art. 170 del CPP) y la comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento (Art. 248 del CPP). Sin perjuicio de ello, se puede llegar por vía consecuencial al sobreseimiento definitivo cumplidas las condiciones de la suspensión condicional del procedimiento (Art. 240 del CPP) y del acuerdo reparatorio (Art. 242 del CPP)[41].

En la audiencia de preparación de juicio oral podría discutirse el sobreseimiento definitivo si lo solicita el imputado, porque ya se encuentra concluida la investigación, sin perjuicio de ser una de las actitudes que puede asumir el Ministerio Público luego de cerrada la investigación[42].

39 OLIVER, ob. cit., p. 364.

40 MATURANA MIQUEL, Cristian. "Análisis del sobreseimiento definitivo a la luz de la última jurisprudencia de nuestros tribunales." Presentación efectuada en Jornada de Fiscales Especializados Anticorrupción, Santiago, Chile, 24 de octubre de 2017.

41 MATURANA MIQUEL, Cristian. "Análisis del sobreseimiento definitivo a la luz de la última jurisprudencia de nuestros tribunales." Presentación efectuada en Jornada de Fiscales Especializados Anticorrupción, Santiago, Chile, 24 de octubre de 2017.

42 MATURANA MIQUEL, Cristian. "Análisis del sobreseimiento definitivo a la luz de la última jurisprudencia de nuestros tribunales." Presentación efectuada en Jornada de Fiscales Especializados Anticorrupción, Santiago, Chile, 24 de octubre de 2017.

Finalmente, en el juicio oral sería posible decretarlo conforme al Art. 68 del CPP[43].

Respecto al estado de las diligencias de investigación, he mencionado, a propósito de los efectos del sobreseimiento definitivo, que la principal consecuencia es poner fin al procedimiento. Tiene autoridad de cosa juzgada. *"Ello implica que termina no sólo la investigación contra el imputado, sino que, además, la resolución tiene autoridad de cosa juzgada, es decir, está impresa esta resolución con la certeza de que el asunto está resuelto, por ende, que no puede volver a discutirse sobre los mismos hechos que dieron origen a la investigación"*[44].

Considerando la entidad de las consecuencias del sobreseimiento, estimo que no es posible dictarlo por la causal contemplada en la letra a) del artículo 250 –cuando corresponda efectuar un análisis más profundo porque la falta de tipicidad no es evidente– sin que se haya finalizado la investigación por parte del Ministerio Público.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, cuando ha estimado que *"en la especie no resultaba procedente decretar el sobreseimiento definitivo del proceso por la causal del artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal, ya que no se han practicado todas las diligencias tendientes a la averiguación del hecho punible, falencia que impide determinar con la certeza requerida para un sobreseimiento definitivo el presupuesto fáctico valorativo aplicado en este caso, esto es, que los hechos no son constitutivos de delito"*[45].

Este fallo es relevante ya que resulta claro que, para constatar si el hecho es o no constitutivo de delito, es necesario al menos esperar que el Ministerio Público haya desarrollado todas las diligencias de investigación que estime pertinentes.

En otro pronunciamiento ha señalado *"que nadie puede discutir que todo imputado goza de ciertos derechos y facultades durante el desarrollo del juicio, puesto que es cierto que sus prerrogativas le asisten desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y tampoco, se puede discutir su opción a solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir en contra de la resolución que se le negare, pero es innegable que ese derecho se encuentra reglado para su configuración, debiéndose respetar como primera norma, en un aspecto de regla general, que se estime cumplido el plazo para el cierre de la investigación, y que se hayan practicado*

43 MATURANA MIQUEL, Cristian. "Análisis del sobreseimiento definitivo a la luz de la última jurisprudencia de nuestros tribunales." Presentación efectuada en Jornada de Fiscales Especializados Anticorrupción, Santiago, Chile, 24 de octubre de 2017.

44 VELOSO, ob. cit. págs. 164 y 165.

45 Corte Suprema, 22 de abril de 2013, ROL N° 955-2013, considerando 5°.

las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, según nos recuerda el artículo 248 del Código Procesal Penal"[46].

Se estima relevante, además, el siguiente pronunciamiento:

"Que, finalmente, no puede dejar de destacarse, lo gravemente pernicioso de las consecuencias de lo decidido por los jueces recurridos, si tal criterio, conforme al principio de igualdad, se aplicara a toda otra investigación en curso.

De seguirse lo postulado por los recurridos, conllevaría que cualquier imputado, frente al riesgo de que el resultado de diligencias pendientes de investigación pudieran arrojar un efecto que le resulte perjudicial, en cuanto confirmarían la existencia del delito investigado o su participación, le bastaría adelantarse al término de dichas diligencias, no obstante que ello ocurra al poco tiempo de iniciada la investigación –como en este caso– para solicitar el sobreseimiento de la causa en base a los elementos investigativos reunidos hasta entonces, los que precisamente por resultar insuficientes para fundar la imputación de cargos, requerían las diligencias complementarias. El necesario corolario de lo planteado por los recurridos no es otro que la impunidad, y de ahí la extrema gravedad del error cometido, pues impide al Ministerio Público investigar los hechos como le ordena la Constitución y la ley bajo el expediente de aplicar una institución –el sobreseimiento– que resultaba a todas luces inaceptable, apresurada e inoportuna en el momento procesal en que se decreta, bajo justificaciones equivocadas y carentes de todo sustento fáctico y jurídico[47].

Importante me parece, además, reiterar la idea mencionada con ocasión del rol contralor del Juez de Garantía en materia de reapertura de la investigación, por cuanto el fundamento para que el tribunal pueda ejercer esta facultad radica en el cumplimiento del principio de objetividad, velando porque se investiguen todos los hechos y circunstancias pertinentes, con lo que no resultaría coherente que el tribunal ordenara al Ministerio Público decretar un sobreseimiento definitivo cuando éste aún no ha investigado todos los hechos y circunstancias pertinentes.

3. Estándar para decretar el sobreseimiento

El artículo 256 establece las facultades del juez respecto al sobreseimiento. Se establece que, *al término de la audiencia a que se refiere el artículo 249, se pronunciará sobre la solicitud de sobreseimiento planteada por el fiscal. Podrá acogerla, sustituirla, decretar un sobreseimiento distinto del requerido o rechazarla,*

46 Corte Suprema, 28 de marzo de 2017, ROL N° 2996-17, voto de minoría, considerando 3°.

47 Ibíd., considerando 13°.

si no la considerare procedente. Sin embargo, nada menciona el artículo respecto al estándar para acoger la solicitud.

La jurisprudencia, en cambio, sí se ha pronunciado en algunos casos. Así por ejemplo, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en un caso en que se discutía el sobreseimiento por la causal contemplada en la letra d) del artículo 250 ha estimado: *"que la resolución impugnada, para desestimar el sobreseimiento definitivo parcial respecto del imputado V.G., sostuvo que no existía convicción que sea procedente acoger la solicitud de la defensa, en la etapa en que se encuentra la investigación, pues en un estándar de discusión de sobreseimiento definitivo, lo que requiere del adjudicador es alcanzar convicción en términos tales que aquella sea semejante al estándar que establece el legislador en el artículo 340 del Código Procesal Penal, esto es, superar el umbral de la duda razonable. Se agrega que lo concreto y objetivo en esta etapa de la investigación, está dado por la existencia de antecedentes que hacen presumir fundadamente la existencia de delitos que habrían ocurrido en una época posterior a los que se solicita se declaren prescritos, evidencias o indicios que pugnan en contra del estándar que en una discusión de sobreseimiento definitivo debe necesariamente generarse el tribunal, razón por la cual, frente a la existencia de este indicio, y teniendo en consideración los efectos que acarrea la declaración de sobreseimiento definitivo, estimó el tribunal que, al menos en este estadio procesal, la existencia de estas evidencias no permiten al sentenciador alcanzar el estándar necesario para orientar la decisión en el sentido que pretende la defensa pues existen hechos posteriores que tienen el efecto de interrumpir los cómputos de prescripción, por lo que en definitiva rechazó la petición de la defensa del imputado S.V."*[48].

Es decir, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago ha estimado que el estándar debe ser similar al establecido en el artículo 340 del Código Procesal Penal, por lo que el juez no debiera lograr superar el umbral de la duda razonable para condenar.

Por su parte, Maturana considera que se requiere una convicción o certeza que deberá ser fundada conforme a lo previsto en el artículo 36 del Código Procesal Penal.[49] El referido artículo señala: "*Fundamentación. Será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas.*

48 Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de agosto de 2016, ROL N° 2317-2016.

49 MATURANA MIQUEL, Cristian. "Análisis del sobreseimiento definitivo a la luz de la última jurisprudencia de nuestros tribunales." Presentación efectuada en Jornada de Fiscales Especializados Anticorrupción, Santiago, Chile, 24 de octubre de 2017.

La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación."

Estima Maturana que en este caso no es exigible el grado de certeza de convicción más allá de toda duda razonable, porque éste se encuentra previsto exclusivamente para la condena en el artículo 340 del CPP. En consecuencia, si no se está ante un grado de convicción, sino sólo ante una simple duda, lo que el Ministerio Público debiera hacer es comunicar la decisión de no perseverar, mientras que si el grado de convicción fuera el de verosimilitud, pero que pudiere acrecentarse con las pruebas a rendirse en juicio oral, lo que correspondería sería acusar.

Conclusiones

- El artículo 250 letra a) establece la posibilidad de decretar un sobreseimiento definitivo cuando los hechos no sean constitutivos de delito, es decir, cuando sean atípicos. Ello ocurre cuando no ha acaecido hecho alguno, o cuando acaeciendo es evidentemente atípico, o cuando siendo atípico dicha constatación requiere un análisis más profundo por recaer, por ejemplo, en elementos normativos del tipo o en elementos subjetivos, sobre todo aquellos que no integran el dolo, y no en elementos descriptivos, que pudieran resultar de más fácil constatación.
- Si la constatación de ausencia de tipicidad requiere un mayor análisis por parte del Ministerio Público, es relevante pronunciarse sobre la oportunidad para solicitar el sobreseimiento por la letra a) del artículo 250 y el estándar para decretarlo.
- En cuanto a la oportunidad para decretarlo, corresponde tener en consideración los derechos del imputado, el rol del Ministerio Público, rol del Juez de Garantía y el estado de avance de la investigación.
- Desde la perspectiva de los derechos del imputado, el hecho de que el Código Procesal Penal contemple en el artículo 93 letra f) la posibilidad de solicitar el sobreseimiento en cualquier momento, no implica que el tribunal pueda decretarlo en cualquier oportunidad.
- Desde la perspectiva del rol del Ministerio Público, es posible afirmar que la dictación de un sobreseimiento no puede poner fin intempestivamente al actuar del persecutor, que encuentra su fundamento en la inexcusabilidad o necesidad de la persecución penal, ya que si ello ocurre, ese tipo de sobreseimiento se transforma en un mecanismo no reglado de selectividad.

- Desde la perspectiva del Juez de Garantía, en su rol contralor, éste debe ponderar los derechos del imputado, pero también los legítimos intereses del Ministerio Público de ejercer la persecución penal, sobre todo cuando éste estima que existen diligencias pendientes. También en su rol contralor, encargado de velar por el principio de objetividad, no resultaría pertinente que el tribunal ordenara al Ministerio Público decretar un sobreseimiento definitivo cuando éste aún no ha investigado todos los hechos y circunstancias pertinentes. Desde la perspectiva del juez fallador, ha quedado de manifiesto que, si para decretar un sobreseimiento de acuerdo a la causal contemplada en la letra a) del artículo 250, en un caso en que la ausencia de tipicidad no sea evidente, el juez necesita efectuar un análisis como "juez fallador", ello no sería posible, de conformidad a las reglas del Código Procesal Penal, a la Constitución Política y a los principios que rigen el sistema. Por lo tanto, en una situación de esa naturaleza, debería rechazar el sobreseimiento solicitado por el imputado.

- En cuanto al rol y derechos de la víctima, éstos deben ser tenidos en consideración por el Tribunal, y ponderarlos frente a los derechos del imputado.

- En cuanto al estado de avance de la investigación, respecto al momento de la solicitud, éste debiera ser a lo menos con posterioridad a la formalización de la investigación y no antes. En cuanto al estado de las diligencias de investigación, no es posible decretar el sobreseimiento por la causal contemplada en la letra a) del artículo 250 –cuando corresponda efectuar un análisis más profundo porque la falta de tipicidad no es evidente– sin que se haya finalizado la investigación por parte del Ministerio Público.

- En cuanto al estándar de convicción, el Código Procesal Penal no establece un estándar determinado. La Corte de Apelaciones de Santiago ha reconocido que éste debiera ser similar al requerido por el artículo 340 del CPP, es decir, el juez debiera superar el umbral de la duda razonable para poder decretar el sobreseimiento definitivo, mientras que Maturana estima que el estándar debiera ser el del artículo 36 del C.P.P.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

PREVALENCIA DEL ARTÍCULO 62 DE LA LEY N° 20.000 RESPECTO DEL ARTÍCULO 1° INCISO QUINTO DE LA LEY N°18.216

Josefina Gutiérrez Weil[1]

Resumen

El presente trabajo viene a dilucidar la interrogante sobre la relación existente entre el artículo 1 de la Ley 18.216[2]*, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad,* y el artículo 62 de la Ley 20.000[3]*, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.*

Introducción

El artículo 1° de la Ley 18.216 establece en su inciso tercero: "*En ningún caso podrá imponerse la pena establecida en la letra f) del inciso primero a los condenados por crímenes o simples delitos señalados por las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403. No se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en esta ley a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por alguno de dichos crímenes o simples delitos en virtud de la sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la ley N° 20.000*". En el mismo sentido, el artículo 62 de la Ley 20.000 indica: "*No se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en la ley N° 18.216 a la persona que haya sido condenada con anterioridad por alguno de los crímenes o simples delitos contemplados en esta ley o en la ley N° 19.366, en virtud de sentencia ejecutoriada, haya cumplido, o no, efectivamente la condena, a menos que le sea reconocida la circunstancia atenuante establecida en el artículo 22*".

A primera vista, la disposición del artículo 1° de la Ley 18.216 no hace más que aplicar en términos generales la disposición contenida en el artículo 62 de la Ley de Tráfico de Estupefacientes. No obstante lo anterior, es el inciso

1 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, práctica profesional en la Unidad Especiliazada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Chile, Ley N° 18.216, establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Diario Oficial del 14 de mayo de 1983.

3 Chile, Ley N° 20.000, sustituye la Ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Diario Oficial del 16 de febrero de 2005.

quinto de la citada disposición el que genera ciertos cuestionamientos que intentarán ser resueltos mediante este documento.

El inciso quinto del artículo 1° de la Ley 18.216 señala que "*para los efectos de esta ley, no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito*". Dicho lo anterior, surge la siguiente interrogante: ¿es posible aplicar una pena sustitutiva cuando han transcurrido diez o cinco años, respectivamente, desde que se ha cumplido una condena por un crimen o simple delito contemplado en la Ley 20.000 o en la Ley 19.366?

Al respecto, y con el fin de entregar una posición que interprete el espíritu de ambas disposiciones, es que se expondrán y analizarán fallos y artículos doctrinarios que versan sobre el tema.

1. Fallos de Cortes de Apelaciones que se pronuncian sobre la aplicación del inciso quinto del artículo 1° de la Ley 18.216

1.1. Fallos de Cortes de Apelaciones que han rechazado la aplicación de una pena sustitutiva por poseer el condenado condenas previas por crímenes o simples delitos de la Ley 20.000 o la Ley 19.366

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, con fecha 18 de marzo de 2014, en causa Rol N° 201-2014, se pronunció sobre el tema negando la aplicación de una pena sustitutiva por tener el sujeto condenas previas por crímenes o simples delitos de las Leyes N° 20.000, 19.366 o 18.403. Resolvió, también, que esta negativa procedía aun en aquellos casos en que dichas condenas no hubieren sido efectivamente cumplidas, siendo suficiente para negar la aplicación de la pena sustitutiva el hecho de que constaran en una sentencia firme. En este sentido, la Corte esgrimió lo siguiente: "*Que en virtud de ello, debe tenerse presente que el inciso 1° del artículo 1° de la Ley 18.216 en su actual redacción faculta al tribunal para sustituir las penas privativas y restrictivas de libertad que imponga.* ***Atribución que le es vedada en los casos que la misma norma señala en el inciso tercero del mismo artículo, esto es, a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por crímenes o simples delitos contenidos en las leyes N°s 20.000, 19.366 y 18.403, en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no la condena****, salvo que se les hubiere reconocido la circunstancia atenuante del artículo 22 de la Ley 20.000*"[4].

4 La negrilla es mía.

En la misma línea del fallo antes citado, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, desconoció la aplicación de una pena sustitutiva, basándose en la especialidad que le corresponde a la Ley N° 20.000, por regular ésta una materia de suyo particular, como es el tráfico de estupefacientes. Así las cosas, en la causa Rol N° 1005-2015, resolución de fecha 22 de junio de 2015, dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel señala que: "*Que ambas normas (art. 1 Ley 18.216 y art. 62 Ley 20.000)* ***tienen la misma data en tanto fueron modificaciones a sus textos originales introducidas por la Ley 20.603 de 27 de junio de 2012. Que, en consecuencia, no es posible predicar que una prevalezca sobre otra, como lo afirma el recurrente.*** *Que, así las cosas, sólo es posible arribar a la conclusión de que no es posible imponer una pena sustitutiva contemplada en la Ley 18.216 a quien ha sido condenado previamente por un simple delito contemplado en la Ley 19.366, sin que sea relevante la fecha de ocurrencia de ese hecho ni la fecha de su condena y de cumplimiento de la misma, ya que la* ***norma del artículo 62 de la Ley 20.000 no distingue, por lo que no es lícito al intérprete distinguir***. ***Que la disposición del inciso final del artículo 1° de la Ley 18.216*** *que impide considerar "las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito",* ***no puede prevalecer sobre la norma del artículo 62, por cuanto ésta regla una materia especial****, como son los crímenes y simples delitos referentes a los estupefacientes y sustancias sicotrópicas contemplados en leyes números 20.000, 19.366 y 18.403; mientras que la primera regula la situación general de aquellos casos en los que sí son aplicables las penas sustitutivas que dicha ley contempla*[5]*".*

Asimismo, en causa Rol N° 1161-2012, de fecha 3 de septiembre de 2012, la Corte de Apelaciones de San Miguel nuevamente negó la aplicación de una pena sustitutiva, justificando esta interpretación, al igual que en el fallo anterior, en la preponderancia que le corresponde a la Ley 20.000, por la especificidad de la materia que regula. La Corte sostuvo que: "*Efectivamente el inciso final del artículo 1° del actual texto de la Ley 18.216 (que ratifica lo prevenido en el artículo 62 de la Ley 20.000)* ***excluye en términos genéricos de la aplicación de las penas sustitutivas a los condenados con anterioridad por algunos de los crímenes o simples delitos previstos en el la Ley 20.000***. *A mayor abundamiento, en la especie, no existen antecedentes que permitan, en su caso, definir la aplicación de la prescripción de la sanción, en relación al transcurso de los plazos respectivos*"[6]; y en causa Rol N° 480-2017, de fecha 20 de marzo de 2017, señaló: "*Que conforme lo dispuesto en el artículo 62 de la ley 20.000, no resulta procedente sustituir la pena corporal impuesta por alguna de las reguladas en la ley 18.216, cuando el acusado ha sido condenado previamente por alguno de los delitos previstos y sancionados en la ley 19.366, actual 20.000,*

5 La negrilla es mía.

6 La negrilla es mía.

a menos que le hubiese sido reconocida la atenuante de cooperación eficaz regulada en el artículo 22 de la norma antes citada. Que consta de la sentencia impugnada que a la acusada no se le reconoció atenuante alguna, de modo que no se cumple el requisito exigido por la norma ya citada, ***disposición que tiene el carácter de especial, por lo que se aplica con preferencia a cualquier otra norma de carácter general****"*[7]**.**

Razones de política criminal son las que llevaron a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso a calificar como "contra excepción" la disposición del citado artículo 62 de la Ley de Drogas. En este caso, la Corte incluso declaró que la Ley 20.630 (sic) vino a modificar la naturaleza de las "medidas alternativas". El Tribunal justificó su decisión en la debida protección que ha de dársele al bien jurídico protegido por la Ley N° 20.000. Con fecha 21 de noviembre de 2016, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, en causa Rol N° 1956-2016, concluyó que: "*Teniendo, además, presente que el inciso penúltimo del artículo 1° de la Ley N° 18.216, se refiere a las penas cumplidas; en cambio la contra excepción del artículo 62 de la Ley N° 20.000 (modificada adjetivamente por la Ley N° 20.630 (sic), toda vez que cambió la naturaleza de las medidas alternativas), dice relación con penas cumplidas y no cumplidas y que, además,* ***obedece a la política criminal del legislador de gravar con cumplimiento efectivo a quienes atentan en contra de los bienes jurídicos protegidos por la Ley N° 20.000,*** *se confirma, en lo apelado, la sentencia"*[8].

Finalmente, y en términos concordantes con los fallos antes expuestos, es que la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 19 de agosto de 2016, mediante la resolución dictada en Causa Rol N° 2611-2016, declaró que es la historia fidedigna de la Ley 18.216, la que en sí misma no permite la aplicación de penas sustitutivas cuando el sujeto tuviere condenas previas por crímenes o simples delitos contemplados en la antigua y la nueva Ley de Drogas: *"De esta manera,* ***la historia fidedigna del establecimiento del inciso 3° del artículo 1° de la Ley N° 18.216 deja claramente asentada la opinión en torno a que en caso de reincidencia de delitos de drogas, no resultarán aplicables las penas sustitutivas****. Recurriendo a la sistematización de la regla, cabe hacer presente que la primera parte del inciso señalado sitúa el contexto delictivo del que se trata, esto es, crímenes o simples delitos de las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403, esto es, delitos de drogas, excluidas las faltas. Respecto de esos crímenes y simples delitos, a los reincidentes en los mismos no les serán aplicables ninguna de las penas*

7 La negrilla es mía.

8 La negrilla es mía.

sustitutivas contempladas en la Ley N° 18.216. A la misma conclusión llega Ximena Marcazzolo, en artículo "Implicancias de la Ley 20.603 respecto a la Ley 20.000, que sanciona el Tráfico Ilícito de Drogas", publicado en la Revista del Ministerio Público N° 54, de marzo de 2013, p. 111-121, particularmente cuando en la p. 117 expresa: "Las penas sustitutivas no son aplicables a los reincidentes por delitos contemplados en la Ley de Drogas"[9].

1.2. Principales argumentos esgrimidos por las Cortes de Apelaciones en orden a no aplicar una pena sustitutiva cuando existe una condena anterior por Ley de Drogas

- Que no es posible decir que entre las normas citadas (Art. 62 Ley 20.000 y art. 1 Ley 18.216) exista una prevalencia por ser una más próxima en el tiempo que la otra, ya que ambas fueron modificadas en cuanto a sus textos originales en la misma fecha por la Ley 20.603.
- Que la norma del artículo 62 de la Ley 20.000 incluye igualmente a los condenados por crímenes o simples delitos bajo el alero de la Ley 20.000 y de la Ley 19.366, sin establecer una distinción en cuanto al tiempo de ocurrencia de los hechos constitutivos del crimen o simple delito, por lo tanto, no corresponde al intérprete hacer esa distinción.
- Que el artículo 62 de la Ley 20.000 prevalece por sobre la disposición del inciso final del artículo 1 de la Ley 18.216, por pertenecer la primera a una ley que regula una materia especial.
- Que la redacción del inciso final del artículo 1 de la Ley 18.216 efectivamente excluye la aplicación de las penas sustitutivas a quienes han sido previamente condenados por crímenes o simples delitos previstos en la Ley 20.000.
- Que la Ley 20.000 es una normativa especial y que por lo tanto, prevalece por sobre normativas de carácter general, como lo es la Ley 18.216.
- Que el cumplimiento efectivo de las penas corporales por quienes sean condenados bajo el alero de la Ley 20.000, obedece a motivaciones de política criminal que han sido conscientemente establecidas por el legislador.
- Que de la interpretación a través de la historia fidedigna de la Ley 20.000, es posible concluir que las penas sustitutivas no son aplicables a quienes reincidan en materia de crímenes y simples delitos establecidos en la Ley 20.000.

9 La negrilla es mía.

1.3. Fallos de las Cortes de Apelaciones que acogen la aplicación de una pena sustitutiva aun existiendo condenas anteriores por crímenes o simples delitos de la Ley 20.000 o la Ley 19.366

En contraposición a los fallos y motivos antes expuestos, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, en causa Rol N° 105-2017, de fecha 22 de marzo de 2017, reconoció la procedencia de la aplicación de una pena sustitutiva a un sujeto que contaba con una sentencia por simple delito en materia de drogas. Según la Corte, fue la necesidad de "interpretar armónicamente", la que justificó su actuar y permitió conciliar las disposiciones en disputa. El Ilustrísimo tribunal reconoció que el transcurso del tiempo fue el elemento que permitió desconocer la reincidencia del sujeto. En este sentido, razonó: "*Que, a fin de resolver la cuestión debatida, es menester considerar que, si bien el legislador ha establecido esta limitación al otorgamiento de la pena sustitutiva en términos antes referidos,* ***de todas formas ha incorporado una contra excepción en el inciso quinto del artículo 1º de la Ley N° 18.126, el que señala "Para los efectos de esta ley, no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito".*** *Que, así las cosas, al efectuar una* ***interpretación armónica*** *de las mencionadas disposiciones, es dable colegir que si bien la sentenciada registra una condena anterior, por simple delito, la misma fue cumplida con fecha 31 de diciembre de 2007,* ***habiendo transcurrido, en consecuencia el plazo de 5 años establecido por el artículo 1° inciso quinto de la Ley N° 18.216, siendo procedente que dicha anotación no sea considerada para los efectos del otorgamiento de una pena sustitutiva en los términos referidos por defensa de la condenada,*** *motivo por el cual la apelación ser acogida.*

Que, de esta manera (…) se procederá a hacer lugar a la petición de la defensa en cuanto a imponer la pena sustitutiva de libertad vigilada, por el término de duración de la condena"[10].

Arguyendo a la proporcionalidad necesaria en las reacciones del Estado frente a la comisión de ilícitos, al respeto del principio de legalidad, a la exigencia de velar por el cumplimiento del principio n*on bis in idem*, y a la necesidad de seguridad jurídica a la que responde el establecimiento de los plazos de prescripción, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, en causa Rol N° 56-2017, de fecha 3 de febrero de 2017, también se mostró proclive a aplicar una pena sustitutiva a un sujeto que era reincidente en materia de tráfico de estupefacientes. En este caso, la Corte dispuso que el transcurso de los plazos señalados en la ley, no puede menos que ser considerado para dar paso a la aplicación de una pena sustitutiva, pues de lo contrario, se estaría

10 La negrilla es mía.

haciendo renacer tanto a los actos, como a su sanción. Señaló: *"Que, conforme a lo descrito, la cuestión a resolver ha sido objeto de diversos pronunciamientos por las Cortes de nuestro país, según se lee en las sentencias roles Nº 189-2014 y Nº 713-2014 Corte de Apelaciones de Concepción, como también las emitidas por la Cortes de Apelaciones de Temuco, Rol 788-2013, y Corte de Apelaciones de Iquique, Rol Nº 55-2005.*

…4º.- Que, esta Corte, estimando acertada la argumentación del voto de mayoría de la sentencia apelada, y que se lee en los motivos décimo octavo y vigésimo primero de la sentencia en revisión, ***desechará la apelación del Ministerio Público, teniendo presente además que la sanción aplicable a la encartada debe ajustarse a la proporcionalidad con que el Estado debe reaccionar frente a la comisión de un ilícito penal.*** *En la especie es revelador que la pena finalmente aplicada es de notoria menor entidad a la pedida por el Ministerio Público, e incluso se dictaminó la absolución de la otra acusada. En este escenario, antes y conforme no al principio procedente de la proporcionalidad referido,* ***resulta interpretación sostenida por el Ministerio Público, ya que de no aplicarse la normativa en la forma que lo hizo el tribunal recurrido, se estaría propiciando una visión extensiva de las sanciones penales lo que conspira contra el principio de legalidad y el enunciado como Non Bis In Idem****, en cuanto sancionado un autor de un delito, no es posible atribuirle a ese mismo hecho otra consecuencia penal transcurrido los plazos de prescripción,* ***y asimismo, la elección del plazo de cómputo de la prescripción debe respetar la necesidad de la comunidad de poner límite temporal a la aplicación de los tipos penales y sus castigos****, a fin de evitar una supervivencia indefinida y la consecuente incertidumbre en que se encontraría el individuo que cometió el hecho, de manera que si la prescripción de la pena persigue que transcurrido cierto lapso no pueda hacerse efectiva, con mayor razón ha de estimarse que los acontecimientos que sirvieron de base para su imposición tampoco pueden considerarse en esa eventualidad, lo contrario significaría hacer renacer los actos y su sanción*"[11].

A diferencia de la especialidad que algunos fallos reconocían a la Ley 20.000 sobre la Ley 18.216, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique sostuvo que fue precisamente la especialidad que le corresponde a la Ley de Penas Sustitutivas (por sobre, entre otras, la Ley de Drogas), la que posibilitó la aplicación de una de sus penas a un sujeto que ya había sido condenado por algún crimen o simple delito de la regulación antinarcóticos. Tal es el caso de la causa Rol N° 5-2017 resolución dictada con fecha 14 de febrero de 2017, que indica: "*Como puede observarse, el artículo 1º, en su inciso tercero, impide la aplicación de penas sustitutivas respecto de sujetos condenados anteriormente por delitos relacionados con estupefacientes. Es decir, estamos frente a una excepción*

11 La negrilla es mía.

-justificada en la naturaleza del ilícito– que restringe la procedencia de las penas mencionadas en el inciso primero. Sin perjuicio de aquello, el inciso penúltimo de la norma precitada expresa categóricamente que para efectos de esa ley, es decir, para los efectos ***del estatuto especial que regula las penas sustitutivas****, no deberán considerarse las condenas por crimen o simple delito cumplidas, si transcurrieren 10 o 5 años, respectivamente, antes de la comisión del nuevo delito. Esta disposición no es contradictoria con lo que se consagra en los incisos precedentes, sino que introduce una contra excepción, autorizando sustituir la pena corporal, en razón del lapso que ha corrido desde la imposición de una condena, con independencia del tipo de delito cometido en el pasado, resultando aplicable incluso en los ilícitos vinculados a sustancias psicotrópicas"*[12].

Continuando con el desconocimiento a la especialidad de la Ley 20.000, y aludiendo también a una "interpretación literal", en causa Rol N° 1652-2016, de fecha 3 de octubre de 2016, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso dictó un fallo esgrimiendo que: *"No es posible aceptar la tesis del Ministerio Público, por cuanto, en primer lugar, "el artículo 62 de la Ley N° 20.000 se encuentra reproducido en el artículo 1° inciso tercero de la Ley N° 18.216 modificado por la Ley N° 20.603. Según la historia de esta última ley, el objeto de la incorporación en dicho artículo 1° fue el de regular en un solo precepto las causales genéricas y específicas de exclusión de las penas sustitutivas.* ***De ahí entonces que no es posible tener por regla especial el citado artículo 62 frente al inciso final del mismo artículo 1.*** *En segundo término, por cuanto el referido inciso tercero del artículo 1° lo que hace es contemplar una regla de excepción al principio general de aplicación de las penas sustitutivas, empero no es especial en relación a la norma contemplada en el inciso final del mismo artículo, sino que son complementarias en términos que esta última constituye una restricción al ámbito de aplicación de la primera. Por ende, ese inciso penúltimo por su ubicación en el precepto y por los categóricos términos que utiliza "****Para los efectos de esta ley", importa que éste es plenamente aplicable como limitación a la existencia de condenas anteriores cumplidas"****[13].*

Finalmente, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N° 3024-2016, de fecha 12 de septiembre de 2016, concluyó que sí es procedente aplicar una pena sustitutiva a un sujeto reincidente en materia de drogas, no sólo por prevalecer la Ley 18.216 por sobre la Ley 20.000, sino que además, porque frente a la duda en la aplicación de una norma en materia penal, remitiéndonos a los principios generales de esta rama del derecho, siempre ha de preferirse aquella interpretación que más le favorezca al imputado –principio *in dubio pro reo*–: "*Atendido el mérito de los antecedentes, lo expuesto*

12 La negrilla es mía.

13 La negrilla es mía.

en la audiencia y teniendo presente que de acuerdo a la ***interpretación del artículo 1 de la ley N° 18.216 en su redacción actual, se entiende que prevalecen sus disposiciones sobre lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 20.000, y que en todo caso cualquier dificultad de interpretación debe resolverse teniendo en consideración el sentido que debe optarse por la interpretación más favorable al imputado,*** *se revoca en lo apelado, la resolución en alzada y se otorga a la sentenciada el beneficio de la remisión condicional de la pena, por reunirse los presupuestos que establece el párrafo primero de la Ley 18.216 en sus artículos 3, 4 y 5"*[14].

1.4. Principales argumentos de Cortes de Apelaciones para acoger la aplicación de una pena sustitutiva existiendo condena previa por crimen o simple delito en materia de tráfico de estupefacientes

- Que si bien se reconoce como principio general el de no otorgar penas sustitutivas en caso de que existan antecedentes por crímenes o simples delitos en materia de drogas, no es menos cierto que la propia Ley 18.216 consagra una excepción que consiste en no considerar dichos antecedentes cuando hayan transcurrido los plazos establecidos en ella.
- Que la no concesión de penas sustitutivas cuando hayan transcurrido los plazos de prescripción establecidos en la Ley 18.216, no haría menos que vulnerar los principios de proporcionalidad, legalidad y respeto al *non bis in ídem* consagrados en materia penal.
- Que ha de considerarse a la Ley 18.216 como un estatuto especial que consagra una regla general, como es la no procedencia de penas sustitutivas frente a reincidentes en materia de tráfico de estupefacientes, pero que al mismo tiempo, dispone de una excepción que ha de ser respetada, como es la de no considerar las condenas anteriores cuando hubieren trascurrido los plazos establecidos en ella.
- Que en base a la historia de la Ley 20.603, no puede considerarse al artículo 62 de la Ley 20.000 como especial respecto del artículo 1 de la Ley 18.216, pues precisamente el objetivo de la incorporación del contenido del artículo 62 de la Ley 20.000 en este último cuerpo normativo, era el de regular en un solo precepto las causales genéricas y específicas de exclusión de las penas sustitutivas.
- Que de acuerdo a la interpretación del artículo 1° de la Ley 18.216, se entiende que éste prevalece por sobre el artículo 62 de la Ley 20.000 y que aun no siendo esta argumentación lo suficientemente convincente, ha de aceptarse la procedencia de penas sustitutivas cuando hubieren

14 La negrilla es mía.

ya transcurrido los plazos de prescripción, pues cualquier dificultad de interpretación debe ser resuelta haciendo prevalecer aquella que sea más favorable al imputado en virtud del principio *in dubio pro reo*.

1.5. Fallo de la Corte Suprema que rechaza la procedencia de pena sustitutiva

La Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol N° 3904-2009, dictada por la Segunda Sala Penal con fecha 10 de agosto de 2009, resolvió: "*Que, en un segundo acápite de este arbitrio se denuncia infracción de derecho al no otorgar al encartado alguno de los beneficios establecidos en la Ley 18.216; y, en particular, el de reclusión nocturna concurriendo plenamente con los requisitos que tal ley exige para su concesión; cuestión en la que el recurrente yerra, desde que revisados para tal efecto, diversos antecedentes que constan del proceso, tales como su extracto de filiación de fs. 140, informe de Gendarmería de Chile de fs. 245, certificación de fs. 666 y oficio de fs. 841, no puede concluirse que medie error de derecho al negar la concesión de la medida arbitrada por no concurrir las exigencias que los artículos 8 y 9 de la Ley 18.216 requieren para su otorgamiento;* ***sin que por lo demás, pueda dejar de considerarse lo previsto en el artículo 62 de la Ley 20.000, concurrente en la especie"***[15].

En el fallo antes citado, y no obstante que la discusión no se focaliza en la contradicción entre el artículo 1 de la Ley 18.216 y el artículo 62 de la Ley 20.000, es la propia Corte quien trae a colación la predominancia que ha de dársele a este último artículo por sobre las disposiciones de la Ley de Penas Sustitutivas.

2. Pronunciamientos doctrinarios en torno al tema

2.1. Ximena Marcazzolo, haciendo un análisis sobre la incidencia de las modificaciones de la Ley N° 20.603, concluye que el artículo 62 de la Ley N° 20.000 prevalece por sobre el artículo 1° de la 18.216: "*Este artículo (artículo 1 Ley 18.216) es de gran relevancia por cuanto enumera las penas sustitutivas y al mismo tiempo establece el catálogo de delitos a cuyo respecto no serán procedentes […] Del inciso referido (inciso tercero, artículo 1 Ley 18.216) se pueden desprender dos situaciones […] Las restantes penas sustitutivas no son aplicables a los reincidentes por delitos contemplados en la Ley de Drogas, con una sola excepción, esto es, respecto de aquellos que hubiesen cooperado eficazmente en la investigación. De lo expresado, se desprende que los reincidentes de delitos de la Ley 20.000 no pueden optar a las penas sustitutivas,*

15 La negrilla es mía.

salvo aquellos que hubieren cooperado eficazmente en la investigación, siempre que cumplan con los requisitos que la Ley 18.216 exige respecto de la pena sustitutiva que corresponda"[16].

No obstante lo anterior, reconoce que la cooperación eficaz no es una situación que ha de concederse sin mayor exigencia, sino que muy por el contrario, debe verificarse la concurrencia de los requisitos que facultan su configuración. En este sentido: *"A nuestro juicio, la circunstancia de haber cooperado eficazmente en la investigación no significa que debe procederse sin más a la concesión de penas sustitutivas, sino que en cada caso deberá darse cumplimiento a los requisitos de aquella sustitutiva que se alega. Esto, en contraposición a una interpretación del artículo 62 de la Ley 20.000, idéntico al inciso en comento, respecto del cual algunas defensas invocaban en los juicios que procedían los beneficios de la Ley 18.216 aun cuando no se cumpliera con todos los requisitos ya que por especialidad debía primar el artículo 62 por sobre la mencionada ley. Nosotros discrepamos con esta posición ya que la única excepcionalidad que franquea la cooperación eficaz es la procedencia de pena sustitutiva a los reincidentes que cumplan con los requisitos de la Ley 18.216, pero no la procedencia de la pena sustitutiva. A mayor abundamiento, estimamos que nuestra interpretación es más coherente con el tratamiento que esta ley le otorga a los condenados por delitos de tráfico ilícito de drogas y conexos"*[17].

Concluye declarando que quienes hayan sido previamente condenados por un crimen o simple delito contemplado en la actual –o anterior– Ley de Drogas, no podrá quedar sujeto al cumplimiento de una pena sustitutiva, a menos que coopere eficazmente con la investigación, en cuyo caso deben cumplirse a cabalidad los requisitos que esta figura: *"2. Los reincidentes de delitos de la Ley 20.000 o sus normativas predecesoras, no pueden optar a ninguna pena sustitutiva, con excepción de aquellos que hubieran colaborado eficazmente en la investigación, siempre que cumplan con los demás requisitos propios de cada pena sustitutiva"*[18].

2.2. Igualmente, Cristian Aguilar sostiene la no aplicación del inciso quinto del artículo 1° de la Ley 18.216 en relación a la norma contenida en el artículo 62 de la Ley N° 20.000. De esta forma indica en su libro sobre penas sustitutivas que: *"El legislador con el objeto de permitir la reinserción social de las personas castigadas penalmente, ha contemplado normas especiales de prescripción para los efectos de considerar o no la existencia de condenas anteriores, declarando –expresamente– que para los efectos del otorgamiento de las penas sustitutivas de la*

16 MARCAZZOLO AWAD, Ximena. "Implicancias de la Ley 20.603 respecto de la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de drogas". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público,* N°54, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, p. 117.

17 MARCAZZOLO, ob. cit., p. 118.

18 MARCAZZOLO, ob. cit., p. 120.

Ley N° 18.216 "no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito"[19].

En este sentido, señala: *"Para el cómputo del plazo de los diez años en el caso de un crimen o de cinco años en el de un simple delito, deberá atenderse a la fecha del cumplimiento del castigo y la de perpetración del nuevo delito, conforme al tenor literal de la ley y la historia fidedigna de su establecimiento, lo que descarta que deba contarse desde la fecha en que se cometió el crimen o simple delito por el cual fue condenado primitivamente. Más precisamente, deberá calcularse el tiempo transcurrido desde la fecha del término del cumplimiento de la pena y la oportunidad en que se perpetró el nuevo delito, puesto que de otra forma no puede comprenderse la exigencia de que el castigo penal se encuentre cumplido"*[20].

Con el fin de clarificar la idea antes expuesta, agrega: "*Resulta útil señalar sobre esta regla especial de prescripción que, cuando principia la tramitación del proyecto se disponía una plazo de 10 años, sólo para los simpes delitos, que luego fue modificado a propuesta del Diputado señor Burgos para agregar a los crímenes y hacerlo compatible con el régimen vigente de prescripción de la acción y de la pena, quedando "… tratándose de crímenes y simples delitos, no se considerarán las condenas que se encontraren cumplidas 10 o 5 años, respectivamente, antes de la comisión del nuevo ilícito"*[21]"[22].

Por último, basándose tanto en la opinión de la Unidad Especializada en Tráfico de Estupefacientes de la Fiscalía de Chile, como en la especialidad que a la Ley de Drogas le corresponde por sobre la de penas sustitutivas, Aguilar sostiene que las reglas de prescripción contenidas en el artículo 1° de la Ley 18.216 no tienen aplicación frente a la existencia de condenas por crímenes o simples delitos de la Ley 20.000 o –su antecesora– la Ley 19.366; y que en este mismo sentido, la única posibilidad que, en tal caso, una pena sustitutiva sea aplicada, es que se le conceda la cooperación eficaz que reconoce el artículo 22 de la Ley 20.000. Para un mayor ahondamiento expresa: "*Para concluir es relevante agregar que esta regla de prescripción tiene un alcance general,* ***o sea, se aplica para todos los delitos, con la excepción de los contemplados en la ley de drogas****, como ya lo ha indicado la Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes de la Fiscalía Nacional,* ***puesto que en tal caso corresponde aplicar el artículo 62 de la Ley N°20.000*** *que*

19 AGUILAR ARANELA, Cristian. *Penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad de la Ley N° 18.216 (Ley 20.603)*, Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2013, p. 31.

20 AGUILAR, ob. cit., págs. 31 - 32.

21 Historia de la Ley N° 20.603 [en línea], págs. 107 y 108. Santiago, Chile. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4505/ [fecha de consulta: 25 octubre 2017]

22 AGUILAR, ob. cit., p. 32.

dispone –con la modificación del artículo 5 de la Ley 20.603– "no se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en la ley N° 18.216 a la persona que haya sido condenada con anterioridad por alguno de los crímenes o simples delitos contemplados en esta ley o en la Ley N° 19.366, en virtud de sentencia ejecutoriada, haya cumplido, o no, efectivamente la condena, a menos que le sea reconocida la circunstancia atenuante establecida en el artículo 22". En efecto, esa interpretación se justifica por una parte, en el principio de especialidad, que hace prevalecer el artículo 62 de la Ley 20.000 por sobre el artículo 1°, inciso final, de la Ley 18.216 y por la otra, por cuanto el legislador ha reiterado dicha norma (el art. 62 Ley N° 20.000) en el mismo artículo 1°, inciso 3°, de la Ley 18.216. Si hubiere deseado aplicar e incorporar esta regla de prescripción especial a los delitos de la ley de drogas, lo habría indicado expresamente en el artículo 5 de la Ley 20.603 que modificó el artículo 62 de la Ley 20.000, cosa que no ocurrió, ya que el único cambio en la redacción de dicho precepto fue reemplazar la expresión "penas alternativas" por "penas sustitutivas"" [23]-[24].

2.3. Por su parte, Tomás Ramírez, en torno a la modificación que la incorporación del régimen de penas sustitutivas instauró en nuestro sistema, considera que estas penas no son aplicables al sistema de drogas, salvo cuando al sujeto en cuestión le es reconocida la cooperación eficaz: "*en relación con los delitos de drogas, la sustitución de penas no es aplicable a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por crímenes o simples delitos de la Ley 20.000 en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, a menos que les hubiere sido reconocida su cooperación eficaz*" [25].

Conclusiones

En base a los argumentos antes expuestos, es menester concluir que aun cuando hubieren transcurrido cinco o diez años desde el cumplimiento de una condena por infracción a la Ley 20.000 o la Ley 19.366, no es posible aplicar una pena sustitutiva de las contempladas en la Ley 18.216 a quien sea nuevamente condenado bajo el amparo de la ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, salvo que, cumpliéndose todos los requisitos que esta institución exige, se le reconozca al sujeto la atenuante de cooperación eficaz. Ello, por cuanto el precepto del artículo 62 de la Ley 20.000 es claro y sólo admite como única excepción la procedencia de la cooperación eficaz como atenuante y nada dice respecto al transcurso del tiempo.

23 AGUILAR, ob. cit., p. 32.

24 La negrilla es mía.

25 RAMÍREZ HERMOSILLA, Tomás. "Nuevo Régimen de sustitución de Penas". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 51, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2012, p. 54.

En este mismo sentido, se desprende de la propia intención del legislador la no aplicación del inciso quinto del artículo 1 de la Ley N°18.216 respecto de los reincidentes en materia de drogas o tráfico de estupefaciente, pues como bien lo señala Cristian Aguilar: "*Si hubiere deseado aplicar e incorporar esta regla de prescripción especial a los delitos de la ley de drogas, lo habría indicado expresamente en el artículo 5 de la Ley 20.603 que modificó el artículo 62 de la Ley 20.000, cosa que no ocurrió, ya que el único cambio en la redacción de dicho precepto fue reemplazar la expresión "penas alternativas" por "penas sustitutivas*"[26].

Por otro lado, y por disposición de los artículos 4 y 13 del Código Civil[27], los cuales consagran el principio de especialidad –en virtud del cual ha de preferirse la interpretación y/o aplicación de la ley especial por sobre la ley general–, innegable es la especialidad de la Ley 20.000 por sobre la Ley 18.216. Lo anterior, por cuanto la primera sólo se remite a la regulación y sanción de las conductas relacionadas con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, mientras que la segunda, reconoce la posibilidad de aplicar una pena sustitutiva a las penas privativas o restrictivas de libertad, siempre que se cumplan los requisitos previstos en ella y que el delito por el que se ha condenado no sea de aquellos expresamente excluidos por la misma disposición, sin distinguir la materia sobre la que verse.

Por último, es importante destacar que ha sido la propia Corte Suprema, la que en el fallo antes citado, ha reconocido la prevalencia del artículo 62 de la Ley 20.000 por sobre la aplicación del inciso quinto del artículo 1 de la Ley 18.216. En este sentido, siendo la Corte Suprema el máximo tribunal de la República y teniendo, según dispone el artículo 82 de la Constitución Política de la República[28], "la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación", no es posible soslayar su interpretación sobre la temática expuesta.

26 AGUILAR, ob. cit., p. 32.

27 Chile, Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Justicia, fija Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, Ley de Menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, Diario Oficial del 30 de mayo de 2000.
Art. 4°. *Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código.*
Art. 13. *Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición.*

28 Artículo 82.- *La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales.*

ANÁLISIS DE SENTENCIA: LA SANCIÓN DEL DELITO DE TENENCIA DE PRECURSORES Y SUSTANCIAS QUÍMICAS ESENCIALES COMO FIGURA INDEPENDIENTE DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, EN LAS HIPÓTESIS DE TENENCIA O POSESIÓN DE DROGAS

Patricio Martínez Felip[1]

Resumen

El presente trabajo revisa el razonamiento en virtud del cual el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta condena a dos imputados por los delitos de tráfico de drogas y posesión de precursores y/o sustancias químicas esenciales como figuras independientes, como lo pretendía la Fiscalía, sin perjuicio de lo cual, en definitiva, aplicando las normas del concurso medial contenidas en el art. 75 del Código Penal, dicta una sentencia condenatoria en que la extensión de la pena no recoge la existencia de las figuras señaladas como delitos independientes. Tras aquello, exploraremos otras alternativas posibles de sanción al caso planteado.

Introducción

El día 11 de marzo de 2017, en la causa RIT 26-2017, RUC N° 1501128061-4, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, en adelante TOP, dictó sentencia condenatoria respecto de Jaime Astorga y Florencio Ballejos.

Los hechos que se les atribuían, en lo relevante, indican que tras información obtenida por interceptaciones telefónicas y la venta de droga por parte de Astorga a un agente revelador en dos ocasiones, la policía ingresó al domicilio del imputado Astorga y encontró droga oculta en su domicilio, dispuesta para ser vendida en pequeñas cantidades, y en una especie de subterráneo habilitado especialmente, se encontraron elementos destinados a aumentar la droga, y especialmente ácido clorhídrico, bicarbonato, cocaína en estado líquido en proceso de aumento y cocaína en estado sólido. Además se encontró en el lugar a Florencio Ballejos.

La acusación que dio origen a la sentencia comentada solicitó se condenara a los acusados como autores de tráfico de drogas en las hipótesis de posesión o tenencia, y además como autores del delito de tenencia o posesión de precursores o sustancias químicas esenciales para la fabricación de droga, solicitando penas

1 Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Antofagasta, Fiscalía Regional de Antofagasta, Ministerio Público de Chile.

separadas para cada uno de los delitos, entendiendo que se trata de dos figuras independientes, por estimar más favorable la aplicación del art. 74 del Código Penal, que la norma del art. 351 del Código Procesal Penal.

Aun cuando existen en la jurisprudencia chilena pronunciamientos que consideran que la posesión o tenencia de precursores y sustancias químicas esenciales es parte del proceso de fabricación de droga[2], y que por tanto no puede ser considerado como un delito independiente, sino como parte del proceso de consumación del delito de tráfico de drogas, en su hipótesis de fabricación, la sentencia en estudio calificó los hechos que dio por probados –los que no son sustancialmente diferentes de aquellos señalados en la acusación– como dos figuras distintas. No obstante ello, al momento de determinar el quantum de la pena no se vislumbra un efecto real derivado de dicha concepción.

Revisaremos, pues, los fundamentos del TOP para arribar a dicha conclusión y también los motivos que lo llevaron a imponer las penas en la forma que lo hizo. Cuestionaremos tal forma de razonar y finalmente propondremos una alternativa distinta de solución que se refleje en la pena que pensamos debió ser impuesta, al menos al acusado Astorga.

2. Posturas de los intervinientes

2.1. La Fiscalía. El Ministerio Público sostuvo que los hechos presentados al conocimiento del TOP constituían dos delitos independientes, por cuanto si bien se descubrieron en un mismo instante y ambos delitos consisten en la tenencia o posesión de elementos prohibidos que están relacionados unos con otros, en el sentido de ser necesarios los precursores y sustancias químicas esenciales para la fabricación de cocaína, en este caso, ello no aplica. Lo anterior, por cuanto la conducta atribuida a los acusados no es elaborar, sino poseerla y aumentarla. Es decir, la cocaína ya había sido elaborada, trasladada hasta el domicilio en que fue descubierta y aun cuando Florencio Ballejos trabajaba en aumentar el volumen de la droga ya existente, ello no implica la elaboración de droga que ya existía. Por lo tanto, los verbos rectores comprometidos no dicen relación con la elaboración de droga, sino con su posesión o tenencia. De esta forma, la existencia de precursores y

2 Parte de la doctrina entiende al tráfico ilícito de drogas como una figura penal de emprendimiento distinguiendo por tanto diferentes fases comisivas integradas por las conductas sancionadas en la Ley de Drogas, considerándolas parte del llamado "ciclo del tráfico ilícito de drogas" como formas de favorecimiento del tráfico.

sustancias químicas esenciales no dicen relación con la elaboración de nueva droga y, en cambio, dan cuenta de una figura independiente que no puede ser absorbida por un proceso de fabricación o elaboración de droga.

Por ello se solicitó una pena por cada uno de los delitos por los que se acusó, por cuanto, la aplicación de las normas del art. 74 del Código Penal les resultaban más favorables a ambos imputados que la aplicación de la norma del art. 351 inc. 1° del Código Procesal Penal.

2.2. **La Defensa de Florencio Ballejos.** Sostuvo esta Defensa que el imputado fue contratado para aumentar droga, reduciendo su pureza y obtener de un kilo de cocaína, tres kilos de cocaína. La diferencia entre el primer kilo de cocaína y los tres kilos que resultarían del proceso sería la disminución de la pureza. La defensa calificó fácticamente aquello como elaboración de droga, y jurídicamente dicha elaboración de cocaína comprende las hipótesis de fabricación o elaboración. Esta elaboración, entonces, requiere de diversos insumos entre los que están los carbonatos y el ácido clorhídrico, y por tanto la posesión de dichos elementos forma parte del proceso de elaboración. Consecuencia de todo ello es que el imputado debía ser condenado sólo por tráfico de drogas[3].

2.3. **La Defensa de Jaime Astorga.** Esta Defensa alegó que el imputado debía ser condenado como autor de tráfico de drogas, pues eso fue lo que se encontró en su domicilio. Es decir, si bien se le debía condenar por tráfico de drogas, ello se derivaba de la posesión o tenencia de drogas, mas no por su elaboración. Agregó que la tenencia de precursores se encuentra en relación de medio a fin con la elaboración de droga, lo que provoca que esa tenencia o posesión de precursores y sustancias químicas esenciales es la actividad necesaria y previa para la elaboración de droga por lo que no pueden ser consideradas figuras independientes. Sin perjuicio de ello, profundizó en lo dicho, indicando que ya que la tenencia de precursores y sustancias químicas esenciales estaba destinada a la elaboración de droga, y fue el coimputado Ballejos quien fue sorprendido elaborando cocaína, debía seguirse consecuencialmente que al no tener participación en la elaboración de cocaína, su defendido debía ser absuelto de los cargos relacionados con el delito de tenencia o posesión de precursores y sustancias químicas esenciales.

3 Además alegó la concurrencia de la atenuante del art. 11 N° 9 del Código Penal, al igual que el otro acusado, lo que no es relevante para efectos de este análisis.

3. La decisión del Tribunal

Útil resulta tener a la vista los hechos que el TOP dio por probados, los que se describen en el considerando octavo de la sentencia individualizada, que señala:

"1.- A raíz de diligencias de investigación realizadas por personal de la sección OS-7 de Carabineros a partir del mes de Noviembre de 2015, autorizadas judicialmente, entre ellas interceptaciones telefónicas, seguimientos y vigilancias, se determinó que Jaime Astorga Rodríguez distribuía droga y también la vendía en su domicilio ubicado en calle xxx de esta ciudad.

2.- Para verificar lo anterior, el 3 de Marzo de 2016, un funcionario de dicha sección, autorizado para actuar como agente revelador concurrió a tal domicilio, tomando contacto con el encausado, a quien le solicitó la venta de droga, pasándole la suma de $20.000 pesos, entregando éste a cambio, 10 envoltorios de papel cuadriculado, contenedores de un polvo beige opaco, que correspondía a cocaína en estado base, con un peso de 0,67 grs. netos.

3.- Del mismo modo, el 10 de Marzo de 2016 en horas de la mañana, obrando igual, esto es a través de un agente revelador, éste contactó al imputado Jaime Astorga en el frontis de su domicilio para que le vendiera droga, pasándole la suma de $5.000.- recibiendo a cambio 5 envoltorios de papel cuadriculado contenedores de una pasta beige que pesó 0,41 gramos neto que correspondía a cocaína, la que por su escasa cantidad no se pudo determinar su estado ni concentración.

4.- A consecuencia de lo anterior, horas más tarde de ese mismo día, previa autorización judicial, personal de Carabineros ingresó al mencionado domicilio encontrando en el frontis a Jaime Astorga. Una vez en el patio y al final de este, los funcionarios advirtieron la existencia de un pozo en el suelo, cubierto en parte por la estructura antigua de un camión, constatando la existencia de una dependencia subterránea aledaña al pozo, destinada a un laboratorio artesanal, donde encontraron al encausado a Florencio Ballejos Condori, en pleno proceso de aumento de droga, toda vez que junto a él, se hallaron tres contenedores plásticos: uno de color verde marca Wenco y otro de color blanco con la leyenda "Codina", ambos cubiertos con sendos trozos de género de color blanco, con una pasta beige en proceso de secado, con un peso bruto ambas de 5 kilos y 100 gramos, determinándose que era cocaína base con un 7% de pureza, junto a un tercer envase de plástico con un líquido beige oscuro, con un peso bruto de 19 kilos y 200 gramos, en el que se encontraron trazas de cocaína clorhidrato. Desde la misma dependencia se procedió a la incautación de una bolsa de nylon color blanco, más otra de color negro, ambas contenedoras de un polvo blanco con apariencia de bicarbonato de sodio, cuyo peso bruto fue de 3 kilos 800 gramos, identificándose la presencia de carbonatos, más un bidón con la leyenda ácido muriático con un líquido amarillo que pesó 1 kilo 800 gramos, que resultó corresponder a ácido clorhídrico, más un contenedor de color gris con restos de

cocaína, un cilindro de gas de 5 kilos, una cocinilla y una olla de aluminio. Asimismo, Carabineros incautó desde una repisa 3 máscaras respiratorias, dos rollos de bolsas de nylon transparentes, dos recipientes de color verde marca Wenco, un trozo de madera de un metro de largo adentro de un balde de color blanco con la leyenda "Codina", un colador plástico de color azul y una pesa digital marca Electric modelo SF-400 color blanco.

Además en dicho lugar, sobre un estante, se hallaron 6 bolsas de nylon color negro, 3 bolsas de nylon blancas y una transparente, todas contenedoras de una pasta beige opaca en la que se encontraron trazas de pasta base de cocaína, con un peso bruto de 5 kilos 200 gramos.

En el mismo inmueble, en una dependencia utilizada como cocina se incautaron desde el interior de un mate 20 envoltorios de papel cuadriculado, con una sustancia de similares características a la adquirida por el agente revelador en horas de la mañana, más una bolsa de nylon transparente y un envoltorio de papel de diario, todos contenedores de una pasta beige opaca, con un peso neto total de 43,27 gramos identificada como cocaína base, con un 38% de pureza, además de un envoltorio de papel de diario contenedor de marihuana que pesó 2,26 grs brutos. Asimismo, continuando con el registro, bajo el cojín de un sofá en el living, se incautó la suma de $1.184.500 pesos en billetes de moneda chilena de diferente denominación, entre los cuales estaban el billete de $5.000.- utilizado por el agente revelador en la compra simulada de aquel día.

Finalmente al registro de los imputados, se encontró en poder de Jaime Astorga el teléfono celular interceptado y otro teléfono celular, y en poder de Florencio Ballejos, un teléfono celular".

Los hechos descritos fueron calificados jurídicamente por el TOP[4], respecto de ambos acusados, como constitutivos "…*por una parte el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3 en relación con el artículo 1, ambos de la Ley 20.000, toda vez que se acreditó respecto de ambos enjuiciados la tenencia, posesión y guarda, de sustancias a las que se refiere la citada disposición legal, sin contar con la autorización competente… Asimismo los hechos descritos, configuran el delito de posesión o tenencia de precursores o sustancias químicas esenciales, previsto y sancionado en el artículo 2° de la Ley 20.000…".*

Sin embargo, y a pesar que lo que para el TOP resultó probado fueron dos delitos diferentes, estimó que atendido el hecho de haber sido sorprendido

4 Considerando noveno.

Ballejos aumentando la cocaína que poseía junto a Astorga, esa conducta formaba parte del proceso de elaboración de cocaína, y que por tanto se configuraba el concurso medial a que se refiere el art. 75 del Código Penal. Tuvieron en consideración para ello que si bien el aumento del volumen de droga no constituía elaboración, lo cierto para el TOP es que este proceso aún no concluía y que la incautación de los precursores y sustancias químicas esenciales fue el medio necesario para que se incautara la droga que finalmente fue incautada[5].

Por lo anterior, y a pesar de dar aplicación al art. 75 del Código Penal, el TOP condenó a Jaime Astorga por ambos delitos, en lo relevante, a una pena única de 10 años y 1 día de presidio mayor en su grado medio y condenó a Florencio Ballejos como autor de los dos delitos en comento, en lo pertinente, a una pena única de 6 años de presidio mayor en su grado mínimo[6].

4. Comentario

Lo primero que creemos necesario destacar es la contradicción que aparece en los fundamentos para estimar que a pesar de tratarse de dos delitos independientes, la tenencia de precursores y sustancias químicas esenciales, se encuentre en relación medial con la elaboración de droga. Si bien es cierto que en abstracto tal afirmación es evidentemente correcta, en este caso

5 El considerando noveno en su párrafo final señala: "…*No obstante lo anterior –y esto será de importancia al momento de regular la pena– reconociendo que en abstracto el delito previsto y sancionado en el artículo 2 de la ley 20.000, es un delito autónomo e independiente del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en este caso en particular, habiéndose establecido que el proceso de aumento de droga y rebaja de su pureza aun no concluía, se estima que ambos se encuentran estrechamente vinculados y conectados, en relación de medio a fin, la figura del artículo 2° con el delito del artículo 3° de la Ley 20.000, vale decir, la posesión y tenencia de la sustancia estupefaciente hallada en el domicilio de Astorga donde Ballejos cocinaba parte de la misma, puesto que era en dicho inmueble donde los mismos acusados mantenían el precursor químico para preparar esa droga para los efectos de su comercialización o distribución, vale decir, si no hubiesen tenido el ácido clorhídrico y el bicarbonato el día 10 de marzo de 2016, no podrían haber preparado la mayor cantidad de pasta base de cocaína que iban a colocar al mercado, de la que estaban en posesión y que les fue incautada en la pieza subterránea del inmueble de Calle xxx de esta ciudad. Por lo tanto, la posesión o tenencia del precursor o sustancia química esencial, en la especie, fue fundamental, en otras palabras, fue el medio necesario, para que se incautaran los más de 10 kilos de pasta base de cocaína y el preparado líquido con trazas de clorhidrato de cocaína que estaba ad portas de transformarse en pasta base, droga que los acusados poseían y mantenían en el inmueble ya singularizado, con el propósito de comercializarla y distribuir a terceros*".

6 En cuanto a circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, el TOP estimó concurrente respecto de Jaime Astorga la agravante del art. 12 N° 16 del Código Penal, y respecto de Florencio Ballejos, la atenuante del art. 11 N° 6 del Código Penal. El TOP no consideró otras modificatorias.

concreto no lo es. Lo anterior, por cuanto en los fundamentos que señala el TOP respecto de la evaluación que hace de las conductas fácticas, aparece en el considerando noveno párrafo final transcrito al pie de esta página, que la tenencia de los precursores y sustancias químicas esenciales eran necesarios para elaborar droga, no es menos cierto que ello se contradice con lo señalado en la sentencia en el mismo considerando noveno, un par de párrafos más arriba, cuando señala al referirse a la existencia del delito de tenencia de precursores y sustancias químicas esenciales de manera independiente al de tráfico de drogas que "*…Asimismo los hechos descritos, configuran el delito de posesión o tenencia de precursores o sustancias químicas esenciales, previsto y sancionado en el artículo 2° de la Ley 20.000, en la medida que se acreditó fehacientemente que los dos acusados mantenían en su poder una sustancia química esencial, específicamente ácido clorhídrico en presentación comercial de ácido muriático, que Ballejos se encontraba utilizando junto con una sustancia en polvo contenedora de carbonatos, para realizar el proceso de aumento de droga, todo lo cual aquel hacía en una dependencia oculta ubicada en el domicilio de Astorga que era precisamente custodiado de modo personal por éste, de manera que ambos encausados se encontraban con los elementos indicados, "cocinando" cocaína de alta pureza para aumentar su cantidad, al tiempo que disminuían su concentración y su calidad (pureza), proceso que dio como resultado un producto distinto al inicial,* ***sin que variara la identidad de la droga*** *–que se encontró en proceso de secado y también líquido– estableciéndose la primera era cocaína base con 7% de pureza y en el líquido se encontró clorhidrato de cocaína en trazas, lo que evidenció que a su respecto el proceso se hallaba en su fase inicial y previo a la mezcla con los carbonatos*" (la negrita y lo subrayado es mío).

De esta forma, si no se alteró la identidad de la droga –cocaína– sino que sólo se alteró su nivel de concentración o pureza, no es posible sostener que el proceso de "cocinar", como lo llama la sentencia, sea equivalente a elaborar o fabricar droga, sino sólo a modificarla sin alterar su esencia. Siendo entonces lo sometido a control por la Ley 20.000, en lo pertinente a la cocaína, y existiendo ella en poder de los imputados con independencia de estar ésta siendo "cocinada", que ya sabemos que no es lo mismo que elaborar o fabricar, se rompe la relación medial a que se refiere la sentencia y ello hace inaplicable lo dispuesto por el art. 75 del Código Penal, que es la conclusión a la que llega la sentencia al momento de imponer las sanciones ya reseñadas.

A riesgo de ser reiterativo, la conducta que la sentencia atribuye a los acusados referida a aumentar el volumen de la droga y a disminuir su pureza no es constitutiva de los verbos rectores elaborar o fabricar, ya que son conductas que necesariamente importan crear algo nuevo, inexistente antes de la creación. Así, sólo estamos en presencia de fabricación o elaboración de cocaína cuando aparezca que se han mezclado diversos ingredientes que no eran cocaína, y que tras su mezcla se obtenga un producto que en su conjunto es diferente a cada uno de los elementos usados en su fabricación o elaboración. Ello no ocurrió

en este caso en que los procesos y mezcla de elementos prohibidos no dieron lugar a una sustancia nueva, sino sólo a la alteración de la pureza y aumento de volumen de una sustancia que, antes y después del proceso de "cocinado", era y siguió siendo cocaína.

Quizás pudiere plantearse la duda respecto del verbo rector transformar enumerado en el art. 1 de la Ley 20.000. Sin embargo, al revisar el contexto de la norma, aparece que lo que se sanciona es la transformación de "*… sustancias o drogas estupefacientes capaces de provocar…*", y resulta que el sentido natural y obvio de transformar es *"1. Hacer cambiar de forma a alguien o algo; o 2. Transmutar algo en otra cosa…."*[7]. De lo anterior, se sigue que es indispensable para que exista transformación, que varíe la esencia de la cosa transformada, en nuestro caso, que varíe la esencia de la droga, es decir, que lo que no era droga luego de la transformación lo sea, o bien que la droga sea transformada y resulte en otra droga. Nada de eso ocurrió.

Aun dentro de este planteamiento, estimamos que la solución correcta frente a la aplicación de la pena se encuentra contenida en los arts. 351 del Código Procesal Penal y 74 del Código Penal.

Por lo ya señalado, es decir, por estar claramente establecido que la tenencia de precursores y sustancias químicas esenciales en este caso no es un medio para la elaboración de cocaína –porque no hubo elaboración de cocaína– entendemos que no es aplicable la norma del art. 75 del Código Penal. Reste entonces explicar brevemente cual creemos que es el camino correcto para la resolución del caso comentado.

Aun compartiendo con el Tribunal que se trata de dos conductas diferentes que constituyen dos delitos diversos, nos alejamos de su criterio y sostenemos que se trata, además, de dos delitos independientes entre sí. Por una parte, la tenencia o posesión de precursores y sustancias químicas esenciales y por la otra la tenencia o posesión de cocaína, en una situación fáctica en que cada uno no es necesario para la existencia del otro, en las hipótesis que se probaron de tenencia o posesión de las sustancias señaladas. Luego, esta dualidad de conductas y de calificaciones jurídicas, de cara a la sanción, se encuadra en lo que dispone el art. 351 inc. 1° del Código Procesal Penal, a raíz de la sanción de delitos reiterados que son de la misma especie. La norma señala que estos delitos se castigan estimándolos como uno solo que debe ser castigado con una pena única que debe ser aumentada en uno o

7 Diccionario de la Real Academia Española [en línea]. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=aJbn4er [fecha de consulta: 19 de septiembre de 2017].

dos grados. En este caso, y teniendo presente que ambos delitos afectan el mismo bien jurídico como es la salud pública, y que se encuentran en el mismo cuerpo legal, fácilmente se puede concluir que son de aquellos que el art. 351 del Código Procesal Penal considera de la misma especie.

Establecido lo anterior, razonablemente debe tomarse como pena base la del delito más grave. Pensar lo contrario importaría no aplicar las penas señaladas por la ley a los diferentes delitos, quedando, entonces, impunes algunas conductas. Y luego de tener determinada la pena base, entonces se debe aumentar en uno o dos grados. En este caso el delito más grave es el de tráfico de drogas, pues tiene mayor pena.

En el caso en comento los razonamientos deben ser separados por cada acusado. Así, respecto de Jaime Astorga, concurriendo una agravante, la pena por el delito de tráfico de drogas estaba radicada en presidio mayor en su grado medio. Luego de aplicar la norma del art. 351 a que nos referimos, esta pena original debía aumentarse al menos en un grado. Así las cosas, la pena corporal mínima única a que podía ser condenado Jaime Astorga era de 15 años y 1 día de presidio mayor en grado medio.

Por su parte, Florencio Ballejos, y a raíz del mismo razonamiento, como a su respecto concurría la atenuante del art. 11 N° 6 del Código Penal, la pena corporal que le correspondía por el delito de tráfico de drogas era de presidio mayor en su grado mínimo. Aplicando lo dispuesto por el art. 351 del Código Procesal Penal, la pena debía ser aumentada al menos en un grado, y en consecuencia la condena única por ambos delitos no podía ser inferior a los 10 años y 1 día de presidio mayor en su grado medio.

Calculadas las penas de la forma propuesta, cobra relevancia lo dispuesto por el inc. 3° del art. 351 del Código Procesal Penal, que señala que en todo caso, si la acumulación material de que trata el art. 74 del Código Penal se traduce en una menor extensión de la condena, debe preferirse dicha norma. Y esto último es lo que en definitiva nos hace entender que era la solución correcta para la aplicación de las penas. Si las penas mínimas que correspondían a cada imputado por cada delito se acumulaban materialmente, el tiempo de privación de libertad de cada uno sería menor. Así, a Jaime Astorga le corresponderían las penas de 10 años y 1 día de presidio mayor en su grado medio y 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, por los delitos de tráfico de drogas y de tenencia de precursores y sustancias químicas esenciales, respectivamente, sumando un total de 13 años y 2 días de privación de libertad. Por su parte, con la misma lógica de imponer las penas en su mínimo, a Florencio Ballejos se le habría condenado a 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo y a la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, por los delitos de tráfico de drogas y de tenencia de precursores y sustancias químicas esenciales, respectivamente.

Pasando a otro aspecto que puede ser revisado en esta sentencia aparece que aun cuando se haga aplicación de la norma del art. 75 del Código Penal, como lo hizo el TOP en la sentencia comentada, resultó que las penas impuestas no dan cuenta realmente de la condena por ambos delitos, es decir, aun cuando se debe imponer una pena única, ésta debe ser la pena mayor asignada al delito más grave. En este caso el delito más grave es el tráfico de drogas, y la pena corporal mayor es la que se sitúa en el rango del presidio mayor en su grado medio.

Por lo anterior, y aun cuando la pena a que fue condenado Jaime Astorga es precisamente la de presidio mayor en su grado medio, regulada en 10 años y 1 día, resulta que esa es la pena mínima a que debía ser condenado sólo por el delito de tráfico de drogas, por lo tanto, en la pena corporal que le fue impuesta no se refleja el disvalor ni el reproche que a la tenencia de precursores y sustancias químicas esenciales se le debió hacer. Formalmente es posible que la pena esté correctamente calculada –partiendo de la base que el art. 75 del Código Penal era la norma a aplicar, de lo que discrepamos como ya se ha señalado– sin embargo, la pena no tiene contenido alguno en relación con la aparente sanción por el delito de tenencia de precursores y sustancias químicas esenciales, por lo que más allá de la declaración de condena que la sentencia realiza por este delito, en la práctica, no existió sanción real.

El caso de la condena de Florencio Ballejos es aún más complejo, pues ordenando el art. 75 que en los casos de concurso medial se debe imponer la pena mayor asignada al delito más grave, ciertamente la pena que se debió haber impuesto es la de presidio mayor en su grado medio. Si eso hubiera ocurrido, dicha condena habría contemplado el reproche por los dos delitos por los que fue condenado[8]. Sin embargo, por motivos desconocidos, ello no ocurrió y, en cambio, se le impuso la pena de 6 años de presidio mayor en su grado mínimo.

Los motivos por los cuales se condenó a las penas señaladas a cada acusado son, en efecto, desconocidos, pues aun cuando se explican los fundamentos para dar aplicación a lo dispuesto por el ya citado art. 75 del Código Penal, lo cierto es que no hay argumento alguno que se refiera a los motivos por los que las penas se impusieron en los *quantum* señalados. Lo anterior contraría incluso lo señalado por el considerando décimo quinto, que en uno de sus pasajes explica el motivo de la aplicación de la norma citada: "*…claramente tuvieron una relación de medio a fin, sancionado del mismo modo que en el caso del concurso ideal, o sea mediante la absorción de las penas, aplicando únicamente la sanción mayor, correspondiente al delito más grave*" (lo subrayado es mío), particularmente respecto de Florencio Ballejos.

8 Sin perjuicio que en tal caso era más favorable la acumulación material a que se refiere el art. 74 del Código Penal.

5. Conclusiones

Concluyo la revisión de la sentencia individualizada, reforzando la idea de que más allá de lo que podamos pensar en abstracto, y aun cuando la sentencia reconoce la existencia de dos delitos, es la propia sentencia la que presenta contradicciones entre diversos pasajes en relación con la norma jurídica que debía aplicarse para resolver la forma de calcular la pena, y que una vez realizado aquello, no se apegó a los efectos que la propia ley prevé para el caso del concurso medial como fue expuesto.

Sin perjuicio de lo anterior, es destacable que el TOP se haya abierto a razonar en torno a la existencia de figuras delictuales independientes, en circunstancias que la mayoría de la jurisprudencia nacional reciente apunta a considerar la tenencia de precursores como una etapa en el delito de tráfico de drogas en su hipótesis de elaboración o fabricación. En ese sentido, en Antofagasta, ésta es de las primeras sentencias que en un primer juicio oral lo sostiene. Juicios anteriores terminaron con sentencias en ese sentido, y algunos anulados por la Corte de Apelaciones de Antofagasta a petición de la Fiscalía, al realizarse por segunda vez, razonaron en forma similar a la contemplada por la sentencia en comento.

Finalmente, es necesario hacer presente que la sentencia fue recurrida de nulidad por las defensas de ambos imputados, recursos que fueron rechazados en su momento, encontrándose la sentencia comentada firme y ejecutoriada.

Aun cuando no es el objeto del presente análisis, creo útil agregar como información actualizada que con fecha 13 de septiembre de 2017, en la causa RUC 1600289448-7, RIT 246-2017, el TOP de Antofagasta dictó sentencia condenatoria por los delitos de tráfico de drogas y posesión o tenencia de precursores o sustancias químicas esenciales. En este caso, y aun cuando se consideraron figuras autónomas, para efectos de la sanción se consideró lo dispuesto por el art. 75 del Código Penal, en términos que se estimó una vez más que existió una relación de medio a fin entre las conductas que configuran ambos delitos. No obstante ello, y a diferencia de lo razonado en la sentencia comentada en el presente artículo, el tribunal primero aplicó la pena al delito más grave –tráfico de drogas– y aplicó el grado mayor, fijando la pena originalmente en 10 años y 1 día de presidio mayor en su grado medio. A continuación, y como al imputado le perjudicaba la agravante del art. 12 N° 16 del Código Penal, impuso la pena en la mitad superior del grado, condenándolo en definitiva a la pena de 12 años y 184 días de presidio mayor en su grado medio.

Los hechos por los cuales fue condenado el imputado en esta última causa fueron investigados por la Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Antofagasta, Paola Acevedo Vera.

UNIDAD DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

COOPERACIÓN INTERNACIONAL: TRAMITACIÓN, OBTENCIÓN DE PRUEBAS E INCORPORACIÓN DE DOCUMENTOS Y EVIDENCIAS

María Luisa Montenegro Torres[1]

1. Introducción

"Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas"[2].

Esas palabras corresponden al Secretario de las Naciones Unidas en 2004, Sr. Kofi Annan, y se encuentran plasmadas en el prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Trece años han pasado y el texto sigue vigente y cada vez se torna más actual. La delincuencia en general, y sobre todo la delincuencia organizada trasnacional, han ido utilizando las nuevas tecnologías y la globalización para perfeccionarse cada vez más.

Es por lo mismo, que la cooperación internacional en materia penal también ha ido aumentando su frecuencia con los años y también así lo ha hecho su complejidad. Si hasta hace algunos años, el hecho de existir prueba o algún otro tipo de indicio en el extranjero era una barrera en la investigación, el día de hoy ya no lo es y cada vez es más frecuente ver investigaciones con aristas internacionales. En un principio, las solicitudes solían limitarse a determinar antecedentes penales de un individuo, pero ahora las investigaciones más complejas, o el hecho de que todos los países colaboren para poder aplicar justicia, ha derivado en solicitudes de diligencias e investigaciones más complejas, por lo que debemos preguntarnos cómo incorporamos esos medios

1 Abogada Asesora, Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 ANNAN, Kofi, Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada trasnacional [en línea]. Nueva York, Estados Unidos de América, 2004, p. iii. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf [fecha de consulta: 27 de agosto de 2017].

de prueba a una causa, y más específicamente, a un juicio oral, cuáles son las normas que rigen estas solicitudes y su validez.

Este trabajo pretende abarcar en forma somera cómo opera la cooperación internacional en cuanto a los requerimientos internacionales, cuáles son sus fuentes legales, y cómo se puede obtener prueba para su posterior incorporación a juicio, tomando un concepto restringido de prueba, definiéndola tal como lo hace Maier en relación con las propiedades básicas que debe poseer la incorporación de un conocimiento para ser valorado. Por de pronto, debe ser legítimo, esto es, permitido, y mediante un procedimiento consentido por el orden jurídico[3].

Para ello primero tendremos que analizar qué es la cooperación internacional, la forma válida de efectuarla y, luego, cómo se incorpora dicha prueba, o más bien dicho medio de prueba, y los desafíos que ello implica.

2. Contexto de la cooperación internacional

2.1. Qué es la cooperación internacional

La cooperación jurídica internacional puede definirse como un mecanismo mediante el cual un Estado solicita colaboración a otro a fin de resolver diferentes aspectos de un proceso judicial[4]. Dicha asistencia puede producirse en diversos ámbitos, tanto civiles, comerciales, laborales, penales y otros. En este trabajo nos abocaremos a la cooperación jurídica internacional en materia penal.

Tal y como señala Kai Ambos, ésta puede dividirse en dos grandes ramas: la "gran cooperación internacional", refiriéndose a las extradiciones, y la "pequeña cooperación internacional", referida a la cooperación jurídica internacional que permite obtener determinadas pruebas[5].

Efectivamente, cooperación internacional como herramienta surge con la extradición entre países, definiéndose ésta como el "procedimiento por el cual un Estado requiere de otro la entrega de una persona que debe ser sometida a juicio penal o al cumplimiento de una pena ya impuesta en una

3 MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal.* 1ª edición, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2011, Tomo III, p. 83.

4 Es importante señalar que es el Estado de Chile el que aparece como solicitante a otro país, no la institución que solicita la asistencia.

5 KAI, Ambos. "Obtención transnacional de pruebas en la Unión Europea". En: *Revista de Ciencias Penales*, N° 2, Santiago, Chile, Instituto de Ciencias Penales, Legalpublishing, 2014, p. 11.

sentencia penal condenatoria"[6]. Esta forma de cooperación surge con el fin de evitar la impunidad.

Pero además de la extradición, existe otra forma de cooperación internacional, que es la Asistencia Legal Mutua (MLA por sus siglas en inglés, Mutual Legal Assistance), que, como señalamos anteriormente, es la que permite obtener determinadas pruebas, sean éstas a través de requerimientos de información o de solicitudes de diligencias a llevarse a cabo en un país extranjero y, como iremos viendo, este tipo de cooperación ha ido tomando fuerza y se ha ido complejizando. Tal como lo define el Manual de Asistencia Judicial Recíproca y Extradición de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) relativo a la Convención de Palermo sobre delincuencia organizada trasnacional, "la asistencia judicial recíproca en asuntos penales es un proceso por el cual los Estados procuran y prestan asistencia en la reunión de pruebas que se utilizarán en una causa penal"[7].

De aquí en adelante, cuando hablemos de cooperación internacional, nos estaremos refiriendo a los requerimientos de asistencia penal en materia internacional.

2.2. Importancia de la cooperación internacional

La cooperación jurídica internacional en materia penal es un mecanismo que tiene gran relevancia, ya que es una herramienta para hacer frente al delito y que se ha ido actualizando, principalmente, a raíz de las necesidades que ha creado la lucha contra la delincuencia organizada transnacional.

En épocas anteriores, al momento de investigar, el hecho de que hubiese elementos de prueba en el extranjero era un escollo para el esclarecimiento de los hechos o la resolución de una causa o investigación, esto, por las dificultades en las comunicaciones y en la obtención de prueba, que muchas veces no era allegada a las carpetas investigativas o llegaban tardíamente, por lo que su incorporación era imposible.

El desarrollo de las tecnologías, la facilidad de movilización y la globalización en general han hecho que la delincuencia vaya más allá de nuestras fronteras y

6 MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed., Santiago, Chile, Legal Publishing, 2012, Tomo II, p. 1170.

7 Naciones Unidas, Manual de Asistencia Judicial Recíproca y Extradición de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [en línea]. Viena, Austria, Naciones Unidas, 2012. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_S.pdf, p. 19 [fecha de consulta: 28 de agosto de 2017].

que la cooperación internacional haya crecido entre los países haciéndose cada vez más comunes los requerimientos de asistencia internacional ya que, como señala Carola Canelo, "una justicia sin fronteras requiere necesariamente de la cooperación internacional" [8].

2.3. Normativa nacional sobre cooperación internacional

La cooperación internacional tiene una escasa normativa en nuestras normas nacionales. Tal y como lo hace el derecho internacional, nuestro Código Procesal Penal tiene normas sobre "gran" y "pequeña" cooperación internacional.

Nuestro Código Procesal Penal trata el proceso de extradición en su Libro Cuarto, Capítulo VI, normando en su párrafo 1° el procedimiento de extradición activa y en su párrafo 2° el procedimiento de extradición pasiva. En ambos casos se establece un proceso con pasos determinados para otorgar o denegar una extradición señalando los requisitos en uno y otro caso. Si bien creemos que la legislación no es lo adecuadamente detallada en algunos puntos, es suficiente para que la jurisprudencia se haya ido asentando en estas materias desde el inicio de la reforma procesal penal hasta la fecha.

Lamentablemente no podemos decir lo mismo sobre la cooperación internacional en cuanto a los requerimientos de asistencia internacional en materia penal, donde la legislación es prácticamente inexistente. Nuestro Código Procesal Penal sólo contempla dos normas: el artículo 20 bis y el artículo 13.

El artículo 20 bis señala lo siguiente: "*Las solicitudes de autoridades competentes de país extranjero para que se practiquen diligencias en Chile serán remitidas directamente al Ministerio Público, el que solicitará la intervención del juez de garantía del lugar en que deban practicarse, cuando la naturaleza de las diligencias lo hagan necesario de acuerdo con las disposiciones de la ley chilena*".

Esta norma sólo contempla los casos de solicitudes de asistencia penal internacional recibidas por Chile (esto es asistencia pasiva, versus la asistencia activa que se produce cuando Chile solicita diligencias o información al extranjero) y señala que serán enviadas directamente al Ministerio Público. Este artículo fue incorporado por la Ley 20.074 del año 2005, que modifica el Código Procesal Penal, y tal como lo demuestra la historia de la ley, se tenía más en mente principalmente solucionar la problemática de la competencia de quien tendría que llevarlos a cabo lo que propició un cambio al artículo

8 CANELO FIGUEROA, Carola. *Derecho Procesal Internacional*, 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2014, p. 115.

27 de la Ley Orgánica del Ministerio Público al efecto[9], pero obviamente reconoce la cooperación internacional como herramienta jurídica.

El artículo 13 del Código Procesal Penal trata sobre el efecto en Chile de las sentencias penales de tribunales extranjeros reconociendo el principio del ne bis in ídem salvo en ciertos casos. Pero para fines de este trabajo el contenido más relevante de este artículo es su inciso final que señala lo siguiente: "*La ejecución de las sentencias penales extranjeras se sujetará a lo que dispusieren los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontraren vigentes*". Con ello, ya sienta un precedente de que la cooperación internacional se rige, en principio, por los tratados internacionales que Chile haya suscrito.

Además, ya fuera del Código Procesal Penal, existen dos normas sobre cooperación internacional en materia penal, el artículo 47 de la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y el artículo 33 de la Ley N° 19.913 que crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos; ambas normas facultan al Ministerio Público a requerir de manera urgente y directamente información.

3. Fuentes de la cooperación internacional

Si existiese una ley de cooperación internacional en Chile, o el Código Procesal Penal contuviera normas que la regulen, sería dicha norma la primera fuente. Como ello no ocurre, la cooperación internacional en materia penal entre los Estados se rige a partir de los acuerdos bilaterales o multilaterales, suscritos por Chile –por ende son leyes– y otros diversos países y, a falta de los mismos, se enmarca dentro del principio de la reciprocidad.

Incluso creemos que ello puede ser al revés, es decir, que perfectamente la cooperación internacional podría basarse sólo en reciprocidad. Hay varios países que reconocen dicha idea, y a modo de ejemplo, la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Argentina, señala que originariamente, los Estados cooperan mutuamente en el marco de investigaciones criminales con basamento en el "principio de reciprocidad", el cual debe estar expresamente ofrecido en el documento mediante el cual se materializa la petición de asistencia[10].

9 COMISION MIXTA, Historia de la Ley N° 20.074 [en línea]. Valparaíso, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5562/HLD_5562_b610082e218618cc16e797fcba3bd63a.pdf [fecha de consulta: 22 de agosto de 2017].

10 SEOANI DE CHIODI, María y SOLERNÓ, Diego. *Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal: normativa vigente* [en línea]. Buenos Aires, Argentina, Dirección de Asistencia Jurídica Internacional, 2011. Disponible en: http://www.cooperacion-penal.gov.ar/userfiles/Compendio%20Libro.pdf [fecha de consulta: 23 de agosto de 2017].

Es por ello que es imposible poder estudiar la cooperación internacional sin analizar las principales convenciones de las que Chile es parte, y para ello tenemos que distinguir entre convenciones multilaterales temáticas que regulan una materia específica como corrupción, drogas, etc.; convenciones sobre cooperación internacional que contienen normas más procesales sobre cooperación, y convenciones bilaterales específicas que Chile haya firmado con algún país para fines de cooperación.

3.1. Convenciones multilaterales temáticas

3.1.1. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Convención de Viena)[11]

Fue suscrita en Viena en el año 1988, siendo ratificada por Chile en el año 1990. Esta convención, llamada por Kai Ambos la "convención madre del derecho penal internacional"[12], contempla dos artículos sobre cooperación internacional en la temática que trata.

El artículo 6 contiene normas sobre la extradición, y el artículo 7, sobre la Asistencia Judicial Recíproca, que es el objeto de estudio de este artículo.

Sin dar un concepto de asistencia judicial recíproca, el artículo 7 en su punto N° 1 señala que: "*las Partes se prestarán, a tenor de lo dispuesto en el presente artículo, la más amplia asistencia judicial recíproca en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a delitos tipificados*"[13].

El mismo artículo señala ejemplos de las solicitudes que se pueden realizar a través de la denominada Asistencia Legal Mutua, que son:

a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas;

b) Presentar documentos judiciales;

c) Efectuar inspecciones e incautaciones;

d) Examinar objetos y lugares;

e) Facilitar información y elementos de prueba;

11 Chile, Decreto N° 543 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, Diario Oficial de 20 de agosto de 1990.

12 AMBOS, Kai. *Derecho Penal y Procesal Penal Internacional y Europeo*, 1ª edición, Santiago, Chile, LegalPublishing Chile, 2013, p. 111.

13 Decreto N° 543 del Ministerio de Relaciones Exteriores, ob. cit.

f) Entregar originales o copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, inclusive documentación bancaria, financiera, social y comercial;

g) Identificar o detectar el producto, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios[14].

Además contempla una norma que señala que se puede solicitar *"cualquier otra forma de asistencia judicial recíproca autorizada por el derecho interno*"[15].

Esta convención contempla la forma en que se transmiten estas solicitudes o requerimientos de asistencia penal internacional señalando que las partes designarán una autoridad o, cuando sea necesario, varias autoridades, con facultades para dar cumplimiento a las solicitudes de asistencia judicial recíproca o transmitirlas a las autoridades que hayan sido designadas para su ejecución (N° 8), y contempla normas de declaración de testigos o peritos o de otra persona (18).

3.1.2. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada trasnacional y sus protocolos facultativos (Convención de Palermo)[16]

La Convención de Palermo del año 2000 también contempla normas específicas de cooperación internacional, tratando en su artículo 18 la cooperación internacional, aunque también conteniendo en su articulado normas sobre extradición y traslado de personas condenadas. Esta Convención recoge, al igual que la anterior, la importancia de la asistencia judicial recíproca (según los mismos términos que la Convención utiliza) y también, como lo hace la Convención de Viena citada, enumera un listado de diversas asistencias que se pueden solicitar.

De hecho, respecto de la asistencia judicial recíproca, a menudo se hace referencia al artículo 18 de la Convención como un "minitratado" al respecto, ya que permite a los Estados Parte prestarse mutuamente la mayor asistencia jurídica recíproca posible en relación con los delitos señalados en la Convención[17].

14 Ibíd.

15 Ibíd.

16 Chile, Decreto N° 342 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de Personas, especialmente mujeres y niños, Diario Oficial del 16 de febrero de 2005.

17 NACIONES UNIDAS, ob. cit., p. 2.

Pero además, esta convención va más allá en varios aspectos, queriendo nosotros destacar dos de ellos. El primero es que en su artículo 20 trata especialmente sobre las técnicas especiales de investigación y la cooperación internacional. Pero más importante que eso para efectos de este estudio, introduce el concepto de los equipos conjuntos de investigación, que se encuentran regulados en el artículo 19 que señala lo siguiente:

"Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación.

A falta de acuerdos o arreglos de esa índole, las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso.

Los Estados Parte participantes velarán por que la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada".

Este concepto es novedoso, ya que entrega una herramienta válida contra la delincuencia organizada trasnacional y que tiene repercusión en la forma de obtención de evidencias en el extranjero y su incorporación a juicio como lo veremos más adelante.

3.1.3. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Convención de Mérida o UNCAC)[18]

La Convención de Mérida que data del año 2003 contempla un capítulo especial dedicado a la Cooperación Internacional. En su capítulo IV, denominado Cooperación Internacional, se trata específicamente sobre extradiciones, requerimientos, traslado de personas condenadas, entre otros atingentes a la temática.

Esta Convención contiene variadas normas de cooperación internacional, pero sigue la línea de la Convención de Palermo, en cuanto a intentar facilitar la cooperación internacional, señalando que no es necesaria la doble incriminación, y también contiene normas sobre recuperación de activos producto de la corrupción, además de tener un acápite especial sobre las investigaciones conjuntas.

En el ámbito de la corrupción también se puede contar con la Convención Interamericana contra la corrupción (CICC) y la Convención para Combatir

18 Chile, Decreto N° 375 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, Diario Oficial del 30 de enero de 2007.

el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.

3.1.4. Convención de Budapest

Dentro de las convenciones temáticas, no se puede obviar al Convenio sobre Ciberdelincuencia, o también llamado Convención de Budapest. Es el primer tratado internacional sobre delitos cometidos mediante el uso de las tecnologías de la información. Fue elaborado por expertos del Consejo de Europa y con observadores como Estados Unidos, Canadá y Japón. Entró en vigor el año 2004 y a partir del 1 de agosto de 2017 Chile se integró como pleno miembro de dicha Convención.

Este tratado tiene como objetivo combatir la ciberdelincuencia y contiene tres grandes grupos de normas. La primera es intentar armonizar las normas internas de cada país, es decir el derecho penal de fondo de los delitos allí tratados, lo segundo hace lo propio con el derecho procesal, y en tercer lugar, regula mecanismos de cooperación internacional y extradiciones de los delitos contemplados en su texto o cualquier otro que haya sido cometido a través de medios informáticos entre los artículos 23 a 35.

En lo relativo a las Autoridades Centrales, esta Convención designa al Ministerio de Relaciones Exteriores para las extradiciones y al Ministerio Público en los requerimientos de asistencia penal. Además, se supedita a otras convenciones internacionales que rijan entre los Estados según lo dispuesto en el artículo 27.

3.2. Convenciones multilaterales sobre cooperación internacional

3.3.1 Acuerdo de Asistencia Mutua en asuntos penales entre los Estados Parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile[19]

Este Convenio data del año 2002, siendo ratificado por Chile el año 2009. Tal y como lo señala su nombre, es un convenio de asistencia entre los países del MERCOSUR que está compuesto por Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, siendo Chile y Bolivia Estados Asociados. Este acuerdo lo han ratificado los países señalados, además de la República de Ecuador, y contiene normas básicas de cooperación internacional ya no por temática, sino que su propósito es regular la cooperación entre los Estados parte que ya hemos señalado.

19 Chile, Decreto N° 78 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga el Acuerdo de Asistencia Mutua en asuntos penales entre los Estados Parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile, Diario Oficial de 17 de octubre de 2009.

Abarca normas básicas sobre cooperación, y en su artículo 2° señala que tipo de asistencias penales se puede llevar a cabo. Además, contiene normativa sobre envío, tramitación, ejecución y devolución de antecedentes producto de un requerimiento de asistencia internacional en materia penal, siendo particularmente relevante su artículo 3°, el que señala que cada Estado Parte designará una Autoridad Central encargada de recibir y transmitir los pedidos de asistencia jurídica mutua siendo en nuestro caso la Autoridad Central el Ministerio de Relaciones Exteriores. Existe, además, una norma especial contenida en el artículo 25 del Tratado, que exceptúa de legalización u otra forma análoga los documentos emanados de autoridades judiciales o del Ministerio Público de un Estado Parte, cuando deban ser presentados en el territorio de otro Estado Parte, que hayan sido tramitados por intermedio de las Autoridades Centrales.

3.2.2. Convención Interamericana sobre asistencia legal mutua en materia penal, y su protocolo facultativo[20] (también llamada Convención de Nassau).

Esta Convención data del año 1992, fue ratificada por Chile en el año 2004, y hasta el momento ha sido ratificada por 35 países, con sus debidas reservas. Ellos son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela[21].

Este Tratado contempla, al igual que el anterior, normas sobre cooperación jurídica pura: en su artículo 2° señala las diligencias que se pueden solicitar y su artículo 7° entrega un listado de posibles diligencias, dejando abierta la posibilidad para cualquier otro tipo de asistencia.

En su artículo 3° señala la designación de autoridades centrales para la transmisión de estos requerimientos, que en nuestro caso es el Ministerio de Relaciones Exteriores, contempla la forma de tramitación y señala que los documentos quedan exentos de cualquier tipo de legalización mientras sea tramitado a través de autoridades centrales.

20 Chile, Decreto N° 78 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga el Acuerdo de Asistencia Mutua en asuntos penales entre los Estados Parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile, Diario Oficial 17 de octubre de 2009.

21 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Adhesiones a la Convención Interamericana sobre asistencia legal mutua en materia penal, y su protocolo facultativo [en línea]. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-55.html [fecha de consulta: 27 de agosto de 2017].

3.2.3. Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal

La Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal fue suscrita en Estrasburgo el 20 de abril de 1959; su primer protocolo adicional en 1978 y su segundo protocolo en 2011, siendo ratificados por Chile el año 2011.

Al igual que los Convenios vistos con anterioridad, señala un listado de formalidades para su transmisión, solicitudes que se pueden realizar, pero además, según las declaraciones realizadas al segundo protocolo, denomina como autoridad a la que se le realizan las Comunicaciones, al Ministerio de Relaciones Exteriores. También contempla la exención de la legalización de los documentos que se transmitan a raíz de los requerimientos.

3.3. Convenciones bilaterales

Chile mantiene varios convenios o tratados bilaterales que siguen con líneas inmutables lo señalado en los otros Convenios que hemos analizado, mantienen las formalidades de envío, transmisión y ejecución además de estar exentos de legalizaciones en su gran mayoría.

Los convenios más relevantes son aquellos con México, que data de 1993, Nicaragua, de 2011, Italia, 2011, Suiza, 2017, y España, de 1992.

4. Tramitación de requerimientos de asistencia internacional en material penal

4.1.Conceptos previos

Hasta antes de la reforma procesal penal, las solicitudes de requerimientos internacionales eran conocidas como "exhortos internacionales" y se definían tal como los exhortos comunes, es decir, "la comunicación que un tribunal realiza a otro tribunal con la finalidad de que el segundo efectúe determinadas diligencias en su territorio jurisdiccional"[22], y según la normativa común de los exhortos, los tribunales se ponen en una situación de igualdad al solicitar diligencias. En terminología de derecho internacional, usualmente a dichas solicitudes se les llama cartas rogatorias.

Luego de la reforma procesal penal, las solicitudes que se envían por el Ministerio Público al extranjero reciben la denominación de requerimientos de asistencia penal internacional y se envían directamente desde la Fiscalía hacia el exterior a través de la Autoridad Central en la mayoría de ellos, que

22 CANELO, ob. cit., p. 117.

es el Ministerio de Relaciones Exteriores, o a través de la oficina que éste autorice, debiéndose tramitar debidamente por el Estado requerido y ha de volver bajo las mismas formas autorizadas. Veremos en detalle el proceso de los requerimientos de asistencia internacional en materia penal.

4.2. Envío de los requerimientos de asistencia penal internacional

4.2.1. Concepto de Autoridad Central

La utilización de la vía de la Autoridad Central nace a fines de la década del sesenta y comienzos del setenta, en el ámbito de las Convenciones de La Haya en materia civil (instrumentos convencionales de carácter universal), para luego utilizarse en materia penal[23].

El concepto de Autoridad Central y su utilización surge como una respuesta a la necesidad de simplificar procedimientos y agilizar la cooperación internacional. Es por ello que al firmar un tratado o convención los Estados designan autoridades centrales al momento de depositar la ratificación, y de esa manera centralizan los pedidos dirigiéndolos a quienes sean competentes. De ese modo se evita una dispersión de autoridades y se tiene claridad desde el inicio cual es la autoridad competente para recibir o enviar las solicitudes, sin perjuicio de que no sea la misma autoridad la que reciba y la que los tramite.

En la mayoría de los tratados internacionales ratificados por Chile, la Autoridad Central es el Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo en lo concerniente a la Convención de Budapest ya referida, donde la Autoridad Central es el Ministerio Público. Además de ello, hay otras cuatro convenciones donde lo es la Excelentísima Corte Suprema para sus propias solicitudes a partir del 1 de julio de 2017[24].

23 SEOANI DE CHIODI, ob. cit., p. 9.

24 Lo señalado rige respecto de la transmisión de exhortos o cartas rogatorias regidos por las cuatro convenciones: la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; y el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile. Noticia electrónica [en línea]. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Disponible en: http://www.minrel.gob.cl/canciller-s-riveros-firmo-acta-que-traspasa-autoridad-a-la-corte/minrel/2017-06-15/165731.html [fecha de consulta: 27 de agosto de 2017].

4.2.2. Envío de requerimientos

Los requerimientos de asistencia penal en materia internacional deben seguir el conducto establecido por los tratados internacionales que se invocan en ellos, o, por el conducto formal usual que es el de Autoridad Central.

Como hemos visto, las normas que en Chile regulan los exhortos en materia penal para cooperación internacional son escasas. El artículo 20 bis del Código Procesal Penal regula netamente los requerimientos de asistencia que se derivan de otro país para ser diligenciados en Chile y los artículos 47 de la Ley N° 20.000 y 33 de la Ley N° 19.913 sólo señalan el caso en que por esos delitos se requieran diligencias en dicho tipo de delitos.

Además, no hay que olvidar lo establecido en el artículo 13 de este último Código que trata sobre el cumplimiento de las sentencias dictadas en el extranjero en Chile, y que señala:

"*Artículo 13.- Efecto en Chile de las sentencias penales de tribunales extranjeros. Tendrán valor en Chile las sentencias penales extranjeras. En consecuencia, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiere sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de un país extranjero, a menos que el juzgamiento en dicho país hubiere obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales o, cuando el imputado lo solicitare expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente.*

En tales casos, la pena que el sujeto hubiere cumplido en el país extranjero se le imputará a la que debiere cumplir en Chile, si también resultare condenado.

La ejecución de las sentencias penales extranjeras se sujetará a lo que dispusieren los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontraren vigentes".

4.2.3. Pero, como ya hemos señalado, la cooperación internacional se rige también por los convenios internacionales que Chile ha ratificado. Esos convenios rigen, como hemos visto, la parte sustantiva de las solicitudes, pero también la parte formal. Para ello creemos que es importante principalmente referirnos a la **Convención Interamericana sobre asistencia legal mutua en materia penal, y su protocolo facultativo** (o Convención de Nassau) y al **Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal** (o Convenio de Estrasburgo) ya citados, que son los dos máximos tratados utilizados para la cooperación.

La Convención de Nassau data de 1992 y fue ratificado por Chile en el año 2004. Esta convención abarca a 35 países y establece que cada Estado debe asignar una autoridad central en su artículo 3, que señala lo siguiente:

"*Cada Estado designará una Autoridad Central en el momento de la firma, ratificación o adhesión a la presente Convención.*

Las Autoridades Centrales serán responsables por el envío y recibimiento de las solicitudes de asistencia. Las Autoridades Centrales se comunicarán mutuamente en forma directa para todos los efectos de la presente Convención".

Además, el artículo 4 señala que: "*La asistencia a que se refiere la presente Convención, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas jurídicos de los Estados Partes, se basará en solicitudes de cooperación de las autoridades encargadas de la investigación o enjuiciamiento de delitos en el Estado requirente*".

Si bien esta convención data de antes de la Reforma Procesal Penal, es perfectamente aplicable a ella y deja en claro que la validez de los envíos de requerimientos o asistencias penales mutuas es la que se efectúa a través de las autoridades centrales que están designadas al efecto, en este caso, según el artículo 4, es el Ministerio Público quien lo solicita a través de su envío al Ministerio de Relaciones Exteriores.

Lo mismo ocurre con el Convenio de Estrasburgo que señala en su artículo 15 N° 1: "*Las comisiones rogatorias mencionadas en los artículos 3, 4 y 5, así como las solicitudes a que hace referencia el artículo 11, serán cursadas por el Ministerio de Justicia de la Parte requirente al Ministerio de Justicia de la Parte requerida y devueltas por la misma vía*".

Aquí se señala que es el Ministerio de Justicia, pero claramente se está refiriendo a la autoridad central del Estado que, en este caso, es el Ministerio de Relaciones Exteriores, y ello queda de manifiesto en las declaraciones que realizó Chile al suscribir esta Convención: "*La República de Chile declara, de conformidad a lo establecido en el artículo 15, párrafo 6, de la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal, que para los efectos de lo dispuesto en el artículo 15, párrafo 1, los exhortos mencionados en los artículos 3, 4 y 5, así como las solicitudes del artículo 11, serán cursados por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile*".

Creemos, además, que la misma lógica debe aplicarse a las solicitudes de asistencia internacional cuando no haya tratado, es decir, por ejemplo cuando se pide por amplia reciprocidad.

El fiscal, siendo el titular de la acción penal y quien dirige la investigación, es el que debe realizar las solicitudes de asistencia penal internacional, obviamente, y es por ello que es el fiscal quien firma el requerimiento de asistencia en cuestión, con las formalidades establecidas en los convenios o en las prácticas internacionales. Luego de ello ha de analizarse cómo se envía dicho requerimiento.

Al estar establecido que una autoridad no puede emitir instrucciones particulares o dirigir investigaciones fuera del territorio de la República, el fin de las asistencias internacionales es solicitar al Estado requerido que designe una autoridad para que realice las diligencias, o solicite la información indicada. Para ello, el requerimiento debe ir dirigido al país requerido por la vía diplomática a través de la autoridad central indicada.

En estricto rigor, dicho requerimiento debiese ir dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores, pero en virtud de la Circular N° 308 de 2014 del Ministerio de Relaciones Exteriores se ha autorizado al Ministerio Público a derivar directamente los oficios a las embajadas correspondientes. Una vez que la embajada recibe las solicitudes las deriva a la Autoridad Central del país requerido para que ésta la remita a la autoridad competente para la ejecución de dicho requerimiento. Recordemos que la Autoridad Central de otro país puede o no ser el Ministerio de Relaciones Exteriores, como también otra entidad pública como el Ministerio de Justicia o incluso la Fiscalía[25], y también se debe tener en cuenta que en otros países las autoridades competentes no serán siempre las Fiscalías y ello dependerá del sistema penal que cada país mantenga, por ejemplo en Perú y Francia son los Juzgados de Instrucción, en otros países se deriva directo a la policía, etc.

4.3. Ejecución de los requerimientos de asistencia internacional en materia penal

La autoridad competente de cada país requerido ejecuta los requerimientos de asistencia penal internacional de acuerdo a su ley interna y una vez que ellos se encuentren debidamente diligenciados, se devuelven según las normas que dicho país tenga, sea remitiéndolo a su Autoridad Central o según lo que sus normas internas dispongan.

Ello no es una invención ni una práctica sin sustento, sino que obedece a la lógica y también a las diversas normas internas de nuestro ordenamiento jurídico y a las establecidas en las convenciones internacionales que Chile ha ratificado.

Ya hemos analizado lo establecido en el artículo 20 bis del Código Procesal Penal, y ello implica que el Ministerio Público debe tramitar los requerimientos de asistencia internacional en materia penal que remitan otros países, lo que tiene que ser naturalmente concordado con el artículo 485 del mismo código,

25 Por ejemplo en Chile, como señalamos, la Autoridad Central es el Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo en lo que concierne a los requerimientos de asistencia penal internacional, para el Convenio de Budapest, donde la Autoridad Central es el Ministerio Público.

que señala que éste se aplicará a los hechos que acaecen en el extranjero con posterioridad al 16 de diciembre de 2000.

La Convención de Nassau, que hemos visto, señala expresamente en su artículo 10: "Las solicitudes de asistencia libradas por el Estado requirente se harán por escrito y se ejecutarán de conformidad con el derecho interno del Estado requerido. En la medida en que no se contravenga la legislación del Estado requerido, se cumplirán los trámites mencionados en la solicitud de asistencia en la forma expresada por el Estado requirente". Lo mismo ocurre con el Convenio de Estrasburgo, que en su artículo 3 señala que la parte requerida hará ejecutar, en la forma que su legislación establezca, las comisiones rogatorias relativas a un asunto penal que le cursen las autoridades judiciales de la Parte Requirente y que tengan como fin realizar actuaciones de instrucción o transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos.

Lo anterior se ve reforzado por la Convención de Budapest, en el artículo 27 que trata sobre la forma de realizar requerimientos internacionales en su número 3, y que señala: "*las solicitudes de asistencia mutua en virtud de este artículo se ejecutarán de conformidad al procedimiento especificado por la parte requirente, salvo cuando dicho procedimiento sea incompatible con la legislación de la parte requerida*".

Además, en las Grandes Convenciones temáticas, podemos encontrar esta misma normativa.

4.4. Respuesta a un requerimiento de asistencia internacional

4.4.1. Vía de respuesta de un requerimiento internacional en materia penal

La mayoría de los tratados internacionales establece que los requerimientos deben ser enviados a través de la Autoridad Central respectiva. Ello implica que la transmisión completa, es decir, tanto el envío como la recepción, sea realizada a través de la Autoridad Central, que, recordemos, está establecida para simplificar los procesos de requerimientos al abarcar un camino único, que de no existir se tendría que dividir en diversas autoridades requirentes. Así, la Autoridad Central lo envía a la Fiscalía, a su canal de comunicación que es la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones, quien lo remite al fiscal del caso[26].

26 Una excepción a la regla anterior, se da en los llamados Equipos Conjuntos de Investigación, o ECI por sus siglas. Un ECI es un "mecanismo de cooperación internacional que permite, por medio de un instrumento específico que se celebra entre autoridades competentes de dos o más Estados, conformar un marco de cooperación y coordinación estable en el tiempo para realizar investigaciones en el territorio de

4.4.2. ¿Es requerido el trámite de la legalización o apostilla?

Un documento emitido en el extranjero, ¿es valido en Chile? Para que los documentos otorgados en el extranjero puedan ser presentados en Chile, por regla general, deben ser legalizados o apostillados. Tanto la legalización como la apostilla tienen por finalidad certificar la autenticidad de la firma de quien otorga el documento y no el contenido del mismo, obviamente.

La incorporación de documentos extranjeros no se encuentra regulada en el Código Procesal Penal, aunque creemos que en este caso se puede acudir a las normas del Código de Procedimiento Civil, donde la incorporación de documentos públicos se encuentra regulada en los artículos 345 y 345 bis del referido cuerpo legal.

El artículo 345 del Código de Procedimiento Civil señala que: "*Los documentos públicos otorgados fuera de Chile deben presentarse debidamente legalizados, y se entenderá que lo están cuando en ellos conste el carácter público y la verdad de las firmas de las personas que los han autorizado, atestiguadas ambas circunstancias por los funcionarios que, según las leyes o la práctica de cada país, deban acreditarlas*".

El inciso segundo del mismo artículo señala como se pueden comprobar estos medios, y son los siguientes: "1° *El atestado del agente diplomático o consular*

alguno o de todos los países participantes". Según lo señala Trabajo de la DIRECCIÓN GENERAL DE COOPERACIÓN REGIONAL E INTERNACIONAL. Equipos Conjuntos de Investigación [en línea]. Buenos Aires, Argentina, 2017. Disponible en: https://www.mpf.gob.ar/cooperacion-ai/files/2017/04/ECI_DIGCRI.pdf [fecha de consulta: 27 de agosto de 2017].

Los ECI tuvieron su origen en Europa en el marco de la Unión Europea y han sido regulados en la Decisión Marco N° 200/465/JAI del Consejo de Europa sobre equipos conjuntos de investigación que está vigente desde el 20 de junio de 2002. Allí se establecen ciertos requisitos de conformación, como una decisión marco, personas determinadas, un objetivo establecido, jefes de equipo establecidos, plazo, etc.; de hecho, el artículo 1 de la decisión marco señala que: "Las autoridades competentes de dos o más Estados miembros podrán crear de común acuerdo un equipo conjunto de investigación, con un fin determinado y por un período limitado que podrá ampliarse con el consentimiento de todas las partes, para llevar a cabo investigaciones penales en uno o más de los Estados miembros que hayan creado el equipo. La composición del equipo se determinará en el acuerdo de constitución del mismo".

La creación de ECI responde a la necesidad de una ejecución rápida de las investigaciones, sobre todo en casos de delincuencia organizada trasnacional, y está recogido, como vimos, tanto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Una de las ventajas es que se puede compartir la información y documentación en forma directa con los integrantes del ECI sin necesidad de otras solicitudes oficiales de asistencia. El documento de constitución del ECI es la base para el trabajo conjunto y el intercambio de información, por lo que las diligencias que se ejecuten en cualquiera de los países miembros puede ser incorporada automáticamente en las carpetas investigativas.

chileno, acreditado en el país de donde el instrumento procede, y cuya firma se compruebe con el respectivo certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. 2° El atestado de un agente diplomático o consular de una nación amiga acreditado en el mismo país, a falta de funcionario chileno, certificándose en este caso la firma por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores del país a que pertenezca el agente o del Ministro Diplomático de dicho país en Chile, y además por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República en ambos casos; y 3° El atestado del agente diplomático acreditado en Chile por el Gobierno del país en donde se otorgó el instrumento, certificándose su firma por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República".

El artículo 345 bis del Código de Procedimiento Civil, artículo agregado por el artículo 1° letra b) de la Ley 20.711, establece que "*los instrumentos públicos otorgados en un Estado Parte de la Convención de La Haya que Suprime la Exigencia de Legalización de Documentos Públicos extranjeros, no deberán ser sometidos al procedimiento de legalización, si respecto de éstos se ha otorgado apostillas por la autoridad designada por el Estado de que dimana dicho instrumento*". Esta Convención citada también es conocida como Convención de la Apostilla.

Analizando las normas anteriores, podemos apreciar que la legalización es una serie de autorizaciones de firmas de las personas que las van estampando y que no es un trámite único, ya que ocurre lo que comúnmente se llama cadena de legalizaciones, donde una autoridad va legalizando la firma de otra. En cambio, la apostilla es una certificación única que simplifica la actual cadena de legalización de documentos públicos extranjeros, modificando la forma de acreditar su autenticidad mediante un trámite único[27].

Ambos trámites sirven para legalizar documentos emitidos en el extranjeros, sólo que uno es la simplificación de otro, ya que la legalización requiere una cadena de certificaciones mientras la apostilla es un trámite único que además se puede realizar en varias reparticiones públicas, aunque sólo se pueden apostillar documentos que provengan de países que estén suscritos a la Convención de las Apostillas. Obviamente sólo se puede apostillar cuando se emita la apostilla, por lo que si el país de origen no la emite, se seguirá la cadena de legalizaciones requerida.

De todos modos, la mayoría de los convenios internacionales suscritos por Chile no requieren el trámite de la legalización. Es así, por ejemplo, que la Convención de Nassau lo exime, como también el Convenio de Estrasburgo,

27 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Qué es la Apostilla [en línea]. Santiago, Chile. Disponible en: http://apostilla.gob.cl/que-es-la-apostilla/ [fecha de consulta: 19 de agosto de 2017].

y que señalan que los trámites que se realicen en virtud de esta convención quedan exentos de toda legalización. Es por ello que basta en dichos casos con que las respuestas de los requerimientos de asistencia internacional lleguen a través de las autoridades establecidas, para que los documentos y evidencias allí contenidos sean válidos. Lo mismo señala el Convenio del MERCOSUR.

Es por ello que sólo los documentos que no sean transmitidos a través de autoridades centrales con los mecanismos establecidos por las mismas, requieren trámites de legalización o apostilla, siendo esta última una simplificación de la primera siguiendo el principio de quien puede lo más, puede lo menos.

5. Incorporación de documentos y evidencias obtenidas a través de un requerimiento internacional

Ahora bien, hemos ido estudiando cuál es la manera válida de obtener la prueba en el extranjero, por lo que ahora corresponde determinar cómo se realiza la incorporación de dicha evidencia en una investigación de carácter nacional.

Como señalamos al principio de este trabajo, las diligencias y solicitudes que se realicen a través de un requerimiento de asistencia internacional pueden ser las mismas que se solicitan de manera interna, sólo que dichas diligencias deben realizarse en el extranjero, donde nuestros fiscales y policías no mantienen jurisdicción y no pueden llevar a cabo actuaciones oficiales, salvo reuniones de coordinación o presenciar diligencias con autorización del país requerido.

Por lo anterior, pueden ser solicitadas a través de requerimiento de asistencia internacional documentos, declaraciones, certificaciones, pericias, fotografías, material audiovisual, muestras biológicas, etc. Ahora, el quid del asunto es determinar si ello puede incorporarse como un todo, o debe discriminarse qué puede y qué no puede incorporarse.

Creemos que es muy importante distinguir dos momentos separados, la obtención de la prueba y la incorporación de la misma. Tal como lo señalan Horvitz y López, el medio de prueba es "el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso"[28], y ello está relacionado con la existencia a través de medios de prueba de un

28 HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, Tomo I, p. 67.

procedimiento para la incorporación de los mismos que tienen que ver con su licitud, es decir, que sea regido por ciertas garantías[29].

Finalmente, lo que se debe resguardar es el debido proceso. En el fondo lo que se requiere es que la prueba obtenida en el extranjero haya sido obtenida bajo ese debido proceso para que pueda ser ponderada según las reglas que establece el mismo Código Procesal Penal en las causas penales. Es por ello que podemos afirmar que es legítima toda prueba obtenida en el extranjero si ésta se rigió por las normas del país requerido y fue obtenida de la forma en que señalan las convenciones internacionales.

Ahora bien, el dilema está en cómo se presenta dicha prueba a juicio. ¿Cabe la posibilidad de incorporar toda la prueba obtenida en el extranjero como documentación?

Una primera postura señala que se podría presentar en forma de documento todo lo obtenido a través de requerimiento internacional, es decir, acompañar el legajo completo recibido e incorporarlo como si se estuviese acompañando cualquier otro documento. Los documentos recibidos a través de requerimiento internacional, serían un conjunto de actuaciones diversas que quedan plasmadas en la respuesta recibida de otro país: ello podría estar constituido por un conjunto de informaciones, oficios, declaraciones, certificados, etc, sin ser registros o actuaciones policiales o de la Fiscalía por lo que su incorporación no sería un obstáculo a la luz de lo señalado en el artículo 334 del Código Procesal Penal. Esto dado que no serían actuaciones de la Fiscalía o de las Policías nacionales, por lo que no serían registros de investigación.

Pues bien, ¿podría un juez en juicio oral valorar toda una copia de carpeta? Creemos que es perfectamente factible hacerlo de ese modo, sobre todo teniendo en cuenta las dificultades de que un testigo cuya declaración se hubiese obtenido en el extranjero pudiese trasladarse a nuestro país a declarar en algún juicio oral.

De todos modos, otra postura señala que se deben seguir las normas de incorporación de prueba. Ya hemos visto la forma de incorporación de la documentación y la prueba en cuanto a su forma de ejecución, por lo que sólo queda discutir sobre el fondo de su incorporación a un juicio oral para lograr que los jueces puedan ponderarla según las reglas generales que rigen en nuestro país. Creemos que mientras se cumpla la formalidad en la obtención, y no se incumpla con garantías fundamentales, la prueba es plenamente incorporable rigiéndose por las normas de nuestro Código

29 HORVITZ, LÓPEZ, ob. cit., p. 67.

Procesal Penal, que rige, por ejemplo, la incorporación de documentos, testigos y peritos en el juicio oral y también cualquier otro medio de prueba, sí queriéndonos detener en algunos casos que pudieran ser objeto de una discusión.

Dentro de estos casos de estudio, podría mencionarse las pericias o diligencias practicadas por las Fiscalías o Policías extranjeras. Un análisis simple a la luz del artículo 334 del Código Procesal Penal nos llevaría a decir que dicha prueba debiese excluirse, pero ese análisis no puede ser realizado a primera vista. Hay que tener en cuenta lo ya señalado sobre el diligenciamiento de las solicitudes de asistencia internacional y la norma que los rige, que es la ley del país requerido y con las formas que dicho país regule. Un ejemplo de lo anterior sería un acta policial de una Fiscalía extranjera que dé cuenta de un peritaje o dé cuenta de una situación específica: ello no podría reproducirse en juicio, pero al ser la única forma de llevarse a cabo en un país extranjero, no podría utilizarse ese argumento para excluir o no valorar una prueba.

Distinto es el caso, por ejemplo, en que se haya vulnerado garantías fundamentales de los imputados, es decir, que sea prueba ilícita, ya que en nuestro ordenamiento jurídico "está prohibida la obtención irregular de medios de prueba, como condición para la valoración lícita de la misma, única forma de vencer válidamente la presunción de inocencia"[30]. Por ejemplo, jamás podría ser válida una prueba obtenida mediante tortura, ya que ésta tiene un estatus especial en la protección internacional de los derechos humanos, siendo una "prohibición universal"[31]. Tampoco podría ser válida la prueba obtenida mediante hipnosis u otros métodos prohibidos por nuestro Código Procesal Penal.

Creemos, por ende, que las normas establecidas en nuestro Código Procesal Penal son aplicables, tanto las que se refieren a la incorporación de documentos, otros medios de prueba, prueba material obtenida y declaraciones de peritos y testigos. Lo que sí, debiese haber una legislación más laxa para la declaración de estos últimos, como se ha realizado en España, donde se libera al testigo o perito a presentarse. Allí se ha considerado tradicionalmente que se da una "imposibilidad" de comparecer cuando el testigo reside en el extranjero, "precisamente porque la administración de

30 CERDA SAN MARTIN, Rodrigo. "La prueba ilícita y la regla de exclusión". En: *Revista de la Justicia Penal*, N° 6, Santiago, Chile, Librotecnia, 2010, p. 131.

31 JARA BUSTOS, Francisco. "El derecho a la Prueba y la Prueba ilícita en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos". En: *Revista de Derecho Público*, Volumen N° 77, Santiago, Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2012, p. 395.

justicia española no puede obligarles a comparecer en el juicio, dado que carece de facultades coactivas fuera del territorio nacional"[32].

6. Conclusión

Hemos visto a lo largo de este trabajo cuál es el fundamento legal de la incorporación y apreciación de la prueba y la evidencia obtenida a través de un requerimiento de asistencia internacional en materia penal. Hemos visto que las normas en Chile son bastante escasas por lo que hay que acudir –correctamente a nuestro juicio– a las fuentes de las normas de cooperación internacional, que se han ido desarrollando con el tiempo, y que suelen responder a temáticas conflictivas como es el caso de las convenciones temáticas, o a necesidades del día a día, como suelen serlo otras convenciones o tratados.

Además, se ha estudiado que las herramientas de cooperación internacional han surgido como respuesta a una necesidad de la realidad, y esa realidad es la creciente delincuencia que tiene aristas internacionales hasta llegar a la delincuencia organizada transnacional que hay que combatir con herramientas rápidas y efectivas.

Estamos recién a mitad de camino, ya que creemos firmemente que se requiere un avance en la cooperación internacional, que haya mecanismos de información formales más oportunos, como podría ser la utilización de plataformas de transmisión electrónicas. Además de ello, las normas chilenas son bastante escasas para hacer frente a las necesidades crecientes de la cooperación, y se puede sostener que el camino a seguir es la dictación de una ley de cooperación internacional, al menos en materia penal, que pudiera regular vacíos, recogiendo todos los principios que hemos visto en este trabajo.

Ello no es una utopía y hay varios países que cuentan con una ley de cooperación penal internacional. Sin ir más lejos, Argentina cuenta con la Ley N° 24.676 de 1997 y dicha ley regula ámbitos de competencia, conflicto con tratados específicos, estableciendo en su propia ley interna la eliminación de la legalización de documentos, por entregar ejemplos. No creemos que la falta de ley interna no permita la cooperación, al contrario, pero la dictación de dicha ley facilitará la homogeneidad de nuestras normas.

32 RODRÍGUEZ SOL, *Luis. Investigación y prueba transaccional: la cooperación judicial internacional* [en línea]. España, Madrid. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Rodríguez%20Sol,%20Luis.pdf?idFile=9ff91ae7-e7dd-4ef0-8e3e-5fc7f47626a6 [fecha de consulta: 19 de agosto de 2017].

UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

LA FACULTAD DE NO DECLARAR ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 302 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL: UNA DIFICULTAD PARA SANCIONAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

María Angélica San Martín Ponce[1]

I. Introducción. Explicación del problema

El artículo 302 del Código Procesal Penal contempla un derecho para los testigos de abstenerse de declarar cuando el acusado es su pariente, cónyuge o conviviente. En los delitos constitutivos de violencia contra la mujer, dado que muchas veces la víctima es la única testigo directa de los hechos, una norma cómo esta dificulta de manera importante la prueba de los mismos [2].

Chile, como país suscriptor de la Convención Belén Do Pará, está obligado a desarrollar todas las acciones que estén a su alcance para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, debiendo primeramente respetar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, y en cuanto a las violaciones cometidas por particulares, garantizar a las víctimas el acceso a la justicia actuando con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. Así, no es aceptable que ante la falta de declaración de la víctima, los hechos de violencia contra la mujer queden sin sanción, que es lo que muchas veces sucede en los juicios en que las víctimas hacen uso del derecho establecido en el artículo 302 del Código Procesal Penal, dado que es muy probable que esta decisión esté motivada por presiones del acusado o su familia o por situaciones de vulnerabilidad o dependencia[3], circunstancias que en nuestro medio no se evalúan, limitándose el juez o jueza a preguntarle

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

2 Si bien en Chile no tenemos estadísticas que nos permitan contabilizar los juicios en que la víctima llamada a declarar como testigo, no lo hace asilándose en la norma, ni de su impacto en el resultado del juicio, en España un estudio estadístico realizado el año 2015 respecto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer N° 1 de Castellón, mostró que el 64,95% de los archivos se debieron a que las víctimas se acogieron a su derecho a no declarar, en tanto que del total de los sobreseimientos, un 29,07% se explicaron por este motivo. Según se da cuenta en: JOVELLS, M. Ángeles. *Análisis sobre el derecho a no declarar de la víctima de violencia de género* [en línea]. España, 2016, páginas 40 a 42. Disponible en: http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/162434/TFG_2015_jovellsM.pdf?sequence=1 [fecha de consulta: 2 agosto 2017].

3 LARRAURI, Elena. Mujeres y sistema penal. Por qué las mujeres maltratadas retiran las denuncias. Editorial B de F. Buenos Aires, 2008, págs. 96 a 128.

a la víctima unida por alguno de los vínculos comprendidos en la norma al imputado, si declarará o no, situación similar a la que ocurre en España[4].

No hacerse cargo de las dificultades que para la víctima significa sostener su denuncia durante toda la investigación y en el juicio, o contemplar normas legales que de alguna manera faciliten que los delitos de violencia contra la mujer queden sin sanción, ha provocado que Estados hayan sido sancionados por no cumplir sus obligaciones internacionales en la materia. Así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó el año 2009 a Turquía, en un caso con resultado de muerte de una mujer en manos de su cónyuge, estableciendo que las autoridades nacionales debieron demostrar debida diligencia para evitar la violencia hacia la víctima, a pesar del retiro de las denuncias, no siendo admisible la explicación del Estado, en el sentido que debían interrumpir los procesos, en atención a disposiciones de su derecho interno que consideraban este efecto en caso de retiro de las denuncias. En el caso también se constató que no existía evidencia que las autoridades hayan considerado los motivos del retiro de las denuncias[5].

En España se ha mantenido durante años la discusión sobre la aplicación de una norma similar al artículo 302 del Código Procesal chileno en casos de violencia de género. Para algunas expertas, una modificación o exclusión de dicha norma en estos casos ampliaría la protección de la víctima atendida la importancia de su testimonio, en cambio otras aseguran que es una forma de tutela inaceptable, dada la similitud que su tratamiento tendría con la aplicable a niños, niñas y adolescentes; estas últimas ponen el acento en que las investigaciones dejen de estar focalizadas en la mujer víctima[6][7].

La norma, a su vez, tiene un impacto evidente en la protección de la víctima. El ejercicio de la dispensa por parte de una víctima frente a su agresor en el

4 DOMÍNGUEZ, Fátima y otras. *La práctica de la prueba en la violencia de género* [en línea]. Sevilla, España, Dykinson, 2016, págs. 79 y 80. Disponible en: https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/dispensa+de+declarar/WW/vid/649011825 [fecha de consulta: 4 agosto 2017].

5 Corte Europea de Derechos Humanos, caso Opuz vs. Turquía, demanda N° 33401/02, párrafos 131,137 y 143. 2009 [en línea]. Disponible en: http://angelduran.com/docs/Cursos/CCDC2013/mod03/03-034_LC5-Caso-Opuz.pdf [fecha de consulta: 8 agosto 2017].

6 BORRAZ, Marta. *Obligar a las víctimas de violencia machista a declarar contra su agresor, ¿las infantiliza o las protege?* [en línea]. Madrid, España, 2017, págs. 1, 2. Disponible en: http://www.eldiario.es/sociedad/Acabar-dispensa-obligacion-maltratadores-Congreso_0_662133906.html [fecha de consulta: 1 agosto 2017].

7 Federación de asociaciones de mujeres Separadas y Divorciadas, Federación de mujeres Progresistas. *Propuesta de modificación legislativa de los artículos 416 y 418 de la ley de enjuiciamiento criminal* [en línea]. Madrid, España, 2016. Disponible en: http://www.redfeminista.org/noticia.asp?id=3686 [fecha de consulta: 27 julio 2017].

escenario de un juicio, ciertamente puede profundizar su vulnerable posición. En efecto, su situación empeora en relación al momento anterior al inicio de la causa, ya que su agresor sabrá con certeza que la víctima puede decidir no dar su testimonio, lo que dará al agresor un motivo adicional a su conducta violenta, ahora para conseguir que en caso de existir una causa en su contra, la víctima no declare.

II. Derecho comparado sobre la exención de no declarar en contra del acusado en atención a vínculos de parentesco o de pareja

Nuestra Constitución Política del Estado, garantiza a toda persona en el artículo 19 N° 7º f) que:

"En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; ***tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley".***

Por su parte, la ley chilena en el artículo 302 del Código Procesal Penal, inciso primero, establece los casos y circunstancia en que aplica esta excepción al derecho a declarar según lo prescrito en la Constitución, de la siguiente manera:

"*Facultad de no declarar por motivos personales. No estarán obligados a declarar el cónyuge o el conviviente del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador, su adoptante o adoptado*".

Como se puede apreciar en relación al texto Constitucional, la norma agrega al conviviente entre los sujetos que pueden hacer uso de esta excepción al deber de los testigos de declarar.

Es común en las legislaciones procesales, la existencia de normas especiales relativas a las declaraciones de testigos, en caso que estén unidos con el acusado por vínculos de familia o afectivos, pero no necesariamente con efectos amplios en cuanto a la excepción de declarar.

En el caso de Argentina el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal de la Nación, regula esta situación como se indica:

"Podrán abstenerse de testificar en contra del imputado sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; sus tutores, curadores y pupilos, ***a menos que el testigo fuere denunciante, querellante o actor civil o que el delito aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado****. Antes*

de iniciarse la declaración, y bajo pena de nulidad, el juez advertirá a dichas personas que gozan de esa facultad, de lo que se dejará constancia" [8].

En el caso de Francia, la materia se regula en los artículos 447, 448 y 449 de su Código de Procedimiento Penal. La primera de las normas dispone que tratándose de menores de 16 años la declaración se recibirá sin prestar juramento. Por su parte el artículo 448 señala que:

"*Serán recibidas en las mismas condiciones (del artículo anterior) las declaraciones de: 1° El padre, la madre o de todo otro ascendiente del acusado o de uno de los acusados presentes e implicados en la misma causa. 2° El hijo o la hija, u otro descendiente. 3° De los hermanos y hermanas. 4°* Los afines en los mismos grados. 5° Del marido o de la mujer; esta prohibición subsiste incluso después del divorcio"[9].

En tanto que el artículo 449 incluso permite que estos testigos sean oídos bajo juramento en caso que ninguna de las partes se oponga.

En Italia el artículo 199 numerales primero y tercero del Código de Procedimiento Penal, indica:

"*1. Los parientes cercanos del imputado no están obligados a declarar. Sin embargo deben declarar si han presentado denuncia, querella o en la instancia en que ellos o un pariente cercano a ellos sean parte ofendida del delito.*

3. Las disposiciones contenidas en los apartados 1 y 2 se aplican también a quien está relacionado con el imputado a través del vínculo de la adopción. Se aplican además, de manera limitada, a los hechos acaecidos o conocidos por el imputado durante la convivencia conyugal o derivada de una unión civil entre personas del mismo sexo.

a) A quien, no siendo cónyuge del imputado, conviva o haya convivido con él.

b) Al cónyuge divorciado del imputado.

c) La persona contra quien se dictó sentencia nulidad, disolución o cese de los efectos civiles del matrimonio o de la unión civil entre personas del mismo sexo contraído con el imputado"[10].

8 Argentina, Código de Procedimiento Penal de la Nación [en línea]. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/23984-nacional-codigo-procesal-penal-lns0003709-1991-08-21/123456789-0abc-defg-g90-73000scanyel [fecha de consulta: 31 julio 2017].

9 Francia, Código de Procedimiento Penal [en línea]. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154 [fecha de consulta: 31 julio 2017]. Traducción propia.

10 Italia, Código de Procedimiento Penal [en línea]. Disponible en: http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale. [fecha de consulta: 25 julio 2017]. Traducción propia.

En España la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el artículo 416 en su numeral primero establece que:

"*Están dispensados de la obligación de declarar:*

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261"[11].

III. Discusión sobre el fundamento de las normas que establecen excepciones al deber de declarar contra el acusado por motivos de parentesco o vínculos afectivos

A nivel internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 11.2, consagra la protección de la honra y de la dignidad, señalando que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

En nuestro ordenamiento jurídico este propósito de evitar injerencias abusivas en la vida familiar, incluso por la actividad del Estado, a nivel Constitucional se reconoce en el artículo 19 N° 4° y 5° que asegura a todas las personas: "El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia" y "La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada." Aquí se encuentra el fundamento valórico de la norma del artículo 302 del Código Procesal Penal.

La doctrina chilena se ha pronunciado sobre el fundamento de normas como la del artículo 302 del Código Procesal Penal al analizar la garantía constitucional que prohíbe se obligue al imputado a declarar contra sí mismo, dado que nuestra Constitución se refiere a esta situación a continuación de la misma. En el ámbito del derecho constitucional, la profesora Ángela Vivanco señala que con esta norma "se busca liberar a estas personas de una disyuntiva en extremo ardua: romper la promesa y perjurar o perjudicarse personalmente o perjudicar a un tercero con el que les unen vínculos afectivos"[12]. Por su parte, Alejandro Silva Bascuñan sostiene que la Constitución libera de la obligación

11 España, Ley de Enjuiciamiento Criminal [en línea]. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf [fecha de consulta: 24 julio 2017].

12 VIVANCO, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, Tomo II, p. 337.

de declarar contra el imputado o acusado a personas unidas con el mismo por vínculos de familia o conyugalidad, "respetando el sentimiento familiar"[13].

En el ámbito del derecho procesal penal, los autores nacionales no se refieren mayormente al fundamento de la norma de esta manera. Los autores Horvitz y López señalan, por una parte, que "las causales legales que autorizan al testigo para no declarar tienen su fundamento, ya en el principio de no autoincriminación, ya en el deber de secreto profesional"[14], agregando que serían los mismos motivos los que prohíben la incautación de ciertos objetos o documentos, en tanto que al tratar la prohibición de incautación de ciertos objetos o documentos, se dice que dicha norma se fundamenta "en el derecho a no declarar por motivos personales o por razones de secreto"[15]. Así, no obstante que de la primera cita pareciera colegirse que vinculan la norma al derecho de no autoincriminarse del imputado, la referencia que la misma hace a la prohibición de incautación de ciertos objetos o documentos, aclara que se trata de una consideración que el legislador tiene acerca de la vida privada o personal de la persona a quien se le requiere la entrega de los objetos o documentos o es citada a declarar.

En cuanto a la vinculación del artículo 302 del Código Procesal Penal con la garantía del imputado de no autoincriminarse, nuestra Corte Suprema, con fecha seis de julio de dos mil diecisiete, señaló que de haber alguna discusión en torno a la aplicación de la norma, ello no estaría relacionado con alguna garantía constitucional del imputado, no pudiendo por tanto configurar la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por lo que declara inadmisible un recurso de nulidad interpuesto por la defensoría penal pública, por supuesta infracción de garantías fundamentales:

"2° … se ha invocado como causal principal la contemplada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, estimándose vulnerado el debido proceso, expone que en la audiencia de juicio el tribunal advirtió a la víctima de facultad que le asistía de no declarar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 302 del Código Procesal Penal, lo que fue incidentado por el representante del Ministerio Público, oponiéndose a ello la defensa, siendo finalmente desestimada su objeción, pues la sentenciadora entendió que en la especie, el precepto indicado no resultaba aplicable al haber cesado la convivencia.

13 SILVA, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2010, Tomo XII, p. 81.

14 HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal Chileno.* Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, Tomo II, p. 277.

15 HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal Chileno.* Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003, Tomo I, p. 538.

3° Que de la lectura del recurso se advierte que lo alegado por el impugnante en la causal de competencia de esta Corte, ***dice relación con la errónea aplicación de una norma legal que regula la facultad de no declarar por motivos personales, cuestión que, a pesar que se invoca una garantía constitucional que se dice vulnerada,*** *constituye más bien la causal de nulidad del literal b) del artículo 373 del Código Procesal Penal…."*[16].

En España el fundamento de la norma relativa a la facultad de no declarar por motivos personales, ha sido objeto de un importante desarrollo por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Jurisprudencia

- Tribunal Supremo Español, sentencia N° 319/2009, en su fundamento primero estableció que: "En cualquier caso, la exención al deber de declarar que proclama el art. 416 de la LECrim tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmática. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso"[17].

- Tribunal Supremo Español, sentencia 699/2014, en su fundamento primero indicó que: "conviene proclamar como punto de partida que la previsión del art. 416 LECrim es una garantía establecida para el testigo y no para el imputado. No es un derecho de éste, sino de aquél. No se pueden deformar las cosas hasta convertir ese derecho de determinados testigos, víctimas en ocasiones, en una especie de boomerang que se vuelve contra ellos dejándolos desprotegidos y privándoles de la tutela judicial efectiva que han reclamado"[18].

- Tribunal Supremo Español, sentencia N° 292/2009, en su fundamento tercero sostuvo que: "La razón de la no exigencia de una conducta diversa del silencio por relevación de la obligación de testimonio se ha encontrado, según las circunstancias del hecho enjuiciado, ora en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el artículo 39 de la Constitución, ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la

16 Corte Suprema, 6 de julio de 2017, Rol N° 30167-17.

17 Tribunal Supremo Español, 23 de marzo de 2009, N° de Resolución 319/2009.

18 Tribunal Supremo Español, 28 de octubre de 2014, N° de Resolución 699/2014.

> Constitución"[19]. Agregando el mismo fallo que: "En algún caso, como los de las Sentencias nº 1656/1996, de 17 de diciembre y en la nº 331/1996, de 11 Abril, se ha proclamado el dudoso principio de que el precepto contenido en el art. 416.1 LECrim está concebido para proteger al reo y presunto culpable y no para perjudicarlo y de ello se desprende la ausencia de la obligación de declarar".

Por su parte la doctrina, está conteste en cuanto al titular de este derecho "se trata de un derecho personal del testigo en el proceso, al que se le exime de la obligación general que tienen todos los que residan en el territorio español de declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado, y de decir verdad" [20].

En cuanto al fundamento de la norma "la dispensa soslaya problemas de conciencia al testigo pariente del imputado o acusado que se originan ante la disyuntiva de la obligación legal de declarar y decir la verdad, pues en caso contrario será acusado de cometer un delito de falso testimonio, y la obligación moral de no perjudicar a la persona que pertenece a la propia familia" [21].

El profesor Roxin, al tratar la excepción del deber de declarar en el proceso penal de ciertos testigos, señala que el sentido de una regulación como esta reside en que a los parientes cercanos se les debe evitar el conflicto entre la obligación de decir la verdad y el afecto al pariente. Agregando un argumento de índole práctico, en el sentido que sería de tan escaso valor una declaración obtenida compulsivamente que no justifica una intromisión en la esfera familiar íntima [22].

IV. Distinciones relativas a la calidad en que interviene la víctima en el proceso, que han circunscrito el ámbito de aplicación de la norma. El caso español

Algunos de los tópicos desarrollados por la doctrina y jurisprudencia española, dicen relación con distinguir la situación de la víctima de la denunciante o querellante en su caso, según se da cuenta en los siguientes fallos:

19 Tribunal Supremo Español, 26 de marzo de 2009, N° de Resolución 292/2009.

20 PIÑEIRO, Igor. *La víctima de la violencia de género y la dispensa del artículo 416 de la LECRIM* [en línea]. En: *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 24, España, 2011, p. 105. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=3784 [fecha de consulta: 26 julio 2017].

21 SERRANO, Mercedes. *La víctima de la violencia de género ante el deber de denunciar y declarar en el proceso penal* [en línea]. Lerida, España, 2013, p. 21. Disponible en: http://altodo.org/wp-content/uploads/2013/11/VICTIMAS-Y-DEBER-DE-DECLARAR-MARZ013.pdf [fecha de consulta: 3 agosto 2017].

22 ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed., Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2006, p. 223.

- Tribunal Supremo Español, sentencia N° 625/2007, en su fundamento único sostuvo que: "La Sala estima que cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1º LECr, que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculado parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el art. 416.1º establece un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantes espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección.

  En suma: no se presenta aquí el problema, que ha ocupado últimamente a la teoría y la práctica, del valor de la declaración de una persona que pudiendo haberse abstenido de declarar como testigo, efectúa no obstante una declaración ante la instrucción, pero ejerce en el juicio el derecho que le acuerda el art. 416,1º LECr"[23].

- Tribunal Supremo Español, sentencia 288/2012, que en su fundamento octavo resolvió que: "Por otra parte, el Tribunal de instancia ha seguido en esta cuestión la doctrina de esta Sala de casación recogida, entre otras, en la STS de 6 de abril de 2001 y en la de 12 de julio de 2.007, según la cual ".... cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1.º L.E.Cr. que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a otras personas con las que están vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas""[24].

- Tribunal Supremo Español, sentencia 449/2015, que en su fundamento tercero sostuvo que: "En este escenario debemos declarar que en la medida que la víctima, M., ejerció la Acusación Particular durante un año en el periodo de instrucción, aunque después renunció al ejercicio de acciones penales y civiles, tal ejercicio indiscutido de la Acusación Particular contra quien fue su pareja en el momento de la ocurrencia de los hechos denunciados, la convierte en persona exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar de acuerdo con el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de Abril de 2013. ... En consecuencia, y si bien es cierto que en el inicio de la causa penal, no se le informó de su derecho a no declarar ... El posterior ejercicio de la Acusación Particular, --y durante un año--, le novó su status al de testigo ordinario, el que mantuvo, aún después de que renunciara al

23 Tribunal Supremo Español, 12 de julio de 2007, N° de Resolución 625/2007.

24 Tribunal Supremo Español, 19 de abril de 2012, N° de Resolución 288/2012.

ejercicio de la Acusación Particular, por lo que su declaración en el Plenario tuvo total validez aunque no fuese expresamente instruida de un derecho del que ella misma había renunciado al personarse como Acusación Particular"[25]. En este caso, la presentación en el período de instrucción de acusación particular por parte de la ofendida, tuvo un doble efecto, por una parte convalidar que en dicha etapa no se le hubiese informado sobre su derecho a no declarar, así como que en la etapa de plenario tampoco le hubiese sido informado este derecho antes de su declaración.

- Tribunal Supremo Español, sentencia N° 270/2016, que en su fundamento tercero indica: "Como bien recuerda el Tribunal de instancia, la Jurisprudencia de esta Sala ha venido reiterando que se trata de un derecho irrenunciable en beneficio de los testigos, pero no de las personas denunciantes espontáneas, respecto de los hechos que les han perjudicado, y que acuden a la policía en busca de protección, como sucede en el presente caso. Ciertamente hay que distinguir cuando como denunciante se acude a las autoridades para denunciar hechos de los que ha sido víctima para que actúen e inicien una investigación de aquellos otros supuestos en los que se cita como testigo a una persona incluida en la esfera de aplicación del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y así se ha pronunciado esta Sala, como es exponente la Sentencia 449/2015, de 14 de julio, en la que se declara que otra cosa sería contradictorio con la clara y libre iniciativa de ser denunciante de hechos de los que ha sido víctima"[26].

Antes de estos fallos más recientes, que exceptúan del ámbito de aplicación de la dispensa a la denunciante, parte de la doctrina española recomendaba que incluso ante denuncias espontáneas la autoridad policial o fiscal ante la que se presente la denuncia "informe a la mujer maltratada de que no tiene obligación de denunciar y que haga constar la renuncia expresa a tal facultad, ya que no siempre los tribunales han interpretado que la presentación espontánea de la denuncia es un hecho concluyente de la renuncia a la dispensa"[27].

Actualmente la distinción entre víctima y la víctima que adquiere el rol de denunciante en su misma causa, permite no aplicar la dispensa en este último caso, lo que ha sido avalado por la doctrina, según se señala: "Si

25 Tribunal Supremo Español, 14 de julio de 2015, N° de Resolución 449/2015.

26 Tribunal Supremo Español, 5 de abril de 2016, N° de Resolución 270/2016.

27 SERRANO, Gregorio. *Sobre las posibles conductas procesales de la mujer víctima de delitos de violencia de género* [en línea]. En: *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXVIII, España, 2010, págs. 133 y 134. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=116536 [fecha de consulta: 26 julio 2017]

quienes prestan declaración son los denunciantes, tal condición resulta incompatible con la facultad de abstención, pues el denunciante no testifica sino que imputa, y su declaración en el proceso ingresa como unidad, por lo que no puede abstenerse con posterioridad pues ya renunció oportunamente a aquel privilegio. Por consiguiente, no debe hacérsele conocer un derecho que ya no tiene"[28].

El Tribunal Supremo Español, además de mostrar una evolución en su jurisprudencia en orden a circunscribir el ámbito de aplicación de la dispensa tratándose de casos de violencia de género, y "con la finalidad de dar seguridad jurídica a través de una interpretación uniforme acerca de la exención de declarar prevista en el art. 416-1° de la LECriminal", el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de abril de 2013, partiendo de que la justificación de tal exención se encuentra en el conflicto existente entre el deber legal de decir la verdad y el derecho derivado del vínculo afectivo familiar o asimilado existente entre agresor y víctima, adoptó el siguiente Acuerdo que constituye la posición definitiva de la Sala en este aspecto, como último intérprete de la legalidad penal y procesal ordinaria.

Dicho acuerdo exceptúa de la exención de la obligación de declarar, las siguientes situaciones:

a) Cuando la declaración se refiere a hechos ocurridos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga.

b) Casos en que el testigo esté apersonado como acusación en el proceso.

Estas delimitaciones permiten, en la medida de lo posible, continuar los juicios por estos delitos, no obstante lo que las víctimas de los mismos manifiesten, porque como el mismo Tribunal Supremo Español lo ha señalado: "no queda al arbitrio de la víctima el control de la aplicación del derecho penal. El derecho penal no es disponible por la víctima"[29].

V. Posibilidad de incorporar declaraciones previas al juicio

En Chile, dado que en general las declaraciones prestadas por las víctimas en la etapa investigativa, se realizan en la Fiscalía, sin presencia de la defensa, en caso que estas luego hagan uso del artículo 302 del Código Procesal Penal, no sería posible su incorporación al juicio porque se privaría al acusado el derecho a controvertir o examinar la prueba de cargo.

28 SERRANO, ob. cit., p. 104.

29 Tribunal Supremo Español, 25 de enero de 2008, N° de Resolución 58/2008.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional Español, 187/2003, fundamento cuarto, indica: "Más en concreto, y en relación con la eficacia probatoria de las declaraciones testificales prestadas durante la fase de instrucción, posteriormente incorporadas al juicio oral, se ha puesto de manifiesto reiteradamente la trascendencia constitucional del respeto al principio de contradicción en salvaguarda del derecho de defensa, a la luz de lo dispuesto en los Tratados y acuerdos internacionales sobre derechos y libertades fundamentales ratificados por España (art. 10. 2 CE), entre ellos el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución, ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales.

En consecuencia, hemos estimado que una declaración realizada en el sumario, sin garantizar en el momento de su práctica la posibilidad de que la defensa del acusado tuviera la oportunidad de interrogar y confrontar las manifestaciones efectuadas por un testigo de cargo, y sin que la falta o déficit de contradicción resultara imputable a la parte acusada o a su defensa, determina la falta de validez de una prueba que no puede ser sanada mediante la simple lectura en el acto del juicio oral de la declaración sumarial".

Como señala la sentencia recién referida, el estándar fijado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, establecido hace ya años a propósito precisamente de un caso de violencia de género contra la mujer, el caso "Unterpertinger contra Austria", fallado el año 1986, y en el que se discutió si Austria había violado el artículo 6.1 del Convenio Europeo, relativo al derecho de toda persona a un proceso justo, dado que en el juicio donde Unterpertinger fue condenado como autor del delito de lesiones, se le dio lectura a declaraciones hechas ante la policía incorporándolas al juicio como documentos, dado que la víctima y su hija se acogieron al derecho a negarse a declarar por razón de parentesco.

El fundamento 31 del fallo que condena a Austria, indica: "El Tribunal, primero, y el de apelación, después, no pudieron, por tanto, oír a la señora de U. y a la señorita T. ni conocer las declaraciones de la primera ante el Juez de Kufstein; en cambio, a petición del Ministerio Fiscal, tuvieron que dar lectura a sus declaraciones a la Policía (apartado 19 precedente).

Esta lectura en sí no puede considerarse opuesta al artículo 6.1 y 3.d) del Convenio; <u>pero su utilización como medio de prueba ha de respetar el derecho de defensa, cuya protección es el objetivo y la razón de ser del precepto</u>. <u>Sucede así especialmente cuando la persona acusada, a la que el</u>

artículo 6.3.d) reconoce el derecho de «interrogar o hacer interrogar» a los testigos propuestos por la acusación, no ha podido en ningún momento del procedimiento anterior preguntar a las personas cuyas declaraciones se leen en la audiencia pública"[30].

VI. Breve análisis del artículo 302 del Código Procesal Penal chileno a la luz de fallos dictados por Cortes de Apelaciones

Esta norma que establece la exención de la obligación de declarar por razones de parentesco o afectivas, si bien es de diaria aplicación en los juicios simplificados u orales seguidos por delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, podríamos decir que no es una norma que se haya analizado mayormente por la doctrina; por lo que algunas definiciones que se han alcanzado sobre la misma provienen de la jurisprudencia.

VI.1 Ámbito de aplicación

La norma sólo debe utilizarse respecto de las declaraciones de testigos en el juicio oral y no a la participación de éstos en diligencias realizadas durante la investigación, como serían la toma de muestras y posterior examen de ADN o la autorización de una diligencia de entrada y registro.

Así fue resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 25 de julio de 2006, en causa Rol N° 1266-2006: "… el Tribunal considera que la razón por la cual se ha excluido la prueba de que se trata en este caso, es decir, el revólver o el arma de fuego, el monedero y las fotografías correspondientes, no es una razón que tenga amparo legal en el Código Procesal Penal, porque se ha invocado el artículo 302, artículo que se refiere a la facultad de los testigos de no declarar en los casos que esa misma norma señala, y en esta situación no nos encontramos frente a una declaración si no frente a una actuación investigativa, …".

En el mismo sentido, el fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 2 de abril de 2015 en causa Rol N° 481-2015, que en su considerando quinto indicó: "En cuanto a la autorización dada a la policía por la persona que se sindica como cónyuge del detenido, cuya procedencia también se cuestiona, lo cierto es que el artículo 205 del Código tantas veces citado exige para la entrada y registro en lugares cerrados, la autorización previa del

30 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 1986, sentencia 9129/80, "caso Unterpertinger contra Austria" [en línea]. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165097 [fecha de consulta: 25 julio 2017].

propietario o encargado y habiéndose identificado la persona que consintió en la entrada como "cónyuge del imputado" –así se consigna en la resolución recurrida– es posible aceptar que puede ser considerada como encargada del domicilio (mismo aportado por el imputado) y con relación al artículo 302 del Código Procesal Penal, cuyo título es "Facultad para no declarar por motivos personales", a juicio de estos jueces, no es aplicable en la especie, toda vez que la policía se limitó a solicitar su autorización para ingresar al inmueble y no se le tomó declaración alguna en relación a lo ocurrido horas antes".

VI. 2 Posibilidad de incorporar testigos de oídas

Se ha discutido la admisibilidad de incorporar testimonios de oídas, como medio de prueba que permita ingresar el testimonio de quien, en el juicio, se acogió al derecho establecido en la norma del artículo 302 del Código Procesal Penal.

En sentido afirmativo citamos la resolución de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 21 de febrero de 2014, Rol N° 4-2014, que rechazando un recurso de nulidad deducido por la defensa, sostuvo en sus considerandos noveno y décimo que: "9. El recurrente invoca en subsidio como causal de nulidad, la prevista en el artículo 374 letra c) del Código Procesal Penal, esto es, cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga, y en este caso, a ejercer el derecho a defensa técnica, garantía reconocida por la Carta Fundamental en el artículo 19 N° 3 y también en el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que se infringe en la sentencia en el considerando octavo al analizar y otorgar valor probatorio a los dichos que ante funcionarios de la PDI expuso una testigo que amparada en el parentesco que la unía con el encausado y en uso de la facultad que le confiere el artículo 302 del Código Procesal Penal, no declaró en el Juicio Oral en contra del acusado por motivos personales, impidiendo el Tribunal a la defensa del acusado el derecho a contradecir la prueba de cargo. Con lo cual infringen los sentenciadores, dice, el principio de contradicción al impedírsele ejercer las facultades de los artículos 309 y 332 del Código Procesal Penal, en orden a dirigir preguntas al testigo para demostrar su inhabilidad.

10.- Que, si bien es efectivo que S.L.G. no declaró en estrado amparada en el parentesco con el acusado, lo hizo el funcionario policial Zúñiga Ramírez, quien la interrogó durante la investigación, y en el juicio refiere que ella supo de los hechos por su hija y los relata. Como puede apreciarse S.L.G. no ha declarado como testigo en el juicio oral, quien lo hizo fue el policía Zúñiga Ramírez respecto de quien la defensa pudo y estuvo en condiciones de ejercer las facultades de los citados artículos 309 y 332 del código del ramo".

VI. 3 Etapa del proceso en que aplica

La norma del artículo 302 del Código Procesal Penal se ubica en el Párrafo 5° titulado "Testigos", del Título III relativo al "Juicio Oral", por lo que no corresponde extender su aplicación a otras etapas del procedimiento.

En este sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, al acoger un recurso de apelación deducido por el Ministerio Público en causa Rol N° 28-2013, de fecha 07 de febrero de 2013, presentado con motivo de la exclusión de testimonios del auto de apertura de juicio oral, efectuada por el Tribunal de Garantía, por supuesta vulneración de garantías fundamentales. Declaró en sus considerandos segundo y tercero: "Que, el artículo 302 del Código Procesal Penal, reconoce en favor de personas convocadas en calidad de testigos, la facultad de no declarar por motivos personales, quienes deben ser informadas acerca de dicha facultad de abstenerse, antes de comenzar cada declaración, pudiendo además retractar en cualquier momento el consentimiento que hubiere dado para prestar su declaración. La disposición antes referida se ubica en el título III del Código Procesal Penal, que regula el desarrollo del juicio oral y de tal ubicación se desprende que es precisamente durante la audiencia de debate que la persona convocada en calidad de testigo puede ejercer esa facultad de abstenerse cuando se encuentra en alguna de las situaciones allí previstas, de lo que debe ser oportunamente informado antes de comenzar su declaración. Más aún y no obstante el privilegio mencionado, tales testigos tienen la obligación de comparecer a la presencia judicial y explicar los motivos de los cuales surgiere la facultad de abstenerse que invocaren; así lo dispone el artículo 304 del cuerpo legal precitado.

... De allí que no pudo el juez a quo excluir a tales testigos de la prueba ofrecida por el ministerio público, so pretexto de una supuesta vulneración de garantías constitucionales –que no detalla–, ni menos vedar anticipadamente a los funcionarios policiales referirse a esa testimonial, **si por aquellos no ha sido ejercida aún la facultad de abstenerse, la que recién podrán expresar al comparecer en la audiencia de juicio oral**".

En similar sentido resolvió la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N° 2713-2016, de fecha 23 de agosto de 2016, al señalar, al acoger un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público por la exclusión de un testigo del auto de apertura del juicio oral efectuada por el Tribunal de Garantía: "Teniendo en consideración que la norma del artículo 302 del Código Procesal Penal, se encuentra dispuesta por el legislador en el Título III de dicho cuerpo legal, dedicado precisamente a la reglamentación de todos los aspectos que dicen relación con el juicio oral, entre ellos, la forma de recibir los medios de prueba ofrecidos al efecto, particularmente con ocasión

de la obligación de comparecencia y declaración, estableciendo la facultad de no declarar por motivos personales a los deponentes vinculados con el acusado, **lo que lleva a concluir que la información cuya falta sustenta la decisión recurrida debe ser entregada para que el testigo ejerza su derecho en aquella instancia, única determinada para recibir el elemento probatorio de que se trata**, se revoca la resolución apelada de once de agosto del año en curso, dictada por el Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago y en su lugar se declara que don C.A.A.S. queda incluido en la nómina de testigos del Ministerio Público, contenida en el auto de apertura de estos antecedentes".

VII. Interpretación de la norma con enfoque de Género

El deber del Estado de evitar injerencias o intromisiones en la vida privada de sus ciudadanos, que fundamenta en general normas como la del artículo 302 de nuestro Código Procesal Penal, no permite justificar su uso, en casos en que la testigo es a su vez la víctima del delito por el cual se está llevando adelante el juicio, ni menos en los casos de violencia contra la mujer, donde el Estado debe garantizar a sus ciudadanas, que se investigarán y sancionarán los hechos de violencia con la debida diligencia, según sus compromisos internacionales en la materia.

Tanto en España como en nuestro país respecto del artículo 302 del Código Procesal Penal, se puede sostener que: "el artículo vigente se refiere concretamente al supuesto de una persona conocedora de la comisión de un delito que debe testificar en contra de un familiar presuntamente inculpado"[31].

Desde el propio fundamento de la norma, se puede argumentar que no es admisible su uso en casos de violencia contra la mujer. En Argentina, que tiene este problema solucionado normativamente, la doctrina ha dicho que: "Considerando que la exención del deber de declarar contra el acusado está establecida o descansa en la solidaridad o cohesión familiar del grupo, por lo cual cuando uno de sus miembros la destruye no parece que opere dicha cláusula"[32].

31 DE LUJAN, María. *Violencia contra las mujeres y alguien más* [en línea]. Valencia, España, 2013, págs. 117 y 118. Disponible en: http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/29006/Tesis%20completa.pdf?sequence=1 [fecha de consulta: 1 agosto 2017].

32 FLORES, Ercilia. *Criterios sustanciales y procesales del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.* Argentina, Ediciones Lerner, 2017, Tomo III, p. 104.

Como señala la profesora española Lorena Cristobal, estas delimitaciones o precisiones respecto del ámbito de aplicación de la dispensa, han sido necesarias dada la amplitud de la norma, que permite prácticamente que cualquier mujer que haya sido víctima de violencia de género se acoja a la misma, llamando la atención en los siguientes términos: "parece que la dispensa está hecha para la violencia de género, cuando en realidad debería ser el único caso, en que no se permitiera a la víctima eximirse de declarar"[33]. Precisando que llega a la convicción de lo inconveniente que resulta aplicar la dispensa a casos de violencia de género, por dos tipos de argumentos. El primero, de protección en favor de las víctimas, porque sabiendo sus agresores que ellas pueden negarse a declarar, podrían presionarlas ejerciendo una vez más, algún tipo de violencia contra ellas. El segundo argumento apunta a la inexistencia del fundamento de la dispensa tratándose de casos de violencia de género: "no hay ya paz familiar a proteger y tampoco hay un deber de solidaridad intrafamiliar que colisione con el deber de colaborar con la justicia, ya que los motivos para acogerse a la dispensa suelen ser el miedo o la culpabilización por los hechos delictivos"[34]. Otro aspecto fundamental que la doctrina ha usado a fin de demostrar la necesidad de excluir de la aplicación de la norma los casos de violencia de género, dice relación con la disposición del Derecho Penal por parte de las víctimas, lo que se produciría con la aplicación de la dispensa, por "el hecho de no establecer limitación alguna de su aplicación en cualquier momento de la causa, otorga a la víctima de facto un derecho de disposición del proceso dificultando la condena del agresor y por tanto la protección judicial de la víctima, toda vez que en un alto porcentaje de casos la víctima, se acoge en el acto del juicio oral a la dispensa de prestar declaración prevista en el artículo 416 de la LECrim, siendo el único testigo de los hechos, por lo que la ausencia de su testimonio, determinará la inexistencia de pruebas que desvirtúen la presunción de inocencia del procesado dando lugar a la absolución de su agresor[35]".

33 CRISTOBAL, Lorena. *La declaración de la víctima en el procedimiento por violencia de género* [en línea]. Barcelona, España, Universitat Pompeu Fabra, 2014, p. 39. Disponible en: https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/23232/TFGDRET_Cristobal_2013_2014.pdf?sequence=1 [fecha de consulta: 30 julio 2017].

34 CRISTOBAL, ob. cit., p. 39.

35 MARTÍNEZ, Gema. *La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del artículo 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal* [en línea]. Madrid, España, 2015, p. 18. Disponible en: www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427358027?blobheader=applic [fecha de consulta: 25 julio 2017].

Por lo dicho, consideramos que la interpretación de la norma que de mejor manera considera, por una parte, el fundamento de la misma y, por otra, que permite al Estado cumplir su deber de sancionar la violencia de género, sería sólo permitir su aplicación en caso de víctimas que a su vez no sean denunciantes en el proceso. En los casos que la denuncia haya sido formulada por las propias ofendidas por el delito, solicitando la intervención del aparato de persecución y protección del Estado, esta intervención implica una renuncia al derecho formulada de manera expresa. No sería admisible que ante estas denuncias espontáneas, el Estado se reste o le señale, por ejemplo, mediante un agente policial, que no está obligada a denunciar, si es exactamente lo que la víctima ha ido a hacer a la unidad policial. Exigirlo, consideramos, sería al menos incomprensible para las mujeres que acuden a una unidad policial esperando acceder a la justicia.

Esta es una de las conclusiones del Décimo Segundo Seminario de Fiscales Delegadas/os de Violencia sobre la Mujer, que contempló una mesa de trabajo denominada "A vueltas con la aplicación del Art. 416 L.E.Crim", que terminó con una serie de propuestas dirigidas al Fiscal General del Estado español, entre éstas: "Excluirse de la dispensa al testigo pariente denunciante, pues una vez tomada la libre decisión de denunciar, iniciativa que determina la puesta en marcha del procedimiento, debería entenderse decaída definitivamente la posibilidad de no declarar cuando sea requerido al efecto"[36].

VIII. Conclusiones

- La relevancia que los instrumentos internacionales y los Estados le dan a la vida privada de sus ciudadanos, claramente no puede ser discutida, y la valoración social, por cierto, está conteste con que en este espacio de la vida de las personas se debe evitar cualquier injerencia, incluso por parte del Estado en el ejercicio de roles públicos como lo es el castigo de los delitos.

- El fundamento del artículo 302 del Código Procesal Penal se encuentra en el deber de solidaridad familiar, que se entiende existe en las relaciones de familia o pareja, y como tal es un derecho de quienes son llamados a declarar en juicio y que tienen estos vínculos con el acusado.

36 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Conclusiones del XII seminario de Fiscales delegados en violencia sobre la mujer - año 2016* [en línea]. Madrid, España, 2016. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/.../2016%20CONCLUSIONES%20DEFINITIVAS%20XII [fecha de consulta: 25 julio 2017].

Por ello cualquier discrepancia de la defensa respecto de la aplicación de la norma en juicio, no avalaría alegaciones referidas a una infracción de derechos del acusado, puesto que no se trata de una norma establecida en su favor.

- La norma del artículo 302 del Código Procesal Penal se aplica respecto de los vínculos señalados en el mismo artículo, no siendo susceptible su extensión a otras situaciones, vínculos que deben encontrarse vigentes al momento de los hechos y al momento de la declaración, atendido al fundamento valórico ya señalado. Además, como lo establece el texto de nuestra Constitución, sólo el legislador puede establecer, "los casos y circunstancias" en que se aplicará la facultad.
- En casos de violencia de género la norma no debiese aplicar, porque el fundamento de la norma ya fue afectado precisamente por la conducta violenta del agresor, por lo que ya no subsiste. Así al menos mientras no se modifique la norma exceptuando su aplicación en casos de violencia contra la mujer, la dispensa no debiese resultar aplicable en los casos en que la víctima sea a su vez la denunciante.
- La norma no debería aplicar en ningún caso de violencia contra la mujer (sea o no denunciante), por lo que resultaría conveniente una reforma legal en dicho sentido. A fin de evitar una eventual configuración de un delito en caso que la víctima declarase falsamente, se podría legislar señalando que dicha declaración no se tome bajo juramento. Ello permitiría incorporar el relato original de la víctima que da cuenta de la violencia, no obstante lo que declare en el juicio.

EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA POR PARTE DE SU PAREJA EN EL PROCESO PENAL

LA SITUACIÓN DE CHILE Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

María José Taladriz Eguiluz[1]

I. Introducción

El deber de protección de los derechos de las mujeres asumido por el Estado de Chile a nivel internacional[2], mediante la ratificación por Chile en el año 1989 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en adelante CEDAW[3] y de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en adelante Convención de Belem Do Para, en el año 1998; y a nivel nacional, mediante la entrada en vigencia de la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar[4] y de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia[5], ha exigido una respuesta especializada, que ha sido reforzada con la tipificación del delito de femicidio[6].

Sin embargo, nuestra legislación y la aplicación específica de las normas del estatuto de violencia intrafamiliar presentan algunas contradicciones que vale la pena examinar a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en adelante, DIDH.

1 Abogada, Subdirectora de la Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

2 Cabe señalar que Chile ha ratificado los principales tratados internacionales de derechos humanos, con la excepción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (sólo firma en 2009) y el Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (sólo firma en 2001).

3 Si bien Chile ratificó la CEDAW en 1989, su implementación se inició en 1990.

4 Chile, Ley N° 20.066, establece Ley de Violencia Intrafamiliar. Diario Oficial del 7 de octubre del 2005.

5 Ley N° 19.968, de 2004, crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial del 30 de agosto del 2004.

6 Ley N° 20.480, de 2010, modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el «femicidio», aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio. Diario Oficial del 18 de diciembre del 2010.

En efecto, en el ámbito de la violencia doméstica, que en este artículo circunscribiremos sólo a aquellos actos de violencia contra la mujer en el marco de las relaciones de pareja, existen algunas excepciones en la legislación penal vigente basadas en el consentimiento de la víctima, al otorgar a ésta un derecho por definición renunciable y que se ejercerá según la conveniencia de su titular, lo que puede atentar contra su derecho a la integridad física y psíquica, incluso contra la libertad sexual y el derecho a la vida de las mujeres víctimas de violencia al interior de la familia.

Es el caso de las normas que regulan el delito de violación entre cónyuges o convivientes, la procedencia del perdón del ofendido como causal de extinción de responsabilidad penal y las decisiones judiciales que aprueban acuerdos reparatorios en casos de violencia en contra de mujeres cometida por parte de su pareja perteneciente a la etnia mapuche.

Además, y sin pretender abordar la materia en este documento, se hace presente que tratándose de medidas cautelares establecidas en favor de la mujer víctima de violencia, en algunos casos, resulta relevante para los tribunales a la hora de resolver condenar por desacato, si quien incumple las medidas decretadas, lo hace autorizado por la afectada, pues en estas situaciones, muchas veces, la defensa funda el error de prohibición para lograr la absolución del acusado, fundado en que a partir de la autorización de la víctima para ingresar al domicilio, el imputado desconoce la existencia de la prohibición de acercamiento, y en consecuencia, actuaría amparado por el derecho, al creer que su comportamiento se ajusta al mismo, provocándose una tensión entre el poder punitivo y lo decidido por la víctima[7].

Lo anterior lleva a reflexionar en torno a si el Estado debe intervenir necesariamente en los casos de violencia doméstica de pareja expropiando a las víctimas el conflicto penal, mediante la imposición de una condena cuando corresponda; o bien debe permitirle a la pareja la búsqueda de una solución de conveniencia mutua en la medida que se asegure un consentimiento libre y espontáneo de la mujer en condiciones que aseguren su vida y su integridad física y psíquica.

7 Sobre estos casos, cabe señalar que muchas veces las referidas autorizaciones constituyen relatos implantados, resultando relevante en juicio destacar el conocimiento que efectivamente tenía el imputado de la prohibición, por cuanto la cautelar generalmente la medida cautelar se decreta en audiencia, siendo el imputado notificado personalmente de la prohibición e informado, además, de los alcances de la misma. Asimismo, el hecho que del incumplimiento de la prohibición hayan tomado conocimiento los funcionarios policiales, en el respectivo procedimiento de flagrancia, puede ser fundamental para reforzar el conocimiento de la prohibición, siendo importante contar en juicio con sus testimonios.

El planteamiento consiste en determinar la significancia que para el derecho penal tiene el consentimiento en los delitos de violencia doméstica, como una cuestión de colisión de derechos humanos, por cuanto cada vez que se presentan casos en que no obstante ocurrir un resultado lesivo para la libertad sexual, integridad física o psíquica, la mujer víctima de un delito en el contexto de violencia doméstica consiente en la realización del acto lesivo, no obstante la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres insertas en el fenómeno de la violencia al interior de la familia.

La colisión se advierte, por tanto, entre el derecho a la libertad sexual, integridad física y/o psíquica como bienes jurídicos protegidos por los diversos tipos penales que establecen delitos que pueden cometerse en contra de la mujer con la que se vincula sentimentalmente el agresor y la autonomía de ésta.

En este trabajo se pretende analizar las normas del ordenamiento jurídico nacional que contemplan el consentimiento de la víctima como causal de extinción de responsabilidad penal en los delitos de violencia doméstica, incluyendo delitos tan violentos como la violación y otros de menor lesividad en relación a la improcedencia de los acuerdos reparatorios y al carácter público de la acción penal, en relación con las normas del DIDH, con el objeto de determinar si el Estado de Chile cumple con los estándares internacionales.

II. La violencia contra la mujer como un problema de derechos humanos

En el plano internacional la protección de los derechos humanos ha buscado eliminar las formas de dominación existentes, por ello y a pesar de que tradicionalmente la violencia contra la mujer no fue concebida como una violación a los derechos humanos, ha sido reconocida en la Convención de Belem do Para como una grave violación a los mismos y a las libertades fundamentales, por cuanto limita total o parcialmente a la mujer en el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y libertades, ofendiendo su dignidad humana. Lo anterior constituye una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres que trasciende todos los sectores de la sociedad con independencia de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión, lo que ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales[8].

De este modo, la mujer tiene derecho, en condiciones de igualdad, al goce y la protección de todos los derechos humanos en las esferas políticas, económicas, sociales, culturales, civiles y de cualquier otra índole, incluyendo el derecho a la vida, el derecho a la igualdad, el derecho a la libertad y la seguridad de la

8 Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994), Preámbulo. En: www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html.

persona, el derecho a la igual protección ante la ley, el derecho a verse libre de todas las formas de discriminación, el derecho al mayor grado de salud física y mental que se pueda alcanzar, y el derecho a no ser sometida a tortura, ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, entre otros[9].

La Comisión Internacional de Derechos Humanos, en adelante indistintamente la Comisión o la CIDH, refuerza lo anterior al reconocer "que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de tales derechos"[10] y establecer que el derecho de la misma a una vida libre de violencia comprende el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento, concluyendo que existe una "conexión integral entre las garantías establecidas en la Convención de Belém do Pará y los derechos y libertades básicos estipulados en la Convención Americana, que se aplica al tratar la violencia contra la mujer como violación de los derechos humanos"[11].

1. La violencia hacia la mujer como una forma de discriminación

El artículo 1 de la CEDAW establece que la discriminación contra la mujer "(…) denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales". De esta definición se desprende que el trato idéntico o neutro de la mujer y el hombre podría constituir discriminación contra la mujer cuando tuviera como resultado o efecto privarla del ejercicio de un derecho al no haberse tenido en cuenta la desventaja y la desigualdad preexistentes por motivos de género[12].

Además, la Convención sólo menciona la discriminación por motivos de sexo. Sin embargo, al interpretar este artículo junto con el párrafo f) del artículo

9 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), Arts. 4 y 6; Comité de CEDAW, *Recomendación general N° 19: Violencia contra la mujer* (1992), párr. 8; y Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer (1993), Art. 3. En: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm

10 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos de las mujeres en Ciudad Juárez en México. El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación* (2003), párr. 120. En: www.cidh.org/annualrep/2002sp/cap.vi.juarez.htm.

11 Ibid.

12 Comité de CEDAW, *Proyecto de Recomendación general N° 28: Artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (2010), párr. 5. En: www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8338.pdf?view=1.

2 y el párrafo a) del artículo 5 se evidencia que comprende la discriminación contra la mujer por motivos de género. De este modo, el término "sexo" se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término "género" se refiere a las identidades, funciones y atributos de la mujer y el hombre construidos socialmente y al significado cultural y social que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que conlleva relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer[13].

Ahora bien, podría sostenerse que si la violencia es de género, sería susceptible de ser víctima de la misma una mujer lesbiana por parte de su pareja, cuando la primera sostiene en la relación estereotipos más clásicos de la mujer, en circunstancias que la agresora representa estereotipos más masculinos. Sin embargo la falta de conocimiento, comprensión y estudio de los maltratos entre parejas de mujeres lesbianas no permite afirmar si en éstas se dan efectivamente los rasgos característicos que han llevado a dar protección reforzada a una mujer en su relación frente a un hombre[14]. De hecho, es innegable que existen relaciones de poder entre mujeres lesbianas, y entre mujeres en general, pero éstas requieren ser entendidas en su especificidad. Efectivamente, las diferencias de poder que tienen lugar en las relaciones interpersonales, no siempre están asociadas a jerarquías sociales en relación con el género, influyendo también otros aspectos más circunstanciales de cada relación en particular.

Lo anterior no quiere decir que esa mujer lesbiana no tiene derecho a la protección reforzada por parte del Estado, en el ámbito intrafamiliar, pues efectivamente la tiene. Así, en el caso de un homicidio por parte de quien es o ha sido su pareja se sanciona en forma agravada como parricidio, y respecto de las agresiones que le cause la misma, opera igualmente el estatuto proteccional previsto en la Ley N° 20.066, siempre que se trate de convivientes o ex convivientes, por exigirlo así el artículo 390 del Código Penal y el artículo 5 de la referida ley.

Todas las dinámicas en el marco de una relación de control y subordinación se pueden dar en relaciones heterosexuales y en relaciones lésbicas, pero en el primer caso la estructura social está a favor del hombres y en el segundo no existe esa jerarquización social entre ambas mujeres.

13 Ibid.

14 LARRAURI, Elena. Violencia de género –la visión de la LPI (Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género) [en línea]. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina30719.pdf.

En consecuencia, la discriminación contra las mujeres es cualquier tipo de desigualdad o impedimento que no permita a las mismas desarrollarse plenamente dentro de la sociedad, por el hecho de ser mujeres, y puede tener lugar en los diversos ámbitos, incluyendo el ámbito penal.

La Recomendación General N° 19 del Comité CEDAW reconoce que la violencia contra la mujer constituye una forma de discriminación contra ésta, producto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, definiendo dicha violencia como aquella "(…)dirigida contra la mujer porque es mujer o porque la afecta en forma desproporcionada". Esa definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada y que incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad[15].

A su vez, la violencia como forma de discriminación puede darse en forma directa o indirecta. El Proyecto de Recomendación General N° 28 entiende por discriminación directa contra la mujer, la que supone un trato diferente fundado explícitamente en las diferencias de sexo y género, mientras que la discriminación indirecta tiene lugar cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere a hombres y mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida[16].

2. El concepto de violencia contra la mujer en el DIDH

Si bien el respeto irrestricto a los derechos humanos de las mujeres ha sido consagrado en los instrumentos de protección de la violencia contra la mujer de carácter general, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y reafirmado en otros instrumentos internacionales y regionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional; el concepto de violencia contra la mujer ha sido establecido en los diversos instrumentos internacionales de protección específicos existentes en la materia: la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer (1993) la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer CEDAW (adoptada en el año 1979 y ratificada por Chile en 1989), en la

15 Comité de CEDAW, *Recomendación general N° 19,* ob. cit. párr. 6.

16 Comité de CEDAW, *Proyecto de Recomendación general N° 28*, ob. cit., párr. 16.

Recomendación General N° 19 de 1992 del Comité de la CEDAW y, en el ámbito regional, en la Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994).

A continuación se revisará brevemente la normativa internacional del sistema universal de derechos humanos y del sistema interamericano referida al concepto de violencia contra la mujer, para luego revisar la normativa internacional que comprende a la violencia doméstica dentro del mismo, la que, como ya se dijo, circunscribiremos a la violencia de pareja para efectos de este trabajo.

En el ámbito del Sistema Universal de Derechos Humanos, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer de 1993 entiende por violencia contra las mujeres: "(…) todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada" (artículo 1).

Además, la Resolución 2005/41 de la Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas define la violencia contra la mujer como: "Todo acto de violencia sexista que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad tanto si se producen en la vida pública como la privada y que abarca, sin limitarse a estos actos, la violencia doméstica, los delitos cometidos por cuestiones de honor, crímenes pasionales, la trata de mujeres y niñas, las prácticas tradicionales nocivas para la mujer y la niña incluida la mutilación genital femenina, el matrimonio precoz y forzado, el infanticidio de niñas, los actos de violencia y asesinatos relacionados con la dote, los ataques con ácido y la violencia relacionada con la explotación sexual comercial y con la explotación económica"[17].

Por su parte, en el ámbito regional, la Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994 define en su artículo 1 la violencia contra la mujer como: "(…) cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado", reconociendo en su artículo 3 que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

17 Comisión de Derechos Humanos, *La eliminación de la violencia contra la mujer*, Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/41, (2005), párr. 2. En: www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2005/3447.

En relación con esta definición, la Corte ha señalado que su competencia debe referirse a conductas que afectan los derechos humanos de la mujer y dirigidas en su contra por el hecho de serlo[18], o que la afectan de manera desproporcionada[19].

De la normativa referida se desprende que la violencia contra la mujer puede ser física, sexual o psicológica; puede ser perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, en cualquier lugar que ocurra; y puede producirse: a) al interior de la familia o de la unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, comprendiendo entre otros, la violación, el maltrato y el abuso sexual; o b) en la comunidad (instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar), pudiendo ser perpetrada por cualquier persona y comprender, entre otros, la violación, el abuso sexual, la tortura, la trata de personas, la prostitución forzada, el secuestro y el acoso sexual en el lugar de trabajo[20].

Finalmente, cabe señalar que en el año 2006 la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer de la ONU señaló que "(…) [t]omando como base la práctica y la opinio juris (…) se puede concluir que hay una norma del derecho internacional consuetudinario que obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer"[21].

3. La violencia doméstica como manifestación de la violencia a la mujer

La violencia doméstica, dentro de la que se incluye la violencia sexual, ha sido definida por las cortes internacionales[22] como una forma de discriminación, debido a las graves consecuencias que esta conducta tiene en las víctimas. Este estándar internacional implica la imposición de obligaciones especiales para los Estados, las cuales deben ser cumplidas en los procesos internos, tanto penales como investigativos, con el fin de proteger cabalmente los derechos

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Castro Castro vs. Perú*, Sentencia de Fondo (2006), párr. 276. En www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Sentencia de Fondo (2009), párr. 75. En: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

20 Comité de CEDAW, *Proyecto de Recomendación general N° 28*, ob. cit., párr. 19.

21 Informe citado en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*, ob. cit., párr. 254.

22 Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Opuz vs. Turquía*, Sentencia de Fondo (2009), párr. 199-202. En: www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/III.%20Corte%20Europea%20de%20Derechos%20Humanos_1.pdf

humanos de las víctimas a la luz del derecho internacional de los derechos humanos[23].

Sin embargo, probablemente, la violencia contra las mujeres en manos de su pareja o ex-pareja masculina es la violación de derechos humanos más habitual de las que se cometen[24], afectando a la mujer de manera desproporcional, lo que exige un enfoque diferencial y de género para la comprensión y visibilización de la violencia contra la mujer en este ámbito[25]. En efecto, se ha sostenido que la familia invisibiliza las diversas formas de opresión de las mujeres[26], por ello, las feministas radicales señalan que es precisamente en la familia donde se permite la expropiación de la sexualidad femenina, la que persiste, precisamente, a través de la disciplina de las mujeres, ejercida mediante la violencia doméstica, por lo que apuntan a erradicar los residuos de tolerancia frente a este tipo de violencia[27].

En el sistema universal de derechos humanos, la Recomendación N° 19 del Comité CEDAW califica la violencia intrafamiliar como una categoría específica de violencia contra la mujer, al señalar que la violencia en la familia constituye una de las formas más insidiosas de violencia contra la misma, expresando que en las relaciones familiares, "(…) se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, como lesiones, violación, otras formas de violencia sexual, violencia mental y violencia de otra índole, que se ven perpetuadas por las actitudes tradicionales", concluyendo que esta violencia "compromete la salud de la mujer y entorpece su capacidad de participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad"[28]. A su vez, recomienda que: "b) Los Estados Partes velen por que las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer protejan de manera adecuada a todas

23 Ibid.

24 NAREDO, María, CASAS, Gloria y BODELON, Encarna. "La utilización del sistema de justicia penal por parte de mujeres que enfrentan la violencia de género en España". En: BODELON, Encarna (Comp.), *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Didot, 2013, págs. 27 y 28.

25 MARTÍNEZ, Juan y VEGA, Giovanni. "La obligación estatal de prevención a la luz del corpus iuris internacional de protección de la mujer contra la violencia de género" [en línea]. Talca, Chile, *Ius et Praxis*, v. 19 n. 2, 2013. Disponible en: http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200010 [fecha de consulta: 12 de septiembre de 2015].

26 JARAMILLO, Isabel. "Familia. Violencia sexual y no sexual en la familia". En MOTTA, Cristina y SÁEZ, Macarena (Eds), *La Mirada de los Jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Colombia, Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008, p. 342.

27 Ob. cit., págs. 342-344.

28 Comité de CEDAW, *Recomendación general N° 19*, ob. cit., párr. 23.

las mujeres y respeten su integridad y su dignidad", precisando que "(…) debe proporcionarse a las víctimas protección y apoyo apropiados", para lo cual resulta "indispensable que se capacite a los funcionarios judiciales, los agentes del orden público y otros funcionarios públicos para que apliquen la Convención (…) i) se prevean procedimientos eficaces de denuncia y reparación, (…) indemnización inclusive (…) y k) [que los] Estados Partes establezcan o apoyen servicios destinados a las víctimas de violencia en el hogar, violaciones, violencia sexual y otras formas de violencia contra la mujer, entre ellos refugios, el empleo de trabajadores sanitarios especialmente capacitados, rehabilitación y asesoramiento"[29].

En cuanto a la atribución de responsabilidad al Estado por acciones u omisiones de particulares, como sucede en los casos de violencia doméstica, la CIDH ha requerido a los Estados abstenerse de cometer violaciones de los derechos humanos de las mujeres por hechos de violencia doméstica y les ha exigido adoptar medidas afirmativas para garantizar que las mujeres bajo su jurisdicción puedan ejercer y gozar de sus derechos humanos.

La CIDH en el caso de Maria da Penha vs. Brasil, adoptando el enfoque de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante indistintamente, la Corte o la Corte IDH), responsabiliza al Estado de Brasil de conformidad a la Convención Americana y al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, por las acciones y omisiones de individuos particulares que configuraron la falta de debida diligencia para investigar y sancionar a los perpetradores y para reparar a las víctimas o a sus familias evitando las violaciones a los derechos humanos[30].

La denuncia presentada alega la tolerancia por parte del Estado de Brasil al no haber adoptado, por más de quince años, medidas efectivas necesarias para procesar y penar al agresor de María da Penha, pese a las denuncias efectuadas ante la violencia perpetrada en su contra, por parte de su marido, durante años de convivencia matrimonial, que culminaron en una tentativa de homicidio y nuevas agresiones que la dejaron con paraplejia irreversible, además de otras secuelas.

La Comisión sostuvo que: "La impunidad que ha gozado y aún goza el agresor (…) es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará. La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias

29 Ibid., párr. 24.

30 Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Sentencia de Fondo (1988), párr. 174 y 175. En: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su ex-marido sufridas por la señora Maria da Penha Maia Fernandes (…), esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer"[31].

El Informe de la Comisión concluye que estas violaciones "(…) forman parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores", y por lo mismo, "(…) no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa inefectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos[32].

En otro pronunciamiento de la CIDH sobre violencia doméstica, esto es, el informe recaído en el caso de Jessica Lenahan (Gonzales) y otros (Estados Unidos), la Comisión fija una serie de estándares para la investigación y protección de la violencia en este contexto, sobre la base del principio de no discriminación contra las mujeres bajo la Declaración Americana y su vinculación estrecha entre su vulneración y los casos de violencia contra la mujer, indicando que:

a. La debida diligencia para investigar y sancionar violaciones de los derechos humanos, interpretando el alcance de este deber en un sentido amplio, comprende no sólo "la pronta investigación, procesamiento y sanción de dichos actos, sino también la obligación de "prevenir estas prácticas degradantes", reafirmando el estrecho vínculo entre la violencia contra las mujeres y la discriminación en el contexto doméstico[33].

b. El deber de prevención frente al conocimiento de un riesgo de daño para la víctima y/o sus familiares[34]; y

31 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, Informe de Fondo (2001), párr. 55. En: www.cidh.oas.org/women/Brasil12.051.htm.

32 Ibid., párr. 56.

33 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Jessica Lenahan (Gonzales) y Otros vs. Estados Unidos*, Informe de Fondo (2011), párr. 131. En: www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/092.asp.

34 Ibid., párr.132.

c. La Adopción de medidas de protección. El informe establece que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante, el TEDH, ha establecido que al adoptar las mismas, "(…) las autoridades deben considerar la incidencia de la violencia doméstica, su carácter oculto y las víctimas frecuentes de este fenómeno, en la adopción de medidas de protección; una obligación que puede ser aplicable aún en casos en que las víctimas han retirado sus denuncias", agregando que dada "(…) la naturaleza de la violencia doméstica, en ciertas circunstancias, las autoridades pueden tener razones para saber que el retiro de una denuncia puede reflejar una situación de amenazas de parte del agresor o, como mínimo, puede ser necesario que el Estado investigue esa posibilidad", agregando "(…) que cuando un Estado no protege a las mujeres de la violencia doméstica, esto viola su derecho a la igual protección de la ley, y que esta falla no requiere ser intencional"[35].

En relación con el deber de protección de los derechos de las mujeres que se traducen en la persecución penal del delito de violencia doméstica y el respeto por su vida privada, la sentencia del TEDH, en el caso Opuz vs. Turquía[36], a la que se hace referencia por considerar al sistema interamericano de derechos humanos como parte integrante del corpus iuris[37] y por ser la primera sentencia del sistema europeo que declara discriminatorios, sobre la base del sexo, los actos constitutivos de violencia en contra de la mujer en el ámbito familiar[38], reitera en el ámbito internacional la obligación de los Estados contratantes de asegurar a toda persona dentro de su jurisdicción los derechos y libertades consagrados en el Convenio, obligándolos a adoptar medidas para evitar que esas personas sean objeto de malos tratos, incluso administrados por particulares.

La sentencia establece que "(…) una intervención de las autoridades en la vida privada o familiar puede considerarse necesaria para la protección de la salud o los derechos de terceros o la prevención de delitos en algunas circunstancias", agregando que, para ello, el Estado debe establecer un

35 Ibid., párr. 134.

36 Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Opuz vs. Turquía*, ob. cit., párr. 83-86. En: www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/III.%20Corte%20Europea%20de%20Derechos%20Humanos_1.pdf.

37 Ibid..

38 MACKINNON, Catharine. Rantsev v. Chipre & Rusia [en línea]. Santiago, Chile, App. N° 25965/04 (Eur. Ct. H.R. Ene. 7, 2010), Anuario del Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2010.
Disponible en: http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewArticle/17000-DOI:0.5354/07182058.2011.17000 [fecha de consulta: 5 noviembre 2013].

marco jurídico que posibilite la adecuada protección, destacando la especial vulnerabilidad de las víctimas de la violencia doméstica, reconocida en los instrumentos internacionales y la necesidad de los Estados de involucrase en forma activa en la protección de éstos[39]. Asimismo, reitera que la prohibición absoluta inherente al artículo 3 del Convenio, implica para las autoridades nacionales el deber de realizar una investigación oficial efectiva "(…) cuando una persona alega, de un forma «defendible», haber sido víctima de actos contrarios al artículo 3 y cometidos en circunstancias sospechosas, sin importar la calidad de las personas involucradas"[40].

De este modo, el TEDH determina que al "(…) establecer un balance entre la obligación de proteger los derechos de la víctima de violencia intrafamiliar y la obligación de no interferir en la vida marital de la misma, Turquía había favorecido la mediación con la pareja y la caracterización del problema como un asunto privado y doméstico. En consecuencia, las autoridades habrían adoptado una posición pasiva como reflejo de una concepción permisiva y discriminatoria de la violencia contra la mujer"[41].

El fallo concluye que el retiro de la denuncia no puede ser entendido como una liberación absoluta de las cargas u obligaciones del Estado, debiendo éste evaluar los siguientes antecedentes, para determinar acusar o no, con prescindencia del desistimiento de la denuncia: "(…) - la gravedad del delito - si los daños de la víctima son físicos o psicológicos - si el acusado usó un arma - si el acusado realizó alguna amenaza desde el ataque - si el acusado había planificado el ataque - el efecto que tuvo haber tenido en cualquier niño que viviera en el hogar - la probabilidad de que el acusado vuelva a delinquir - si el retiro de la denuncia obedece a amenazas - la amenaza constante a la salud y la seguridad de la víctima o de cualquier otra persona que estuviera, o pudiera estar involucrada - el estado actual de la relación de la víctima con el acusado - el efecto que tuvo continuar con la acusación en contra de los deseos de la víctima en su relación con el acusado - la historia de la relación, en especial si había habido otras instancias de violencia en el pasado"[42].

En consecuencia, el TEDH afirma que el respeto por la vida familiar no constituye un argumento válido para interrumpir el ejercicio de la acción penal con motivo del retiro de la denuncia en los casos en que se establezca que la

39 Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso E.M. vs. Rumania*, Sentencia de Fondo (2012), párr. 58. En: www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Legislacion-y-jurisprudencia/Jurisprudencia-internacional/Sentencia-TEDH-Affaire-E-M--c--Roumanie--30-octobre-2012.

40 Ibid., párr. 59.

41 MARTÍNEZ y VEGA, ob. cit., p. 340.

42 Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Opuz vs. Turquía*, ob. cit., párr. 138.

violencia existe desde los inicios de la relación, que ésta ha sido planificada y que se han utilizado armas letales, por cuanto la mayor intensidad de la violencia no sólo es posible sino predecible[43]. Además, y pese a no existir un consenso universal en cuanto a perseverar con el ejercicio de la acción penal con posterioridad al retiro de la denuncia, la obligación de continuar con el proceso penal será más exigible, mientras más grave sea el delito y más alta sea la probabilidad de que se cometan unos nuevos [44].

Por su parte, la Comisión ha establecido que debe mejorarse la respuesta penal en los casos de violencia contra la mujer, para cumplir plenamente con su obligación de debida diligencia, ya que la mayoría de éstos quedan en la impunidad, perpetuando la aceptación social de este fenómeno[45], haciendo presente que "(…) las autoridades cometen dos clases de violaciones: 1) no proceden a buscar a la víctima con celeridad y 2) la descalifican y culpabilizan por sus acciones y, por lo tanto, la señalan como no merecedora de acciones estatales para localizarla y protegerla", lo que resulta particularmente grave en los casos de mujeres menores de edad [46].

En el ámbito nacional, el fenómeno de la violencia doméstica debe entenderse como una forma de discriminación contra la mujer, por cuanto el Estado de Chile asumió el deber de protección y de prevención no sólo mediante la entrada en vigencia de leyes específicas, sino también a nivel internacional, al ratificar instrumentos que regulan la materia y que exigen ante la frecuente aparición de casos de esta naturaleza, una respuesta oportuna y decidida que prevenga, sancione y repare los actos de violencia al interior de la familia, impidiendo así, la vulneración a los derechos humanos de las mujeres.

Teniendo presente lo anterior y la clasificación de los estándares internacionales en materia de investigación, juzgamiento, sanción y medidas de protección frente a los actos de violencia contra las mujeres por parte de su pareja en: estándares en materia de investigación y primeras diligencias; estándares relativos a la adopción de medidas cautelares y de protección; y estándares relativos al inicio, tramitación y fallo de causas originadas en actos de violencia contra las mujeres[47],

43 Ibid., párr. 140, 141.

44 Ibid., párr. 139.

45 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007), *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en Las Américas*, párr. 294. En: https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/indiceacceso.htm.

46 Ibid., párr. 135.

47 NASH, C., MUJICA, I. y CASAS, L. 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, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2011, págs. 6-24. Disponible en http://libros.uchile.cl/375 [fecha de consulta: 15 agosto 2015].

este artículo se centrará en aquellos estándares contenidos en la última de las categorías señaladas y que dicen relación con el inicio y término del proceso penal y el consentimiento de la víctima, esto es, la naturaleza de la acción penal y la improcedencia de la conciliación en los delitos de violencia doméstica en contexto de pareja.

3.1. Persecución penal de oficio en los delitos de violencia doméstica

La Declaración de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1993), en su artículo 4(c), insta a los Estados a proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares.

En este sentido, el numeral 3.2.1 del Protocolo de Actuación para Operadores de Justicia frente a la Violencia contra las Mujeres en el Marco de las Relaciones de Pareja del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, en adelante, el Protocolo, establece que el Ministerio Público tiene el deber de persecución penal en los casos de violencia doméstica, siendo responsable de ejercer la acción penal en estos delitos, exhortando a los Estados Miembros "a que examinen, evalúen y enmienden sus procedimientos penales, según proceda, para cerciorarse de que: (…) b) La responsabilidad principal de entablar una acción penal recaiga en el ministerio público y no en la mujer que sea víctima de la violencia" [48].

El Protocolo, haciendo referencia al precedente interamericano, destaca la importancia de realizar una investigación inmediata, exhaustiva, seria e imparcial frente a las violaciones de derechos humanos y señala que la Corte ha establecido que ésta debe efectuarse con seriedad, debe tener un sentido y debe ser asumida por el Estado "(…) como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad" [49].

Por ello, cuando las autoridades estatales tengan conocimiento de hechos constitutivos de violencia contra la mujer, "(…) deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los

48 Si bien el Protocolo constituye un documento académico, he hecho referencia al mismo, por cuanto propone pautas concretas de actuación en la materia, según los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que implican reducir los ámbitos de discrecionalidad que en definitiva pueden conllevar actuaciones discriminatorias.

49 NASH ET AL, ob. cit., p. 6.

medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales"[50].

3.2. La conciliación como forma de término del proceso penal

Desde el DIDH no es recomendable realizar mediación en los casos de violencia contra la mujer al no existir igualdad entre las partes, lo que como ya se ha dicho, constituye una de las características de la violencia contra la mujer, por cuanto la mutualidad del consentimiento designa antes que todo la igualdad de las partes. Sin embargo, no siempre en estos casos, el consentimiento es puro, ya que puede ser obtenido por coacción, pudiendo ser el fruto de una relación de fuerza implícita o explícita[51].

En este sentido, la Comisión ha criticado la promoción de la conciliación como modalidad para la resolución de los delitos de violencia intrafamiliar contra las mujeres[52], instando a los Estados a no asignar a la retractación de la denuncia un valor probatorio descontextualizado y a comprender que situaciones como la estigmatización por parte de la sociedad[53], la dependencia económica respecto del cónyuge agresor, y el temor a las represalias, son motivos suficientes para que la mujer desista de su reclamación penal[54].

Por su parte, tratándose de violencia sexual, las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de la Corte Penal Internacional, establecen en su Regla 70, relativa a los Principios de la prueba en los casos de violencia sexual, las siguientes restricciones referidas al consentimiento : "(a) (…) no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; (b) (…) no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; (c) (…) no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; y (d) [l]a credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de

50 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, ob.cit., párr. 290.

51 GENEVIÈVE, Fraisse. *Del consentimiento*, Santiago, Chile, Editorial Palidonia, 2011, p. 15.

52 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 5/96 (1996), párr. 210. En: www.cidh.oas.org/annualrep/95span/cap.iii.peru10.970.htm.

53 Ibid., p. 15.

54 Ibid., párrs. 209-210.

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"[55].

Evidentemente, las reglas que aquí se establecen responden a las características del fenómeno de la violencia doméstica.

En cuanto a las formas de término, el Protocolo establece la eliminación del uso de la conciliación como forma de resolución de los procedimientos originados en actos de violencia contra las mujeres[56].

Por su parte, la doctrina que se ha hecho cargo de dar una respuesta al fenómeno de la violencia de pareja se divide entre autores que plantean la necesidad de abordar este tipo de casos desde la persecución penal de oficio y/o mediante el abordaje integral de los mismos; y entre quienes sostienen que la víctima puede disponer del proceso penal en los casos de violencia de pareja atendiendo al principio de autonomía de la mujer y quienes consideran este tipo de violencia como un asunto privado.

En cuanto a la obligación de persecución del delito de violencia al interior de la familia y el respeto por la vida privada de la mujer, un Estado puede cumplir con sus obligaciones derivadas del artículo 7.b de la Convención de Belem Do Para, asumiendo que el delito de violencia doméstica es un delito perseguible de oficio, lo que implica investigar todos los hechos de violencia contra la mujer generados en el ámbito intrafamiliar y sancionarlos cuando existan antecedentes suficientes para condenar.

No obstante esta posición acorde con el sistema interamericano y universal de protección de los derechos humanos de las mujeres, MARTÍNEZ y VEGA consideran que la persecución penal de oficio en estos casos constituye una posible intromisión indebida en la vida privada de la mujer que viola su derecho legítimo de decidir continuar su vida familiar con el agresor, a pesar de la violencia que ejerce en su contra, por lo que advierten que el Estado tiene la posibilidad de tipificar el delito de violencia intrafamiliar como querellable y, en consecuencia, el sujeto pasivo del delito será el único legitimado para iniciar la acción penal, así como también para desistirse o retractarse de la querella en cualquier momento[57].

55 Corte Penal Internacional, *Las Reglas de Procedimiento y Prueba* (2000). Disponible en: http://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RulesProcedureEvidenceSpa.pdf.

56 NASH ET AL, ob. cit., p. 11.

57 MARTÍNEZ, Juan y VEGA, Giovanni, ob. cit., p. 357.

Por su parte, LARRAURI, contribuye al entendimiento del problema de la violencia contra las mujeres en el marco de las relaciones de pareja, realizando una crítica al sistema penal y al feminismo oficial, reflexionando acerca de las dificultades que conlleva la excesiva intromisión del sistema penal en los casos de violencia doméstica[58], al sostener que el derecho penal debe desempeñar un rol menos principal en relación al que desarrolla actualmente, ya que el carácter estructural de la violencia contra la mujer, exige una respuesta integral[59].

En cuanto a la justicia restauradora, la autora señala que su relación con el derecho penal es variada, en el sentido que no impide la utilización de los recursos del sistema penal (detención, órdenes de protección o programas de tratamiento), que deben ser efectivos, debiendo evaluarse la capacidad de cumplimiento de los objetivos que generalmente se atribuyen al sistema penal, reconociendo como positivo el reconocimiento de protagonismo y capacidad de decisión de la víctima y el favorecimiento de acuerdos que faciliten la reintegración del agresor como principios que se diferencian del sistema penal[60], advirtiendo que la justicia restaurativa debe concebir programas de tratamiento para el agresor y sistemas de apoyo, control y vigilancia[61].

Ahora bien, la necesidad de perseguir de oficio la responsabilidad penal es lo que sugiere RODRÍGUEZ, al referirse al avenimiento, ya que al ocurrir el maltrato en un contexto de una relación abusiva, con el fin de castigar y hacer obedecer y para imponer un modelo de conducta, no resulta recomendable por el riesgo para la mujer de someterse a nuevos episodios de violencia ya que puede tratarse de una mujer que accede a esta forma de término aun cuando le resulte desventajosa por temor a represalias y porque prevalece el ideal de unión familiar por sobre sus derechos a la integridad física, psíquica, a la salud y su propio riesgo[62].

A la luz de los estándares revisados, se analizará la situación del Estado de Chile y el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de violencia contra la mujer. Para ello se abordarán tres materias: la naturaleza

58 LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género.* Madrid, España, Editorial Trotta, 2007, p. 81.

59 Ob. cit., págs. 65 y 66.

60 LARRAURI, Elena, *Mujeres y sistema penal: violencia doméstica.* Montevideo y Buenos Aires, Editorial IB de *f*, 2008, págs. 242-244.

61 Ibid.

62 RODRÍGUEZ, Marcela. "Algunas críticas a la ley sobre delitos contra la integridad sexual de las personas". En: BIRGIN, Haydée (Comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Biblos - Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, p. 167.

de la acción penal pública en violencia contra la mujer en el contexto de pareja, la violación conyugal en relación con el inciso cuatro del artículo 369 del Código Penal y los acuerdos reparatorios aprobados judicialmente no obstante su prohibición en el derecho interno. Para ello se considerarán las sentencias de los tribunales superiores de justicia pronunciadas en las materias referidas durante los años 2012, 2013 y 2014, en relación con la normativa internacional sobre los derechos de las mujeres.

III. La acción penal en los delitos de violencia doméstica en el derecho interno

1. Antecedentes

En Chile, a diferencia de lo que ocurre en otros países, salvo el delito de maltrato habitual tipificado en el artículo 14 de la Ley N° 20.066, que sanciona el ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de actos de menor intensidad, en relación con otros delitos que se cometen en el ámbito de la violencia al interior de la familia[63], no se contempla un delito de violencia doméstica específico para hechos más graves.

La Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar estableció en su artículo 5 que será constitutivo de este tipo de violencia todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado, inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente; agregando que también habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

Siendo así, la violencia contra la mujer en contexto de pareja que contempla el estatuto de violencia intrafamiliar comprende a quienes son o han sido cónyuges, convivientes o padres de un hijo en común.

Como la violencia en el contexto intrafamiliar la determinan los sujetos contenidos en el referido artículo 5 de la Ley N° 20.066, son actos de violencia

63 El artículo 14 de la Ley N° 20.066 establece en su inciso primero que "El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5º de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste".

contra la mujer no sólo el delito de maltrato habitual, sino otros delitos de mayor gravedad, como los delitos de femicidio, homicidio, parricidio (delitos contra la vida); mutilaciones, lesiones propiamente tales (delitos contra la integridad corporal); violación, propia e impropia, violación con homicidio, estupro, abusos sexuales, favorecimiento de la prostitución, exposición del menor a actos de significación sexual, producción de material pornográfico infantil (delitos sexuales); abandono de niños y personas desvalidas, amenazas (delitos contra la seguridad individual); secuestro, sustracción de menores (delitos contra la libertad individual) y la violación de morada (delitos contra la esfera de intimidad).

Cabe hacer presente que nos encontramos en presencia de delitos cuya extensión no sólo afecta los derechos humanos de la mujer víctima de los malos tratos, sino también los derechos de los demás integrantes de la familia, especialmente niños y adolescentes, en los que el costo social de mayor impacto es la transmisión transgeneracional de la violencia, que apunta a cómo se transmite la misma de generación en generación y cómo aquellos niños que han sido víctimas o testigos tienen una mayor probabilidad de repetirla en sus propias familias, ya sea como víctimas o perpetradores [64].

Por ello, los delitos cometidos hacia la cónyuge o conviviente forman parte de un sistema sancionatorio amplio dirigido a resguardar su vida, su integridad física, sexual y psíquica, imponiéndose al Estado el deber de protección para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia, de manera de prevenir, sancionar y erradicar la violencia al interior de la familia[65], lo que deja en evidencia, para estos casos, la amplitud del bien jurídico protegido y, en consecuencia, la existencia de un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal [66].

64 SEPÚLVEDA, Angel. "La Violencia de Género como causa de Maltrato Infantil" [en línea]. Sevilla, España, Cuaderno de Medicina Forense N° 43-44 Sevilla enero-abril, 2006. Disponible en: http://dx.doi.org/10.4321/S1135-76062006000100011 [fecha de consulta: 20 octubre 2014].

65 Artículo 1° de la Ley N° 20.066.

66 Al aprobarse el artículo 2° por la Cámara Revisora, se destacó que el objeto de esta disposición no es simplemente reiterar la norma constitucional que obliga al Estado a dar protección a la familia (artículo 1º, inciso quinto, de la Carta Fundamental), sino que tiende a desarrollarla, imponiéndole a las autoridades el deber de adoptar medidas concretas para asegurar los derechos de quienes integran el grupo familiar (Informe de la Comisión de Familia sobre las enmiendas introducidas por el H. Senado al Proyecto de Ley que introduce modificaciones en la Ley N° 19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar).

2. El carácter público de la acción penal

Teniendo presente que los delitos de acción penal pública constituyen la regla general en nuestro sistema[67] y que, en consecuencia, la mayoría de los delitos pueden perseguirse de oficio por los órganos estatales encargados de la persecución penal, esto es, por los fiscales del Ministerio Público, quienes en virtud del principio de legalidad se encuentran obligados a ejercerla, salvo en los casos expresamente previstos por la ley, lo cierto es que en algunos supuestos, el ejercicio de la acción penal pública está supeditado, en su inicio, a la denuncia que la víctima del delito realice ante la policía, la fiscalía o ante los tribunales de justicia. Se trata de los delitos de acción penal pública previa instancia particular, y los delitos de acción penal mixta, que no tienen más limitación que la señalada en cuanto a su inicio, substanciándose el resto de la investigación y procedimiento según las reglas generales.

No obstante la amplia gama de delitos que pueden cometerse en contra de la mujer víctima de su pareja, la mayoría de los hechos de violencia al interior de la familia que ingresan al sistema penal son los delitos de lesiones (49.48%), amenazas (37.89%) y el delito de maltrato habitual (7.91%)[68], por ello resulta de interés analizar las normas que transforman la naturaleza de la acción penal en estos delitos y, por supuesto, en los delitos sexuales cometidos en el contexto intrafamiliar, como veremos en los apartados siguientes de este artículo.

En cuanto a las investigaciones por los delitos de lesiones menos graves y amenazas cometidas entre las personas a que se refiere el artículo 5° de la Ley N° 20.066, se ha sostenido en tribunales, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 54 letras a) y d) del Código Procesal Penal, que se trataría de delitos de acción penal pública previa instancia particular, procediendo, en consecuencia, el perdón del ofendido como causal de extinción de responsabilidad penal, según lo dispuesto en el artículo 93 N° 5 en relación con el artículo 19, ambos del Código Penal.

En efecto, el artículo 54 del Código Procesal Penal dispone que en los delitos de acción pública previa instancia particular no podrá procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía, indicando un listado de

67 La acción penal es pública cuando el delito de que se trate pueda ser perseguido de oficio, sin perjuicio que pueda ser ejercida, además, por las personas que determine la ley (artículo 53 inciso 2° del Código Procesal Penal).

68 Boletín Estadístico de la Fiscalía de Chile [en línea]. Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014. Disponible en: http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do [fecha de consulta: 5 de enero de 2015].

tales delitos, dentro de los cuales, se encuentran las lesiones previstas en los artículos 399 y 494, número 5° del Código Penal y las amenazas previstas en los artículos 296 y 297 del mismo código.

Por su parte, el artículo 93 N° 5 del Código Penal establece que la responsabilidad penal se extingue por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada, mientras que el artículo 19 del mismo código dispone que el perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal, salvo respecto de los delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia o consentimiento del agraviado.

Ahora bien, no obstante la inclusión de los delitos de lesiones y amenazas en el artículo 54 del Código Procesal Penal, la naturaleza de la acción penal para perseguirlos muta cuando afectan a las personas del artículo 5 de la Ley N° 20.066, en el sentido de la acción penal pública conferida para perseguir el delito de maltrato habitual tipificado en el artículo 14 de la misma ley, en atención a lo dispuesto en normas específicas referidas a la violencia intrafamiliar, que a continuación se indican.

El artículo 82 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, contenido en el Párrafo 2° denominado "Del procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar", en su inciso segundo, establece que: "La demanda o denuncia podrá ser deducida por la víctima, sus ascendientes, descendientes, guardadores o personas que la tengan a su cuidado" y que "además, podrá hacerse por cualquier persona que tenga conocimiento directo de los hechos que la motiven".

Ahora bien, teniendo presente la ubicación del artículo 82 de la Ley N° 19.968, es posible concluir que se trata de una norma de carácter especial, por lo que recurriendo al criterio de interpretación de la especialidad, debe primar sobre la regla general del artículo 54 del Código Procesal Penal.

Si bien podría discutirse la aplicabilidad de la norma en sede penal, por su ubicación en la Ley N° 19.968, no debe perderse de vista que el deber de protección que asume el Ministerio Público en el ámbito de la violencia intrafamiliar, se consagra en el artículo 81 inciso segundo de la misma ley, tanto para aquellos actos de violencia intrafamiliar constitutivos de delito, como para aquellos que no lo sean.

En consecuencia, y no obstante lo dispuesto en el artículo 54 letras a) y d) del Código Procesal Penal, el artículo 82 de la Ley N° 19.968 transforma la naturaleza de la acción penal en los casos de lesiones leves, lesiones menos graves y amenazas cometidas entre las personas a que se refiere el artículo 5° de la Ley N° 20.066, confiriéndoles el carácter de acción penal pública a todos los delitos cometidos en contexto de violencia al interior de la familia,

dentro de los cuales se contempla el delito de maltrato habitual tipificado en el artículo 14 de la Ley N° 20.066.

Esta situación es equivalente a los delitos de acción penal pública previa instancia particular y a los delitos de acción penal privada cometidos contra menores de edad, en los que la "(…) preponderancia a la voluntad o actuación de la víctima, decae frente al interés público que reviste la persecución penal de delitos cometidos contra personas cuyo estatus normativo las hace acreedoras de una protección reforzada"[69], razón por la cual, se concede acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos en su contra (artículo 53 inciso 2° del Código Procesal Penal).

En consecuencia, la naturaleza de la acción penal en violencia doméstica, resulta coherente con las disposiciones del estatuto de violencia intrafamiliar, que reflejan la intención del legislador de dar a estos delitos un tratamiento sustantivo y adjetivo diverso, con el objeto de otorgar mayor protección a las víctimas de estos delitos.

En concordancia con lo anterior, en el ámbito estrictamente punitivo y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 400 del Código Penal, las lesiones en este contexto son sancionadas con una pena mayor en grado. Por la misma razón el artículo 19 de la Ley N° 20.066 establece la improcedencia de los acuerdos reparatorios entre las personas a que se refiere el artículo 5° de la Ley N° 20.066, dentro de las cuales se incluyen quienes son o han sido cónyuges o convivientes.

En la misma línea, tratándose de la salida judicial de suspensión condicional del procedimiento, el artículo 17 de la misma ley, exige la imposición, como condición, de una o más de las medidas accesorias establecidas en el artículo 9° de la Ley N° 20.066, sin perjuicio de las demás condiciones que autoriza el artículo 238 del Código Procesal Penal; contemplado además la figura del desacato para sancionar el incumplimiento de las medidas de protección decretadas.

Por su parte, el Oficio del Fiscal Nacional FN N°792/2014, de 20 de octubre de 2014, que contiene la Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, instruye a los fiscales en el sentido de oponerse a las solicitudes de sobreseimiento definitivo por el perdón del ofendido como causal de extinción de responsabilidad penal, instruyendo apelar en los casos de acogerse por el

69 HORVITZ, María Inés. *Derecho Procesal Penal Chileno. Principios, Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigación*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, Tomo I, p. 335.

tribunal dicha solicitud[70]. La instrucción referida encuentra su fundamento, precisamente, en la concesión de acción penal pública para perseguir los delitos de lesiones leves (que en ningún caso pueden ser calificadas como tales de acuerdo a lo señalado en la Ley N° 20.066), lesiones menos graves y amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, considerando para ello los argumentos de especialidad, en el sentido que los artículos 82 y 84 de la Ley N° 19.968 prevalecen sobre la disposición contenida en el artículo 54 del Código Procesal Penal; temporalidad, atendido que la Ley N° 19.968 es posterior a la fecha de entrada en vigencia del Código Procesal Penal; y sistemático, por cuanto la violencia intrafamiliar es abordada íntegramente desde la perspectiva legal, en el sistema penal y de familia[71].

No obstante, el Ministerio Público, adelantándose a la prohibición del artículo 19 de la Ley N° 20.066, en el Oficio FN N° 038 de 21 de enero de 2003[72], estableció que los fiscales debían favorecer los acuerdos reparatorios respecto de los delitos de lesiones menos graves y leves tipificados en los artículos 399 y 494 N° 5 del Código Penal, sin perjuicio de negarse a ello, en caso de existir un interés público prevalente en su persecución, noción que ejemplificó con aquellas lesiones que sean resultado de la violencia al interior de la familia, constitutiva de delito, y que se presenten en el marco de una relación de violencia que deba ser interrumpida.

Finalmente, se ha sostenido por la jurisprudencia que de admitirse el carácter privado de la acción penal en los casos de violencia doméstica, "(…) se afectaría todo el régimen de protección (…), pues sabido es que en esta clase de delitos cometidos al interior de la familia, la voluntad de la víctima muchas veces se encuentra limitada por la propia dinámica de la violencia que le precede, por lo que permitir que su perdón sea fuente de extinción de la responsabilidad penal, implicaría echar por tierra dicho estatuto de protección"[73].

3. Consecuencias del carácter público de la acción penal

Como se ha dicho, en las investigaciones por estos casos resulta frecuente que la víctima se retracte durante la etapa de investigación o en el juicio, pese a haber interpuesto la denuncia.

Por ello, teniendo presente que se trata de delitos de acción penal pública que exigen el ejercicio de la misma, pese a la retractación de la víctima y

70 Oficio del Fiscal Nacional FN N° 792/2014, de 20 de octubre de 2014, págs. 4 y 5.

71 Ibid., p. 4.

72 Oficio del Fiscal Nacional FN N° 038, de 21 de enero de 2003, nota N°11.

73 Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 133-2014, 20 de marzo de 2014, considerando sexto.

que el Estado de Chile tiene el deber de adoptar las medidas conducentes para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de la mujer víctima de violencia por parte de su pareja, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley N° 20.066 y en el artículo 7 letra b) de la Convención de Belem Do Pará, que consagra el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; se ha planteado la necesidad de establecer ciertas estrategias para persistir en el ejercicio de la acción penal[74], especialmente si se considera que una de las singularidades más evidentes de este fenómeno delictivo es que, generalmente, se comete contra la mujer en la intimidad del hogar, sin la presencia de testigos directos que puedan corroborar su testimonio, resultando clave la declaración de la víctima al constituir una prueba única y fundamental para fundamentar una sentencia condenatoria. Sin embargo, por diversas razones como sentimientos involucrados, dependencia económica o repercusiones en el ámbito familiar y/o social, la víctima no declara frente a su agresor y al no contarse con su declaración, el tribunal estima insuficiente la prueba para condenar al victimario.

Lo anterior exige una investigación especializada en los casos de violencia contra las mujeres en el contexto de pareja, entendiendo por tal, una "(…) actividad que implica reunir elementos de prueba que permitan establecer no solo la ocurrencia de los hechos y la participación del imputado en ellos, sino que además tender a establecer el contexto relacional en el que estos ocurren"[75], de manera de hacer posible la persecución penal a pesar de no contar con la declaración de la víctima.

Haciéndose cargo de las dificultades probatorias y considerando el carácter público de la acción penal y que entre el 9,80% y el 12,53% de las víctimas renuncia al ejercicio de la misma, las recomendaciones del Grupo de Expertos del Observatorio de Violencia del Consejo General del Poder Judicial de España del año 2006, sugirió modificar el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que exime de la obligación de declarar al cónyuge o conviviente del imputado, ya que al ser informadas acerca de esta facultad, pueden retractarse en cualquier momento y no prestar su declaración.

74 Un ejemplo reciente de esto en Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 12-2015, 12 de febrero de 2015.

75 CAR, Macarena. "Comentario a la sentencia definitiva condenatoria dictada por el Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago por el delito de femicidio frustrado y otros". En: *Revista jurídica del Ministerio Público*, N° 55, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, p. 179.

Esta recomendación tuvo por objeto evitar que se dispense a la mujer de declarar contra su pareja, cuando ella sea la víctima directa de la agresión[76], al considerar que quien presenta la denuncia renuncia tácitamente al derecho de no declarar en contra de su agresor, por lo que en el evento en que la mujer no declare, podría incurrir en el delito de desobediencia previsto en el artículo 556/634 del Código Penal español[77].

LARRAURI no comparte esta iniciativa e insiste en que debe atenderse a la opinión de la mujer, ya que la mejor forma de conseguir su protección, es su confianza en el sistema penal, así como también la ayuda que reciba en el proceso para encontrar "la mejor vía para su definitiva liberación"[78].

En el ámbito nacional, el artículo 302 del Código Procesal Penal regula la facultad de no declarar por motivos personales, estableciendo que no estarán obligados a declarar el cónyuge o el conviviente del imputado y que deberán ser informados acerca de su facultad de abstenerse, antes de comenzar cada declaración, agregando que el testigo podrá retractar en cualquier momento el consentimiento que hubiere dado para prestar su declaración.

Ahora bien, con el objeto de empoderar a las mujeres desde el inicio de la investigación y comprometiéndolas con el resultado final de la causa, se ha considerado que la facultad prevista en el artículo 302 del Código Procesal Penal mantendría la naturaleza privada o previa instancia particular de los delitos de lesiones y amenazas cometidos al interior de la familia, alterándose según el principio de especialidad, la regla general contenida en el artículo 54 del Código Procesal Penal, en los siguientes términos: "(…) cada vez que una víctima de violencia se acoge a su derecho a no declarar, según la norma del artículo 302 del Código Procesal Penal, en la práctica permite una especie de renuncia a la acción penal con un detrimento evidente en las posibilidades de condena del acusado, logrando similares efectos a lo que sería conceder a las víctimas la posibilidad de perdonar a su agresor o celebrar con él un acuerdo reparatorio; alternativas directamente proscritas en nuestra legislación, dificultando con ello la sanción de estos delitos, y la protección de estas víctimas"[79].

76 LARRAURI, ob. cit., p. 103.

77 Ibid.

78 Ibid.

79 SAN MARTIN, María Angélica. "Comentario a sentencia condenatoria por amenazas y lesiones cometidas en contexto de violencia intrafamiliar". En: *Revista jurídica del Ministerio Público*, N° 56, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, p. 195.

4. La naturaleza de la acción penal y el perdón del ofendido en la jurisprudencia nacional

Si bien durante el primer año de la entrada en vigencia del estatuto de violencia intrafamiliar hubo alguna decisión judicial que no reconoció el carácter público de la acción penal en delitos de violencia doméstica, como es el caso de la sentencia la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 871-2006, de 22 de mayo de 2006, que rechazó el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía respecto de la resolución que declaró el sobreseimiento definitivo por concurrir el perdón del ofendido; lo cierto es que con posterioridad a la misma, la mayoría de las decisiones de las Cortes de Apelaciones, en esta materia, se han pronunciado sobre la improcedencia de esta causal de extinción de responsabilidad penal en los casos de violencia al interior de la familia.

A continuación se revisarán las sentencias de los tribunales superiores de justicia que se pronuncian sobre las decisiones de tribunales a quo que declaran el sobreseimiento definitivo por la causal prevista en el artículo 250, letra e), en relación con los artículos 56, ambos del Código Procesal Penal y el artículo 19 del Código Penal.

El fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 1323-2006, de 14 de noviembre de 2006, fue el primer pronunciamiento de tribunales superiores de justicia que consagró la existencia de acción penal pública para denunciar episodios de violencia intrafamiliar, estableciendo, a su vez, el deber de denunciar para personas enumeradas en el artículo 175 del Código Procesal Penal y señalando expresamente que el perdón de la ofendida no logra extinguir la acción penal.

En esta línea, la jurisprudencia más reciente de nuestros tribunales superiores de justicia ha resuelto que en los delitos de violencia doméstica no procede el perdón del ofendido como causal de extinción de responsabilidad penal, conforme las normas establecidas en los artículos 84 y 85 de la Ley 19.968 y artículo 54 del Código Procesal Penal. Es el caso de las sentencias de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 111-2012, de 24 de octubre de 2012; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2004-2010, de 5 de octubre de 2010, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 430-2011, de 27 de abril de 2011[80] y Corte de Apelaciones de San Miguel (Sexta Sala), Rol N° 1583-2013, de 25 de noviembre de 2013.

80 La Corte de Apelaciones de Valparaíso revoca sobreseimiento definitivo decretado por el Juzgado de Garantía de Viña del Mar, en una causa por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, fundando su resolución en el hecho que la víctima perdonó en audiencia a su padre por las lesiones sufridas con un hacha. En el caso existía acusación presentada por el Ministerio Público. No obstante, con el perdón del ofendido el juez, erróneamente, sobreseyó.

Esta última sentencia, luego de analizar las disposiciones del Código Penal en relación a la naturaleza de la acción penal para perseguir el delito de lesiones menos graves causadas en contexto de violencia de pareja, de conformidad a lo dispuesto en las disposiciones de la Ley N° 19.968, ya citadas, sostiene que: "(...) Es la relación de parentesco o afinidad la que define, en estos casos, la naturaleza jurídica de la acción penal, toda vez que en los delitos cometidos en este contexto, el origen del perdón no tiene relevancia legal, pues no es posible que extinga la responsabilidad penal sin una investigación previa, que indague entre otras cosas, el origen del perdón, pues por ejemplo, pudiera estar fundado en la fuerza o intimidación, con lo cual, el sistema de protección de víctimas creado por la Ley N° 20.066 se tornaría inútil, razón por la cual se revoca la resolución recurrida, como se dirá en la parte resolutiva".

Finalmente, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 133-2014, de 20 de marzo de 2014, confirma la resolución apelada por la defensa del imputado, que no dio lugar al sobreseimiento definitivo, refiriéndose no sólo a la normativa específica de violencia intrafamiliar contenida en la Ley N° 119.968 que crea los tribunales de familia, sino también a las normas del 54 del Código Procesal Penal.

En efecto, el considerando quinto de la sentencia, establece que resulta "(…) necesario precisar que los delitos de acción penal pública previa instancia particular, no pueden calificarse como ilícitos que requieran solo la denuncia o consentimiento del ofendido para poder ser perseguidos con la acción penal pública como lo exige el artículo 19, pues el propio artículo 54 en comento, hace extensiva la denuncia de dichos ilícitos a las demás personas contempladas en el artículo 108 del mismo texto legal, y que corresponden a personas distintas del ofendido, cuando la consecuencia del delito sea la muerte o éste se halle impedido de ejercer sus derechos. Asimismo, la misma disposición habilita al Ministerio Público para proceder de oficio cuando concurren determinados supuestos, de lo que se desprende que los delitos contemplados en el artículo 54, no establecen de manera exclusiva y privativa la denuncia de la víctima como requisito previo del ejercicio de la acción penal pública".

La sentencia concluye en su considerando sexto que "(…) no se persiguen delitos de lesiones menos graves y amenazas comunes, sino que lo son en contexto de violencia intrafamiliar, los que, además deben ser denunciados de manera obligatoria por las personas señaladas en el artículo 84 de la Ley N° 19.968, lo que confirma que se trata de ilícitos que no exigen para su averiguación la denuncia única del ofendido, apareciendo que la causal de extinción de responsabilidad penal en análisis no se aplica en estos casos".

Lo resuelto por las diversas Cortes de Apelaciones del país, resulta relevante en el ámbito de la violencia al interior de la familia, y específicamente en la

violencia de pareja, por cuanto como ya se ha dicho, es común que la víctima, que en la mayoría de los casos es la denunciante, se retracte durante la etapa de investigación o en el juicio oral.

Además se destaca en estos fallos, que además de reconocer el carácter público de la acción penal en los delitos de violencia doméstica, expresa la necesidad de realizar una investigación previa a la extinción del proceso penal, que indague entre otras cosas, el origen del perdón, por cuanto pudiera fundarse en la fuerza o intimidación, con lo cual, el sistema de protección para estos casos se tornaría inútil, vulnerando en consecuencia la normativa internacional.

IV. El consentimiento de la víctima para poner término al proceso penal

En relación con la manifestación de voluntad de la víctima de violencia por parte de su pareja para poner fin al proceso penal a través del perdón del ofendido en la violación conyugal o por la vía de los acuerdos reparatorios y el carácter público de la acción penal en los delitos de violencia al interior de la familia, corresponde revisar la significancia que para el derecho penal tiene el consentimiento de la ofendida en los delitos cometidos en el contexto señalado, como una cuestión de colisión de derechos humanos, lo que ocurre cada vez que se presentan casos en que no obstante ocurrir un resultado lesivo para la integridad física, psíquica y/o la libertad sexual de la mujer, ésta consiente en dicho acto.

Respecto de los acuerdos reparatorios, el artículo 19 de la Ley N° 20.066 dispone que en los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal que regula esta salida alternativa. Los acuerdos reparatorios suponen un acuerdo entre el imputado y la víctima que debe ser aprobado por el juez y que sólo puede tener lugar cuando los hechos investigados afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistan en lesiones menos graves o constituyan delitos culposos. De esta manera, el juez debe negar su aprobación a dicho acuerdo en aquellos procedimientos que versen sobre hechos distintos a los señalados, si el consentimiento de los que lo hubieren prestado no apareciere libremente prestado, o si existe un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal.

Precisamente la voluntad de la víctima de violencia de pareja muchas veces puede ser presionada por el propio imputado en su favor, aumentan el riesgo de la víctima denunciante. Por ello, esta forma de término del proceso penal no necesariamente detiene la violencia, sino que puede intensificarla y perpetuarla.

1. Consentimiento de la mujer en los acuerdos reparatorios

La historia del establecimiento de la Ley N° 20.066, refiriéndose a la eliminación del trámite de la conciliación, identifica la problemática de poner término al proceso de común acuerdo[81] y constata que durante la discusión parlamentaria se hizo presente que en los procesos de violencia intrafamiliar, la conciliación había traído consecuencias nefastas para la aplicación de sanciones a los agresores y para la adopción de medidas de protección respecto de las víctimas, razones por las cuales se eliminó, siendo reemplazada en el ámbito civil por una nueva institución: la suspensión condicional de la dictación de la sentencia[82], estableciendo que la conciliación como equivalente jurisdiccional, "(…) ha sido entendida como "reconciliación" y en ella se ha privilegiado la mantención de la unión familiar por encima de la salud, la integridad física y psicológica de las personas afectadas. Por ello, las bases de acuerdo se han centrado en "pactos de no agresión", los que son difícilmente ejecutables y a cuyo respecto no existe efectivo seguimiento de su cumplimiento en cada caso"[83]. Por tanto, y extrapolando los principios que inspiraron este cambio al ámbito penal, se estableció en el artículo 19 de la Ley N° 20.066, la inaplicabilidad de los acuerdos reparatorios y la improcedencia del perdón del ofendido o del consentimiento de la víctima en los delitos de violencia doméstica.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007) ha señalado que "la conciliación asume que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar"[84]. Sin embargo, la prohibición contenida en el artículo 19 de la Ley N° 20.066 ha sido incumplida a la luz

81 La Comisión de Familia, al informar en el primer trámite constitucional sobre el proyecto original, estableció que el propósito primordial de la iniciativa consistía en modificar la Ley N° 19.325, subsanando entre otras desventajas, la inconveniencia del llamado obligatorio a conciliación, pues habría significado un sinnúmero de avenimientos forzados e ineficaces, lo que revestía mucha gravedad si se tiene presente que entre el 65% y el 70% de los casos terminaban por esta vía, instándose por rechazar la mediación a los casos de violencia intrafamiliar, por no existir equilibrio de poderes entre las partes. Recordemos que en la generalidad de los acuerdos reparatorios, existe mediación en el sentido de acercamiento de posiciones, ya sea por parte del Ministerio Público o de la Defensoría Penal. Vid. Historia del establecimiento de la Ley N° 20.066, p. 44 de 565.

82 Esta suspensión tendrá lugar sin afectar la facultad de las partes de rendir prueba y por una única vez. La dictación de la sentencia queda condicionada al cumplimiento de obligaciones específicas, incluidas las de carácter reparatorio y/o a la observancia de las medidas de protección. El incumplimiento injustificado por el ofensor obliga al juez a dictar sentencia. Por el contrario, el cumplimiento efectivo por un año extingue la responsabilidad por violencia intrafamiliar en la causa de que se trate.

83 Historia del establecimiento de la Ley N° 20.066, p. 21 de 565.

84 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 5/96 (1996), párr. 210.

de los acuerdos reparatorios aprobados en casos de violencia contra la mujer mapuche, por parte de su pareja perteneciente a la misma etnia, por aplicación de las normas previstas en el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT.

Los argumentos de los tribunales en favor de la procedencia de los acuerdos reparatorios se fundan en: la preeminencia del referido Convenio y de los derechos que consagra, dentro de los cuales se destaca el derecho a preservar sus tradiciones; en que los mapuches han resuelto históricamente conductas más graves a través de la negociación; que se trata de una costumbre pública y notoria o que le consta al juez; y que se fortalece con esta decisión a la familia, acreditándose la pertenencia a la etnia mapuche por la constatación de apellidos indígenas.

Dentro de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que recogen los argumentos señalados, se destaca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 955-2011, de 27 de octubre de 2011, que confirmó la resolución del Juez de Garantía que decretó el sobreseimiento definitivo como consecuencia de haberse aprobado un acuerdo reparatorio entre el imputado y las víctimas por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, todos indígenas, según lo establecido en el artículo 2° de la Ley 19.253.

El fallo señala que: "(…) la controversia en estos autos consiste en determinar si pueden los intervinientes arribar a acuerdos reparatorios, pese a que se encuentra prohibido por el artículo 19 de la Ley 20.066 y ello por aplicación del Convenio 169, norma de rango superior y que obliga a respetar los métodos de resolución de conflictos de los pueblos originarios", agregando que "(…), es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley N° 20.066" (considerandos 2 y 3).

La sentencia afirma que "(…) actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar a una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aún cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer la familia de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República" (considerando cuarto).

En el mismo sentido, la sentencia Rol N° 43-2012 de la misma Corte, de 24 de enero de 2012. Sin embargo, la decisión fue acordada con un voto

en contra, que fue del parecer de revocar la resolución apelando a que la multiculturalidad, participación y democracia, pilares fundamentales de toda sociedad democrática, suponen como límites los principios de protección de la igualdad de trato y de no discriminación, en los siguientes términos:

"2.- Que muchas de las políticas o medidas atentatorias contra la mujer han sido justificadas bajo el alero de valores culturales, sustentados en creencias o de valores morales. Así han encontrado su razón de ser, por ejemplo las mutilaciones sexuales de la Africa subsahariana. Más aún, ese tipo de situaciones pueden ser aparentemente aceptadas por las mujeres, lo que no evita la sombra de duda respecto de si ello se explica más por presiones y miedos que por un sano ejercicio de la libertad de decisión.

3° Que el origen de la violencia es por si un elemento de discriminación, y son justamente la situación de género, cultura o su lengua las que en ocasiones erradamente avalan ese origen.

4° Que todo ejercicio de derechos supone limitaciones, entre ellas la garantía de la no discriminación y no afección de la integridad física.

5° Que en caso de pugna de un derecho de auto determinación de un pueblo versus el derecho a la integridad física debe interpretarse de manera que ambos maximicen su vigencia".

El voto señala que el artículo 9 de Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en los países independientes, impone como límite para la represión de los delitos cometidos por su miembros, el ordenamiento jurídico nacional el respeto de la integridad física de toda persona y la no discriminación consagrada en los artículos 19 N° 1 y 3 de la Constitución Política de República de Chile y en el derecho internacional de los derechos humanos, consagrados entre otros, en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para", afirmando "(…), que aprobar un acuerdo reparatorio de la naturaleza que se debate, constituye un factor adicional de revictimización que puede llevar a investigaciones ineficaces e inoperantes".

Además, concluye que: "8° La multiculturalidad y el respeto de las costumbres de los pueblos indígenas debe reconocer como límite la cosificación y degradación de la mujer, aun con su aparente anuencia, lo que obliga a revocar un sobreseimiento definitivo originado en el acuerdo reparatorio entre una mujer supuestamente agredida por su cónyuge o conviviente, por razones de derechos fundamentales y no simplemente en la perspectiva ilusoria de la igualdad en la capacidad de negociación amparada en aspectos culturales".

En el mismo sentido, las sentencias de la Corte de Temuco: Rol N° 955-2011, de 27 de octubre de 2011, Rol N° 1034-2011, de 23 de noviembre de 2011; Rol N° 1192-2011, de 4 de enero de 2012; Rol N° 18-2012, de 19 de enero

de 2012; Rol N° 43-2012, de 24 de enero de 2012; Rol N°388-2012, de 4 de junio de 2012; y Rol N° 499-2012, de 17 de julio de 2012.

Por su parte, la sentencia Rol N° 581-2012, de 2 de agosto de 2012 de la misma Corte, establece: "Que en este sentido, es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066"(considerando tercero), agregando que: "Por otra parte, actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar a una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aún cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer la familia de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República" (considerando cuarto).

La Corte de Apelaciones de Temuco invocó los mismos argumentos, en la sentencia Rol N° 635-2012, de 21 de agosto de 2012.

Esta materia fue conocida y resuelta por la Excma. Corte Suprema, que se pronunció sobre la procedencia de los acuerdos reparatorios en violencia doméstica tratándose de víctima y agresor indígenas[85].

Se trata de la sentencia Rol N° 10.635-2011, de 4 de enero de 2012, que rechaza el recurso de queja deducido por el Ministerio Público, sosteniendo que: se trata de un asunto de interpretación por lo que aplicar de manera preferente el Convenio, no constituye falta o abuso y, en consecuencia, no resulta procedente hacer uso de la vía disciplinaria; el Convenio 169 de la OIT prima sobre la Ley N° 20.066, permitiendo la aplicación de la costumbre; que por aplicación del artículo 2° de la Ley Indígena, bastan los apellidos mapuches para acreditar la pertenencia a la etnia mapuche y aplicar el Convenio 169 de la OIT; y finalmente, en cuanto a resolver acerca de si se trata o no de una costumbre mapuche, establece que es un hecho público y notorio la solución por medio de negociación, considerando que puede tratarse de una disculpa pública a la ofendida.

85 La Excma. Corte Suprema rechazó otros dos recursos de queja interpuestos por el Ministerio Público en contra de las decisiones de la Corte de Apelaciones de Temuco que confirmó el sobreseimiento definitivo como consecuencia de haberse aprobado el acuerdo reparatorio celebrado entre víctima y agresor fundado en la inadmisibilidad del recurso. Se trata de las sentencias de la Corte Suprema Rol N° 11.616-2011, de 19 de enero de 2012; y Rol N° 592-2012, de 25 de enero de 2012.

A continuación se reproducen los considerandos 3°, 4°, 5°, 6° y 7°:

"3° Que la primera cuestión que se evidencia del recurso, es que tanto ante el Juez de Garantía de Lautaro como ante la Corte de Apelaciones de Temuco, se discutió sobre la procedencia y/o aplicación del Convenio 169 de la OIT al caso concreto, en relación a dos cuestiones fundamentales: primacía de esa norma por sobre la ley especial de violencia intrafamiliar, o, de contrario, de aquel Convenio sobre esa Ley; y, luego, dos cuestiones de prueba: si los involucrados pertenecían o no a la etnia mapuche y cuál sería el sistema de resolución de conflictos en ésta.

4° Que, claramente, la primera cuestión es de interpretación jurídica, puesto que ha de razonarse en torno a si el Convenio, en cuanto tratado internacional incorporado al ordenamiento jurídico interno, lo hace como ley común o con rango constitucional, de modo que sólo en este último caso pudiera tener preeminencia sobre la ley 20.066. Pudiera también generarse discusión en torno a la especialidad de los cuerpos normativos, puesto que uno atiende al hecho y el otro, a los sujetos.

Pero, sea cual sea la discusión, el tema es de interpretación legal.

5° Que, de otra parte, la segunda cuestión, que corresponde a una de prueba, efectivamente no fue abordada por el Juez de Garantía de Lautaro, pero sí lo fue por la Corte de Apelaciones de Temuco, cuyos integrantes, conociendo de un recurso de revisión de hechos y de derecho, se encontró en situación de completar el fallo en esa parte y así lo hizo, puesto que precisó que los involucrados pertenecían a la etnia mapuche, por así estar dispuesto en el artículo 2° de la Ley 19.253 y, luego, que es un hecho público y notorio en esa zona que los mapuches solucionan sus conflictos a través de la negociación, en cuya virtud bien podían arribar como solución satisfactoria para todos ellos, a una disculpa pública.

6° Que en este escenario, ocurre que en cuanto se impugna una cuestión de interpretación, esta Corte ha resuelto en fallos anteriores que no corresponde hacer uso de la vía disciplinaria cuando la supuesta grave falta o abuso se hace consistir en una determinada interpretación jurídica, puesto que la simple circunstancia de no compartirse los razonamientos de los jueces no puede en ningún caso conformar una falta o abuso, siempre que se hayan señalado los motivos o razones por los cuales se ha concluido de una u otra forma, que es lo que ha ocurrido en la especie.

Además, y en lo que atañe a las cuestiones probatorias, los argumentos que se han esgrimido por la Corte –disposición legal y hecho público y notorio en la zona– son válidos y, por ende, no susceptibles de revisión en esta sede.

7° Que, en consecuencia, no se advierte de los antecedentes de autos que se haya incurrido en la grave falta o abuso que se reclama, por lo que esta acción disciplinaria no puede prosperar".

La sentencia fue acordada con el voto disidente de los Ministros Sres. Rodríguez y Ballesteros, quienes estuvieron por acoger el recurso interpuesto y, en consecuencia, invalidar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco y en su lugar, revocar el acuerdo reparatorio alcanzado y ordenar la prosecución del juicio en base a que no se trata de un problema de interpretación, al no existir obscuridad en los preceptos involucrados, debiendo primar el estatuto de la Ley N° 20.066, señalando que la prohibición contenida en el artículo 19 tiene su razón, precisamente, en la inexistencia de igualdad entre quienes llegan a un proceso penal como víctimas de lesiones y victimarios a consecuencia de violencia intrafamiliar, habiéndose demostrado que las conciliaciones o avenimientos de ningún tipo han servido para reparar este grave problema social.

El voto disidente establece que "(…) el artículo 9° del Convenio 169 de la OIT, dispone que deberán respetarse los métodos tradicionales de los pueblos indígenas "En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional", lo que evidentemente no ocurre en la especie, porque el sistema jurídico nacional, en este tipo de conflictos –exclusivamente– prohíbe la reparación entre las partes". Agregando que se trata de una disposición muy clara, independientemente de su jerarquía legal, que no precisa interpretación alguna, debiendo excluirse el método indígena cuando resulte incompatible con el sistema jurídico nacional.

Llama la atención que las decisiones judiciales en esta materia invoquen comúnmente la preservación de la unidad familiar y no adopten una posición en favor de la autonomía de la voluntad de las mujeres.

Ahora bien, teniendo presente la jurisprudencia que estima procedente los acuerdos reparatorios como forma de término en causas de violencia doméstica en los que los intervinientes pertenecen a la etnia mapuche, pese a la prohibición del artículo 19 de la Ley N° 20.066, algunos autores se han referido especialmente a estos casos.

NASH y LAGOS reconociendo que se trata de una situación compleja, por la intersección en estos casos de diversas formas de discriminación de las personas que son mujeres indígenas, consideran necesario buscar una fórmula que valore ambos elementos, al ser constitutivos de la esencia de la titular de derechos[86], haciendo presente que los tribunales no se han hecho cargo de que

86 NASH, Claudio y LAGOS, Catalina. *Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013, p. 40.

se trata de un caso de trato diferenciado respecto de la mujer indígena y para que éste sea legítimo se requiere dar razones que lo justifiquen[87].

De este modo, los autores reconociendo que el Estado de Chile debe cumplir los estándares internacionales respecto de la violencia contra las mujeres, los derechos de los pueblos indígenas y el acceso a la justicia en condiciones de igualdad[88]; y que la situación de las mujeres indígenas que sufren violencia por parte de su pareja exige una especial atención, ya que en relación a la generalidad de las mujeres que sufre este tipo de violencia sistémica, su situación se agrava por pertenecer a la etnia mapuche, lo que conlleva discriminación estructural y exclusión social[89]; proponen pautas concretas para solucionar de manera integral estos casos de violencia al interior de la pareja, teniendo en consideración que: a) la procedencia o no de los acuerdos reparatorios no puede resolverse sobre la base de que un sistema prevalece sobre el otro, por cuanto las mujeres indígenas pertenecen a ambos, siendo necesario compatibilizarlos[90]; y b) que la resolución de estos casos exige una interpretación pro persona, culturalmente sensible, que considere la condición de mujer y de indígena de la víctima de violencia intrafamiliar[91].

No debe perderse de vista que la interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2 de la CEDAW. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones y, en particular, cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y la Recomendación general Nº 25[92].

87 Ibid.

88 Ibid., p. 63.

89 Ibid.

90 Ibid.

91 Ibid.

92 Comité de CEDAW, Proyecto de Recomendación general N° 28, ob. cit., párr. 18.

Por su parte, CARNEVALI, en opinión que comparto, sostiene que: "Si bien puede parecer razonable el esfuerzo dirigido al reconocimiento de la identidad cultural, parece, en cambio, discutible e incluso, peligroso, que el reconocimiento cultural de los pueblos minoritarios permita justificar actos atentatorios a bienes que la sociedad mayoritaria estima valiosos", agregando que "resulta difícil de admitir para una sociedad que la práctica de ciertos actos generen deberes de tolerancia y, por tanto, estimarlos legítimos, solo por estar fundados en el respeto a la costumbre de ciertas culturas. Basta pensar en los conflictos que pudieran presentarse de justificar actos de maltrato familiar o de lesiones corporales (…), decisiones de esta naturaleza -de raigambre comunitaria- pueden dar lugar a manifestaciones de desestabilidad social, contraproducente, examinado desde una perspectiva preventivo general"[93].

Esta última tendencia pareciera adscribir la legislación mexicana en el Nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, que, al consagrar los derechos de la víctima u ofendido en su artículo 109, dispone en el inciso final que: "Para los delitos que impliquen violencia contra las mujeres, se deberán observar todos los derechos que en su favor establece la ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia y demás disposiciones aplicables".

Además, el artículo 420 del mismo código, regula los pueblos y comunidades indígenas estableciendo que: "Cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de un pueblo o comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros, y tanto el imputado como la víctima, o en su caso sus familiares, acepten el modo en el que la comunidad, conforme a sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos proponga resolver el conflicto, se declarara la extinción de la acción penal, salvo en los casos en que la solución no considere la perspectiva de género, afecte la dignidad de las personas, el interés superior de los niños y las niñas o del derecho a una vida libre de violencia hacia la mujer".

Por su parte, los argumentos de las sentencias que rechazan la celebración de acuerdos reparatorios en casos de violencia de parejas pertenecientes a la etnia mapuche son: la preeminencia del estatuto de violencia intrafamiliar; la falta de libertad en el consentimiento prestado por la mujer; la no acreditación de la costumbre o de la pertenencia a la etnia mapuche; y la indisponibilidad de los bienes jurídicos afectados.

Ahora bien, no obstante la sentencia de la Corte Suprema a la que se ha hecho referencia, con posterioridad a la misma, la Corte de Apelaciones

93 CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno [en línea]. Santiago, Chile, *Polít. Crim*. N° 3, pdf., 2007. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2015].

de Temuco, con un voto disidente, en sentencia Rol N° 667-2012, de 4 de septiembre de 2012, revocó la resolución que aprobó el acuerdo reparatorio en causa de violencia intrafamiliar en el contexto referido, sosteniendo que el Convenio 169 debe aplicarse en la medida que no se oponga a la legislación nacional, resultando inaplicable en atención a lo dispuesto en los artículos 241 del Código Procesal Penal y 19 de la Ley N° 20.066, agregando que "(…), tampoco resulta procedente aplicar en la forma como se ha hecho el referido Convenio, por cuanto, frente al derecho de los miembros de las etnias a ser juzgado según sus costumbres, se encuentra el derecho irrenunciable de toda mujer a que se le garantice su integridad física y síquica, el cual se vería vulnerado sí se permite que los agresores de las mismas puedan eximirse de la investigación penal" (considerando 2°).

En el mismo sentido, las sentencias Rol N° 99-2014, de 11 de febrero de 2014; Rol N° 40-2014, de 22 de enero de 2014; Rol N° 995-2012, de 19 de diciembre de 2012 y Rol N° 220-2013, de 3 de mayo de 2013, todas de la Corte de Apelaciones de Temuco, que revocaron las resoluciones de los jueces de garantía que aprueban acuerdos reparatorios entre parejas de etnia indígena.

La última de las sentencias indicadas establece que: "(…) así como se ha planteado el asunto, se hace necesario precisar la prevalencia de la norma del Convenio 169 o de las normas de nuestro Código Penal, complementadas estas con aquellas del artículo 19 de la Ley 20.066" (considerando 4°), agregando: "Que, desde el punto de vista de la pura equidad, repugna aceptar que el marido pueda causar lesiones a su mujer sin que exista sanción impuesta por el ordenamiento jurídico. Un acuerdo reparatorio carece de seriedad si se considera que las más de las veces la mujer acepta el perdón del agravio con tal de mantener la unidad del hogar" (considerando 5°).

El fallo sostiene que el artículo 9 del Convenio N° 169 establece el ordenamiento jurídico nacional como un límite para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, señalando que nuestro ordenamiento jurídico contiene el artículo 19 N° 1 y N° 3 de nuestra Constitución Política del Estado, además de los derechos internacionalmente reconocidos y ratificados por nuestro país, entre los que destacan la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, que afirma que "(…) la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades" (considerando 6°), para concluir señalando: "Que el respeto a las costumbres de los pueblos indígenas no puede pasar aquel límite que significa el respeto a la mujer, cualquiera sea su etnia" (considerando 7°).

Finalmente, cabe hacer presente que de las sentencias revisadas es posible concluir que no obstante el pronunciamiento de la Corte Suprema, Rol

N° 10.635-2011, del año 2012, con posterioridad a esa decisión, la Corte de Apelaciones de la Región de la Araucanía ha dado un vuelco en sus sentencias estableciendo cierta preeminencia de los derechos humanos de las mujeres por sobre el Convenio 169 de la OIT que consagra el derecho a preservar las tradiciones de los pueblos originarios. En consecuencia, las diferencias culturales no pueden justificar la violencia de género.

2. El consentimiento de la mujer en la violación a la cónyuge o conviviente

Si bien la generalidad de las conductas sancionadas en el Código Penal corresponden a delitos de acción penal pública, en el sentido que pueden perseguirse de oficio, sin que sea necesario que la víctima denuncie, el delito de violación, salvo que se trate de víctimas menores de edad, de conformidad a lo establecido en el inciso primero del artículo 369 del Código Penal, es de acción penal mixta, ya que no se puede proceder sin que a lo menos se haya denunciado el hecho por la persona ofendida, o su representante legal, a la justicia, al Ministerio Publico o a la policía, continuando su prosecución de oficio.

Sin embargo, esta regla presenta una importante excepción en los casos de violación hacia la cónyuge o conviviente que evidencia una importante contradicción en todo el avance legislativo que el Estado de Chile ha tenido en materia de violencia contra la mujer en el ámbito intrafamiliar, por cuanto es la propia Ley N° 20.480 que tipifica y sanciona el delito de femicidio en nuestro país, la que establece la procedencia del perdón del ofendido en el delito de violación al cónyuge o conviviente sin establecer mecanismos efectivos que reparen a la víctima y sin establecer medidas judiciales o administrativas que permitan prevenir nuevos actos de violencia.

El artículo 369 del Código Penal en su inciso cuarto señala que "En caso de que un cónyuge o conviviente cometa alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 de este Título en contra de aquél con quien hace vida común, se podrá poner término al proceso a requerimiento del ofendido, a menos que el juez, por motivos fundados, no acepte".

Si bien la norma en comento se refiere a los delitos de violación, estupro y otros delitos sexuales, el análisis que se realizará en este capítulo se circunscribirá al delito de violación, por tratarse de una de las formas de violencia más graves en contra de la mujer.

Al respecto cabe señalar que el proyecto de ley con que se inició la tramitación legislativa de la Ley N° 20.480 proponía eliminar la circunstancia 1ª del artículo 369 del Código penal, que establecía una excusa legal absolutoria en los casos en que un cónyuge o conviviente cometiere el delito de violación o abuso sexual en contra de aquél con quien hace vida en común respecto de las figuras de los números 2° y 3° del artículo 361 del Código Penal, limitando

la persecución penal de estos delitos a las hipótesis de fuerza o intimidación y, estableciendo que no se dará curso al procedimiento o se dictará sobreseimiento definitivo, en los demás casos, a menos que la imposición de la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa infligida.

Sin embargo, el texto definitivo dejó vigente una especie de "perdón del ofendido", si ya se ha dado inicio al procedimiento, sea cual fuere la circunstancia bajo la cual se perpetre el delito, lo que se contradice con la existencia de interés público prevalente en la persecución penal de los ilícitos cometidos al interior de la familia y el carácter público de la acción penal para perseguir los delitos constitutivos de violencia intrafamiliar.

De este modo, el legislador otorga a la víctima un derecho, por definición renunciable y que se ejercerá según la conveniencia de su titular, lo que en el caso denunciado, violación a cónyuge o conviviente, podría atentar contra sus derechos fundamentales, resultando contradictorio en nuestro ordenamiento jurídico el que la Ley N° 20.480 incorpore una visión de género en la persecución penal y al mismo tiempo un retroceso en el sentido descrito.

En consecuencia, el ente persecutor puede abstenerse de perseverar en la investigación de los hechos y en la acción penal, a requerimiento de la víctima, sin que se sancione penalmente un hecho tan grave como la violación, sin que se repare a la víctima y sin que se prevengan nuevos hechos de violencia en su contra, lo que vulnera lo dispuesto en los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en la materia, así como también el estatuto de violencia intrafamiliar contenido en la legislación nacional.

En efecto, de la norma se desprende que: a) la vinculación matrimonial o la relación de convivencia entre el autor y la víctima no legitima la ejecución del delito, ya que el inciso final del artículo 369 del Código Penal tiene efectos a nivel de la punibilidad de la conducta, evitándose el castigo del agresor con el consentimiento de la afectada con el delito; b) la excepción prevista en el inciso final del artículo 369 del Código Penal se aplica a los cónyuges que se encuentren "haciendo vida en común" y a los convivientes, comprendiendo a parejas heterosexuales y homosexuales; y c) permite la oposición del juez "por motivos fundados".

Cabe precisar que el delito de violación tipificado y sancionado en el artículo 361 del Código Penal, en la primera hipótesis, da cuenta del ejercicio de violencia física y/o psíquica para su comisión, por lo que pudiera pensarse que los demás supuestos del artículo en referencia no resultarían violentos. Al respecto, debe considerarse que las demás hipótesis de comisión del delito de

violación pueden resultar tan violentas como la primera, ya que al no haber consentimiento libre de la víctima se trasgrede la libertad sexual de ésta.

En este capítulo se establecerá, desde el derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres, que el inciso final del artículo 369 del Código Penal vulnera los derechos humanos de un grupo de mujeres en Chile, esto es, los derechos de las mujeres que están casadas y hacen vida común con el agresor imputado por delito de violación en su contra y de las convivientes de éste, al constituir una norma discriminatoria respecto de las mujeres víctimas del mismo delito que no mantienen un vínculo como el señalado con el violador.

No obstante advertirse un eventual conflicto entre los derechos a la libertad sexual y a la integridad física y psíquica, por una parte, y por otra, la autonomía de la mujer; la historia del establecimiento de la Ley N° 20.480, que modificó el inciso final del artículo 369 del Código Penal, da cuenta de que el legislador no discurrió sobre dichos derechos, sino en torno a valores tradicionales y estereotipados para establecer el perdón del ofendido como causal de extinción de responsabilidad en los casos de violaciones hacia la cónyuge o conviviente, al dejarse constancia en actas, que ésta tuvo por objeto "(…) evitar que las desavenencias de una pareja sean judicializadas como para permitir el restablecimiento de una relación que es de interés para la sociedad"[94].

De lo anterior, se desprende que el propósito de la regla prevista en el inciso final del artículo 369 del Código Penal no fue defender la autonomía y la libertad de la mujer que es cónyuge o conviviente del agresor, sino que por el contrario, aseguró a los agresores sexuales íntimos un acceso más amplio a "sus mujeres"[95]. No debe olvidarse que "El papel central que juega el consentimiento en el delito de violación se suele justificar sobre la base de que protege las elecciones y la autonomía de las mujeres en las relaciones sexuales (...), cuando no se ejerce "fuerza", la ley no protege a la mujer del "coito contrario a sus deseos"[96].

Sin embargo, no se trata de cualquier desavenencia, sino de la comisión de delitos sexuales que incluyen entre otros, el delito de violación por fuerza o intimidación, lo que implica agresiones físicas y síquicas de diversa entidad, y amenazas, incluso la de muerte, en contra de la cónyuge o conviviente, sin que la norma establezca, al menos, un sistema de vigilancia del caso o

94 Historia de la Ley N° 20.480, p. 356 de 520.

95 ESTRICH, Susan. "Violación". En: DI CORLETO, Julieta (comp.). *Justicia, Género y Violencia*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Libraria Ediciones), 2010, págs. 57-84.

96 Ibid.

un mecanismo eficaz de control judicial que asegure la debida protección y reparación de la víctima.

En todo caso, el estándar del consentimiento no necesariamente lleva a negar la autonomía de la mujer, por cuanto el estándar del consentimiento podría ser concebido como un medio para proporcionar a las mujeres la merecida libertad de tener relaciones sexuales como sea que lo elijan y no para manifestar su voluntad con posterioridad a la consumación del delito, ya que el daño que produce una violación, o al menos parte de ese daño, se debe precisamente a la negación de esa libertad[97].

En relación con este delito, la Resolución 2005/41 de la Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas resalta en materia de violencia contra las mujeres y las niñas, entre otras, la violación y la violación marital, en el sentido que aumenta su vulnerabilidad al VIH/SIDA[98], exhortando a los Estados a que velen para que la violación marital no se excluya de las disposiciones generales de carácter penal, e investiguen estos actos y enjuicien y castiguen a los culpables. Asimismo, los Estados deben examinar los efectos de los estereotipos sobre los sexos que contribuyen a la persistencia de la violencia contra la mujer.

2.1. Situación discriminatoria de la mujer en una relación conyugal o de convivencia

La libertad sexual de las mujeres casadas o que viven en una relación de convivencia no puede considerarse disminuida por el hecho de existir dicha vinculación, ya que la conducta del agresor es tan injusta cuando la violencia sexual se ejerce sobre éstas como cuando la víctima desconoce al agresor. MATUS y RAMÍREZ, refiriéndose a la violación con fuerza o intimidación, sostienen que dicha libertad consiste en "la facultad para auto determinarse en materia sexual, sin ser compelido ni abusado por otro"[99].

A continuación revisaremos si la norma prevista en el inciso cuarto del artículo 369 del Código Penal es discriminatoria. Para ello, se analizará la legitimidad de la norma, en cuanto a si existe una justificación objetiva y razonable que permita el establecimiento de un trato diferenciado en la persecución penal para las violaciones hacia mujeres que son cónyuges o convivientes, respecto de las violaciones a mujeres que no tienen esa calidad respecto de su agresor. Para ello, se realizará el test de proporcionalidad entre los medios utilizados

97 Ibid., págs. 79 y 80.

98 Comisión de Derechos Humanos, *La eliminación de la violencia contra la mujer*, ob. cit., párr. 9.

99 MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Legalpublishing, 2014, Tomo I, p. 308.

y el objetivo perseguido, para así determinar la existencia o no de razones de peso que exijan un trato diferente.

Se debe tener presente que el DIDH reconoce la diversidad garantizando la existencia de condiciones necesarias para que las personas ejerzan su propia autodeterminación en la realización de sus metas y capacidades, reconociendo la igualdad y la no discriminación como "el punto de partida de las demás libertades" [100]. Al respecto, la Corte IDH, en su Opinión Consultiva OC-18/03, evidenció que la Convención Americana obliga a los Estados "(…) a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, crean, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias" [101].

La CIDH ha señalado que una distinción implica discriminación cuando hay diferencia de trato a personas que se encuentran en situaciones análogas o similares y cuando dicha diferencia no es legítima, al carecer de justificación objetiva y razonable, no resultando proporcional entre los medios utilizados y el objetivo perseguido[102], lo que es acorde con las cláusulas de prohibición de discriminación que identifican como inaceptables determinadas distinciones, dentro de las que se señalan, el sexo, la posición económica y "cualquier otra condición" [103].

En consecuencia, la discriminación ilícita se produce cuando: a) hay un trato diferente de personas que se encuentran en situaciones análogas o fundamentalmente similares, y b) la diferencia de trato carece de "justificación objetiva y razonable", considerándose la existencia de "justificación objetiva y razonable" si la medida en cuestión tiene un propósito legítimo y existe una "proporcionalidad razonable entre los medios empleados y los objetivos que se intenta lograr"[104]. Así, el fundamento de la diferencia debe exigir

100 SHELTON, Dinah. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos [en línea]. Santiago, Chile, Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2008. Disponible en: http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13488 [fecha de consulta: 7 agosto 2015].

101 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (2003), párr. 104. En: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1.

102 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Marcelino Hanríquez y otros vs. Argentina*, Informe N° 73/00, Caso 11.784, (2000), párr. 37. En: www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Argentina11.784.htm.

103 Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

104 SHELTON, Dinah, ob. cit., p. 23.

como finalidad, "una necesidad social mayor o un mayor grado de encaje o proporcionalidad" entre los medios adoptados y la finalidad perseguida[105].

En el ámbito nacional, para que una medida no sea discriminatoria e ilícita, el Tribunal Constitucional requiere proporcionalidad y la evitación de resultados que sean intolerables o excesivos para los derechos afectados, acudiendo a la garantía constitucional del artículo 19 N° 26, que admite intervenciones legales en los derechos, a condición de que tales regulaciones no afecten los derechos en su esencia o impidan su libre ejercicio; sin que prácticamente exija la necesidad[106].

A continuación revisaremos si la norma que se comenta resulta proporcional y razonable.

- **Igual protección frente a igualdad en las circunstancias y desigualdad en el tratamiento punitivo**

El derecho penal constituye la forma de tutela más eficaz de los bienes y derechos fundamentales de los individuos. Por ello cuando el legislador, por razones de política criminal, tipifica y sanciona una conducta con el objeto de resguardar un bien jurídico determinado, las personas que se encuentren en las mismas circunstancias, tienen el derecho a recibir igual protección, sin que se autorice el establecimiento de distinciones que no estén fundadas en razones legítimas.

Por ello frente a la tipificación y sanción del delito de violación, el legislador, al establecer el inciso final del artículo 369 del Código Penal, afirma que el delito de violación no merece el mismo reproche cuando quien viola es el cónyuge o conviviente, al establecer un tratamiento más favorable al imputado en estos casos y no así cuando se trata de una víctima desconocida, lo que implica la consideración de que las conductas no son igualmente lesivas, al asignar un menor valor a la libertad sexual de las mujeres casadas o en relación de convivencia, respecto de las mujeres que no se encuentran vinculadas por esa relación con su agresor.

105 DULITZKY, Ariel. El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana [en línea]. Santiago, Chile, *Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile*, 2007. Disponible en: http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13452/13720-DOI:10.5354/0718-2058.2007.13452 [fecha de consulta: 4 de junio de 2014].

106 COVARRUBIAS, Ignacio. ¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad? [en línea]. Santiago, Chile, Estudios Constitucionales, Año 12, N° 1, 2014. Disponible en: http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v12n1/art05.pdf. [fecha de consulta: 11 de septiembre de 2015].

Al respecto, se ha señalado que la existencia de un vínculo legal o voluntario no comporta la enajenación de la persona y además la libertad sexual no admite gradaciones, "(…) pues ello implicaría considerar a algunas personas menos libres que otras y por tanto desconocer los principios constitucionales de la dignidad humana y la igualdad de todas las personas. Por tanto, la distinción hecha por el legislador en este punto resulta ilegítima"[107].

En consecuencia, la norma en comento prevé un tratamiento que favorece la impunidad frente a las violaciones de mujeres en una relación matrimonial o de convivencia y que no se contempla cuando el sujeto pasivo es indeterminado, pues en el primer caso el consentimiento de la víctima extingue la responsabilidad penal del agresor, en tanto que en el segundo la persecución penal continua de oficio, no obstante el bien jurídico protegido con la sanción del delito de violación es la libertad sexual, en ambos casos, por lo que no resulta razonable entender disminuida esta protección por la existencia de un vínculo matrimonial o de hecho.

- **Mayor lesividad en la violación conyugal o a la conviviente**

La violación sexual constituye uno de los delitos de violencia intrafamiliar más graves contra la mujer, en cuanto afecta su dignidad y su libertad, pudiendo a su vez afectar no solo a la víctima directa, sino también a los demás miembros de la familia, en especial, a los niños y adolescentes, produciendo graves disfunciones a nivel familiar[108].

Además, en la legislación nacional los vínculos familiares no han sido establecidos para no perseverar en la persecución penal, sino que por el contrario, para conferir carácter público a la acción penal; configurar nuevos delitos como el femicidio y el maltrato habitual; agravar las penas como sucede en el delito de lesiones; limitar la discrecionalidad del juez en la calificación de las mismas; reforzar el estatuto proteccional, al establecer una serie de medidas innominadas y al contemplar el delito de desacato frente al incumplimiento de aquellas que se decreten judicialmente; al exigir la imposición de las medidas accesorias contenidas en la Ley N° 20.066 como sanciones accesorias y condiciones específicas en el marco de las suspensiones condicionales del procedimiento; y al prohibir los acuerdos reparatorios como forma de poner término del proceso penal en los casos de violencia intrafamiliar.

107 Corte Constitucional de Colombia, C-285/97. Fuente: Gaceta de la Corte Constitucional. Disponible en: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5373).

108 Ibid.

Por tanto, la norma prevista en el inciso cuarto del artículo 369 del Código Penal es discriminatoria, por cuanto no resulta proporcional ni razonable. Se trata de una norma de discriminación indirecta por cuanto se refiere a un cónyuge o conviviente, pareciendo ser neutra al extender su aplicación a hombres y mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer, porque las desigualdades preexistentes entre ambos no se han tenido en cuenta al establecerse.

2.2. La violación a la cónyuge o conviviente en la jurisprudencia nacional

Tratándose del delito de violación entre cónyuges o convivientes, se destacan un fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia y uno de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en sentencia Rol N° 16-2012, de 25 de mayo de 2012, rechazó el recurso de amparo interpuesto por la defensa del imputado por delito de violación en contra de su cónyuge en contra de la resolución del juez de garantía que desechó la petición de la defensa de poner término al procedimiento de conformidad a lo dispuesto en el artículo 369, inciso tercero, número dos del Código Penal, por no constarle al tribunal, de manera indubitada, que la voluntad de la víctima se prestó exenta de vicios.

El informe de la jueza recurrida da cuenta de que pese a que el imputado conocía la existencia de la prohibición de acercarse a su cónyuge, llegó hasta el domicilio de ésta, ingresando a una dependencia destinada a dormitorio, "(…) lugar en que esperó a que llegara la víctima, quién aproximadamente a las 22:30 horas llegó al domicilio, ingresando a su dormitorio, y en los momentos en que se desvestía, el imputado llegó hasta la habitación y a viva fuerza, la tomó con fuerza con el objeto de tener relaciones sexuales con ella, agrediéndola con golpes de puño y pies en diferentes partes del cuerpo, hasta lograr lanzarla al suelo y una vez allí, la accedió carnalmente por vía vaginal y anal, logrando huir la víctima y pedir auxilio a Carabineros".

Agrega, que la resolución que no accedió a la petición de la defensa, tuvo como fundamento la exposición por parte del Ministerio Público de un informe evacuado por la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos de dicha repartición, el cual da cuenta que la víctima padecía de afectación emocional por la agresión sufrida, además de presentar antecedentes psicológicos propios de la violencia intrafamiliar, tales como el proceso de retractación. Además, sostiene que en una de las audiencias anteriores, la propia víctima, luego de manifestar su voluntad de poner término al procedimiento, señaló "que lo hacía por motivos económicos, ya que dependía en este sentido del imputado".

Por su parte, y en sentido contrario, la Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia Rol N° 137-2013, de 10 de abril de 2013, revocó la sentencia apelada absolviendo a un imputado como autor del delito de violación en

contra de su pareja de catorce años, quien se encontraba embarazada, en razón de lo establecido en el inciso final del referido artículo 369 del Código Penal.

En efecto, la Corte de Valdivia acogió el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia definitiva que condenó a su representado a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, como autor del delito de violación impropia previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, cometido en contra de su pareja de catorce años de edad, con quien tiene un hijo en común; y en contra de la resolución de fecha posterior (del día siguiente) que rechazó la petición de la víctima de poner término al proceso y que en subsidio solicitó se le concediera la medida alternativa de remisión condicional de la pena corporal.

Si bien la sentencia del tribunal a quo rechazó ejercer la facultad del artículo 369 del Código Penal, entre otros motivos, por la edad de la ofendida y en consideración al informe social proteccional y psicológico que establece que la niña ha sido vulnerada en su indemnidad sexual[109], la Corte consideró concurrentes los requisitos del inciso final del artículo 369 del Código Penal, revocando la sentencia del tribunal a quo y accediendo a lo solicitado por la ofendida y por la defensa del imputado, en orden a poner término al proceso[110], señalando en relación a la vulneración de la indemnidad sexual de la víctima y su minoría de edad que el argumento es "(…) débil y no cumple con el requisito que exige la norma, de existir motivos fundados" por cuanto "(…) lo relativo a la edad de la menor a la fecha de comisión del delito, es un elemento del tipo penal" y que "(…) la afectación a la indemnidad sexual de la víctima, (…) también es un elemento del tipo penal", añadiendo que la modificación introducida al inciso final del mencionado artículo 369 del Código Penal, por el numeral 4 del artículo 1º de la Ley N° 20.480, "(…) amplía la facultad de la víctima cónyuge o conviviente del imputado para renunciar a la acción penal en el sentido de extenderlo a todos los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 donde se encuentra el artículo 362 del Código Penal y de seguirse el razonamiento del sentenciador se llegaría al absurdo de que por la sola configuración de los elementos del tipo sería suficiente rechazar la renuncia a la acción penal efectuada por la víctima o perdón del ofendido, haciendo inoperante dicha norma"[111]. La sentencia agrega que las relaciones sexuales

109 Otro de los motivos del tribunal a quo para rechazar la facultad del inciso final del artículo 369 del Código Penal, fue la inexistencia de un requerimiento expreso de la ofendida en orden a poner término al proceso y la inexistencia de una relación de convivencia (sentencia Rol N° 137-2013, de 10 de abril de 2013, considerando primero).

110 Corte de Apelaciones de Valdivia, 10 de abril de 2013, Rol N° 137-2013, considerando cuarto.

111 Ibid., considerando primero.

fueron absolutamente voluntarias y que existía una relación de convivencia entre el agresor y la ofendida[112].

De estas resoluciones se desprende la necesidad de derogar la norma del inciso cuarto del artículo 369 del Código Penal, por cuanto los tribunales pueden interpretar la norma como una facultad privativa de la víctima sin ninguna consideración al fenómeno de la violencia doméstica como sucede en la última sentencia, o resolver fundadamente si el consentimiento de la ofendida se prestó libremente o no, como sucedió en el caso resuelto por la Corte de Puerto Montt.

V. Conclusiones

En cuanto al consentimiento de las mujeres con repercusiones en el proceso penal, se destacan dos políticas implementadas por el Estado de Chile que considero positivas en el sentido de satisfacer los estándares internacionales: que el Estado de Chile en su normativa interna confiere acción penal pública para la persecución de los delitos de violencia doméstica, transformando la naturaleza de la acción penal para perseguir los delitos de lesiones y amenazas, delitos que constituyen los principales ingresos al sistema penal por concepto de violencia intrafamiliar; y que Chile proscribe la celebración de acuerdos reparatorios en los delitos de violencia doméstica.

Si bien en un principio se incumplió la norma prevista en el artículo 19 de la Ley N° 20.066, por parte de algunos Tribunales Superiores de Justicia, en atención a que la violencia se ejercía en el contexto de una pareja de etnia mapuche, lo cierto es que la jurisprudencia más reciente ha dado un vuelco en sus decisiones dando prioridad al estatuto de violencia intrafamiliar no sólo en virtud del texto expreso de la ley, sino de los convenios internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres.

No obstante, cabe señalar que el Estado de Chile no cumple con las normas del DIDH, tratándose de delitos sexuales cometido en contra de la mujer cónyuge o conviviente, por cuanto el inciso final del artículo 369 del Código Penal contiene una disposición legal discriminatoria y contraria a los derechos humanos de las mujeres, al establecer un tratamiento penal privilegiado para el delito de violación intrafamiliar, por cuanto no sólo vulnera el derecho a la igualdad entre las mujeres, sino que además desprovee a las mismas de un sistema procesal penal eficaz, en razón de su estado civil o de la existencia de una relación de convivencia, al autorizar el consentimiento de la víctima de violencia sexual para poner término al proceso penal, con resguardos

112 Ibid.

mínimos que no garantizan evitar la repetición de los actos constitutivos de violencia, en circunstancias que en el marco de la violencia intrafamiliar, la víctima puede manifestar su consentimiento presionada por el agresor, lo que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de la libertad sexual de las mujeres en la situación referida, impidiendo que el sistema procesal penal funcione eficazmente para investigar, sancionar, reparar, prevenir y erradicar actos constitutivos de violencia sexual en contra de las mismas.

Esta disposición del Código Penal incumple con varios estándares de los derechos humanos en las investigaciones penales en causas por violencia contra la mujer, por cuanto la facultad prevista en el inciso final del artículo 369 del Código Penal pugna con la imposibilidad de realizar mediación, por la asimetría existente en la relación de pareja violenta, al no encontrarse las partes en una relación de igualdad.

En consecuencia, el Estado de Chile discrimina a la mujer por omisión, al no reaccionar activamente, enmendando las disposiciones jurídicas contrarias a la CEDAW, como sucede en este caso, incurriendo en un acto de discriminación al no adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la plena efectividad de los derechos de la mujer, esto es, al no derogar el inciso cuarto del artículo 369 del Código Penal.

VI. Bibliografía

1. BIRGIN, Haydée (Comp.), Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal. Buenos Aires, Argentina, Editorial Biblos - Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, 319 pp.
2. CAR, Macarena. "Comentario a la sentencia definitiva condenatoria dictada por el Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago por el delito de femicidio frustrado y otros". En: Revista jurídica del Ministerio Público, N° 55, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, págs. 165-180.
3. CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno [en línea]. Santiago, Chile: Polít. Crim. nº 3, pdf., 2007. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2015].
4. COVARRUBIAS, Ignacio. ¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad? [en línea]. Santiago, Chile: Estudios Constitucionales, Año 12, N° 1, 2014. Disponible en: http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v12n1/art05.pdf. [fecha de consulta: 11 de septiembre de 2015].

5. DULITZKY, Ariel. El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana [en línea]. Santiago, Chile: Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2007. Disponible en: http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13452/13720-DOI:10.5354/0718-2058.2007.13452 [fecha de consulta: 4 de junio de 2014].

6. ESTRICH, Susan. "Violación". En: DI CORLETO, Julieta (comp.). Justicia, Género y Violencia. Buenos Aires, Argentina, Editorial Libraria Ediciones), 2010, págs. 57-84.

7. GENEVIÈVE, Fraisse. Del consentimiento, Santiago, Chile, Editorial Palidonia, 2011, 110 pp.

8. HORVITZ, María Inés. Derecho Procesal Penal Chileno. Principios, Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigación. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, Tomo I, 638 pp.

9. LACRAMPETTE, Nicole (Ed). Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica, Santiago, Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013, 341 pp.

10. JARAMILLO, Isabel. "Familia. Violencia sexual y no sexual en la familia". En MOTTA, Cristina y SÁEZ, Macarena (Eds), La Mirada de los Jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana, Bogotá, Colombia Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008, págs. 267-272; 342-353.

11. LARRAURI, Elena, Mujeres y sistema penal: violencia doméstica. Montevideo y Buenos Aires, Editorial IB de f, 2008, 279 pp.

12. LARRAURI, Elena. Criminología crítica y violencia de género. Madrid, España, Editorial Trotta, 2007, 149 pp.

13. LARRAURI, Elena. Violencia de género –la visión de la LPI (Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género) [en línea]. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina30719.pdf.

14. LEMAITRE, Julieta. "Violencia. Las paradojas de la penalización". En MOTTA, Cristina Motta y SÁEZ, Macarena (Eds). La Mirada de los Jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana, Bogotá, Colombia, Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008.

15. MACKINNON, Catharine. Rantsev v. Chipre & Rusia [en línea]. Santiago, Chile: App. N° 25965/04 (Eur. Ct. H.R. Ene. 7, 2010), Anuario del Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2010. Disponible en: http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewArticle/17000-DOI:0.5354/07182058.2011.17000.

16. MARTÍNEZ, Juan y VEGA, Giovanni. "La obligación estatal de prevención a la luz del corpus iuris internacional de protección de la mujer contra la violencia de género" [en línea]. Talca, Chile: Ius et Praxis, v. 19 n. 2, 2013. Disponible en: http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200010 [fecha de consulta: 12 de septiembre de 2015].

17. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Legalpublishing, 2014, Tomo I.

18. NAREDO, María, CASAS, Gloria y BODELON, Encarna. "La utilización del sistema de justicia penal por parte de mujeres que enfrentan la violencia de género en España". En: BODELON, Encarna (Comp.), Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Didot, 2013, págs. 27-104.

19. NASH, Claudio y LAGOS, Catalina. Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios, Santiago, Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013, 102 pp.

20. NASH, Claudio, MUJICA, Ignacio y CASAS, 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: Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2011, págs. 6-24. Disponible en http://libros.uchile.cl/375.

21. RODRÍGUEZ, Luis. Delitos Sexuales, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2015, 458 pp.

22. SAN MARTIN, María Angélica. "Comentario a sentencia condenatoria por amenazas y lesiones cometidas en contexto de violencia intrafamiliar". En: Revista jurídica del Ministerio Público, N° 56, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, págs. 193-214.

23. SEPÚLVEDA, Angel. "La Violencia de Género como causa de Maltrato Infantil" [en línea]. Sevilla, España: Cuaderno de Medicina Forense Nº.43-44 Sevilla enero-abril, 2006. Disponible en: http://dx.doi.org/10.4321/S1135-76062006000100011.

24. SHELTON, Dinah. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos [en línea]. Santiago, Chile: Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2008. Disponible en: http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13488.

Normativa internacional y nacional

1. 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. Entrada en vigencia el 3 de septiembre de 1981.
2. Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. "Convención de Belém do Pará", adoptada por la Organización de Estados Americanos, en Belém do Pará, 9 de junio de 1994. Entrada en vigencia el 3 de mayo de 1995.
3. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución N° 48/104 del 20 de diciembre de 1993.
4. ONU, Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General N° 19. La violencia contra la mujer, 11° periodo de sesiones, 1994.
5. ONU, Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General N° 21. La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 13° periodo de sesiones, 1994.
6. ONU, Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General N° 23. Vida política y pública, 16° periodo de sesiones, 1997.
7. ONU, Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General N° 24. Artículo 12 de la sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la salud, 20° periodo de sesiones, 1999.
8. Corte Penal Internacional, Las Reglas de Procedimiento y Prueba, 2000. En: http://www1.umn.edu/humanrts/instree/S-iccrulesofprocedure.html.
9. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, en: Opinión Consultiva OC-18/03. Serie A N° 18, 2003.
10. ONU, Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General N° 25. Párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Medidas especiales de carácter temporal, 30° periodo de sesiones, 2004.
11. Comisión Interamericana de DDHH, Relatoría sobre los derechos de la mujer, "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 2007.
12. Comisión Interamericana de DDHH, "Estándares Jurídicos Vinculados a la Igualdad de Género y a los Derechos de las Mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Desarrollo y Aplicación" (Informe temático). OEA/Ser.L/V/II.143. Doc. 60, 2011.

13. Comisión Interamericana de DDHH, Relatoría sobre los derechos de la mujer, "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 65, 2011.

14. ONU, Consejo de DDHH, "Indicadores sobre la violencia contra la mujer y la respuesta de los Estados", en: Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, aprobado por la Asamblea General de la ONU, A/HRC/7/6, 2008.

15. Código Penal de Chile.

16. Código Procesal Penal de Chile.

17. Ley N° 20.480. Modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el "Femicidio", aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio. Diario Oficial, 18 diciembre 2010.

18. Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar. Diario Oficial, 7 octubre 2005.

19. Ley N° 19.968. Crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial, 30 agosto 2004.

Sentencias e informes de casos

1. Corte IDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.

2. Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205.

3. Corte Europea de Derechos Humanos, Caso E.M. vs. Rumania, Sentencia de 30 de octubre de 2012. Serie TEDH/2012/95.

4. Corte Europea de Derechos Humanos, Caso E.M. vs. Rumania, Sentencia de 30 de octubre de 2012. Serie TEDH/2012/95.

5. Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Opuz vs. Turquía, Sentencia de 9 de junio de 2009. Serie TEDH/2009/65.

6. CEDAW, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Fatma Yildirim vs. Austria, (CEDAW/C/39/D/6/2005), comunicación, 2007.

7. CEDAW, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, A.T. vs. Hungría, (CEDAW/2/2003), comunicación, 2005.

8. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Marcelino Hanríquez y otros vs. Argentina, Informe N° 73/00, Caso 11.784, 2000.

9. Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Larkos vs. Chipre, Sentencia, 1999.

10. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, María Eugenia Morales de Sierra con Guatemala, Informe N° 4/01, Caso 11.625, 2001.

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

LA FINALIDAD DE LOS "TRABAJOS O SERVICIOS FORZADOS" EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Karen Guzmán Valenzuela[1]

1. Introducción

La Ley N° 20.507, publicada el 8 de abril de 2011, tipificó los delitos de tráfico ilícito de migrantes y de trata de personas y estableció normas para su prevención y más efectiva persecución penal.

La dictación de esta normativa tuvo por objetivo adecuar la legislación nacional a los tratados internacionales ratificados por Chile en la materia, especialmente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Complementarios contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños. El artículo 3 de este último Protocolo define la trata de personas y establece como finalidad de la misma la explotación. Esta puede adoptar diversas modalidades. Una de ellas son los trabajos o servicios forzados, que también fueron incorporados en el tipo penal del artículo 411 quater del C.P. introducido por la mencionada ley [2].

La explotación es un elemento fundamental en la trata de personas, por lo que antes de analizar las diversas fuentes que se han utilizado para delimitar el sentido y alcance de la expresión trabajos o servicios forzados, se hará una breve reflexión acerca de lo que significa la explotación como finalidad en este ilícito.

1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medio Ambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Publico de Chile.

2 *"Artículo 411 quater. El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.*
Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.
El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito".

2. La explotación como finalidad del delito de trata de personas

Si se lee con detención el artículo 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños[3], en éste se señala que la captación, transporte, traslado, acogida o recepción, recurriendo a ciertos medios comisivos, tiene por fin la explotación y que ésta puede incluir, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Si se contrasta la anterior definición con la descripción contenida en el artículo 411 quater del C.P., la redacción, aunque similar, no es exactamente la misma, puesto que en el aludido tipo penal se sanciona a quien, utilizando ciertos medios comisivos, capta, traslada, acoge o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, etc.[4].

En definitiva, sólo se hace referencia a la explotación en el tipo penal de trata de personas, cuando ésta es sexual; en los otros casos, se utiliza derechamente las expresiones trabajos o servicios forzados, servidumbre, esclavitud, prácticas análogas a ésta o extracción de órganos.

La interrogante que surge aquí es si en el tipo penal chileno se requiere o no que la finalidad del delito de trata de personas sea la explotación, cualquiera sea la modalidad que ésta adopte.

3 *"Artículo 3. Definiciones. Para los fines del presente Protocolo: a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; …".*

4 Este punto ya fue observado por CÁRDENAS ARAVENA, Claudia. *Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación con el delito de trata de personas* [en línea], p. 25. Informe en Derecho elaborado para la Defensoría Penal Pública. Disponible en: http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf [fecha de consulta: 11 agosto 2017]. *"Así y todo, en el Código penal chileno no se menciona la finalidad de explotación como finalidad genérica de la trata de personas, como sí se hace en el Protocolo de Palermo contra la Trata de Personas en su artículo 3".*

La revisión de la Historia de la Ley N° 20.507[5], de los instrumentos internacionales y la doctrina en la materia[6], lleva a concluir que la trata de personas siempre tiene por finalidad la explotación de una persona, cualquiera sea la forma que ésta asuma, tal como lo consigna el citado artículo 3 del Protocolo. Este es un aspecto que hay que tener siempre presente al analizar este delito[7].

Ahora bien, aclarado este primer punto, es necesario avanzar en lo que significa el término explotación.

La finalidad de explotación no se encuentra definida en el Protocolo de Palermo. En los Trabajos Preparatorios del mismo Protocolo, se dejó constancia sobre las discusiones que se dieron respecto a lo que debía entenderse particularmente por explotación sexual y la referencia al lucro[8].

5 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal [en línea]. Boletín 3778- 18, Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, págs. 46, 174, 205. Disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1024319 &buscar=20507 [11 de agosto de 2017].

6 Así, lo consigna, entre otros: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. "El delito de trata de personas: Análisis del nuevo artículo 177 bis C.P. desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación" [en línea]. En: *AFDUDC,* N° 14, 2010, págs. 827 y 828: *"…se considera que el concepto jurídico de la trata de personas se compone de los siguientes tres elementos (vid. ZHANG, SCARPA, RIJKEN, ampliamente SERRA CRISTOBAL y PÉREZ ALONSO en España): a) la acción…b) el empleo de determinados medios…c) la finalidad de explotación…"*. Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/8302/AD_14_2010_art_41.pdf;jsessionid =1F9FCD3DA2B386E679572FFE7948AA49?sequence=1 [fecha de consulta: 11 agosto 2017].
También, POMARES CINTAS, Esther. "El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral" [en línea]. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, número 13-15, [págs. 15:1 -15:31], págs. 2 y 12: *"…por definición la trata de personas se vincula a un ulterior sometimiento de la víctima a situaciones de explotación personal…"*. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf [fecha de consulta: 11 agosto 2017].

7 La trata de personas es uno de los tres negocios ilegales más lucrativos a nivel mundial, junto con el tráfico de drogas y el tráfico de armas. NACIONES UNIDAS, Oficina contra la Droga y el Delito, 2010.

8 NACIONES UNIDAS. Oficina contra la Droga y el Delito. Trabajos Preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Nueva York, 2008, págs. 357, 358 y Nota Interpretativa, C., p. 366. NACIONES UNIDAS, Trabajos Preparatorios…, ob. cit., p. 358, nota 6: *"…Antes del quinto período de sesiones del Comité Especial, algunas delegaciones habían sugerido que era necesario referirse al "lucro" como elemento de la trata de personas con fines de explotación sexual. Otras delegaciones habían expresado la opinión de que no era necesaria una referencia explícita al lucro y de que el proyecto de protocolo debía abarcar el delito cometido sin otra finalidad ulterior. En las consultas oficiosas celebradas durante el quinto período de sesiones del Comité Especial, una delegación sugirió de nuevo la necesidad de referirse al lucro como elemento de la trata de personas con fines de explotación sexual"*.

Sin perjuicio de lo anterior, las Naciones Unidas ha elaborado algunos documentos en los que ha desarrollado diversos elementos que involucra la trata de personas. Así, el Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas señala que por explotación se entenderá: *"la obtención de beneficios financieros, comerciales o de otro tipo a través de la participación forzada de otra persona en actos de prostitución, servidumbre sexual o laboral, incluidos los actos de pornografía y la producción de materiales pornográficos…"*[9]_[10]_[11].

Más recientemente, la Oficina contra las Drogas y el Crimen de las Naciones Unidas entregó un documento en el que analiza el concepto de explotación en el Protocolo relativo a la trata de personas y que busca servir de guía en la comprensión del concepto explotación. En dicho documento se hace referencia a la necesidad de utilizar un concepto amplio de explotación que permita incluir nuevas formas de la misma; la relevancia que tiene la severidad de la explotación, los medios comisivos usados y el grado de daño causado para tener por establecida la explotación en la práctica[12]; la importancia que tienen los contextos culturales y nacionales para delimitar la concurrencia de la explotación[13], entre otros aspectos, que se mencionarán más adelante en este artículo.

Finalmente, la RAE define la explotación como acción de explotar y a éste, en su segunda acepción, como sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio y, en una tercera acepción, como utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona[14].

9 NACIONES UNIDAS, Oficina contra la Droga y el Delito. Manual sobre la investigación del delito de trata de personas. Guía de Autoaprendizaje [en línea]. 2009, págs. 12 y 13. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf [fecha de consulta: 11 de agosto de 2017].

10 Esta definición fue recogida por el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N° 1001114184-1, RIT N° 287-2012, considerando duodécimo.

11 No obstante se discutió este punto en los Trabajos Preparatorios, finalmente no quedó estipulado que el lucro fuera parte de la explotación en el art. 3 del aludido Protocolo.

12 NACIONES UNIDAS, The concept of "exploitation" in the trafficking in persons protocols…, ob. cit., p. 12, aunque se destaca por los operadores jurídicos que muchas veces es difícil delimitar el umbral de severidad necesario para estar ante un caso de trata de personas o no.

13 NACIONES UNIDAS, The concept of "exploitation" in the trafficking in persons protocols [en línea], Issue Paper, Viena, 2015, p. 12. Disponible en: http://un-act.org/publication/view/the-concept-of-exploitation-in-the-trafficking-in-persons-protocol/ [fecha de consulta: 11 de agosto de 2017].

14 Diccionario de la Real Academia de la Lengua [en línea]. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=HKDxVB1|HKE4K7Q [fecha de consulta: 11 de agosto de 2017].

3. La finalidad de trabajos o servicios forzados en el delito de trata de personas en la legislación chilena

3.1 Historia de la Ley N° 20.507

Originalmente en la tramitación parlamentaria, una de las finalidades que se consideraba para el delito de trata de personas era la de explotación laboral[15].

Sin embargo, en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se dejó constancia acerca de la necesidad de buscar una fórmula que permitiera distinguir entre las situaciones extremas de abuso laboral propias de una verdadera explotación, de aquellas derivadas de infracciones laborales propiamente tales, que debían juzgarse en la justicia laboral[16]-[17].

Sobre el particular y atendida la relevancia de esta modificación para comprender las consecuencias que generó, se transcribe lo consignado en este punto en la historia de la Ley N° 20.507:

"…La Honorable Senadora señora Alvear estimó necesario buscar una fórmula que permita distinguir entre las situaciones extremas de abuso laboral propias de una verdadera explotación, de las propias derivadas de infracciones laborales propiamente tales, que deben juzgarse por la justicia laboral.

El Honorable Senador señor Gómez expresó que tal como está planteado el tipo en esta indicación ella podría resultar aplicable a los casos de traslado, dentro de Chile, de ciudadanos chilenos por motivos laborales, haciendo presente que resultará una tarea muy difícil el deslindar entre las conductas que se encuentran incorporadas en este tipo penal y los abusos de índole exclusivamente laboral, lo que se hace evidente, por ejemplo, si se considera lo que ocurriría cuando una empresa que trasladó a trabajadores entra en cesación de pagos o desaparece definitivamente por motivos de índole comercial, caso en el cual alguien incluso podría sostener que su traslado fue, en definitiva, un delito, todo lo cual excede el propósito del proyecto en estudio.

15 En materia sexual, se utiliza la expresión "explotación sexual".

16 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal [en línea]. Boletín 3778- 18, Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 206. Disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1024319&buscar=20507 [17 de agosto de 2017]. Asimismo, en los Trabajos Preparatorios se propuso usar el término explotación laboral y no se aceptó. NACIONES UNIDAS, The concept of "exploitation" in the trafficking in persons protocols…, ob. cit., p. 7.

17 Así también ocurrió en España, con la Ley 5/2010, según indica POMARES CINTAS, ob. cit., p. 15.

Sobre la materia, el Honorable Senador señor Prokuriça estimó que hay casos extremos en los que debe recurrirse a la penalización, como ocurriría si se traslada al país a un extranjero para que trabaje sin que hable nuestro idioma y se le encierra, se le quitan los documentos de identidad apenas arriba al país en forma ilegal, se le niega la posibilidad de comunicarse, se le obliga a trabajar sin pausa y no se le paga. En ese contexto, agregó, se está cometiendo un delito, pero que cuando sólo se da una de estas circunstancias, en forma aislada o por motivos equívocos, el problema debería quedar circunscrito al conocimiento de la judicatura laboral por infracciones de esa índole.

El Honorable Senador señor Larraín observó que el tipo propuesto es bastante preciso, porque se refiere a las personas que son transportadas para ser objeto de abuso laboral, o sea, se requiere de una intencionalidad previa, y no un mero incumplimiento de obligaciones laborales. El dolo requerido en el tipo es la intención positiva de abusar de la persona, y si no hay tal intención no hay delito, por mucho que haya incumplimiento de obligaciones laborales por problemas financieros del empleador.

El señor Jefe del Departamento de Reformas Legales del SERNAM explicó que no es la intención del Gobierno el penalizar meros incumplimientos laborales, subrayando que el Protocolo de Palermo se refiere a trabajos o servicios forzados y que el Ejecutivo está de acuerdo con sustituir la noción de explotación laboral que emplea la indicación, por los conceptos utilizados por el Protocolo antes señalados.

El Honorable Senador señor Larraín concordó con tal propósito, haciendo presente que de esa forma se precisarán los conceptos y permitirá aclarar el sentido de la disposición en atención a que, de otra forma, el concepto de "explotación laboral" podría generar problemas interpretativos que involucren en investigaciones criminales a empleadores inocentes y, además, que las organizaciones criminales dedicadas a la trata de personas busquen subterfugios legales para evadir u ocultar sus responsabilidades. Una buena solución, agregó, es eliminar el concepto de explotación laboral y, a continuación, incluir los términos utilizados por el referido Protocolo para aclarar que el propósito del delincuente es someter a sus víctimas a trabajos forzados"[18]–[19].

18 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal [en línea]. Boletín 3778- 18, Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, págs. 206-207. Disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1024319&buscar=20507 [fecha de consulta: 11 de agosto de 2017].

19 *"La explotación laboral sería común en Chile. Durante la tramitación de la Ley N° 20.507 se prefirió la denominación "trabajos forzados" por sobre "explotación laboral" por el contenido jurídico más definido que tienen los trabajos forzados y su clara prohibición en el derecho internacional. Se pretendía emplear un término que tuviera un sentido técnico más definido, que dejara fuera la posibilidad de que todo incumplimiento de normas laborales se equiparara con el delito de trata de personas...".* CÁRDENAS, ob. cit., p. 28.

Como se puede colegir de lo transcrito, una especial preocupación del legislador chileno fue distinguir nítidamente entre situaciones que correspondían a una infracción laboral de aquellas que efectivamente constituían trabajos forzados como una finalidad del delito de trata de personas. Ahora bien, si se excluyó como finalidad la explotación laboral y en su lugar se dejaron los trabajos o servicios forzados, es necesario delimitar el sentido y alcance de estos últimos.

3.2 Instrumentos internacionales en la materia

3.2.1 Los Trabajos Preparatorios del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas

Como ya se señaló, las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.507 tuvieron como principal referente el Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños. Sin embargo, en dicho protocolo no se define lo que son los trabajos o servicios forzados.

En los Trabajos Preparatorios del Protocolo de Palermo que corresponden, de alguna forma, a la historia del establecimiento del mencionado instrumento internacional, la discusión respecto a la delimitación de los trabajos forzados se desarrolló del siguiente modo.

En un primer texto, que corresponde al quinto período de sesiones (4 al 15 de octubre de 1999), se entiende por "trabajo forzado"[20]:

"… todo trabajo o servicio exigido a un individuo mediante la amenaza [o] [,] el uso de la fuerza [o la coerción], y para el cual dicho individuo no se ofrece con su consentimiento libre y con conocimiento de causa, [con las siguientes excepciones:

i) En los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;

ii) Los trabajo o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso i) del apartado b) del presente artículo se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicialmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;

20 NACIONES UNIDAS. Oficina contra la Droga y el Delito. Trabajos Preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos…, ob. cit., págs. 358 y 359. Los términos dentro de corchetes corresponden a contenidos que no lograron consenso en las sesiones y que debían ser sometidos a un examen posterior.

iii) El servicio de carácter militar, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia;

iv) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad;

v) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales del Estado en cuestión;

vi) Los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre las necesidades de esos trabajos]".

En el séptimo período de sesiones (17 al 28 de enero de 2000), se trabajaron dos opciones de redacción del documento.

La primera del mismo tenor del texto antes transcrito, con la única salvedad que en vez de coerción se utilizó la expresión [coacción] y, la segunda fue la siguiente:

"Por trabajos forzados se entiende el trabajo o los servicios obtenidos mediante la fuerza o la amenaza de fuerza, o el uso de la coacción, o mediante cualquier plan o artificio para engañar, incluido aquél en que el estado o la condición se derive de una deuda o contrato realizado por ese individuo y el valor del trabajo o los servicios razonablemente calculado no se destine a liquidar la deuda o a cumplir el contrato (por ejemplo, servidumbre por deudas), o por cualquier medio o plan o modalidad, inclusive por medios fraudulentos y engañosos y tergiversaciones dolosas, de forma que la persona crea razonablemente que no tiene otra alternativa que realizar el servicio"[21]–[22].

21 NACIONES UNIDAS. Oficina contra la Droga y el Delito. Trabajos Preparatorios de las negociaciones…, ob. cit., p. 361.

22 Esta definición es utilizada por GAJARDO ORELLANA, Tania y TORRES FIGUEROA, Angélica. "Los tipos penales de tráfico de migrantes y trata de personas en la Ley 20.507". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, Chile, N° 47, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2011, p. 245. También, AGUILAR ARANELA, Cristian. *Delitos Sexuales. Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming. Doctrina y Jurisprudencia*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2012, p. 206.

Estos son los antecedentes que se pueden recoger desde los Trabajos Preparatorios del Protocolo de Palermo a la hora de dotar de contenido a la expresión "trabajos o servicios forzados". En ellos, se entrega una definición de los mismos y ciertas situaciones que no se entienden incorporadas en los mismos.

3.2.2 Otros instrumentos internacionales

Otro instrumento internacional que define los trabajos forzados es el Convenio sobre Trabajo Forzoso, de 1930 (núm. 29), de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), que en su artículo 2 señala que trabajo forzoso u obligatorio es: *"todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente"*.

Además, en el referido convenio, se agregan los casos en los cuales no se considera que exista este tipo de trabajo, en términos muy similares a los ya reseñados, a propósito de los Trabajos Preparatorios del Protocolo de Palermo.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde versus Brasil aplica los diversos instrumentos internacionales ya citados, desarrollando los conceptos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados o forzosos [23].

La Corte recoge la definición de trabajo forzoso contenida en el artículo 2.1 del Convenio N° 29 de la OIT, estimando que se requiere de la concurrencia

23 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde versus Brasil [en línea], 20 de octubre de 2016, págs. 71, 73, 74 y 77, respectivamente. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf [fecha de consulta: 11 agosto 2017]. La Corte indica que en el caso analizado se sobrepasan los extremos de servidumbre por deuda y trabajo forzoso, para configurar esclavitud. La Corte considera dos elementos fundamentales para definir una situación como esclavitud: el estado o condición de un individuo y el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad, es decir, que el esclavizador ejerza poder o control sobre la persona esclavizada al punto de anular la personalidad de la víctima. La servidumbre la define como la obligación de realizar trabajo para otros, impuesto por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición. Un interesante análisis acerca de la servidumbre por deudas, desde una perspectiva crítica de la capacidad autorregulatoria de los mercados en esta temática, se puede revisar en: SATZ, Debra. *Por qué algunas cosas no deberían estar en venta. Los límites morales del mercado*. Buenos Aires, Argentina, Siglo Veintiuno Editores, 2015, págs. 234 y sgtes.

de dos elementos para su configuración: que el trabajo se exija bajo amenaza de una pena y que se realicen de forma involuntaria.

Del análisis de la definición transcrita, se puede colegir que el trabajo forzado requiere la concurrencia de los siguientes requisitos para que se configure [24]:

a) Trabajo o servicio: Este requisito no fue mayormente desarrollado en los Trabajos Preparatorios del Protocolo de Palermo ni en otros instrumentos internacionales. Aguilar lo define como: *"…1) Trabajo o servicio: abarca en general cualquier actividad humana que pueda realizarse en favor de un tercero, sin limitaciones, es decir, puede ser de hecho o de derecho, o permanente o temporal; …"* [25].

La delimitación clara de lo que es trabajo es relevante para incluir ciertas actividades humanas bajo el concepto de trabajos forzados.

Dentro de los conceptos que hay que tener en cuenta para comprender qué se entiende por trabajo, se encuentra la distinción que realiza Arendt entre trabajo y labor:

"En efecto, signo de todo laborar es que no deja nada tras sí, que el resultado de su esfuerzo se consume casi tan rápidamente como se gasta el esfuerzo. Y no obstante, dicho esfuerzo, a pesar de su futilidad, nace de un gran apremio y está motivado por su impulso mucho más poderoso que cualquier otro, ya que de él depende la propia vida… A diferencia de la productividad del trabajo que añade nuevos objetos al artificio humano, la productividad del poder de la labor sólo produce objetos de manera incidental y fundamentalmente se interesa por los medios de su propia reproducción…Considerados como parte del mundo, los productos del trabajo –y no los de la labor– garantizan la permanencia y 'durabilidad', sin las que no sería posible el mundo" [26].

24 Dos elementos se requieren para configurar los trabajos forzados, de conformidad con el derecho internacional: "*todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente*". NACIONES UNIDAS. Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional [en línea]. 25 de agosto de 2015, Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas Viena, 16 a 18 de noviembre de 2015, Tema 4 del programa provisional, Conceptos básicos del Protocolo contra la Trata de Personas, en particular los documentos temáticos preparados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito acerca del abuso de una situación de vulnerabilidad, el consentimiento y la explotación. Conceptos. CTOC/COP/WG.4/2015/4, página 9, numeral 24. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V15/060/12/PDF/V1506012.pdf?OpenElement [fecha de consulta: 10 de julio de 2017].

25 AGUILAR, ob. cit., págs. 206 y 207.

26 ARENDT, Hannah. *La condición humana*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós, 2016, págs. 102, 103 y 107, respectivamente.

Asimismo, en la literatura feminista se utiliza la distinción entre trabajo productivo y trabajo reproductivo y para este último, más recientemente, economía de los cuidados: "*Por cuidados podemos entender la gestión y el mantenimiento cotidiano de la vida y de la salud, la necesidad más básica y diaria que permite la sostenibilidad de la vida. Presenta una doble dimensión "material", corporal –realizar tareas concretas con resultados tangibles, atender al cuerpo y sus necesidades fisiológicas– e "inmaterial", afectivo-relacional – relativa al bienestar emocional. Cuidar es "hacerse cargo de los cuerpos sexuados" (Precarias a la deriva, 2005b) y de las relaciones que los atraviesan*" [27].

Por otro lado, y dando cuenta de la historicidad del concepto de trabajo: "*…Primero, que el trabajo no existe como cosa concreta, sino que es básicamente el nombre que damos a ciertas actividades de los seres humanos en determinados contextos…*" [28].

Asimismo, destacando la centralidad del trabajo en las sociedades capitalistas, Pacceca señala: "*…la noción de trabajo refiere a la actividad humana organizada en el marco de un conjunto de reglas y relaciones sociales, y aplicada a la producción (en sentido amplio). En sus diversas formas (asalariado, por cuenta propia, informal, etc.), el trabajo remunerado es una de las principales relaciones en las sociedades capitalistas, y una de las dimensiones estructurantes en la experiencia de vida de las personas*" [29].

Finalmente, Nogueras define trabajo como: "*actividades dirigidas o proyectadas hacia la producción de potencialidades valores de uso o utilidades que además lo pueden ser también para otros; que forman parte de un todo*

27 PÉREZ OROZCO, Amaia. "Amenaza tormenta: la crisis de los cuidados y la reorganización del sistema económico" [en línea]. En: *Revista de Economía Crítica*, N° 5, marzo de 2006, [págs. 7-37], p. 10. Disponible en: http://observatoridesc.org/sites/default/files/1_amenaza_tormenta.pdf [fecha de consulta: 11 de agosto de 2017].

28 BARCELÓ, Alfons. "Nota sobre Pasinetti, los bienes autorreproducibles y el "factor" trabajo" [en línea]. En: *Revista de Economía Crítica*, N° 5, marzo de 2006, [págs. 89-101], p. 95. Disponible en: http://pendientedemigracion.ucm.es/info/ec/rec/Revista_Economia_Critica_5.pdf [fecha de consulta: 11 de agosto de 2017].

29 PACECCA, María Inés. Trabajo, "Explotación Laboral, Trata de Personas. Categorías en cuestión en las trayectorias migratorias" [en línea]. En: *REMHU, Revista Interdisciplinar Movilidad Humana*, Brasilia, Año XIX, N° 37, julio/diciembre, 2011, [págs. 147-174], p. 150. Disponible en: http://www.csem.org.br/remhu/index.php/remhu/article/view/281/256 [fecha de consulta: 10 de julio de 2017].

más amplio; que tienen una cierta disciplina interna; y que son percibidas y ejecutadas con una cierta 'seriedad' " [30].

En cuanto al término "servicio", no hay ninguna explicación en los Trabajos Preparatorios del Protocolo de Palermo respecto de su incorporación. No obstante, se plantea que su inclusión buscaba cubrir los servicios sexuales en aquellos países en los que no se consideraban como trabajo, así como toda otra actividad ilegal o que no estuviera regulada como trabajo [31].

b) Amenaza de una pena: La pena no necesariamente se refiere a una sanción penal, sino que incluye toda privación de derechos o de privilegios [32-33].

En relación con la amenaza de una pena, la Corte Interamericana en el ya citado fallo sostiene que: *"293. Respecto a la "amenaza de una pena", puede consistir, entre otros, en la presencia real y actual de una intimidación, que puede asumir formas y graduaciones heterogéneas, de las cuales las más extremas son aquellas que implican coacción, violencia física, aislamiento o confinación, así como la amenaza de muerte dirigida a la víctima o a sus familiares*" [34].

30 NOGUERAS, José Antonio. "El problema de la definición del trabajo" [en línea]. En*: I Encuentros entre Humanidades y Ciencias Sociales*, Barcelona, Instituto Universitario de Cultura, Universidad Pompeu Fabra, 18-20 diciembre, 2000, p. 36. Disponible en: http://gsadi.uab.cat/images/pdfs/noguera/El%20problema%20de%20la%20definici%C3%B3n%20del%20trabajo.pdf [fecha de consulta: 11 de agosto de 2017]. Asimismo, este autor analiza diversas definiciones de trabajo como aquellas dadas por Marx y Habermas y las razones que lo llevan a optar por la que propone.

31 NACIONES UNIDAS, The concept of "exploitation" in the trafficking in persons protocols…, ob. cit., p. 31.

32 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Alto al Trabajo Forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT, Informe General del Director General relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo Internacional del Trabajo [en línea]. Ginebra, 89.a, Reunión 2001, Informe I (B), p. 5. Disponible en: http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc93/pdf/rep-i-b.pdf [fecha de consulta: 11 de agosto de 2017]. También, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la Legislación y su Aplicación [en línea]. Ginebra, 2006, p. 20. Disponible en:
http://white.lim.ilo.org/ipec/documentos/guia_trata_forzoso.pdf [fecha de consulta: 11 de agosto de 2017].

33 Así también lo señalan: ARIAS MADARIAGA, Emiliano y FIGUEROA OSSA, Ulda. "Concepto de trabajos forzados, servidumbre y esclavitud en el tipo penal del artículo 411 quater del Código Penal Chileno y bienes jurídicos protegidos por estas modalidades de trata de personas". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 55, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, p. 207.

34 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia citada, p. 77.

Cárdenas indica sobre este requisito: *"Se ha señalado que la pena a la que se alude no es necesariamente una sanción penal, sino que puede consistir en una pérdida de derechos… En cuanto a las amenazas, se mencionan como ejemplo la amenaza de ser despedido o de denunciar"*[35]. En este mismo sentido, Villacampa señala: *"… la amenaza se interpreta en sentido muy amplio, y pueden integrarla tanto la amenaza de una sanción penal, como la privación de derechos, o de violencia o de muerte de la víctima o sus familiares…"* [36].

c) Falta de voluntad para realizar el trabajo: Sobre este requisito, la OIT advierte que: *"El concepto de "trabajo forzoso" engloba manifiestamente actividades más graves que el mero incumplimiento de la legislación laboral y de las condiciones de trabajo. Por ejemplo, el hecho de no pagar a un trabajador el salario mínimo obligatorio no implica un trabajo forzoso, mientras que sí lo implicará normalmente el hecho de impedir que abandone el centro de trabajo"* [37].

La propia OIT sostiene que: *"13. El trabajo forzado no puede ser equiparado simplemente con bajos salarios o con condiciones de trabajo precarias. El concepto tampoco abarca las situaciones de mera necesidad económica, como cuando un trabajador se siente incapaz de dejar un puesto de trabajo debido a la falta real o supuesta de alternativas de empleo. El trabajo forzoso constituye una grave violación de los derechos humanos y una restricción de la libertad personal"* [38]-[39].

35 CÁRDENAS, ob. cit., págs. 28 y 29.

36 VILLACAMPA, ob. cit., p. 847.

37 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la Legislación y su Aplicación…, ob. cit., p. 19.

38 OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Una alianza global contra el trabajo forzado…, ob. cit., p. 5.

39 Pomares, a propósito del tipo penal del artículo 177 bis del Código Penal Español, que establece como una de las finalidades de la misma: *"…a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad"*. Agregando que tanto los trabajos forzados, la esclavitud y la servidumbre comparten que todos ellos: *"…describe[n] situaciones de sometimiento de la persona trasladada, captada o acogida (por los procedimientos típicos del delito de trata) a un trabajo o servicio en contra de su voluntad o sin su consentimiento válido. El objetivo es explotar su trabajo bajo la condición de esclava o sierva, o bajo la imposición forzada de la condición de trabajador, creando una situación de total disponibilidad sobre la víctima. En puridad, estas formas de utilizar a las víctimas de la trata no consisten tanto en explotar su trabajo mediante la imposición de condiciones ilícitas que vulneran los derechos socio-laborales, como en imponer la realización del trabajo mismo. Los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, la servidumbre o prácticas análogas a la esclavitud son modos de imponer la condición de trabajador, vulnerando la libertad de decidir realizar la prestación laboral."* [El subrayado es nuestro]. POMARES CINTAS, ob. cit., p. 18. Esta autora, como una forma de distinguir la servidumbre de los trabajos forzados, considera que los mismos deben lograrse por medios intimidatorios o coactivos, es decir, por medio de violencia física, a diferencia de la servidumbre, en la que intervienen procedimientos fraudulentos, como el engaño o

La Corte Interamericana agrega que: "*Y en lo que atañe a la "falta de voluntad para realizar el trabajo o servicio", esta consiste en la ausencia de consentimiento o de libre elección en el momento del comienzo o continuación de la situación de trabajo forzoso. Esta puede darse por distintas causas, tales como la privación ilegal de libertad, el engaño o la coacción psicológica*" [40].

Sobre este punto, Villacampa destaca que: "…*En cuanto al consentimiento, se considera que el mismo existe solo si se ha otorgado libremente y es posible revocarlo, de manera que para saber si la relación laboral se ha aceptado libremente habrá que atender a las concretas circunstancias de la víctima*" [41].

Matus y Ramírez se refieren a la finalidad de explotación laboral en el delito de trata de personas como: "…*la prestación de servicios personales bajo subordinación y dependencia sin sujeción a la protección de las leyes laborales. Sin embargo, la ley limita las posibilidades de este amplio concepto a las finalidades que expresa: primero, la prestación de trabajos o servicios forzados, esto es, según la definición de la Organización Internacional del Trabajo, todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente. En segundo lugar, la servidumbre.... Tercero, la esclavitud... Y cuarto, toda práctica análoga a la esclavitud. Con esta limitación, lamentablemente, la pretensión de que una persona preste servicios bajo*

la generación de una deuda indebida, aunque reconoce que muchas veces en la práctica se mezclan situaciones de pagos de una deuda y la imposición coactiva de los trabajos. POMARES CINTAS, ob. cit., págs. 20 y 21. Sobre el particular, es importante señalar que en España en los artículos 311 y 312.2 se sancionan situaciones en que se establecen condiciones de prestación de trabajo, incumpliendo la normativa laboral; de ahí que la autora señale que: "…*los delitos contra los derechos de los trabajadores no cubren por sí solos el desvalor que se infiere de los comportamientos que determinan la condición de trabajador a quien no desea serlo: no es sólo atropellar derechos laborales o sociales del trabajador como tal, también es la violación de su libertad de decidir ser o no trabajador, …pues es sometido a la condición de esclavo, siervo o similar*". POMARES CINTAS, ob. cit., p. 26. En el primer caso, se configurará un delito contra los derechos de los trabajadores y en el segundo, el delito de trata de personas. En México, Ontiveros señala que el Protocolo de Palermo no se refiere a la explotación laboral ni a la trata laboral, porque lo que se pretende sancionar son los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud y éstas no son cuestiones laborales, sino que casos de explotación humana. El abuso en que incurre un empleador respecto de su trabajador, no es trata de personas, pues éste no está sometido –lo que se acredita con los medios comisivos que indica el Protocolo–. Los problemas laborales de pagar menos que la cantidad acordada o por debajo del sueldo mínimo se resuelven en sede laboral y no penal. ONTIVEROS, Miguel. El Derecho Penal frente a la trata de personas (problemas técnicos y político criminales) [en línea], págs. 205 y 206. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3064/16.pdf [fecha de consulta: 11 de agosto de 2017].

40 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia citada, p. 77.

41 VILLACAMPA, ob. cit., p. 847.

contrato, pero pagando menos que el sueldo mínimo o mediante contratos que no corresponden a su calidad o al servicio efectivamente prestado, que bien podrían considerarse dentro de un concepto amplio de explotación laboral, no alcanza a configurar este elemento subjetivo del tipo. Sin embargo, si las condiciones materiales en que efectivamente se desarrolla el trabajo son de algún modo análogas a la esclavitud, como cuando se retienen los documentos del trabajador y su sueldo bajo conceptos tales como 'traslado', 'alimentación', 'vestuario' y 'arriendo', sin que además se paguen cotizaciones de seguridad social, limitando así la posibilidad fáctica de que se desplace de un lugar a otro, estaríamos ante una forma indirecta y engañosa de reducción a la esclavitud, situación de facto que ha de dilucidarse caso a caso" [42].

La Organización Internacional del Trabajo, en la Guía sobre la Legislación y su Aplicación, señala que hay seis elementos que puedan dar cuenta de una situación de trabajos forzados, imponiéndose al trabajador dos o más de ellos conjuntamente:

1. *Violencia física o sexual. Muchas veces se exige un trabajo forzoso con amenazas o recurriendo a la violencia física o sexual…*
2. *Restricción de movimientos del trabajador. Es muy corriente que se recurra al encierro y el aislamiento para obligar a trabajar. Se recluye a los trabajadores en el lugar de trabajo o se restringen sus movimientos a una zona muy limitada, con el objetivo a menudo de impedir todo contacto suyo con la población local y de obtener el volumen máximo de trabajo…*
3. *Servidumbre por deudas/trabajo servil. Se da cuando una persona pasa a ser la garantía o fianza de un préstamo. Esta situación es limítrofe entre el trabajo forzoso y la esclavitud ya que, el individuo trabaja parcial o exclusivamente para reembolsar la deuda que ha contraído. En la mayoría de los casos, se perpetúa la deuda ya que, por un lado, el trabajo o los servicios prestados se infravaloran y, por otro, el empleador puede proporcionar comida y alojamiento a unos precios tan exorbitantes que al trabajador le resulte sumamente difícil zafarse de la deuda. Pueden contraerse también deudas en las fases de captación o reclutamiento y transporte, lo cual menoscabará el grado de libertad de la relación laboral en la fase final…*
4. *Retención de los salarios o negativa tajante a pagar al trabajador. El interesado trabaja convencido de que se le va a pagar, mientras que el empleador no tiene la intención de pagarle por su trabajo, o bien pretende sin causa ni fundamento mermar sensiblemente el salario…*

42 MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 3ª ed. revisada y actualizada, Santiago, Chile, Thomson Reuters Legalpublishing, Tomo I, 2015, págs. 262 y 263.

5. *Confiscación de pasaportes y documentos de identidad. No es infrecuente, sobre todo en el caso de trabajadores migrantes, que el empleador se quede con sus documentos de identidad y/o pasaporte, alegando a menudo que los necesita para algún trámite de inmigración, y que se niegue a devolvérselos si no siguen trabajando para él. La imposibilidad de acreditar su identidad, o incluso su nacionalidad, intimida muchas veces tanto al trabajador que se somete voluntariamente al empleador…*

6. *Amenaza de denuncia a las autoridades. Es ésta una forma de amenaza o castigo que se impone principalmente a los trabajadores migrantes en situación irregular…"* [43]–[44].

7. Recientemente se ha incorporado como un séptimo indicador: *Comunicación con el entorno* [45].

4. La delimitación de la expresión trabajos o servicios forzados efectuada por los tribunales nacionales

Los fallos en materia de trata de personas han sido escasos y más aún en el ámbito de la trata con fines de trabajos forzados[46]. Sólo cuatro sentencias

43 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación…, ob. cit., p. 21.

44 El trabajo forzoso está también contemplado como una de las peores formas de trabajo infantil por el Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, 1999, (núm. 182), OIT, artículo 3.a. Para su aplicación designa como niño a toda persona menor de dieciocho años y también incluye como peores formas de trabajo infantil a: a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

45 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Trabajo forzoso y la trata de personas. Manual para los Inspectores del Trabajo [en línea], Ginebra, 2009, p. 20. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_107704.pdf [fecha de consulta: 11 de agosto de 2017].

46 La estadística oficial del Estado de Chile en materia de trata de personas es elaborada por la Mesa Intersectorial de Trata de Personas, a la que se puede acceder en el siguiente link: http://tratadepersonas.subinterior.gov.cl/media/2017/05/Informe-Estad%C3%ADstico-Trata-de-Personas-09.05.2017.pdf.

se han dictado sobre este tipo de finalidad; dos de ellas en procedimiento abreviado y otras dos por tribunales orales en lo penal[47].

El primer fallo que recayó en una investigación por trata de personas con finalidad de trabajos forzados servidumbre, esclavitud o prácticas análogas a ésta, corresponde al Juzgado de Garantía de Molina, RUC N° 1300463325-8, RIT N° 760-2013, de 27 de agosto de 2013. Sobre la finalidad del delito de trata de personas, el tribunal indicó:

"La captación, traslado y acogimiento de las víctimas se realizó con la finalidad de que éstos fueran objeto de trabajos o servicios forzados, servidumbre, esclavitud o prácticas análogas a ésta. El objetivo final fue conseguido por los imputados, quienes efectivamente mantuvieron en condiciones de explotación en términos amplios a las víctimas, en atención a las siguientes consideraciones: 1) No pago de remuneraciones. Los imputados no pagaron las remuneraciones pactadas a los trabajadores. Sólo entregaban adelantos semanales que únicamente les alcanzaba para solventar sus gastos inmediatos. De esta manera, las víctimas no tenían ninguna otra opción que mantenerse trabajando, quisieran o no, aceptando las malas condiciones, puesto necesitaban el dinero adeudado y constantemente prometido para enviar a sus familias y costear sus viajes de retorno. 2).- Jornadas extensas, que se realizaban mientras hubiera luz natural, sin respetar la oferta original que estipulaba que el trabajo se realizaría hasta las 17:00 horas de acuerdo al contrato de trabajo firmado por las víctimas. La mayoría de las veces el trabajo se realizaba hasta pasadas las 19:00 horas, sin que pagaran las correspondientes horas extraordinarias, en faenas como se ha dicho riesgosas y físicamente demandantes. 3).- Contratos de trabajo incompletos respecto de los cuales no se daba el tiempo necesario para leer y comprender. Se conminaba a una firma rápida de los mismos, los cuales no contaban con cláusulas mínimas que posteriormente a la fiscalización fueron rápidamente confeccionados por los imputados. 4).- No regularización del status migratorio. Como se apuntó, varias víctimas tenían un estatus migratorio que no las habilitaba para trabajar. Respecto de ellos, si bien en algunos casos se habían iniciado los trámites de regularización migratoria, todos se encontraban trabajando de manera irregular en nuestro país, es decir, sin contar con una visa o permiso. 5.- Malas condiciones de habitación, en los términos descritos.

Todas las condiciones descritas, en su conjunto, constituían un estado de explotación que se traducía en una hipótesis de trabajo o servicio forzado, servidumbre,

47 Es importante señalar que uno de estos fallos corresponde al dictado en un segundo juicio, ya que el primero fue anulado por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, por resolución de 25 de junio de 2016, Rol N° 69-2016, conociendo de un recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia definitiva absolutoria dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, RUC N° 1300269504-3, RIT N° 113-2015, de 27 de abril de 2016.

esclavitud o prácticas análogas a ésta, puesto que los trabajadores no tenían, por su estatus migratorio irregular y el no pago de remuneraciones, ninguna posibilidad real de buscar otro trabajo y en muchos casos de volver a su país, a lo que debe sumarse las condiciones extremas de trabajo y vivienda en las que se encontraban. De esta manera, los imputados captaron, trasladaron y acogieron, mediante engaño y aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad de las víctimas, y con la finalidad de que éstas fueran objeto de alguna forma de trabajos o servicios forzados" [48].

Esta sentencia se refiere en términos genéricos a la finalidad de trabajos forzados, servidumbre, esclavitud o prácticas análogas a éstas, no haciéndose distinción alguna respecto de cada una de ellas como tampoco analizando su contenido.

El tribunal se detiene, brevemente, en la falta real de posibilidad de las víctimas de buscar otro trabajo o de volver a su país; lo que, de algún modo, hace referencia a la restricción de libertad de éstas para tomar una decisión de dejar la situación de explotación. Además, el fallo considera cinco elementos para tener por establecida la finalidad de la trata de personas. Uno de ellos –el no pago de remuneraciones– corresponde a un indicador de trabajos forzados contemplado en la Guía sobre la Legislación y su Aplicación de la OIT. Asimismo, agrega algunos aspectos relativos a lo que podría entenderse como explotación en su faceta de utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona, al destacar las malas condiciones de habitación en que vivían las víctimas en Molina.

El segundo fallo dictado en la materia, y el primero pronunciado por un tribunal oral, es el del caso paraguayos y corresponde a la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz, de 8 de junio de 2015, RUC N° 1110028038-K, RIT N° 31-2015[49]. Este fallo absolvió a los acusados de los

48 El subrayado es nuestro.

49 En este caso, la defensa solicitó se declarara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la frase "prácticas análogas a ésta" contenida en el artículo 411 quáter del C.P., por estimar que correspondía a una cláusula analógica que infringía el principio de tipicidad. El requerimiento fue rechazado por el Tribunal Constitucional, por resolución de 30 de octubre de 2014, Rol N° 2615-14, al considerar que para determinar el contenido de la expresión "prácticas análogas a la esclavitud" debe tomarse como verbo rector inequívoco el de esclavizar. Esta última afirmación corresponde a una interpretación del Tribunal Constitucional no compartida, ya que el legislador no utilizó como verbo rector el de esclavizar al describir al aludido tipo penal. Además, si bien la esclavitud es la más grave de las finalidades descritas en el artículo 411 quáter del C.P., también hay otras como la imposición de trabajos forzados y la servidumbre, que aunque no alcanzan la gravedad de la esclavitud, pues ésta afecta todas las facetas de la personalidad de una persona, también afectan la libertad de las personas.

cargos formulados por la Fiscalía, bajo los siguientes argumentos en relación con el delito de trata de personas:

"…A este respecto el tribunal apreció que las exigencias del tipo penal son altísimas, pues revisten la máxima gravedad internacional. En tal sentido, el alcance que debe darse a las expresiones aludidas debe responder a tan alto nivel para evitar que meros incumplimientos laborales puedan enmarcarse dentro de esta figura penal, tal como quedó consignado en la Historia de la Ley 20.507 que introdujo el artículo 411 quáter al Código Penal y esta figura punible en nuestra legislación. Allí aparece que, al eliminarse de las hipótesis delictivas la explotación laboral, durante la discusión en la comisión de Constitución del Senado, se tuvo en cuenta que el delito quedaba reservado para casos extremos, en que se traslada al país a un extranjero para que trabaje sin que hable nuestro idioma y se le encierra, se le quitan los documentos de identidad apenas arriba al país en forma ilegal, se le niega la posibilidad de comunicarse, se lo obliga a trabajar sin pausa y no se le paga, no bastando que se diera una de estas circunstancias aisladamente, puesto que en tal caso correspondería a la judicatura laboral su conocimiento...

…respecto de las condiciones laborales y de vida que padecieron los indicados paraguayos en el país, si bien pueden equivaler a abusos y prácticas reprochables e ilegales por parte de su empleador, no bastan para satisfacer los contenidos anteriormente aludidos… apuntan a sancionar casos de extrema gravedad, repudiados a nivel internacional y que incluso reúnen elementos que permiten catalogarlos como crímenes de lesa humanidad".

Esta sentencia ha sido ampliamente criticada por señalar que el delito de trata de personas tipificado en el artículo 411 quáter del C.P. es un crimen de lesa humanidad [50].

Uno de los argumentos esgrimidos por el tribunal oral para absolver en este caso fue precisamente el alto estándar y gravedad del delito imputado a los acusados, el que no se logró alcanzar con los hechos acreditados por la Fiscalía y, particularmente, por no probarse la concurrencia de trabajos forzados. Para fundamentar esta decisión, el tribunal hizo referencia a la Historia de la Ley N° 20.507.

La tercera sentencia corresponde al 7° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N° 1400678167-6, RIT N° 13767-2014, de 30 de septiembre de 2016, y tuvo por acreditados los siguientes hechos:

50 GAJARDO ORELLANA, Tania. "La trata de personas ¿Crimen de lesa humanidad? A propósito del 'caso paraguayos'". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 64, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2015, págs. 183-198. Los argumentos para descartar lo afirmado por el Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz se desarrollan ampliamente en el citado artículo.

"Con fecha anterior al día 30 de julio de 2012 los ciudadanos ecuatorianos LUIS ALBERTO MALDONADO SANTA CRUZ y MARÍA ROSA CÓRDOVA FARINANGO captaron en Ecuador al menor de nacionalidad ecuatoriana L.J.P.Q., de 13 años de edad, nacido en la localidad de MINAS CHUPA, República de ECUADOR, el 21 de febrero de 1999. La oferta que le hicieron fue venir a Chile para trabajar como vendedor ambulante, a cambio de una remuneración de 50 dólares mensuales, la que fue aceptada por él y sus padres, quienes le dieron la autorización por escrito para salir del país. Esta autorización fue extendida ante Ministro de Fe el día 30 de julio de 2012 en la ciudad de Ibarra, República de Ecuador, con expresión de que era otorgada para viajar en el mes de agosto del mismo año a la ciudad de Santiago de Chile, con motivo de vacaciones y por un lapso de dos meses. Los padres del afectado doña L.M.Q.G. y don M.P., pertenecen a la etnia quichua Otalavaleña de la República de Ecuador, trabajan como jornaleros agrícolas, padecen de un 51% de discapacidad auditiva, y no cuentan con ningún tipo de educación escolar.

El 05 de agosto de 2012 los imputados trasladaron a Chile al menor, con quien ingresaron por el paso fronterizo CHACALLUTA, en calidad de turista.

Una vez en territorio nacional, los imputados llevaron al menor antes individualizado a su domicilio ubicado en la calle ABATE MOLINA Nº 540, comuna de SANTIAGO, lugar donde los imputados residían junto a su familia compuesta por cuatro adultos y dos niños. Con posterioridad la familia completa, además de la víctima, se trasladó al domicilio de calle ABATE MOLINA N° 558 de la misma comuna. Desde el momento en que llegaron a Santiago, los imputados le exigieron al menor dedicarse a la fabricación de collares artesanales, para luego desde el verano del año 2013 hasta el día 15 de julio de 2014 dedicarse a la venta en forma ambulante de tales especies y otras artesanías.

La jornada de trabajo de la víctima se extendía desde aproximadamente las 08:00 de la mañana hasta las 20:00 horas, sin ningún día de descanso en la semana. Durante ella la víctima …, debía preparar el desayuno para todos los ocupantes de la casa, limpiar los utensilios y luego, aproximadamente desde las 10:00 horas, salir con un bolso cargado de prendas de vestir y de collares de fabricación artesanal, para dirigirse a distintas localidades próximas a Santiago a fin de venderlas en forma ambulante. Para tal efecto la víctima debía tomar un bus de locomoción colectiva que se dirigiera a SAN FELIPE, LOS ANDES o CURACAVÍ, por ejemplo, a vender las prendas señaladas y luego regresar a Santiago, haciendo entrega del dinero recaudado producto de las ventas a los imputados.

Desde el día 05 de agosto de 2012 hasta el día 15 julio de 2014 los imputados nunca le pagaron remuneración alguna a la víctima, indicándole que en dos ocasiones le habían enviado dicho dinero a sus padres que se encontraban en Ecuador y que el resto de su sueldo le sería pagado una vez que trabajara tres años para ellos. Por otra parte, la víctima pidió a los imputados, en reiteradas ocasiones, regresar a Ecuador,

a lo que los imputados se opusieron, bajo distintos pretextos, manteniéndolo en la obligación de trabajar durante tres años para ellos.

*Durante el tiempo señalado los documentos personales de la víctima, tales como Cédula de Identidad ecuatoriana y la autorización otorgada por sus padres, han sido retenidos por los imputados, no accediendo a entregarlos al afectado, quien se encuentra en situación migratoria irregular en Chile, sin que los imputados hayan efectuado ninguna gestión destinada a regularizarla ni tampoco para obtener cédula de identidad para extranjeros; impidiendo a la víctima acceder al sistema educacional y al sistema de Salud, sea pública o privada. Además, la víctima pernoctaba en una habitaci*ón de la casa de los imputados *sin las condiciones mínimas de salubridad, comodidad ni aislamiento térmico"* [51].

El tribunal no realizó ningún tipo de análisis respecto de los elementos del tipo penal. No obstante lo anterior, es importante tener presente que la víctima era menor de 18 años, estuvo en Chile trabajando para los imputados por casi dos años, sin recibir pago alguno, pues éste se haría una vez que trabajara tres años para los tratantes; la jornada de trabajo era de doce horas diarias, sin día de descanso y, aunque la víctima pidió varias veces regresar a Ecuador, los imputados no accedieron a ello bajo distintos pretextos, reteniendo sus documentos. Por otro lado, la víctima pernoctaba en una habitación de la casa de los imputados que no cumplía con las condiciones mínimas de salubridad, comodidad y aislamiento térmico y tampoco fue incorporada al sistema educacional ni al sistema de salud.

En este caso, se observa el elemento de involuntariedad para realizar el trabajo: la víctima pidió volver a Ecuador y los imputados no accedieron a ello. Este elemento aparece corroborado con la retención de los documentos de la víctima, quien era menor de 18 años.

Cabe preguntarse en este caso si era realmente posible que la víctima regresara a su país de origen, teniendo en cuenta su edad –con todas las trabas administrativas y migratorias que dicho estatus confiere en pos, precisamente, de la protección de los niños, niñas y adolescentes– y la retención de sus documentos de identificación.

Por otro lado, se configuran en este caso dos indicadores de la Guía sobre la Legislación y su Aplicación de la OIT: negativa a pagar remuneraciones y confiscación de pasaportes. Asimismo, en los hechos de la acusación se hace referencia a algunas condiciones de explotación en su faceta de utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona, al destacar las malas condiciones de habitación en que vivía la víctima y su

51 El subrayado es nuestro.

falta de cobertura de salud y de acceso al sistema de educación. Esta última consideración es relevante, pues al ser las víctimas niños, niñas y adolescentes tienen resguardado su derecho a la educación, de conformidad con la Convención de Derechos del Niño [52]-[53].

El último fallo analizado fue pronunciado por el Tribunal Oral de Punta Arenas, el 31 de diciembre de 2016, RUC N° 1300269504-3, RIT N° 113-2015, conociendo el segundo juicio oral realizado en este caso.

El primer juicio concluyó con una sentencia absolutoria, dictada por el Tribunal Oral de Punta Arenas, el 27 de abril de 2016. Las víctimas eran tres jóvenes pertenecientes a la cultura andina quichua otavaleña que tiene una cosmovisión distinta de la sociedad occidental respecto del trabajo de los niños, niñas y adolescentes. En efecto, en dicho pueblo se acepta que éstos pueden realizar actividades formativas y de apoyo familiar, las que no se consideran, en todo caso, como trabajo en los términos entendidos por la cultura occidental. Estas actividades deben cumplir con ciertas características para ser aprobadas por dicho grupo. La defensa sostuvo que la venta de artesanías que realizaban las víctimas en Punta Arenas, correspondía a este tipo de actividades y no a trabajo; cuestión que fue descartada por el perito antropólogo presentado por la Fiscalía. El voto de mayoría valoró la prueba rendida en juicio concluyendo que las actividades desarrolladas por las víctimas como vendedoras ambulantes, debían entenderse enmarcadas dentro de un proceso formativo propio de la cultura kichwa otavaleña y por tanto socialmente adecuada para la referida cultura. Esta conclusión, en opinión de

52 Convención de Derechos del Niño, artículos 28 –derecho a la educación– y 32, protección frente a la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación.

53 En Argentina se tipifica la trata de personas con fines de explotación laboral y dentro de esta expresión se comprenden los trabajos forzados, servidumbre, esclavitud, etc.: El Tribunal Oral Federal nro. 2 de Mendoza, causa 2946-M MMAF s/av, 26 de julio de 2012, tuvo en especial consideración para configurar la finalidad de explotación laboral en menores el impedimento de escolarización: *"La explotación laboral, como ultraintención requerida por el tipo subjetivo como parte integrante del comportamiento del autor, se encuentra probada con base en la prueba testimonial rendida en autos, fundamentalmente de quienes se dedican a trabajos rurales, F. y S.S., al sostener que si los niños trabajaban, M. conseguía más fichas y por lo tanto ganaba más dinero, "no podría trabajar solo, porque en caso contrario no le rinde la plata…" (cfr. testimonial de S.S. ya citada)…La actividad de D. y D. no puede leerse como una colaboración o ayuda a su padre, sino como la explotación a la que se viene haciendo referencia. Ello explica que el padre los llevara a las seis de la mañana con él a la chacra –aún cuando en la finca S. la casa en la que vivían se encontraba a 200 metros–, les diera una tarea que debían desarrollar, les exigiera que se apuraran o los retara si no lo hacían, les pagara una suma de dinero ínfima por la labor, etc… Es también la finalidad de explotación la que explica que los niños no fueran a la escuela, sino que su derecho a la educación y al esparcimiento fueran vulnerados precisamente por quien tenía que velar por ellos, al reemplazarlos por la imposición de trabajar para él, a la que los niños no podían materialmente resistirse".*

la Fiscalía, vulneraba uno de los límites a la libertad en la apreciación de la prueba que rige sobre los jueces, como son los conocimientos científicamente afianzados. La Corte de Apelaciones compartió esta posición, acogiendo el recurso de nulidad presentado por el Ministerio Público, anulando el fallo y el juicio[54].

La segunda sentencia condenó a uno de los acusados por la comisión del delito de trata de personas respecto de dos de las víctimas.

El tribunal tuvo por acreditado los siguientes hechos:

"DECIMOCUARTO: Que, del análisis de los elementos probatorios ya enunciados, valorados libremente, según lo preceptuado por el artículo 297 del Código Procesal Penal, esto es sin contradecir las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, este Tribunal ha adquirido, más allá de toda duda razonable, la convicción que con relación al delito del epígrafe arriba enunciado se encuentran acreditados los siguientes hechos:

I.- Que en el mes de agosto del año 2012, M.C.C.G., ciudadana ecuatoriana que reside en la ciudad de Otavalo, contactó a los padres de las niñas de nacionalidad ecuatoriana N.M.A.M, nacida el 05 de agosto de 1997 y a su hermana J.M.A.M, nacida el 28 de marzo de 1995, de entonces 14 y 17 años de edad respectivamente, quienes residían en la comunidad indígena de Gualsaqui, Otavalo, República del Ecuador, para trasladarlas, en compañía de su hermano L.E. hasta Chile, a trabajar como empleadas con una remuneración mensual de 180 dólares a cada una, financiando los pasajes aéreos y tramitando sus pasaportes y visas en calidad de turistas.

II.- En la etnia kichwa otavaleña se ha internacionalizado la venta de productos de su artesanía, emigrando los jóvenes desde Ecuador a otros países para aprender el rol de comerciantes como una estrategia de ascenso social.

III.- Las niñas llegan a Chile desde Ecuador el 29 de agosto del año 2012, acompañadas de su hermano mayor, siendo recibidas en el aeropuerto de Santiago por María Cabascango y acogidas en el domicilio de calle Gorbea 2458, ciudad donde N.M.A.M permanece hasta fines de septiembre y J.M.A.M. hasta comienzos de octubre, periodo en que el hermano vuelve a Ecuador dejando a las niñas con los imputados.

IV.- L.T.T. les dice que a las niñas que se vienen a Punta Arenas para lo cual los días 27 septiembre y 3 de octubre de 2012 son trasladas a esta ciudad en donde las acogen y reciben, en su domicilio de calle Arauco N° 1140, obligándolas desde esas fechas a trabajar confeccionando gorros en algunas oportunidades y a

54 Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 25 de junio de 2016, Rol N° 69-2016.

vender los mismos productos de artesanía que elaboraban u otros que el imputado les entregaba, de manera ambulante en la Plaza de Armas de esta ciudad o en el sector de la Zona Franca, debiendo levantarse algunos días a las 05:00 horas A.M. aproximadamente, a fin de realizar labores domésticas de lavado y cocina previas a cumplir su función como vendedoras ambulantes.

Los trabajos antes descritos no les fueron pagados, prevaliéndose de la condición de vulnerabilidad en que las niñas se encontraban en ese momento, toda vez que estaban al cuidado del imputado, ya que no tenían familiares directos que las protegiesen, manteniéndolas con restricciones de comunicación a terceros, de su aseo y cuidado personal y sin enviarlas al colegio.

V.- El día 15 de marzo de 2013, la niña N.M.A.M se encontraba vendiendo en la salida de Zona Franca, donde conversa con una señora que se acercó a mirar los productos que vendía, a la que le preguntó dónde podía tomar un bus para ir a su casa en Ecuador comentándole que no estaba bien en el lugar en que se encontraba, por lo que la señora llamó a su marido, quien a su vez se comunicó con funcionarios de la PDI, los que concurrieron al lugar, siendo posteriormente la niña y su hermana J.M.A.M ingresadas al Hogar del Niño Miraflores, regresando a Ecuador el 17 de mayo de ese año" [55].

Sobre el análisis realizado por el tribunal, para configurar los trabajos forzados, destacan los siguientes párrafos:

"De tal forma y con base a lo que se ha venido diciendo es posible concluir que en el caso de la niña Ñ.S.R.F se configuró una situación de trabajo infantil no formativo, por parte de los imputados, reprochable de conformidad a la normativa internacional y nacional, en particular a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y a la normativa del Capítulo II del Título I Del Libro I del Código del Trabajo, mas no constitutivo del delito de trata impropia de personas, por lo que deberá absolverse a los acusados de la imputación fiscal en lo que a este hecho se refiere".

[Respecto de las otras dos víctimas] En Punta Arenas las acoge por más de cinco meses en su domicilio y en el de su grupo familiar, donde realizan las labores tantas veces mencionadas, en jornadas de trabajo extensas con ocasión de la llegada de cruceros en la temporada de septiembre-abril (las niñas permanecieron hasta mediados de marzo con el imputado) y sin pago de remuneración, concretándose así la finalidad de obtener los trabajos forzados de las víctimas, en su propio beneficio.

En el análisis del presente capítulo de la acusación fiscal, a diferencia del caso de Ñ.R.S.F donde se concluyó un trabajo infantil no formativo, en la situación de las niñas J.M.A.M y N.M.A.M se evidencian hechos reveladores de trata, particularmente la falta de pago y la incomunicación y aislamiento en que se encontraron...

55 El subrayado es nuestro.

De otra parte la incomunicación que afectó a las niñas deriva primeramente de la falta de familiares en este país, careciendo de algún referente proteccional como en el caso de Ñ.S.R.F y en seguida de la ausencia de comunicaciones con ellos; las tres veces que sus padres refirieron haberse contactado con las niñas lo fueron en un periodo de 3 meses, y no obstante que J.M.AM había salido antes de su país a trabajar y que el día de la develación N.M.AM portaba un teléfono, la falta de dinero que ambas señalaron debió impedirles de una manera frecuente poder utilizar medios de comunicación.

Ahora bien, el aislamiento antes aludido, no se relaciona con el encierro o la prohibición de salida del hogar, cuestiones por cierto no probadas, sino con el hecho de su permanencia en esta ciudad, la que por su ubicación, lejana del resto del territorio del país impide un traslado expedito que no sea la vía área, posibilidad a la que las niñas no iban poder acceder por su falta de recursos y su residencia irregular en el país de conformidad a lo que informó la misma Gobernación Provincial"[56].

En este caso, el tribunal consideró para figurar los trabajos forzados, la involuntariedad del trabajo, aunque no explícitamente: las niñas siguieron trabajando con los imputados porque no tenían otra alternativa, eran menores de 18 años y estaban en la ciudad más austral de Chile. Las víctimas, por no tener los recursos y estar en una situación migratoria irregular, no podían salir de Punta Arenas por sus propios medios y como no tenían otro referente en dicha ciudad, sólo podían seguir trabajando con los imputados. Se presentan como indicadores de trabajos forzados contemplados en los documentos de la OIT: el no pago de remuneraciones y la falta de comunicación con el entorno.

El tribunal también se refiere a la utilización abusiva en provecho propio del trabajo o las cualidades de otra persona, al consignar las restricciones en el aseo y cuidado personal de las jóvenes, así como su falta de inserción escolar.

5. Reflexiones finales

La explotación es un elemento que debe estar presente para que se configure el delito de trata de personas, sea que asuma la modalidad de explotación sexual, trabajos forzados, servidumbre u otra.

Si bien el término "explotación" no se encuentra definido en el Protocolo, diversos instrumentos internacionales han desarrollado distintos parámetros para facilitar su delimitación y comprensión y orientar, de este modo, a los operadores jurídicos en sus labores investigativas y en la toma de decisiones jurisdiccionales.

56 El subrayado es nuestro.

El concepto de trabajos o servicios forzados se encuentra plasmado en el artículo 2.1 del Convenio N° 29 sobre Trabajo Forzoso de la OIT. Tres requisitos deben concurrir para que éstos se configuren: trabajo o servicio, existencia de una pena y falta de voluntad para realizar el trabajo.

En cuanto al trabajo, la forma en que se los conceptualice es relevante para decidir si ciertas actividades humanas constituyen o no trabajo. La existencia de la amenaza de una pena debe ser entendida en un sentido amplio.

La falta de voluntad apunta principalmente a la imposición de la realización del trabajo en sí mismo o a impedir que el trabajador lo deje. La falta de voluntad para ejercer un trabajo debe analizarse caso a caso, tomando en cuenta las circunstancias particulares de cada víctima, puesto que más que la ausencia o presencia de la misma, deben examinarse los múltiples factores que pueden estar incidiendo en la toma de decisión de una víctima para seguir desarrollando un trabajo o para dejar de hacerlo[57]-[58]. En esta labor, resulta de gran utilidad evaluar si se presentan los indicadores acuñados por la OIT para estimar que puede haber trabajos forzados. Estos indicadores dan principalmente cuenta de la afectación del bien jurídico de la libertad, en un sentido amplio, que protege el delito de trata de personas.

En la sociedad occidental, existe un continuo entre trabajo y explotación laboral. *"Cuando la relación entre las partes se establece de manera voluntaria, y encuadra dentro de las modalidades de producción de plusvalor legales, legítimas y aceptables del capitalismo contemporáneo hablamos de 'trabajo' –por lo general adjetivado: registrado, asalariado, remunerado, a destajo, informal, precario, etc… En esta secuencia, 'explotación laboral' alude a este tipo de prácticas abusivas, extendidas y naturalizadas que rara vez son denunciadas, perseguidas*

57 Se utiliza el término "toma de decisión" por estimarlo más ajustado a la complejidad de los cursos de acción que pueden presentarse en las conductas humanas, por las razones que se indican en: GUZMÁN VALENZUELA, Karen. "El consentimiento de la víctima en los delitos contra la libertad sexual". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 62, Santiago, Chile, Ministerio Público, marzo 2015, [págs. 151-174], págs. 163- 167, y que se aplican, en lo pertinente, también a este caso. Así también lo consigna: CÁRDENAS, ob. cit., p. 32: *"Parece relevante entender que no es labor del derecho penal determinar aquello que es razonable que las personas decidan, sino solamente resguardar que no se den supuestos que impidan decidir libremente, entendiendo que en derecho una decisión puede perfectamente considerarse libre aunque no coincida con nuestras preferencias más íntimas, con aquello que a las personas les gustaría realizar en circunstancias óptimas. Si se interpreta estas disposiciones determinando la incapacidad de las personas de decidir en los casos en los que no se constata una voluntad jurídicamente viciada, se toma una opción que contraría a la autodeterminación y a la dignidad humanas, que son los principales bienes a proteger por los delitos de tráfico de migrantes y de trata de personas"* [el subrayado es nuestro].

58 Sobre las dificultades para decidir acerca de la voluntariedad de una elección y la existencia de coerción, a propósito de la servidumbre por deudas, consultar: SATZ, ob. cit., págs. 234 y sgtes. [el subrayado es nuestro].

o sancionadas… Entre 'trabajo' (adjetivado) y ciertas formas de 'explotación laboral' encontramos las considerables diferencias que van del trabajo registrado y fuentes de derechos al trabajo precarizado…" [59].

En cambio, entre la trata de personas con fines de trabajos forzados y la explotación laboral no se da este continuo. La trata de personas implica un salto cualitativo, pues en ella el trabajador no puede sustraerse del vínculo laboral en que está inmerso con el tratante sin temor a represalias [60].

Sin lugar a dudas, la persecución penal del ilícito de trata de personas con fines de trabajos forzados presenta particulares desafíos, puesto que, por un lado, muchas veces estos trabajos se encuentran entrelazados a actividades empresariales legítimas y, por otro, es difícil establecer la voluntariedad para ejecutarlos. A las anteriores dificultades, se suma la aceptación social de la existencia de condiciones laborales abusivas, particularmente, respecto de los migrantes [61-62].

Por ello, al ponderar cuáles prácticas laborales son abusivas y cuándo ellas afectan la libertad de las personas –cuestiones fundamentales para delimitar el concepto de trabajos forzados como finalidad de la trata de personas–, debe tenerse en cuenta la legislación laboral chilena, el contexto nacional y los estándares internacionales en la materia.

Por último, la trata con fines de trabajos forzados es distinta de aquella que tiene por fin la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a ésta. En cada una de estas finalidades, hay un incremento en la afectación del bien jurídico de libertad, que va de menor a mayor y que culmina con la esclavitud, en la que la misma desaparece [63].

59 PACECCA, ob. cit., págs. 152 y 153.

60 En el documento titulado "The concept of "exploitation" in the trafficking in persons protocols", se deja constancia que la mayoría de los operadores jurídicos coinciden que en la práctica es difícil establecer una línea divisoria clara entre malas condiciones de trabajo de aquellos casos en que la explotación de los trabajadores es lo suficientemente severa para ser considerada como trata de personas. Asimismo, reconocen la idea de un continuo en la explotación, siendo capaces de identificar las prácticas que se encuentran en cada extremo, pero aquellas que caen entre esos dos extremos son mucho más difíciles de distinguir. NACIONES UNIDAS, The concept of "exploitation" in the trafficking in persons protocols…, ob. cit., p. 10.

61 NACIONES UNIDAS, The concept of "exploitation" in the trafficking in persons protocols…, ob. cit., págs. 11 y 12.

62 Por ejemplo, no respetar los horarios, la falta de escrituración del contrato de trabajo.

63 En este mismo sentido, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia citada, págs. 71 y sgtes. En el documento "The concept of "exploitation" in the trafficking in persons protocols", también se consigna que los operadores jurídicos son poco claros al distinguir entre esclavitud, prácticas análogas a ésta y otras formas de explotación, especialmente en el caso de los trabajos forzados. NACIONES UNIDAS, The concept of "exploitation" in the trafficking in persons protocols…, ob. cit., p. 10.

ULTIMAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN MATERIA DE INCAUTACIÓN Y COMISO POR LA LEY 20.818: BIENES POR VALOR EQUIVALENTE

Consuelo del Pilar Salinas Sánchez [1]

1. Preámbulo[2]

El significativo aumento de la criminalidad organizada y su sofisticación, unido al incremento de los beneficios económicos asociados a determinadas actividades ilícitas y a las ventajas asociadas a la globalización, han hecho que las organizaciones delictivas cuenten cada vez con más y mejores herramientas para el aprovechamiento de las ganancias de origen ilícito. En este contexto, es posible señalar que la delincuencia organizada es eminentemente económica y aun cuando, claro está, pueden resultar afectados otros bienes jurídicos (como ocurre, por ejemplo, con el tráfico de drogas, personas o de armas), lo que motiva en buena medida a la delincuencia organizada es el lucro[3].

Pareciera ser entonces que las respuestas tradicionales al delito, como las penas privativas de libertad y las multas, no son muy eficaces contra el crimen organizado, por lo que ha sido necesario diseñar una política criminal dirigida a privar a las organizaciones criminales de las ganancias procedentes de sus actividades delictivas[4].

La recuperación de los activos de origen ilícito surge como la herramienta fundamental para prevenir y combatir el crimen organizado, puesto que su efectividad permite, no sólo recobrar directamente el producto y los daños

1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado (ULDDECO), Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Agradezco a Marcelo Contreras, Subdirector Jurídico de ULDDECO, por sus valiosos comentarios y sugerencias que contribuyeron a dar forma y sentido al presente trabajo. Los errores subsistentes son, por supuesto, propios.

3 CARNEVALLI, Raúl. La Criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación [en línea]. En: *Ius et Praxis*, Talca, v.16, n. 2, p. 273-330. Disponible en: http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200010 [fecha de consulta: 11 de septiembre de 2017].

4 BLANCO, Isidoro. La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos. En: *Revue* éléctronique *de l'Association internationale de droit pénal*. ReAIDP / e-RIAPL, 2007, A-01:1-19. ISSN 1993-2995 [en línea]. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9009/1/Publicacion%20recuperaci%C3%B3n%20activos.pdf [fecha de consulta: 12 de septiembre de 2017].

ocasionados por el acto ilícito, sino que también impide a los grupos delictivos utilizar su capital financiero para la práctica de nuevas actividades ilegales[5].

Diversas convenciones internacionales, entre ellas la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988), la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Palermo, 2000) y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (Mérida, 2003), hacen énfasis en que los Estados deben adoptar medidas efectivas y concretas que puedan contribuir a privar a los delincuentes del producto del delito, así como a recuperar ese producto, y al mismo tiempo instan a que los Estados se presten la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto[6]. Esto ha motivado la creación de redes de recuperación de activos[7], que mediante la cooperación internacional y el intercambio fluido de información, buscan facilitar la búsqueda e identificación de los bienes de origen ilícito para su incautación y posterior comiso.

No obstante estas herramientas, el problema es que con bastante frecuencia no resultará posible ubicar, incautar o aprehender los bienes específicos producto del delito[8], sea porque estos han sido destruidos, ocultados o porque se han enajenado a terceros de buena fe.

A casi tres años de la entrada en vigencia de las modificaciones incorporadas por la Ley 20.818, el presente trabajo pretende realizar una aproximación y análisis de la norma en materia de incautación y decomiso de bienes por valor equivalente, a efectos de comprender su sentido y alcance, identificando en un diagnóstico inicial las posibles dificultades que su aplicación puede traer aparejada, teniendo presente que hasta la fecha no ha tenido aplicación práctica. En este orden de ideas, el trabajo analiza de forma pormenorizada la norma incorporada a nuestro ordenamiento jurídico y revisa la legislación y doctrinas comparadas.

5 DE ALMEIDA, André Luiz. "Principios en materia de recuperación de activos procedentes de la corrupción" [en línea]. En: *Revista de la Escuela de Postgrado Estado de Derecho y Buen Gobierno*, Universidad de Salamanca, Número 3, Volumen I, año 2013. Disponible en: http://buengobierno.usal.es/revista/docs/42_2013_Andre_Almeida.pdf [fecha de consulta: 11 de septiembre de 2017].

6 Artículo 51 de la Convención de Mérida de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2005).

7 A modo ejemplar podemos mencionar: RRAG (Red de Recuperación de Activos de GAFILAT), CARIN (Camden Assets Recovery Inter Agency Network), Grupo EGMONT de Unidades de Inteligencia Financiera.

8 VALERO, Luis: "Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción de dominio y en el comiso penal". En: *Revista Vía Iuris*, N° 6, 2009, p. 71.

2. Origen y concepto

Cuando nos corresponde analizar el fenómeno del lavado de dinero y las diversas normas especiales que se crean para combatir dicho flagelo, resulta imprescindible revisar las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), estándar internacional contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Son muchos los países que han adoptado medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo medidas legislativas que permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) bienes lavados, (b) producto de, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en delitos de lavado de activos o delitos determinantes, (c) bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, o (d) bienes de valor equivalente[9], así como también asegurar que cuenten con la autoridad para tomar una acción rápida en respuesta a solicitudes extranjeras para identificar, congelar, embargar y decomisar bienes lavados; productos del lavado de activos, de los delitos determinantes y del financiamiento del terrorismo; instrumentos utilizados en, o destinados para ser usados en la comisión de estos delitos; o bienes de valor equivalente[10].

En el año 2006, y posteriormente en el 2010, Chile fue objeto de evaluación por parte del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), con la finalidad de medir el nivel de cumplimiento formal y efectivo de las recomendaciones del GAFI. Ambas instancias arrojaron que en Chile no existía norma alguna que permitiera incautar, congelar o decomisar bienes por valor equivalente, lo que, en consecuencia, impedía cumplir con requerimientos de cooperación internacional en tal sentido[11].

A raíz de esto, con fecha 18 de febrero de 2015, se promulgó en nuestro país la Ley 20.818 que perfecciona los mecanismos de prevención, detección, control, investigación y juzgamiento del delito de lavado de activos, incorporando

9 Recomendación N° 4 de las 40 Recomendaciones del GAFI [en línea]. Disponible en: http://www.gafilat.org/UserFiles/documentos/es/Las_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf [última revisión: julio de 2017].

10 Recomendación N° 38 de las 40 Recomendaciones del GAFI [en línea]. Disponible en: http://www.gafilat.org/UserFiles/documentos/es/Las_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf [última revisión: julio de 2017].

11 Informes de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo [en línea]. Chile, 13 de diciembre de 2006 y 17 de diciembre de 2010. Disponibles en: http://www.uaf.cl/asuntos/gafisud.aspx

a la Ley 19.913, entre otras, una norma que autoriza la incautación de bienes distintos a los relacionados con el delito, por un valor equivalente al monto de los recursos lavados, tanto para investigaciones nacionales como en requerimientos de asistencia penal internacional, lo que permitiría no sólo adecuar la legislación nacional a los estándares internacionales, sino que facilitar la cooperación internacional en lo que se refiere a la incautación, inmovilización y comiso de bienes y acelerar en buena medida las investigaciones por el lavado de activos en el plano nacional[12].

3. Contexto internacional[13]

Como ya se mencionó, muchos países, cumpliendo con las 40 Recomendaciones del GAFI, han adaptado su legislación a fin de salvar aquellas situaciones en las que los bienes provenientes directamente del lavado de activos, no pueden ser decomisados por las circunstancias indicadas en el párrafo anterior. A continuación algunos ejemplos:

– España: Siguiendo directrices internacionales, la Ley Orgánica 15/2003 del año 2003, modificó las normas relativas al comiso con el fin de evitar que la comisión del delito pudiese producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes, incorporando la ampliación de la extensión del comiso a los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado el delito, dando entrada al llamado "comiso por sustitución" o "comiso por valor equivalente"[14].

Artículo 127

1. *Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.*

12 Historia de la Ley 20.818 [en línea], p. 50. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/3958/

13 Agradezco a la postulante de ULDDECO Yasna Alejandra Brito Urrutia por su colaboración en la investigación sobre legislación comparada para este trabajo.

14 DEL CERRO, José A. Ponencia sobre la Nueva Regulación del Comiso (Ley Orgánica 1/2015 y 41/2015) [en línea]. 11 de mayo de 2016. En: Ponencias formación continuada del Ministerio Fiscal de España. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20%20del%20Cerro%20Esteban%20Jos%C3%A9%20A.pdf?idFile=7ef71072-1d5b-4eb6-83ef-5f7cb736162a [fecha de consulta: 17 de septiembre de 2017].

2. *En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.*
3. *Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.*

– Italia: La legislación italiana consagra la figura de confiscación por equivalencia -*confisca per equivalente*- (confiscación como sinónimo de comiso) en el art. 322 íer del Código Penal.

  Esta figura se aplica subsidiariamente a la confiscación clásica, cuando resulte particularmente complejo poder precisar los bienes que provienen del delito. Es posible dirigirse a otros bienes de valor equivalente a la medida del provecho o del precio del delito, sin atender si su origen es o no lícito. Cabe destacar que en el ordenamiento italiano no se contempla una hipótesis general de confiscación por equivalencia, sino que se dispone para determinados delitos en particular[15].

– Paraguay: La Ley 1015/96 contempla un llamado "comiso especial", que es aquel recaído en el beneficio obtenido por el autor del delito de lavado de dinero o bienes. Respecto a éste se ha estipulado que, de no ser posible efectuarlo, se impondrá el pago sustitutivo de una suma de dinero equivalente al valor del beneficio obtenido.

  A*rtículo 6°. - Comiso especial*
  Cuando el autor del delito de lavado de dinero o bienes hubiese obtenido con ello un beneficio, para sí o para un tercero, se procederá a su comiso.
  *Cuando sea imposible el comiso especial, se impondrá el pago sustitutivo de una sum*a de dinero equivalente al valor del beneficio obtenido.

– Colombia: La Ley 906 de 2004, en su artículo 82 regula la procedencia del comiso, estableciendo en su inciso tercero la posibilidad de decretarlo respecto de bienes del penalmente responsable cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto del delito, cuando

15 CARNEVALLI, ob. cit.

de estos no sea posible su localización, identificación o afectación material, o no resulte procedente el comiso en los términos del artículo anterior.

Artículo 82.

Procedencia. El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe.

Cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, el comiso procederá hasta el valor estimado del producto ilícito, salvo que con tal conducta se configure otro delito, pues en este último evento procederá sobre la totalidad de los bienes comprometidos en ella.

Sin perjuicio también de los derechos de las víctimas y terceros de buena fe, el comiso procederá sobre los bienes del penalmente responsable cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto del delito, cuando de estos no sea posible su localización, identificación o afectación material, o no resulte procedente el comiso en los términos previstos en los incisos precedentes.

Decretado el comiso, los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente.

La legislación colombiana contempla además una norma de extinción del dominio, la que procede frente a dos clases de bienes: a) los adquiridos ilícitamente, y b) aquellos adquiridos lícitamente que han sido utilizados de manera contraria a la función social que les corresponde. Lo anterior obedece al siguiente razonamiento: *"la persona que ha adquirido el dominio de un bien por medio de conductas que contravienen el ordenamiento jurídico, que causan daño al Estado o a otros particulares, o que provocan un grave deterioro de la moral social, no es verdadero titular de un derecho de propiedad digno de reconocimiento ni protección. Esta persona solo es titular del derecho de dominio en apariencia, ya que ante la ilegitimidad de su origen, en realidad este derecho nunca fue merecedor de reconocimiento jurídico"*[16].

16 MARTÍNEZ, Wilson; SANTANDER, Gilmar; y otros. *Extinción del Derecho de Dominio en Colombia. Especial referencia al nuevo código* [en línea]. Colombia, UNODC, 2015. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/colombia/2017/Marzo/La_extincion_del_derecho_de_dominio_en_Colombia.pdf.

El artículo 15 de la Ley 1708 de 2014 establece:

"*la extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado.*

La declaración de extinción del dominio procederá sobre bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias:

1. Los que sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita.

2. Los que correspondan al objeto material de la actividad ilícita, salvo que la ley disponga su destrucción.

3. Los que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas.

4. Los que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.

5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas.

6. Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas.

7. Los que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes.

8. Los de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia.

9. Los de procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia.

10. Los de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa.

11. Los de origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos".

– Uruguay: La Ley 18.494 de Control y Prevención de Lavados de Activos y del Financiamiento del Terrorismo de junio de 2009 incorporó modificaciones al artículo 63 del Decreto-Ley N° 14.294 (Ley de Estupefacientes) quedando de la siguiente forma:

"*Artículo 63. (Decomiso).-*

63.1. (Concepto). El decomiso es la privación con carácter definitivo de algún bien, producto o instrumento, por decisión del tribunal penal competente a solicitud del Ministerio Público, como consecuencia jurídica accesoria de la actividad ilícita. La providencia ejecutoriada que lo disponga constituirá título de traslación del dominio y se inscribirá en los Registros Públicos correspondientes.

63.2. (Ámbito objetivo). En la sentencia definitiva de condena por alguno de los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos, el tribunal penal competente dispondrá, a solicitud del Ministerio Público, el decomiso de:

a) los estupefacientes y sustancias psicotrópicas prohibidas que fueran incautadas en el proceso;

b) los bienes o instrumentos utilizados para cometer el delito o la actividad preparatoria punible;

c) los bienes y productos que procedan del delito;

d) los bienes y productos que procedan de la aplicación de los provenientes del delito, comprendiendo: los bienes y productos en los que se hayan transformado o convertido los provenientes del delito y los bienes y productos con los que se hayan mezclado los provenientes del delito hasta llegar al valor estimado de éstos;

e) los ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos provenientes del delito.

63.3. (Decomiso por equivalente) (sic). Cuando tales bienes, productos e instrumentos no pudieran ser decomisados, el tribunal penal competente dispondrá el decomiso de cualquier otro bien del condenado por un valor equivalente o, de no ser ello posible, dispondrá que aquél pague una multa de idéntico valor".

– Bolivia: El artículo 71 bis del Código Penal trata especialmente sobre el decomiso de recursos y bienes en los casos de "legitimación de ganancias ilícitas" o lavado de activos, permitiendo la confiscación del valor de los bienes decomisados, cuando éstos no puedan presentarse.

"*Artículo 71 bis.- (Decomiso de recursos y bienes):*

En los casos de legitimación de ganancias ilícitas provenientes de los delitos señalados en el artículo 185 bis, se dispondrá el decomiso:

1. De los recursos y bienes provenientes directa o indirectamente de la legitimación de ganancias ilícitas adquiridos desde la fecha del más antiguo de los actos que hubieren justificado su condena; y

2. De los recursos y bienes procedentes directa o indirectamente del delito, incluyendo los ingresos y otras ventajas que se hubieren obtenido de ellos, y no pertenecientes al condenado, a menos que su propietario demuestre que los ha adquirido pagando efectivamente su justo precio o a cambio de prestaciones correspondientes a su valor: en el caso de donaciones y transferencias a título gratuito, el donatario o beneficiario deberá probar su participación de buena fe y el desconocimiento del origen ilícito de los bienes, recursos o derechos.

Cuando los recursos procedentes directa o indirectamente del delito se fusionen con un bien adquirido legítimamente, el decomiso de ese bien sólo se ordenará hasta el valor estimado por el juez o tribunal, de los recursos que se hayan unido a él. El decomiso se dispondrá con la intervención de un notario de fe pública, quien procederá al inventario de los bienes con todos los detalles necesarios para poder identificarlos y localizarlos.

Cuando los bienes confiscados no puedan presentarse, se podrá ordenar la confiscación de su valor.

Será nulo todo acto realizado a título oneroso o gratuito directamente o por persona interpuesta o por cualquier medio indirecto, que tenga por finalidad ocultar bienes a las medidas de decomiso que pudieran ser objeto.

Los recursos y bienes decomisados pasarán a propiedad del Estado y continuarán gravados por los derechos reales lícitamente constituidos sobre ellos en beneficio de terceros, hasta el valor de tales derechos. Su administración y destino se determinará mediante reglamento".

– Honduras: El lavado de activos está regulado en el Decreto N° 45-2002. El artículo 19 de este cuerpo legal prevé la situación en que los bienes adquiridos de forma ilícita se mezclan con bienes de fuente lícita de tal manera que no siendo posible obtener la separación, sea igualmente posible decretar el comiso o medida de aseguramiento respecto de bienes por valor equivalente.

"*Artículo 19.*

Cuando se ordene el comiso, o se dicte una medida de aseguramiento y no se pudiera establecer la separación de los activos adquiridos en forma lícita de los adquiridos de fuentes ilícitas, el Órgano Jurisdiccional competente o el Ministerio Público, en su caso, ordenará que la medida se tome hasta un valor equivalente a la cuantía del delito cometido".

– República Dominicana: La Ley N° 72-02 de Lavado de Activos en su artículo 32 contempla dos situaciones, la primera, el decomiso (sic) de cualesquiera otros bienes del condenado por un valor equivalente, se corresponde con la figura del comiso sustitutivo. La segunda alternativa es la de la imposición de una multa por el valor que tenían los bienes cuyo decomiso directo se ha imposibilitado, lo que constituye el comiso por sustitución o comiso del valor sustitutorio[17].

> "*Artículo 32.*
>
> *Cuando cualquiera de los bienes, productos o instrumentos, como resultado de cualquier acto u omisión del condenado, no pudieren ser decomisados, el tribunal ordenará el decomiso de cualesquiera otros bienes del condenado, por un valor equivalente u ordenará al mismo que pague una multa por dicho valor*".

No obstante lo anterior, aún son varios los países que, pese a estar adheridos al Memorando de Entendimiento de GAFILAT, no cuentan con norma expresa relativa a la posibilidad de incautar o decretar el comiso de bienes por valor equivalente, por ejemplo, Argentina, Perú, Ecuador, Panamá, El Salvador, por mencionar algunos.

4. Incautación y comiso de bienes por valor equivalente en la Ley 19.913

En este apartado, analizaremos de forma pormenorizada el artículo incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, desglosando cada uno de sus principales elementos:

Artículo 37 de la Ley 19.913

"Durante la investigación de los delitos contemplados en los artículos 27 y 28 de esta ley, en aquellos casos en que como consecuencia de actos u omisiones del imputado no pudiera decretarse la incautación o alguna medida cautelar real sobre los bienes que sean objeto o producto de los mismos, el tribunal con competencia en lo penal que corresponda podrá decretar, a solicitud del fiscal y mediante resolución fundada, la incautación o alguna de las medidas cautelares reales establecidas en la ley, sobre otros bienes que sean de propiedad del imputado por un valor equivalente a aquel relacionado con los delitos, con excepción de aquellos que declara inembargables el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil.

17 BAUTISTA Norma, CASTRO MILANÉS Heiromy y otros. *Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos* [en línea]. 1ª ed., Santo Domingo, República Dominicana, Editorial Proyecto Justicia y Gobernabilidad, 2005, p. 138. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170608_01.pdf [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2017].

Asimismo, ante una solicitud de autoridad competente extranjera, realizada en virtud de un requerimiento de asistencia penal internacional por alguno de los delitos señalados en el inciso anterior, se podrá decretar, en los mismos términos expresados en el inciso precedente, la incautación o medidas cautelares reales de bienes por un valor equivalente a aquellos relacionados con el delito investigado.

En el evento de dictarse sentencia condenatoria, y no habiéndose incautado o cautelado bienes relacionados con el delito sino sólo aquellos de un valor equivalente, el tribunal con competencia en lo penal que corresponda podrá, en la misma sentencia, decretar el comiso de aquellos bienes incautados o cautelados de conformidad a lo establecido en el inciso primero".

En la norma citada se pueden distinguir tres situaciones, descritas una en cada inciso, en las que será posible proceder respecto de bienes por un valor equivalente a aquellos relacionados con el delito investigado. El inciso primero se refiere específicamente a la incautación y aplicación de medidas cautelares reales respecto de dichos bienes; el segundo inciso busca facilitar la cooperación internacional en materia de recuperación de activos, permitiendo que los tribunales nacionales decreten la incautación o medidas cautelares reales sobre dichos bienes a requerimiento de autoridad extranjera competente realizado a través de requerimiento de asistencia penal internacional[18]; y finalmente, el inciso tercero, se refiere a la posibilidad de decretar el comiso de bienes por valor equivalente.

Durante la redacción de la norma, se hacía mención a la incautación y al comiso de bienes por valor equivalente en un mismo inciso, pero a raíz de una observación hecha por el Diputado señor Burgos respecto a la necesidad de no confundir los efectos propios de la incautación con los del comiso, se separaron quedando la redacción actual. Y es que efectivamente ambas instituciones son distintas, aunque guarden estrecha relación funcional la una con la otra.

El carácter definitivo del comiso (entendiéndolo en nuestra legislación como una pena accesoria) es lo que lo distingue de la incautación, que la podemos entender como una media de coerción procesal que se puede acordar en cualquier fase del procedimiento, medida caracterizada por su carácter provisional e instrumental. Provisional, en tanto que puede resultar alterada en cualquier momento del proceso desapareciendo automáticamente en caso de que la sentencia sea absolutoria. Instrumental, en la medida en que no es

18 Se hace presente que no se profundizará en el inciso segundo ya que la tramitación de los requerimientos de asistencia penal internacional y sus implicancias son de competencia de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones (UCIEX) de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

un fin en sí misma, sino que es un medio para alcanzar un fin: que la sentencia que se dicte pueda ejecutarse. La ausencia de un mecanismo cautelar como la incautación podría conducir en los procesos de lavado de activos a que bienes susceptibles de ser decomisados a favor del Estado sean transferidos en el comercio jurídico a terceros de buena fé (sic), no responsables del delito, imposibilitándose en consecuencia la posibilidad de que el órgano jurisdiccional disponga posteriormente su comiso a favor del Estado[19].

En la década de los años 80 del pasado siglo empezó a suscitar interés la incautación de las ganancias procedentes del delito como mecanismo para hacer frente a las organizaciones internacionales que irrumpieron en torno a los grandes beneficios procedentes de tráfico de drogas, iniciándose el desarrollo normativo del decomiso de las ganancias generadas por la actividad delictiva. Antes de eso, la incautación decía relación principalmente con los instrumentos del delito, lo que tenía como única pretensión evitar que volvieran a ser utilizados para la comisión de nuevas infracciones[20].

La Convención de Palermo y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, definen incautación o "embargo preventivo" como *la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente*[21].

Si bien en la legislación nacional no encontramos un concepto de incautación, el Reglamento sobre custodia de especies incautadas por el Ministerio Público[22] la define como una *medida preventiva decretada sobre los objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren, o los que pudieren servir como medios de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso.*

El comiso por su parte es definido por los tratados internacionales como *la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente*[23]. Y a nivel nacional se encuentra regulado en el artículo 31 del Código Penal de la siguiente manera: *Toda pena que se imponga por un*

19 BAUTISTA, CASTRO MILANÉS y otros, ob. cit., p. 136.

20 DEL CERRO, ob. cit.

21 Artículo 2 letra f) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo); Artículo 2 letra f) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida).

22 Aprobado por Resolución FN/MP N° 1063 de 2 de julio de 2014.

23 Artículo 2 letra g) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo); Artículo 2 letra g) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida).

crimen o simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito.

Sin ahondar demasiado en el punto, por no ser el objeto principal de este trabajo, es importante mencionar que, en general, la doctrina distingue dos formas básicas de comiso: el comiso de instrumentos y el comiso de los efectos del delito. Respecto al comiso de instrumentos existe consenso en la doctrina nacional en cuanto a que *son instrumentos del delito las herramientas que fueron usadas para cometerlo, como armas, llaves o ganzúas, pero también vehículos, entre otros, con la condición de que efectivamente se haya hecho uso de ellas*. Sin embargo, respecto al comiso de los efectos del delito hay diversas interpretaciones doctrinarias a nivel nacional[24]. Una de ellas sostiene que dentro del alcance de la voz "efectos" estarían incluidas las ganancias generadas por el delito, postura que sería la dominante a nivel jurisprudencial[25].

Sobre el comiso volveremos más adelante, pero a partir de lo anterior, es necesario precisar que el comiso de bienes por valor equivalente sólo tendrá sentido cuando se trate de comiso de ganancias (o de los efectos del delito si se adhiere a la doctrina antes mencionada), pues lo que pretende es evitar el aprovechamiento de las ganancias de origen ilícito. Y por el contrario, no será procedente cuando se trate del comiso de los instrumentos del delito dado que su fundamento lo encontramos en la peligrosidad de los objetos y en el propósito de prevenir su empleo en la comisión de nuevas infracciones[26], por lo que en ese contexto sólo se cumple la finalidad decomisando dichos objetos o instrumentos. Lo mismo respecto a la incautación, en cuanto medida destinada a lograr la efectividad de un eventual comiso posterior.

a. "Durante la investigación de los delitos contemplados en los artículos 27 y 28 de esta ley…"

En primer lugar debemos tener claro que esta no es una norma de aplicación universal, muy por el contrario, sólo procederá cuando se trate de los delitos contemplados en los artículos 27 y 28 de la Ley 19.913, esto es, lavado de activos y asociación ilícita para el lavado de activos.

24 GUERRERO, Camila. "El destino de los bienes decomisados en el delito de lavado de dinero: tareas pendientes en materia de protección a las víctimas. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 67, Santiago, Chile, Ministerio Público, agosto 2016, p. 215.

25 Al respecto Cfr. ANANÍAS, Ignacio. "El Comiso de ganancias" [en línea]. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 21, año 2014. Disponible en: http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewFile/36328/37978

26 DEL CERRO, ob. cit.

La oportunidad para solicitar al tribunal la incautación o imposición de una medida cautelar real respecto de bienes diferentes a aquellos que habían sido el objeto material del delito, pero de valor equivalente, es bastante amplia, durante toda la etapa de investigación. Con todo, es importante precisar los límites de dicha etapa.

La regla general en materia de medidas cautelares es que el fiscal debe previamente haber formalizado la investigación. En efecto, así lo dispone el inciso 2 del artículo 230 del Código Procesal Penal (en adelante CPP) al señalar que *"Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiera realizado previamente. Exceptúense los casos expresamente señalados por la ley"*.

Al respecto, es importante recordar que las investigaciones por los delitos ya señalados constituyen una de las excepciones a las que hace referencia el artículo 230, toda vez que el artículo 33 de la Ley 19.913 en relación con el artículo 27 de la Ley 20.000, permite solicitar al tribunal que "*ordene cualquier medida cautelar real que sea necesaria para evitar el uso, aprovechamiento, beneficio o destino de cualquier clase de bienes, valores o dineros de origen ilícito, todo esto sin comunicación previa al afectado y antes de la formalización de la investigación, cuando se trate de investigaciones por los delitos 27 y 28 de la ley 19.913*".

Por el otro lado, dicha solicitud sólo procederá antes de que el Ministerio Público declare cerrada la investigación en virtud de lo dispuesto en los artículos 247 y 248 del CPP. Si no se pudo identificar ningún bien del imputado sino hasta después de cerrada la investigación, entonces ya no sería posible solicitar la incautación o interposición de medidas cautelares respecto de ellos.

b. "…en aquellos casos en que como consecuencia de actos u omisiones del imputado no pudiera decretarse la incautación o alguna medida cautelar real sobre los bienes que sean objeto o producto de los mismos…"

En este punto nos detendremos a analizar bajo qué presupuestos podrá el fiscal solicitar la aplicación de esta norma. En principio, se trata de una alternativa para aquellos casos en los que no sea posible la incautación o comiso de los bienes producto del delito, pero esa sola circunstancia no basta, sino que será necesario que haya existido de parte del imputado una acción u omisión que haya causado esa imposibilidad para dirigirse contra los bienes producto del delito.

En la discusión en particular de este artículo, se plantearon dudas acerca de sus alcances, toda vez que parecía existir una incompatibilidad con el

derecho a adquirir lícitamente bienes que se hubiere efectuado antes de la comisión del delito[27]. No obstante, se logró precisar que lo que se pretendía era aplicar la incautación por bienes equivalentes únicamente cuando, como consecuencia de un acto u omisión del imputado, no fuera posible aplicar esta medida cautelar sobre los objetos provenientes del delito[28]. A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones en las que, como ya vimos en el párrafo 3, no se especifican las circunstancias por las que podrá procederse contra bienes de valor equivalente, o que incluso permiten hacerlo "si por cualquier circunstancia no fuera posible…", como la norma española.

Así las cosas, supongamos que el imputado tiene todas las ganancias ilícitamente obtenidas gracias al negocio de la droga escondida entre las paredes de su casa de madera y sufre un incendio producto de una falla eléctrica. No podrá decretarse la incautación sobre esos bienes ya que se consumieron en el incendio, pero tampoco será posible hacer uso de la medida de incautación de bienes por valor equivalente porque se trata de una hipótesis de caso fortuito.

Pero, ¿qué pasará si la desaparición de los bienes directamente relacionados con el delito es consecuencia de actos u omisiones de un tercero? En este caso no es posible dar una respuesta tan tajante, ya que en un gran número de casos, los actos destinados a ocultar bienes de origen ilícito suponen actos u omisiones realizadas por terceros (testaferros), por lo tanto, habrá que analizar caso a caso si los actos u omisiones realizados por un tercero son en realidad imputables al sujeto investigado o no.

> ***"…el tribunal con competencia en lo penal que corresponda podrá decretar, a solicitud del fiscal y mediante resolución fundada…"***

Se entiende que *el tribunal con competencia en lo penal* podrá ser el juez de garantía o el tribunal oral en lo penal.

Originalmente, la norma sólo hacía mención al juez de garantía, toda vez que es éste el competente para decretar la incautación en la etapa de investigación y la norma únicamente hacía referencia a dicha medida. Sin embargo, durante la discusión parlamentaria se agregó la posibilidad de decretar el comiso de bienes por valor equivalente y como en el marco de un juicio oral será el

27 Planteamiento hecho por el Diputado señor Harboe. Historia de la Ley 20.818 [en línea], p. 52. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/3958/

28 Historia de la Ley 20.818, ob. cit., p. 52.

tribunal oral en lo penal el competente para hacerlo al momento de dictar una sentencia condenatoria[29], se optó por una terminología más amplia, comprensiva de ambos tribunales competentes en materia penal.

Podrían, sin embargo, surgir dudas con respecto a la referencia al tribunal en lo penal *que corresponda*. ¿Cuál debemos entender que es el que corresponde? En principio, y dada la lógica del procedimiento, se entiende que el tribunal competente será aquel que esté conociendo del asunto y no el del lugar donde se encuentre el bien respecto del cual se pretende aplicar la medida. Es decir, aun cuando los bienes por valor equivalente se encuentren repartidos por todo el territorio nacional, la competencia para conocer y decretar esta medida a través de resolución fundada, será la del juez que competente de acuerdo a las reglas generales dispuestas en el Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT) vigente. El artículo 157 prescribe que el tribunal competente para conocer de un delito será aquel en cuyo territorio se hubiera cometido el hecho que da motivo al juicio. En su inciso tercero, la norma señala que el delito se considerará cometido en el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución.

Finalmente, respecto de los intervinientes legitimados para solicitar la medida, la norma es clara en señalar que sólo puede ser solicitada por el fiscal, a diferencia del resto de las medidas cautelares reales que el CPP expresamente autoriza a la víctima a solicitar[30]. Sin embargo, el artículo 37 en comento nada dice respecto a la forma en que debe ser hecha esta solicitud, a diferencia del artículo 157 del CPP que expresamente requiere que la solicitud se haga por escrito. No obstante, tampoco precisa la Ley 20.000 cómo deben solicitarse las medidas cautelares reales del artículo 27, las que en la práctica admiten solicitud verbal por parte del fiscal. Por analogía, en principio no parece haber inconveniente para que el fiscal solicite verbalmente esta medida al tribunal, no obstante la cantidad de antecedentes que será necesario exponer para conseguir que ésta sea concedida.

29 Si se tratase de un procedimiento abreviado o simplificado entonces será competente el juez de garantía.

30 Artículo 157.- Procedencia de las medidas cautelares reales. *Durante la etapa de investigación,* ***el ministerio público o la víctima podrán solicitar*** *por escrito al juez de garantía que decrete respecto del imputado, una o más de las medidas precautorias autorizadas en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En estos casos, las solicitudes respectivas se substanciarán y regirán de acuerdo a lo previsto en el Título IV del mismo Libro. Con todo, concedida la medida, el plazo para presentar la demanda se extenderá hasta la oportunidad prevista en el artículo 60.*
Del mismo modo, al deducir la demanda civil, la víctima podrá solicitar que se decrete una o más de dichas medidas.

d. Sobre las medidas cautelares reales establecidas en la ley

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 157 del CPP permite que, durante la etapa de investigación, se decreten a solicitud del Ministerio Público o de la víctima una o más de las medidas precautorias autorizadas en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, estas son, *el secuestro de la cosa objeto de la demanda, el nombramiento de uno o más interventores, la retención de bienes determinados y la prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.*

Adicional a lo anterior, el artículo 32 de la Ley 19.913 prevé medidas cautelares reales específicas para ser utilizadas en investigaciones por los delitos contemplados en los artículos 27 y 28 de dicha ley, con el fin de *evitar el uso, aprovechamiento, beneficio o destino de cualquier clase de bienes, valores o dineros provenientes de los delitos materia del proceso*, señalando que *para estos efectos y sin perjuicio de las demás facultades conferidas por la ley, el juez podrá decretar, entre otras, la prohibición de celebrar determinados actos y contratos y su inscripción en toda clase de registros; retener en bancos o entidades financieras depósitos de cualquiera naturaleza que sean; impedir transacciones de acciones, bonos o debentures; y, en general, cuanto conduzca a evitar la conversión del provecho ilícito en actividades que oculten o disimulen su origen delictual.*

Entonces, cuando el artículo 37 de la Ley 19.913 hace referencia a *las medidas cautelares reales establecidas en la ley*, haciendo una interpretación sistemática habría que entender que se está refiriendo a las cautelares reales del artículo 32 de la misma ley, que contempla un catálogo amplio de medidas que pueden ser solicitadas al tribunal, además de una clausula genérica que permite al fiscal "innovar" con medidas *sui generis.* Aunque ello no obsta a que se puedan solicitar medidas de las que señala el artículo 157 del CPP.

e ¿Cuáles son los bienes producto del delito?

A lo largo de este documento se ha hablado de "bienes producto del delito" y "bienes por valor equivalente" sin precisar el alcance de ninguna de dichas denominaciones. Nos referiremos al concepto de bienes producto del delito, reservando el tratamiento de los bienes por valor equivalente para el apartado siguiente.

La Convención de Palermo en su artículo 2 letra d) entiende por bienes *los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.*

Por su parte, la misma Ley 19.913 en el inciso 2 del artículo 27 establece que *para los efectos de este artículo, se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos.*

Luego, los "bienes producto del delito", son aquellos *derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito*[31], esto es, las "ganancias", sea que se trate de *cualquier clase de bienes, valores o dineros provenientes del delito* de acuerdo al artículo 32 de la Ley 19.913. Estos han de ser el objetivo principal del órgano persecutor cuando de recuperación de activos se trate, y sólo cuando respecto de dichos bienes no sea posible decretar la incautación o medida cautelar, procederá de forma supletoria la incautación de *"otros bienes que* sean propiedad del imputado", esto es aquellos que no sean producto del delito, por un valor equivalente, *con excepción de aquellos que declara inembargables el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil* [32].

31 Artículo 2 letra e) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo).

32 *Art. 445 Código Civil. No son embargables:*
1°. Los sueldos, las gratificaciones y las pensiones de gracia, jubilación, retiro y montepío que pagan el Estado y las Municipalidades.
Sin embargo, tratándose de deudas que provengan de pensiones alimenticias decretadas judicialmente, podrá embargarse hasta el 50% de las prestaciones que reciba el alimentante en conformidad al inciso anterior;
2°. Las remuneraciones de los empleados y obreros en la forma que determinan los artículos 40 y 153 del Código del Trabajo;
3°. Las pensiones alimenticias forzosas;
4°. Las rentas periódicas que el deudor cobre de una fundación o que deba a la liberalidad de un tercero, en la parte que estas rentas sean absolutamente necesarias para sustentar la vida del deudor, de su cónyuge o conviviente civil y de los hijos que viven con él y a sus expensas;
5°. Los fondos que gocen de este beneficio, en conformidad a la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile y en las condiciones que ella determine;
6°. Las pólizas de seguro sobre la vida y las sumas que, en cumplimiento de lo convenido en ellas, pague el asegurador. Pero, en este último caso, será embargable el valor de las primas pagadas por el que tomó la póliza;
7°. Las sumas que se paguen a los empresarios de obras públicas durante la ejecución de los trabajos. Esta disposición no tendrá efecto respecto de lo que se adeude a los artífices u obreros por sus salarios insolutos y de los créditos de los proveedores en razón de los materiales u otros artículos suministrados para la construcción de dichas obras;
8°. El bien raíz que el deudor ocupa con su familia, siempre que no tenga un avalúo fiscal superior a cincuenta unidades tributarias mensuales o se trate de una vivienda de emergencia, y sus ampliaciones, a que se refiere el artículo 5° del decreto ley N° 2552, de 1979; los muebles de dormitorio, de comedor y de cocina de uso familiar y la ropa necesaria para el abrigo del deudor, su cónyuge o conviviente civil y los hijos que viven a sus expensas.
La inembargabilidad establecida en el inciso precedente no regirá para los bienes raíces respecto de los juicios en que sean parte el Fisco, Las Cajas de Previsión y demás organismos regidos por la ley del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo;
9°. Los libros relativos a la profesión del deudor hasta el valor de cincuenta unidades tributarias mensuales y a elección del mismo deudor;
10°. Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta dicho valor y sujetos a la misma elección;
11°. Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado;
12°. Los objetos indispensables al ejercicio personal del arte u oficio de los artistas, artesanos y obreros de fábrica; y los aperos, animales de labor y material de cultivo necesarios al labrador

f. Bienes por valor equivalente: los "otros bienes" de propiedad del imputado

¿Respecto de qué bienes es posible dirigirse para efectos de incautación o comiso de ganancias por valor equivalente? ¿Quedan incluidos dentro de esos "otros bienes" los adquiridos mediante operaciones comerciales lícitas desarrolladas por el imputado previo a la comisión de los delitos objeto de la investigación?

Esta materia resulta sumamente controvertida a nivel comparado, toda vez que para algunos autores una interpretación demasiado extensiva de la norma, es decir, si se acepta que puede recaer sobre bienes de procedencia lícita que no se vinculan con la comisión del delito, se trataría de una especie de confiscación. En este sentido Luis Hernando Valero, autor colombiano, plantea que una sana interpretación del concepto sería entender por bienes equivalentes a aquellos bienes y valores que, sin ser producto directo o indirecto de la conducta ilícita, o estar vinculado a la misma por haber sido utilizados como medio o instrumento, sí han sido empleados para mezclar, encubrir o tratar de ocultar aquellos, o fueron adquiridos con el producto de la venta de los haberes espuriamente conseguidos[33].

En Honduras, por el contrario, la Ley Especial contra el Lavado de Activos (aprobada mediante Decreto N° 144-2014) en su artículo 2°, dispone que *se deben tener como equivalentes los bienes de origen lícito cuyo valor corresponda al valor de los bienes de origen ilícito cuando no sea posible su localización identificación*

o trabajador de campo para la explotación agrícola, hasta la suma de cincuenta unidades tributarias mensuales y a elección del mismo deudor;
13°. Los utensilios caseros y de cocina, y los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia durante un mes;
14°. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente;
15°. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación;
16°. Los bienes raíces donados o legados con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente; pero podrán embargarse por el valor adicional que después adquieran;
17°. Los bienes destinados a un servicio que no pueda paralizarse sin perjuicio del tránsito o de la higiene pública, como los ferrocarriles, empresas de agua potable o desagüe de las ciudades, etc.; pero podrá embargarse la renta líquida que produzcan, observándose en este caso lo dispuesto en el artículo anterior; y
18°. Los demás bienes que leyes especiales prohíban embargar.
Son nulos y de ningún valor los contratos que tengan por objeto la cesión, donación o transferencia en cualquier forma, ya sea a título gratuito u oneroso, de las rentas expresadas en el número 1° de este artículo o de alguna parte de ellas.

33 VALERO, ob. cit., p. 85 y sgtes.

o afectación material o la pretensión de comiso o decomiso resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe [34].

La *confisca per equivalente* italiana permite dirigirse a otros bienes de valor equivalente a la medida del provecho o del precio del delito, sin atender si su origen es o no lícito[35].

Guillermo Jorge, autor argentino, ha señalado que la principal característica de este modelo [comiso por valor equivalente] es que los bienes no mantienen una "relación física" con el delito, lo que permite decomisar bienes que no estén conectados, de ningún modo, con el delito en cuestión, es decir, sin importar el modo en el cual esos bienes hayan sido adquiridos. En otras palabras, este modelo permite el decomiso de bienes obtenidos lícitamente.

En Chile, si bien se trata de una norma de excepción que deberá ser interpretada de forma restrictiva, parece ser que nada impide incluir dentro de los *"otros bienes"* aquellos que no tengan vinculación con el delito investigado, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a. Que haya existido una ventaja patrimonial proveniente del hecho delictivo objeto de la investigación, debiendo acreditarse suficientemente el delito de lavado de activos.

b. Que necesariamente se haya hecho imposible incautar y decomisar bienes producto del delito por un acto u omisión imputable al sujeto investigado.

c. Que se logre determinar el monto lavado, de lo contrario no será posible determinar la equivalencia.

Seguramente la controversia está lejos de resolverse, y es posible que ante la posibilidad de que se decrete el comiso de bienes por valor equivalente se pretenda argumentar que ello es contrario a la Constitución por tratarse de un acto de confiscación. Al respecto algunas precisiones.

Para la legislación chilena, comiso y confiscación son dos instituciones distintas. El comiso consiste en la pérdida de determinados bienes, mientras que la confiscación es la pena que implica la privación total de bienes contra quien se aplica, siendo asumidos los bienes por el Fisco. Así, mientras el comiso sólo afecta a los bienes y ganancias asociadas a la comisión del delito,

34 Portal de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo de la Comisión Nacional de Bancos y Seguros del Gobierno de la República de Honduras. Disponible en: http://pplaft.cnbs.gob.hn/glosario-de-lavado-de-activos/ [fecha de consulta: 17 de septiembre de 2017].

35 CARNEVALLI, ob. cit.

la confiscación priva al condenado de todo bien, sin importar su relación como instrumento, efecto o ganancia del delito[36].

En Chile, la confiscación está proscrita por la Constitución Política de la República (en adelante CPR) en los siguientes términos:

Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:
N° 7 *El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.*
En consecuencia:
g) *No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas;*

Así las cosas, es claro que la CPR permite imponer la pena de comiso, sin distinguir respecto de los bienes sobre los cuales podrá o no recaer dicha pena, siempre que se trate de casos establecidos en la ley.

g. En el evento de dictarse sentencia condenatoria, y no habiéndose incautado o cautelado bienes relacionados con el delito sino sólo aquellos de un valor equivalente, el tribunal con competencia en lo penal que corresponda podrá, en la misma sentencia, decretar el comiso de aquellos bienes incautados o cautelados de conformidad a lo establecido en el inciso primero

Finalmente, el inciso tercero del artículo en análisis nos plantea un eventual problema. ¿Qué pasará en aquellos casos en que se han incautado o cautelado bienes relacionados con el delito, pero en un monto no suficiente para cubrir el monto total de ganancias ilícitas que se pretende recuperar?

De la literalidad de la norma pareciera ser que sólo será posible decretar el comiso de los bienes por valor equivalente previamente incautados o cautelados cuando no se hayan incautado o cautelado además bienes producto del delito, lo cual carece de sentido considerando la finalidad que persigue la misma.

Entendemos que el comiso de bienes por valor equivalente reemplaza al comiso de bienes producto del delito cuando éste no puede cumplir su finalidad, pero además lo completa en los casos en que sólo puede alcanzar parcialmente su finalidad[37]. De lo contrario será un desincentivo para la labor del ente

36 PINEDA, Javier. *El Comiso de ganancias en el Código Penal chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016, p. 20.

37 VIZUETA, Jorge. "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas" [en línea]. En: *Revista Penal*, N° 19, Universidad de Huelva, España, 2007, p. 173. Disponible en:

persecutor, el cual podría preferir no ir tras los bienes producto del delito si éstos no van a resultar suficientes para cubrir el monto de las ganancias ilícitas que se busca recuperar.

5. Consideraciones finales

Las tendencias dominantes en la actualidad dentro del campo de la lucha contra la criminalidad, tales como la lucha contra el tráfico de droga, el crimen organizado, el fraude y la corrupción, justifican no sólo un número importante de nuevos medios sino también de nuevas sanciones. El creciente arsenal de posibilidades procesales (penales) en el nivel de la investigación orientada hacia el patrimonio criminal, su embargo y confiscación (como sinónimo de comiso) constituye uno de los instrumentos más importantes[38].

Con medidas como la que contempla este artículo, nuestra legislación se ha ido poniendo en sintonía con la legislación comparada en materia de persecución y herramientas para la recuperación de activos de origen ilícito en la lucha contra la criminalidad organizada impuesta por los convenios internacionales en la materia. Sin embargo, la tendencia se dirige marcadamente hacia la incorporación de la extinción de dominio como instituto jurídico de política criminal enfocado en la persecución de toda clase de activos que integran la riqueza derivada de la actividad criminal. En este sentido, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito presentó la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio como una herramienta para aquellos países que proyectan incorporar esta figura en su legislación.

Chile parece estar lejos de adherir a esta tendencia mundial, partiendo por que el comiso es considerado una pena accesoria, evidenciando que para nuestro legislador la finalidad primordial del proceso penal es la sanción penal y no la recuperación de activos. Para evolucionar hacia un sistema robusto de lucha contra la delincuencia organizada (económica) y contra el enriquecimiento patrimonial ilícito que pueden generar ciertos delitos, sería necesario un cambio de paradigma, que reconozca que el derecho constitucional a la propiedad privada no puede ser amparado cuando se trate de bienes obtenidos de actividades ilícitas, ni gozarán de protección constitucional ni legal cuando sean destinados a ellas, planteamientos que por cierto no estarán exentos de problemas y cuestionamientos acerca de su naturaleza y de los límites hasta donde el Estado tiene facultades para privar a las personas de sus bienes.

http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/312/303 [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2017].

38 VERVAELE, J.A.E. "Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?" [en línea]. En: *Revista Penal*, N° 2, Universidad de Friburgo, Alemania. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_39.pdf [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2017].

UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Renzo Figueroa Aste[1]

I. Introducción

En virtud de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.931, 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 "Ley de Agenda Corta Antidelincuencia", se incorporó al Código Procesal Penal el artículo 226 bis relativo al uso de técnicas especiales de investigación.

Cabe hacer presente que las técnicas establecidas en el artículo 226 bis del Código Procesal Penal también se extienden a la investigación de delitos contemplados en la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas y figuras establecidas en el artículo 190 de la Ley N° 18.290, los cuales, por razones pedagógicas, sólo serán nombradas en relación con la técnica tratada.

Así, el artículo 226 bis del Código Procesal Penal señala que:

> "Técnicas especiales de investigación. *Cuando la investigación de los delitos contemplados en la ley Nº 17.798, en el artículo 190 de la ley Nº 18.290 y en los artículos 442, 443, 443 bis, 447 bis, 448 bis y 456 bis A del Código Penal, lo hicieren imprescindible y existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de la participación en una asociación ilícita, o en una agrupación u organización conformada por dos o más personas, destinada a cometer los hechos punibles previstos en estas normas, aun cuando ésta o aquella no configure una asociación ilícita, el Ministerio Público podrá aplicar las técnicas previstas y reguladas en los artículos 222 a 226, conforme lo disponen dichas normas.*
>
> *Además, cumpliéndose las mismas condiciones establecidas en el inciso anterior y tratándose de los crímenes contemplados en los artículos 433, 434, inciso primero del 436 y 440 del Código Penal y de los delitos a que hace referencia el inciso precedente, el Ministerio Público podrá utilizar las técnicas especiales de investigación consistentes en entregas vigiladas y controladas, el uso de agentes encubiertos e informantes en la forma regulada por los artículos 23 y 25 de la ley Nº 20.000, siempre que fuere necesario para lograr el esclarecimiento de los*

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

hechos, establecer la identidad y la participación de personas determinadas en éstos, conocer sus planes, prevenirlos o comprobarlos.

Asimismo, cumpliéndose las condiciones señaladas en los incisos anteriores y tratándose de los delitos contemplados en la ley Nº 17.798, podrán utilizarse, además, agentes reveladores.

Para la utilización de las técnicas referidas en este artículo, el Ministerio Público deberá siempre requerir la autorización del juez de garantía".

Así, de una primera lectura de la norma, podemos identificar que ella establece requisitos generales de procedencia para el uso de cualquiera de las técnicas especiales, las que podemos desglosar de la siguiente forma:

1.- La investigación de los delitos lo debe hacer imprescindible;

2.- La existencia de fundadas sospechas, basadas en hechos determinados de la participación de los afectados en: a) una asociación ilícita, o b) una agrupación u organización conformada por dos o más personas, cuando ésta o aquella no configure una asociación ilícita, y

3.- Autorización judicial.

Para este autor, el que sea imprescindible tiene que ver con lo que el fiscal estime como tal, lo que deberá ser evaluado por el juez de garantía al resolver su solicitud, tomando en consideración que por imprescindible debemos entender que es algo que se considera tan necesario que no se puede dejar de hacer, explicación que no fue discutida en la historia de la ley, por lo que debemos necesariamente entenderlo en su sentido natural y obvio.

Respecto de "sospechar" que estamos frente a una asociación ilícita, debemos recordar que el legislador sanciona esta figura por el sólo hecho de organizarse para cometer un ilícito, aun cuando éste no llegue a perpetrarse, pues su propósito es proteger el orden y seguridad pública.

Cuando hablamos de una agrupación u organización de dos o más personas, destinadas a cometer hechos punibles previstos en la norma del 226 bis del Código Procesal Penal, el estándar es menor que el exigido para la configuración de una asociación ilícita, pudiendo darse el caso de que se reúnan para cometer un solo hecho y luego disolverse, para luego volver a reunirse con el fin de cometer otro ilícito de los establecidos en la norma, no requiriéndose que los investigados hayan cometido alguno de dichos delitos con anterioridad a los hechos que se investigan.

Por su parte, "agrupación" es definida como el conjunto de personas u organismos que se asocian con algún fin, y "organización", como la asociación de personas reguladas por un conjunto de normas en función de determinados

fines[2], lo que se debe complementar con lo señalado por la propia norma que deja claro que basta que la conformen dos o más personas para entender que estamos frente al tipo de agrupación u organización que permite solicitar algunas de las técnicas especiales de investigación allí señaladas, cuando ésta o aquella no configure una asociación ilícita, dejando fuera la discusión de cuál es el número de sujetos que se requieren para estar presente en este tipo de agrupación u organización.

Finalmente, la autorización judicial que habilita la utilización de las técnicas especiales de investigación en delitos contra la propiedad, se transforma en el principal requisito de procedencia, toda vez que, como veremos, no se requiere para la investigación de los delitos a que hacen mención las normas de reenvío establecidas en la Ley N° 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, específicamente, las entregas controladas, agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes, donde su utilización depende de la decisión del Fiscal para su materialización.

II. Técnicas de investigación

Hecha la introducción, analizaremos cada una de las técnicas que el artículo 226 bis del Código Procesal Penal establece y permite para los delitos que en ella misma se señalan, analizando también las normas de reenvío a las cuales deben ajustarse para su implementación.

1. Interceptaciones telefónicas y utilización de otros medios técnicos de investigación

Estas técnicas podrán ser solicitadas en virtud del **inciso 1° del artículo 226 bis** del Código Procesal Penal y cuya aplicación deberá ajustarse a los requisitos generales del mismo y a lo regulado en los artículos 222 a 226 del mismo cuerpo legal, que trata precisamente de la interceptación de comunicaciones telefónicas, su registro, notificación al afectado, prohibición de utilización y uso de otros medios técnicos de investigación.

a) Delitos que hacen procedente la solicitud

A diferencia de la regla general del artículo 222 y 226 del Código Procesal Penal, el artículo 226 bis en comento, faculta al Ministerio Público para aplicar estas técnicas, previa autorización judicial, cuando la investigación se

2 Definición de "Agrupación" y "Organización", Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Edición Tricentenario [en línea]. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=1BBWmrt [fecha de consulta: 21 septiembre 2017].

refiere a determinados ilícitos señalados en la misma y que no tienen como sanción una pena de crimen, a saber:

- Delitos de la Ley N° 17.798 sobre control de armas.
- Artículo 190 de la Ley N° 18.290, Ley de Tránsito, que sanciona al que:
  - Otorgue indebidamente una licencia de conductor o boleta de citación o un permiso provisorio de conducir o cualquier certificado o documento que permita obtenerlos.
  - Otorgue falsamente certificados que permitan obtener una licencia de conductor.
  - Cometiere alguna de las falsedades descritas en el artículo 193 del Código Penal en las inscripciones a que se refieren los artículos 39, 41 y 45 de esta ley, en la certificación de ellas, o en el otorgamiento del padrón.
  - Infrinja las normas que la ley establece para el otorgamiento de placa patente.
- Código Penal:
  - Artículo 442. Robo en lugar no habitado.
  - Artículo 443. Robo en bienes nacionales de uso público.
  - Artículo 443 bis. Robo con fuerza en cajeros automáticos.
  - Artículo 447 bis. Hurto de redes de suministros de servicios públicos o domiciliarios.
  - Artículo 448 bis. Abigeato.
  - Artículo 456 bis A. Receptación.

b) Elementos técnicos permitidos

El inciso 1° del artículo 222 del Código Procesal Penal, al regular esta técnica de investigación, permite no sólo la interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, sino que también la de otras formas de comunicación, que si bien no las señala, se entiende que se trata de aquellas tales como mensajería de texto o audio realizada a través de los mecanismos de comunicación de redes sociales u otros.

Por su parte, el artículo 226 del Código Procesal Penal establece que el juez de garantía también podrá ordenar, a solicitud del Ministerio Público, la utilización de otros medios técnicos de investigación como la fotografía, la filmación u otros medios de reproducción de imagen.

Finalmente, el mismo artículo 226 en comento, establece que el Juez podrá disponer la grabación de comunicaciones de personas presentes.

c) Presupuestos para su solicitud

Los presupuestos o requisitos generales para la aplicación de la técnica de interceptación de comunicaciones y uso de otros medios técnicos de investigación, entre otros, están establecidos en el inciso 1° del artículo 226 bis del Código Procesal Penal, que, como detallábamos anteriormente, dicen relación con el hecho de que la investigación lo hiciere imprescindible, que existan fundadas sospechas, basadas en hechos determinados de la participación de los afectados en una asociación ilícita o una agrupación u organización conformada por dos o más personas, cuando ésta o aquella no configure una asociación ilícita, exigiéndose la respectiva autorización judicial para su materialización.

d) Normas aplicables

Como vimos, el inciso 1° del artículo 226 bis del Código Procesal Penal dispone que su aplicación debe ajustarse a lo regulado por los artículos 222 a 226 del mismo cuerpo legal, permitiendo con ello la interceptación de comunicaciones telefónicas y la utilización de otros medios técnicos cuando la investigación se refiera a delitos contra la propiedad allí mencionados, haciendo una excepción al requisito general del artículo 222 y 226 del Código Procesal Penal que exige que para su utilización se trate de una investigación cuyo hecho punible mereciere pena de crimen, extendiéndose, entonces, a delitos contra la propiedad que no merecieren pena de crimen pero que se encuentran incluidos en el catálogo establecido en mencionado inciso 1° del artículo 226 bis.

De esta forma, revisaremos las normas a las que debe ajustarse la interceptación de comunicaciones y otros medios técnicos de investigación que se establecen para la investigación de delitos contra la propiedad señalados en el artículo 226 bis del Código Procesal Penal.

- **Interceptación de comunicaciones telefónicas. Artículo 222 del Código Procesal Penal**

Este artículo regula de manera general la técnica de **interceptación de comunicaciones telefónicas** incluyendo **la grabación** de las mismas y la **interceptación y grabación de otras formas de comunicación**, como lo serían aquellas realizadas vía redes sociales o sistemas distintos a los convencionales, teniendo como requisito de procedencia que se trate de la investigación de un hecho punible que mereciere pena de crimen, con la excepción antes señaladas al tratar los delitos contra la propiedad establecidos en el artículo 226 bis del Código Procesal Penal.

Solicitada la medida por el fiscal y autorizada por el juez de garantía, ésta sólo podrá afectar **al imputado, a personas que sirven de intermediarios de las comunicaciones y a aquellas personas que faciliten sus medios de comunicación al imputado o intermediarios**, disposición establecida en el inciso 2° del artículo 222 del Código Procesal Penal.

Relacionado con lo anterior, el inciso 3° del mismo artículo, establece la total **prohibición de interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado**, a menos que el juez de garantía lo ordenare en virtud de antecedentes fundados de que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados, antecedentes de los que debe dejar constancia en la respectiva resolución.

Finalmente, el inciso 4°, coherente con lo dispuesto anteriormente, establece los requisitos de la orden que dispone la medida, a saber:

- Indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida.
- Señalar la forma de la interceptación.
- Señalar la duración de la medida.

Respecto de la **duración de la medida**, la norma establece que no podrá exceder de sesenta días, plazo que podrá ser prorrogable por períodos de hasta igual duración, pero que para ello el juez debe examinar que se cumplan los requisitos de procedencia generales establecidos en la misma norma, que para el caso que nos convoca, se extiende también a la revisión de los requisitos establecidos en el artículo 226 bis respecto a los delitos contra la propiedad.

La regulación de esta medida también establece **obligaciones legales para las empresas telefónicas y de comunicaciones** encargadas de implementar la medida, las que en virtud del inciso 5° del artículo 222 del Código Procesal Penal, podemos desglosar de la siguiente forma:

- Cumplir la medida, proporcionando a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para que se lleve a cabo con la oportunidad que se requiera.
- Mantener, en carácter reservado, a disposición del Ministerio Público, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a un año, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados.
- Los encargados de realizar la diligencia y los empleados de las empresas deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigos al procedimiento.

Finalmente, la revocación de la medida debe ser de manera inmediata si las sospechas tenidas en consideración para ordenarla se disiparen o si hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma.

- **Registro y conservación de la interceptación. Artículo 223 del Código Procesal Penal**

La interceptación telefónica será registrada mediante su grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos que aseguraren la fidelidad del registro y su grabación será entregada directamente al Ministerio Público, quien la conservará bajo sello y cuidará que la misma no sea conocida por terceras personas.

En el evento que el fiscal lo estimare conveniente, podrá disponer que un funcionario realice una transcripción escrita de la grabación, siendo este funcionario ministro de fe acerca de la fidelidad de aquélla.

Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio Público debe siempre conservar los originales de la grabación, que, como se señaló, quedará registrada mediante su grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos.

Respecto a cómo se incorporan al juicio oral los resultados de la medida de interceptación, el inciso 3° de la norma citada señala que ésta se realizará de la manera que determinare el tribunal, en la oportunidad procesal respectiva, pudiendo ser citados como testigos los encargados de practicar la diligencia.

Si bien es cierto, la medida permite escuchar y grabar todas las conversaciones que se realizaren durante el plazo permitido por el tribunal, aquellas **comunicaciones que fueren irrelevantes** para el procedimiento deben ser entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida, debiendo además el Ministerio Público destruir toda transcripción o copia de ellas.

Excepcionalmente, el Ministerio Público podrá no entregar ni destruir las comunicaciones cuando ellas digan relación con grabaciones que contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieren constituir un delito que merezca pena de crimen, pudiendo hacer uso de ellas conforme a las normas que regulan la interceptación de comunicaciones telefónicas.

- **Notificación al afectado por la interceptación. Artículo 224 del Código Procesal Penal**

La medida de interceptación será notificada al afectado por la misma con posterioridad a su realización, siempre que el objeto de la investigación lo permita, y siempre en la medida que ello no pusiere en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas.

En cualquier otro caso que no sea el señalado anteriormente, regirá lo previsto en el artículo 182 del Código Procesal Penal relativo al secreto de las actuaciones de investigación.

- **Prohibición de utilizar como medios de prueba los resultados de la medida. Artículo 225 del Código Procesal Penal**

Una norma que pareciera ser de toda lógica, pero que el legislador quiso reforzar en pos de las garantías constitucionales que se deben proteger, esto es, el respeto y protección a la vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, es la establecida en el artículo 225 del Código Procesal Penal, que nos señala que cuando la interceptación y su grabación hubieren tenido lugar fuera de los supuestos previstos por la ley, o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos en el artículo 222 para la procedencia de la misma, sus resultados no podrán ser utilizados como medio de prueba, lo que se hace extensivo a los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 226 bis del Código Procesal Penal.

- **Otros medios técnicos de investigación. Artículo 226 del Código Procesal Penal**

Esta norma dispone que cuando el procedimiento tuviere por objeto la investigación de un hecho punible que mereciera pena de crimen, el juez de garantía podrá ordenar, a solicitud del fiscal, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos, como asimismo disponer la grabación de comunicaciones entre personas presentes, extendiéndose también, por aplicación del artículo 226 bis del Código Procesal Penal, a la investigación de ilícitos que, no mereciendo pena de crimen, se encuentren dentro del catálogo de delitos señalados en la norma en comento, cuya aplicación debe ajustarse a lo dispuesto en los artículos 222 al 225 del mismo cuerpo legal.

e) Consideraciones relativas a esta técnica aplicable a los delitos contra la propiedad

Habiendo analizado las normas que regulan la técnica de investigación de interceptación de comunicaciones telefónicas y otros medios técnicos de investigación que pueden utilizarse en los delitos contra la propiedad enumerados en el artículo 226 bis del Código Procesal Penal, que no merecen pena de crimen, y teniendo en consideración que se trata de una medida intrusiva que afecta el derecho a la privacidad de las comunicaciones, es que necesariamente se debe hacer un uso racional y proporcional de la medida, evaluando tanto la pertinencia como el alcance de la misma.

De esta forma, cumpliendo con dicha premisa y fundamentada la solicitud en virtud de los requisitos de procedencia, esta técnica no sólo se limita a escuchar una conversación vía telefónica, sino que, como bien dice la norma,

se extiende a otras formas de telecomunicación, las que a su vez también se extienden a los antecedentes que rodean la misma.

Así, cuando hablamos de interceptación telefónica propiamente tal, ello incluye todo registro de llamadas entrantes y salientes de dicho móvil, lo que se suma a las conversaciones interceptadas y grabadas, toda vez que dicho registro forma parte de esa interceptación, el que incluso podría discutirse si requiere o no autorización judicial para su obtención, toda vez que se trata de un registro de llamadas salientes y entrantes que no revelan el contenido privado de la comunicación.

Por su parte, cuando la norma del artículo 222 del Código Procesal Penal habla de "otras formas de telecomunicación", debemos tener presente el avance tecnológico de los mecanismos de comunicación, desde la fecha de entrada en vigencia de la normativa hasta hoy, toda vez que han aparecido nuevos y mejores medios de telecomunicación que no sólo han progresado tecnológicamente, sino que junto con ello se han masificado en su uso. Por ello, a mi juicio, no basta para la investigación de un delito, solicitar únicamente la interceptación de voz, sino que se hace necesario solicitar además la interceptación de esas otras formas de comunicación, como lo son las cuentas de correos electrónicos, Facebook, Twitter o Whatsapp, entre otros.

Si bien es cierto, esta técnica y su utilización, debe ser solicitada en relación a los delitos y objetivos que la propia normativa establece, puede ocurrir que durante el transcurso de la interceptación telefónica u otro medio de comunicación se produzca lo que se conoce como un "hallazgo casual", esto es, que en virtud de la medida legalmente ejecutada, se descubra la preparación o comisión de un delito distinto al investigado o, en su caso, que el teléfono, correo electrónico, Whatsapp u otro medio de comunicación esté siendo utilizado por personas distintas a las individualizadas originalmente.

En relación con lo anterior, de constatarse un hallazgo casual objetivo, esto es, el descubrimiento de la preparación o comisión de un delito distinto al investigado, necesariamente se debe dar aplicación al inciso final del artículo 223 del Código Procesal Penal, el que autoriza al órgano persecutor a no entregar dichas comunicaciones, ni a destruir sus transcripciones y copias cuando ellas contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieren constituir un delito que mereciere pena de crimen, de las cuales se podrá hacer uso, pero siempre conforme a las normas que regulan esta medida intrusiva.

Por su parte, si de la aplicación de la medida surgieren antecedentes que den cuenta que la persona escuchada o leída no es aquella que fundó la solicitud, pero es partícipe del delito que se investiga, es de mi opinión que en nada afectaría la legalidad y continuidad de dicha escucha, toda vez que también estaríamos frente a un hallazgo casual, esta vez de carácter subjetivo, es decir

materializado en la persona de quien es escuchado o leído, pero que sin perjuicio de poder ser utilizadas conforme al inciso final del artículo 223 del Código Procesal Penal, se debiese regularizar la autorización judicial dentro de la misma investigación, ampliándola a la nueva persona escuchada para así dar cumplimiento al inciso cuarto del artículo 222 del Código Procesal Penal, que establece que la orden que dispone la interceptación y grabación debe indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, independiente de si el delito investigado merece pena de crimen o es de aquellos establecidos en el artículo 226 bis del Código Procesal Penal, diferencia sustancial con la investigación de delitos de tráfico de drogas o lavado de activos, en los que, por expresa disposición del inciso 2° del artículo 24 de la ley N° 20.000, no rige este requisito, siendo suficiente consignar las circunstancias que lo individualicen o determinen, norma que bien podría haber sido extendida a la investigación de los delitos contra la propiedad para lograr mayor eficiencia y eficacia en la misma.

Sin perjuicio de lo anterior, siempre será el órgano persecutor el que deberá evaluar la oportunidad y pertinencia de iniciar una nueva investigación.

Similar es el caso en que lo escuchado o leído sea una conversación entre el imputado y su abogado, toda vez que si bien la ley prohíbe la interceptación de comunicaciones entre ellos, el juez puede ordenarla si estima fundadamente que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados, pero dicha resolución fundada necesariamente estará precedida de los antecedentes que el fiscal le aporte, siendo estos últimos los que en definitiva ponderarán si dicha comunicación tiene el mérito suficiente para ser considerada como de aquellas que le atribuyen participación en los hechos investigados y así solicitar la autorización judicial para validar lo escuchado e intervenir las comunicaciones futuras entre ellos.

En relación con la posibilidad de transcribir por escrito una determinada grabación, en el caso que ella sea entre el imputado y su abogado, no basta entonces que lo ordene el fiscal, toda vez que en dicho caso debe venir precedida por la autorización del juez de garantía que autorizó la interceptación en ese particular caso.

Respecto a la obligación legal establecida para las empresas telefónicas y de comunicaciones, éstas, como ejecutoras de la medida, deben cumplir con la orden dictada por el tribunal de garantía de manera eficiente y oportuna, respetando las fechas establecidas para el comienzo y fin de la interceptación, entregando en el menor tiempo posible los antecedentes o registros anexos que se hayan solicitado, toda vez que de no dar cumplimiento a lo señalado y ordenado en la resolución judicial, bien podrían verse expuestos a la aplicación de las sanciones establecidas en Ley General de Telecomunicaciones, sin perjuicio de la configuración del delito de desacato establecido en el artículo 240 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, cuando hablamos de la utilización de otros medios técnicos de investigación, como filmaciones, fotografías o grabaciones, entre otros, entendemos que aquellas que se realicen en la vía pública o lugares de libre acceso público, no requieren autorización judicial alguna, en razón de la mínima expectativa de privacidad que existe en dichos lugares, siendo discutible cuando la filmación o fotografía se realiza desde un lugar público o de libre acceso al público hacia el interior de uno privado que no es de propiedad del investigado.

2. Entregas vigiladas y controladas

Estas técnicas podrán ser solicitadas en virtud del **inciso 2° del artículo 226 bis** del Código Procesal Penal y su uso estará regulado por el artículo 23 de la Ley N° 20.000, sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, debiendo contar **siempre con autorización judicial** por expresa mención del inciso final del artículo en comento.

a) Delitos que hacen procedente la solicitud

- Código Penal:
  - Artículo 433. Robos calificados.
  - Artículo 434. Piratería.
  - Artículo 436, Inc. 1°. Robo con violencia o intimidación.
  - Artículo 440. Robo en lugar habitado o destinado a la habitación.
  - Artículo 442. Robo en lugar no habitado.
  - Artículo 443. Robo en bienes nacionales de uso público.
  - Artículo 443 bis. Robo con fuerza en cajeros automáticos.
  - Artículo 447 bis. Hurto de redes de suministros de servicios públicos o domiciliarios.
  - Artículo 448 bis. Abigeato.
  - Artículo 456 bis A. Receptación.

- Delitos de la Ley N° 17.798 sobre control de armas.

- Artículo 190 de la Ley N° 18.290, Ley de Tránsito, que sanciona al que:
  - Otorgue indebidamente una licencia de conductor o boleta de citación o un permiso provisorio de conducir o cualquier certificado o documento que permita obtenerlos.
  - Otorgue falsamente certificados que permitan obtener una licencia de conductor.

- Cometiere alguna de las falsedades descritas en el artículo 193 del Código Penal en las inscripciones a que se refieren los artículos 39, 41 y 45 de esta ley, en la certificación de ellas, o en el otorgamiento del padrón.
- Infrinja las normas que la ley establece para el otorgamiento de placa patente.

b) Presupuestos para su solicitud

En virtud del inciso 2° del artículo 226 bis del Código Procesal Penal, además del cumplimiento de las condiciones establecidas en el inciso 1°, –esto es, que la investigación de los delitos lo hiciere imprescindible y que existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados de la participación de los afectados en una asociación ilícita, o una agrupación u organización conformada por dos o más personas, cuando ésta o aquella no configure una asociación ilícita–, se deberá cumplir con los requisitos establecidos en dicho inciso 2°, que señala que el Ministerio Público podrá utilizar las técnicas especiales de entregas vigiladas y controladas siempre que **fuere necesario para lograr**:

- El esclarecimiento de los hechos.
- Establecer la identidad y participación de personas determinadas en éstos.
- Conocer los planes de dichas personas, prevenirlos o comprobarlos.

Se hace presente que en el especial caso del delito de abigeato, el inciso final del artículo 448 quáter, permite la utilización de la técnica de entrega vigilada o controlada ante la sospecha o comisión de este tipo de delito, en los términos regulados en el artículo 23 de la Ley N° 20.000, sin que se exijan los presupuestos de procedencia establecidos en el artículo 226 bis del Código Procesal Penal y sin que se requiera autorización judicial para su materialización.

c) Normas aplicables y modalidad permitida

El inciso 2° del artículo 226 bis establece que podrán utilizarse como técnicas especiales de investigación las entregas vigiladas y controladas, sin especificar en qué consiste cada una de ellas, pero señalando que se estará a lo regulado en el artículo 23 de la Ley N° 20.000, que regula el envío ilícito o sospechoso de sustancias prohibidas.

Así, el **artículo 23 de la Ley N° 20.000,** sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, faculta al Ministerio Público para autorizar envíos

ilícitos o sospechosos de las sustancias a que se refieren los artículos 1° y 2°, –sustancias ilícitas que provocan o no graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud– o las sustancias por las que se hayan sustituido, total o parcialmente, o instrumentos del delito y los efectos de ellos.

Por su parte, la propia norma del artículo 23 en comento, especifica claramente que el envío de dichas sustancias consiste en trasladar, guardar, interceptar o dejar circular el objeto del delito, como también sus instrumentos y efectos, pudiendo ser implementada tanto dentro como fuera del territorio nacional, saliendo o entrando al mismo, todo bajo la vigilancia o control de la autoridad correspondiente.

En razón de lo anterior, específicamente en lo que dice relación con la facultad de la autoridad correspondiente de vigilar o controlar el envío de sustancias, instrumentos u objetos del delito, es pertinente hacer una pequeña diferencia entre ambas situaciones que pudiesen parecer similares, pero que para este autor varían en cuanto a su aplicación práctica, toda vez que cuando hablamos de entrega vigilada, no existiría una interferencia en la operación misma, sino que solamente, y como su denominación lo expresa, se vigilaría el transporte o envío hasta su destino final o lugar donde determine el fiscal que se debe intervenir el mismo. Por su parte, en la entrega controlada, el envío sería intervenido antes de su destino final o momento en que el fiscal lo disponga, para que luego de ello, se haya o no sustituido total o parcialmente el contenido del envío, se vuelva a poner en circulación el mismo, siendo controlado por la autoridad que corresponda hasta su destino final o momento en que el fiscal lo determine.

Concordante con lo anterior, es importante señalar que en el caso de los envíos de sustancias ilícitas, estas pueden ser sustituidas parcial o totalmente, sin que obste a la consumación del delito, ello por expresa disposición del inciso 7° del artículo en estudio, por lo que en el caso de los delitos contra la propiedad, y por expresa remisión a esta regulación, bien se podrá sustituir también, de manera total o parcial, un envío de cualquier objeto o mercancía en la investigación de ellos, sin que obste a la consumación del ilícito investigado.

Respecto del objetivo y presupuestos para implementar esta medida en los delitos establecidos en la Ley N° 20.000, ellos no distan mucho de los establecidos para los delitos contra la propiedad, toda vez que el inciso 1° señala que el propósito es individualizar a las personas que participan en la ejecución del hecho, conocer los planes de los partícipes, evitar el uso ilícito de las especies referidas y prevenir y comprobar cualquiera de los delitos señalados en la norma.

Por su parte, a diferencia del artículo 226 bis del Código Procesal Penal, que exige como presupuesto de procedencia sospechas fundadas de la participación en una asociación ilícita, agrupación u organización de dos o más personas

destinadas a cometer delitos contra la propiedad, el inciso 2° del artículo 23 de la Ley N° 20.000, establece como presupuesto para utilizar la técnica de entrega vigilada o controlada, el hecho de que se presuma fundadamente que ella facilitará la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero.

Así las cosas, y vista la modalidad y procedencia para la utilización de la técnica de entrega controlada o vigilada, es importante analizar algunas situaciones que pueden darse durante la materialización de la medida en comento, como la que dice relación con la posibilidad que los instrumentos o efectos del delito pasen por aquellas zonas sujetas a la potestad aduanera, caso en el cual, el inciso 3° del artículo 23 de la Ley N° 20.000 establece que de ocurrir ello, el Servicio Nacional de Aduanas deberá observar las instrucciones que imparta el Ministerio Público para los efectos de aplicar la técnica, entendiendo que dicho servicio debe cooperar con el fiscal participando incluso de la medida de manera activa o al menos sin oponerse o interferir en la operación.

Otra situación que puede darse durante la implementación de la medida es aquella que dice relación con la decisión por parte del órgano persecutor de suspender la medida, y según sea el caso, proceder a la detención de los partícipes e incautación de los objetos y efectos del delito, todo, si la diligencia pusiese en peligro la vida o integridad física de los funcionarios policiales que actúan como agentes encubiertos o de los informantes que participen en dichos términos en la operación, como también si pone en peligro la recolección de antecedentes importantes para la investigación o se requiera el aseguramiento de los partícipes, señalando el propio inciso 4° del artículo 23 de la Ley N° 20.000, que de tomarse dicha decisión, se deberá solicitar la respectiva orden al juez de garantía, sin perjuicio de que, si surgiere ese peligro durante la diligencia, los funcionarios policiales encargados de la entrega podrán aplicar las normas sobre detención en caso de flagrancia.

Continúa el inciso 5° del artículo 23 de la ley en comento estableciendo una obligación para el Ministerio Público, cual es, la de adoptar todas las medidas para vigilar las especies y bienes sujetos a una entrega vigilada o controlada y proteger a todos los que participan en la operación.

Por su parte, en virtud de la globalización e internacionalización de los delitos de narcotráfico y en menor medida también los delitos contra la propiedad, esta modalidad podrá ser utilizada en este último caso por aplicación de los incisos 5° y 6° del artículo 23 de la Ley N° 20.000, pero adecuándose a lo dispuesto en los acuerdos o tratados internacionales, pudiendo el Ministerio Público solicitar a las autoridades policiales y judiciales extranjeras, directamente y sin sujeción a lo dispuesto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, la remisión de los elementos de convicción necesarios para acreditar el hecho delictivo y las responsabilidades penales, de conformidad a los tratados

y convenios internacionales vigentes, como asimismo otorgar a dichas autoridades extranjeras tales antecedentes o elementos de convicción.

Finalmente, y como adelantamos, el inciso 7° del artículo 23, dispone que no obsta a la consumación del delito el hecho que en la entrega vigilada o controlada se hayan sustituido los objetos, instrumentos o efectos del delito, agregando que tampoco obstará a dicha consumación el hecho de que hayan participado funcionarios, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes, haciendo presente además que dicha participación no será considerada una inducción al delito, discusión que se abordará más adelante al tratar la técnica de los agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes.

d) Consideraciones relativas a esta técnica aplicable a los delitos contra la propiedad

Revisados los aspectos legales de las normas que regulan la técnica de entrega vigilada o controlada de drogas, ellas deben hacerse aplicables a los delitos contra la propiedad establecidos en el catálogo del artículo 226 bis del Código Procesal Penal y siempre bajo los presupuestos y requisitos que en él se señalan, principalmente la de contar con autorización judicial para su implementación, la que debe abarcar todo cuanto se requiera incorporar en ella y la modalidad que se utilice, toda vez que la operación de entrega vigilada o controlada puede ir acompañada del uso de agentes encubiertos o informantes, como también requerir que los objetos enviados sean sustituidos total o parcialmente, por lo que es recomendable hacerlo presente en la solicitud con el objeto de evitar exclusiones de pruebas o no valoración de las mismas.

3. Agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes

Estas técnicas podrán ser solicitadas en virtud del **inciso 2° y 3° del artículo 226 bis** del Código Procesal Penal y su aplicación deberá ajustarse a lo regulado en el artículo **25 de la Ley N° 20.000,** sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, debiendo contar **siempre con autorización judicial** por expresa mención del inciso final del artículo en comento.

Dicho lo anterior, y por razones estrictamente pedagógicas, dada la estructura del artículo 226 bis, en que la técnica del agente revelador se autoriza únicamente para la investigación de delitos de la Ley N° 17.798 de control de armas, es que sólo haremos mención a esta figura, para posteriormente analizarla de manera conjunta al referirnos al tratamiento de ellas dado por el artículo 25 de la Ley N° 20.000.

3.1. Agentes encubiertos e informantes

Como se señaló anteriormente, estas técnicas podrán ser solicitadas en virtud del inciso 2° del artículo 226 bis del Código Procesal Penal y su aplicación deberá ajustarse a lo regulado en el artículo 25 de la Ley N° 20.000, sobre

Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, pero que por expresa mención y mandato del inciso final del artículo 226 bis en comento, el Ministerio Público siempre deberá requerir autorización judicial para su implementación.

a) Delitos que hacen procedente el uso de agentes encubiertos e informantes

- Código Penal:
  - Artículo 433. Robos calificados.
  - Artículo 434. Piratería.
  - Artículo 436, Inc. 1°. Robo con violencia o intimidación.
  - Artículo 440. Robo en lugar habitado o destinado a la habitación.
  - Artículo 442. Robo en lugar NO habitado.
  - Artículo 443. Robo en Bienes nacionales de uso público.
  - Artículo 443 bis. Robo con fuerza en cajeros automáticos.
  - Artículo 447 bis. Hurto de redes de suministros de servicios públicos o domiciliarios.
  - Artículo 448 bis. Abigeato.
  - Artículo 456 bis A. Receptación.

- Delitos de la Ley N° 17.798 sobre control de armas.

- Artículo 190 de la Ley N° 18.290, Ley de Tránsito, que sanciona al que:
  - Otorgue indebidamente una licencia de conductor o boleta de citación o un permiso provisorio de conducir o cualquier certificado o documento que permita obtenerlos.
  - Otorgue falsamente certificados que permitan obtener una licencia de conductor.
  - Cometiere alguna de las falsedades descritas en el artículo 193 del Código Penal en las inscripciones a que se refieren los artículos 39, 41 y 45 de esta ley, en la certificación de ellas, o en el otorgamiento del padrón.
  - Infrinja las normas que la ley establece para el otorgamiento de placa patente.

b) Presupuestos para su solicitud

En virtud del inciso 2° del artículo 226 bis del Código Procesal Penal, además del cumplimiento de las condiciones establecidas en el inciso 1°, –esto es,

que la investigación de los delitos lo hiciere imprescindible y que existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados de la participación de los afectados en una asociación ilícita, o una agrupación u organización conformada por dos o más personas, cuando ésta o aquélla no configuren una asociación ilícita–, se deberán cumplir los requisitos establecidos en dicho inciso 2°, que señala que el Ministerio Público podrá usar las técnicas de agentes encubiertos e informantes, siempre que **fuere necesario para lograr**:

- El esclarecimiento de los hechos.
- Establecer la identidad y participación de personas determinadas en éstos.
- Conocer los planes de dichas personas, prevenirlos o comprobarlos.

3.2. Agentes reveladores

Esta técnica podrá ser solicitada en virtud del **inciso 3° del artículo 226 bis** del Código Procesal Penal y pese a que no se señala expresamente como se aplica y procede, por su redacción, naturaleza y analogía, entendemos que deberá ajustarse a lo regulado en el artículo **25 de la Ley N° 20.000,** sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, toda vez que el inciso en comento, requiere que se cumplan las condiciones señaladas en los incisos anteriores, entre los que se encuentra el inciso 2° que reenvía el uso de los agentes al artículo 25 de la Ley N° 20.000, debiendo contar **siempre con autorización judicial** por expresa mención del inciso final del artículo en comento.

a) Delitos que hacen procedente la solicitud de agente revelador

Esta técnica está únicamente establecida para la investigación de los delitos contemplados en la Ley N° 17.798 de Control de Armas.

b) Presupuestos para su solicitud

En virtud del **inciso 3° del artículo 226 bis del Código Procesal Penal,** para el uso de un agente revelador debe estarse a los requisitos generales del inciso 1° y a los establecidos en el inciso 2°, de la misma norma legal, esto es, que la investigación de los delitos lo hiciere imprescindible y que existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de la participación de los afectados en una asociación ilícita, o una agrupación u organización conformada por dos o más personas, cuando ésta o aquella no configuren una asociación ilícita, siempre que **fuere necesario para lograr**:

- El esclarecimiento de los hechos.
- Establecer la identidad y participación de personas determinadas en éstos.
- Conocer los planes de dichas personas, prevenirlos o comprobarlos.

3.3. Normas aplicables al uso de las técnicas de investigación de agente encubierto, agente revelador e informantes y modalidad permitida

El inciso 2° y 3° del artículo 226 bis establece que podrán utilizarse como técnicas especiales de investigación las consistentes en el uso de agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes, sin especificar en qué consiste cada una de ellas, pero señalando que se estará a lo regulado en el **artículo 25 de la Ley N° 20.000** que faculta al Ministerio Público para autorizar a funcionarios policiales con el fin de desempeñarse como encubiertos o reveladores y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de esos servicios actúen en calidad de tal.

A fin de distinguir la modalidad, características y objetivo de estas técnicas describiremos por separado cada una de ellas, para posteriormente referirnos a las situaciones comunes que se presentan.

a) Agente encubierto

El inciso 2° del artículo 25 de la Ley N° 20.000, define al agente encubierto como:

- Un **funcionario policial** que oculta su identidad oficial o conocida.
- Se involucra o introduce en organizaciones delictuales o meras agrupaciones con propósitos delictivos.
- Su objetivo es identificar a los partícipes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación.

Continúa el inciso 3° señalando que este agente encubierto podrá tener una **historia ficticia** cuya creación y medios necesarios para su oportuna y debida materialización, deberán ser otorgados por la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación, característica y modalidad que trataremos y analizaremos más adelante.

En la práctica, este funcionario policial, que actúa como agente encubierto, es designado internamente por su superior jerárquico, pero quien autoriza su actuar como tal, en el caso de la investigación de los delitos de narcotráfico, es el Ministerio Público, toda vez que, como vimos, en el caso de los delitos contra la propiedad, el fiscal requiere siempre autorización judicial para el uso de la técnica.

Como vemos también, la acción y finalidad de la técnica se encuentra definida legalmente en la norma, al igual que en el artículo 226 bis del Código Procesal Penal.

b) Agente revelador

El inciso 4° del artículo 25 de la Ley N° 20.000, define al agente revelador como:

- Un funcionario policial que oculta su identidad oficial o conocida.
- Simulando ser comprador o adquirente, para sí o para un tercero de sustancias sicotrópicas.
- Su objetivo es lograr la manifestación o incautación de la droga.

En la práctica, al igual que el agente encubierto, el revelador es nombrado por su superior jerárquico y autorizado por el Ministerio Público, mientras que en el caso de los delitos contra la propiedad, por expresa mención del inciso final del artículo 226 bis del Código Procesal Penal, se requiere siempre la correspondiente autorización judicial.

Del mismo modo, entonces, la acción y finalidad del agente revelador se encuentra definida legalmente, haciendo presente que en el caso del artículo 226 bis del Código Procesal Penal, la adquisición se trata de algún objeto que diga relación con los delitos de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, y el objetivo es lograr la manifestación o incautación de algún objeto que diga relación con dicha normativa.

c) Informante

Finalmente, el informante es tratado en el inciso 5° del artículo 25 de la Ley N° 20.000, definiéndolo como la persona que suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él o, que sin tener intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa en los términos señalados en alguno de los incisos anteriores, esto es, como agentes encubiertos o reveladores.

En razón de lo anterior debemos precisar entonces que el informante no es un funcionario policial, sino que un civil que puede actuar como **informante propiamente tal**, esto es, un particular que entrega información o suministra antecedentes a los organismos policiales sobre la preparación o comisión de un delito o de sus partícipes o como **informante infiltrado**, esto es, un particular que sin tener la intención de cometer un delito y con conocimiento de la policía, actúa como agente encubierto o revelador.

Importante es precisar que los informantes, al ser civiles o particulares, dependen de las instituciones policiales y no del Ministerio Público, razón por la cual se encuentran inscritos en dicha calidad en los registros de cada institución policial, pero su uso en una determinada investigación sólo puede proceder previa autorización del Fiscal en el caso de los delitos de narcotráfico,

y previa autorización judicial en el caso de los delitos contra la propiedad establecidos en el artículo 226 bis en estudio.

3.4. Norma común de eximente de responsabilidad para las actuaciones ejecutadas por agentes encubiertos, reveladores e informantes

El artículo 25, inciso final, de la Ley N° 20.000, señala que el agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como encubierto o revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.

En dicho sentido, podemos concluir que para que opere la eximente de responsabilidad, los agentes e informantes deben actuar en su calidad de tal, esto es, que hayan sido debidamente autorizados para participar en la investigación y sus actuaciones guarden relación con los objetivos y proporcionalidad de dicho actuar, pudiendo ser este pasivo o activo, lo que se desprende de lo establecido en la norma cuando habla de aquellos delitos en que deben incurrir o no hayan podido impedir.

Lo anterior tiene un límite, que si bien no lo establece la norma, se desprende de la historia de la ley en la que se declaró que dicha eximente no involucraba los "hechos de sangre".

3.5. Discusión relativa a la calificación de agente provocador o inductor

Como se ha sostenido, la técnica en comento debe estar precedida, para su aplicación, de la correspondiente autorización del fiscal o en el caso de los **delitos contra la propiedad**, de la autorización judicial correspondiente, toda vez que de no ser así, la prueba obtenida sería considerada ilícita por vulneración de garantías, cuestión que no merecería dudas, pero que sin perjuicio de ejecutarse con las debidas autorizaciones, de todas formas podría verse cuestionada si se considera que el actuar de los agentes indujo o provocó el delito que se investiga.

Por ello es que debemos distinguir cuándo estamos frente a un agente inductor o provocador y cuándo frente a un agente que constata un hecho delictual sin que se le pueda atribuir inducción o provocación alguna.

Así, un **agente provocador** es aquel que induce a cometer un delito a quien no lo habría hecho de no haber sido engañado o persuadido a cometerlo, mientras que **un agente encubierto o revelador** debidamente autorizado, es quien se infiltra en una asociación, agrupación u organización para obtener información, pruebas, determinar partícipes o lograr la entrega de algo sin instigar al sujeto activo a realizar la acción o cometer delitos.

En el primer caso la actitud es activa y en el segundo es pasiva, toda vez que el sujeto activo está cometiendo el ilícito, lo está preparando o lo ejecutará sin que haya inducción alguna por parte del agente que participa, sólo constatando la preparación, ejecución o consumación del mismo, acción que se desarrollará con o sin la presencia del agente, o dicho de otra manera, la preparación, ejecución o consumación del delito habría ocurrido de todas formas aun no habiéndose utilizado la técnica.

3.6. La "Historia Ficticia" del agente encubierto y su materialización

El artículo 25 de la Ley N° 20.000, en su inciso 2°, establece la posibilidad de que un agente encubierto pueda tener una historia ficticia, entregándole a la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación el deber de otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida materialización.

Debemos precisar, como primer punto, que la modalidad de poder obtener una historia ficticia para los agentes encubiertos que participen de una investigación, está entregada a aquellos funcionarios policiales que actúan en esa calidad y no para informantes que actúen como encubiertos.

Lo anterior se desprende de la propia estructura de la norma del artículo 25 de la Ley N° 20.000, toda vez que tal modalidad se encuentra establecida en su inciso 3°, inmediatamente después del inciso que define al agente encubierto como un funcionario policial, siendo los informantes tratados en el inciso 4° a quienes sólo se les entrega la posibilidad de participar en los términos de los incisos anteriores pero sin hacer mención a la posibilidad de tener además una historia ficticia.

Respecto de la materialización de la historia ficticia y a la luz de los resultados de su implementación, debemos precisar que ella, en estricto rigor, constituye casi exclusivamente un cambio de nombre y la posibilidad de obtener sólo los documentos que el Servicio del Registro Civil pueda conceder, toda vez que éste servicio **únicamente** está posibilitado para crear y otorgar los documentos que por ley está obligado a emitir.

Por ello, se considera que la norma no alcanzó a lograr los objetivos reales que se pretendían, que era, como su nombre lo indica, crear una historia de vida, con contenidos que fueran más allá de un simple nombre, con documentos que lo acreditaran, debiendo en opinión de este autor modificarse la norma del artículo 25 de la Ley N° 20.000, extendiéndose la obligación de materialización de la historia ficticia a otros servicios públicos, e incluso privados, para hacer realmente efectiva y eficaz la técnica de investigación en comento, máxime cuando uno de sus fundamentos está dado por la necesidad de protección para los funcionarios policiales que se ven expuestos a riesgos y peligros para la integridad física personal y la de sus familias.

3.7. Consideraciones relativas a la técnica de agente encubierto e informante aplicable a los delitos contra la propiedad

La participación de un agente o informante dice relación con un caso concreto, toda vez que la autorización que se solicita al juez de garantía está ligada a una investigación determinada, sin perjuicio que un mismo funcionario o particular participe en más de una investigación, pero en cada una de ellas debe ser nombrado y autorizado judicialmente.

Por su parte, y sin perjuicio que el control de los informantes está a cargo de las instituciones policiales donde se encuentran registrados, la investigación sigue siendo dirigida por el Ministerio Público, razón por la cual, el fiscal debe contar con todos los antecedentes que individualicen a la persona.

Distinto es el caso de los "informantes propiamente tal", de quienes hacíamos mención al distinguirlo de aquel que participa como encubierto o revelador, toda vez que a juicio de este autor, aquel que sólo presta información o suministra antecedentes a los organismos policiales sobre la preparación o comisión de un delito o de sus partícipes, no requiere ser autorizado judicialmente para ello, al tratarse de un simple denunciante.

III. Conclusiones

Si bien la inclusión de esta normativa fue objeto de discusión al tratarse de técnicas intrusivas que podrían vulnerar derechos y garantías fundamentales, a juicio de este autor, estas herramientas vienen a aumentar las capacidades de investigación, sin que por ello se amenacen las garantías individuales de los afectados por ellas, toda vez que la ley establece un alto estándar para su utilización, debiendo pasar siempre por el filtro de la autorización judicial para su implementación.

Importante es señalar que el uso de estas herramientas de investigación dicen relación directa con la investigación de asociaciones ilícitas, agrupaciones u organizaciones destinadas a cometer estos delitos, por lo que dichas técnicas aparecen absolutamente necesarias y proporcionales tomando en consideración que son utilizadas también en otros ilícitos relacionados con el crimen organizado, que es en definitiva lo que se busca desbaratar.

Finalmente, no podemos dejar de señalar que la figura del artículo 226 bis del Código Procesal Penal en aquella parte que señala que la asociación ilícita, organización o agrupación debe estar destinada a cometer los hechos punibles previstos en la norma, se asemeja a la figura de conspiración del artículo 8° del Código Penal, toda vez que para su configuración y perfeccionamiento requiere que los destinatarios de la propuesta criminal

consientan expresamente en ella, existiendo como tal desde el momento en que dos o más personas se conciertan para la ejecución de un hecho típico, en este caso, de los previstos en la norma en comento. Así, *"ni el ocuparse dos personas en la posibilidad de un delito, ni el desearlo, es conspirar para su comisión", se requiere "algo más": un* ***acuerdo*** *acerca del lugar, modo y tiempo de ejecutar un delito determinado y la* ***decisión seria de ponerlos por obra****…"*[3]. Se suma a lo anterior la resolución por parte del grupo de cometer el delito, es decir, un acuerdo entre los coautores que se dividen la ejecución del hecho típico, existiendo una voluntad seria y real de cometer el delito acordado.

De esta forma se han querido exhibir de manera descriptiva y normativa las nuevas herramientas que vienen a perfeccionar el Código Procesal Penal en lo que dice relación con la investigación de los delitos contra la propiedad que revisten mayor connotación social, permitiendo utilizar mecanismos que aumentan la eficacia y eficiencia en la persecución y prueba de estos ilícitos.

3 POLITOFF y MATUS, citando a Pacheco I, 104. *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Libro Primero, Parte General. Escrito por Jean Pierre Matus Acuña. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2009, Tomo I, p. 91.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA FIGURA DEL SICARIATO Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL

Juan Pablo Llancas Hernández[1]

I. Introducción

El presente trabajo aborda la figura del sicariato comenzando desde su concepción histórica, identificándolo como un delito que se diferencia del homicidio calificado por premio o promesa remuneratoria contemplado en el Código Penal chileno, tanto en su configuración como en su aparición y desarrollo, situándolo como un ilícito revestido de habitualidad en su comisión y que se desempeña bajo el alero del crimen organizado, especialmente de grupos dedicados al narcotráfico y/o al terrorismo.

Se plantean y se otorgan respuestas a interrogantes respecto al tipo objetivo y subjetivo de la conducta sicarial, tanto en materia concursal, como de error, comunicabilidad y sanción de este ilícito. Finalmente se analiza el tratamiento que se le otorga al objeto de estudio a nivel nacional en el área jurisprudencial y doctrinaria.

II. Antecedentes sobre la figura de sicariato

Que el dar muerte sea su oficio, así podríamos explicar lo que se nos viene a la mente cuando pensamos en la figura del sicario o sicariato. Un individuo que concreta anhelos delictivos ajenos a cambio de una cierta contraprestación -en un principio generalmente económica- de otro.

Según la Real Academia de la Lengua Española (RAE) un sicario es un "*asesino asalariado*", que como bien señala José Sebastián Cornejo Aguiar, "*la palabra "sicario" tiene su origen en Roma, y procede de la palabra "sica" que es una daga pequeña y fácil de esconder, que en la antigua Roma, se utilizaba para apuñalar a los enemigos políticos, por lo que "sicario" significaba hombre daga*"[2].

Para afrontar la problemática de la figura sicarial es necesario recurrir a su génesis histórica, Pontón Cevallos explica respecto a esta cuestión:

1 Abogado Asesor, Fiscalía Regional de Los Lagos, Ministerio Público.

2 CORNEJO AGUIAR, José Sebastián, "Análisis del delito de sicariato". En: *Revista Judicial Derecho Ecuador*, Doctrinas, Derecho Penal [en línea]. Disponible en: http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2015/09/28/analisis-del-delito-de-sicariato [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2016].

> "El registro histórico más famoso del sicariato se da en la época de las cruzadas, cuando una secta musulmana chiita denominada *Hashsh Ashin* se hizo conocida y temida por sus rivales cristianos, pues en nombre de *Alá*, y por órdenes de su líder Hassan Al Sabbah, realizaban asesinatos estratégicos, políticos y militares; incluso a figuras altamente protegidas.
>
> Este tipo de acciones demostraban cierta estructura organizada funcional, basada en el mando y la ejecución a través de técnicas especializadas. Sin embargo, es pertinente remitirnos a contextos contemporáneos para entender los entornos o dinámicas sociales, las motivaciones, los modelos de organización y los valores y símbolos culturales que se articulan a estas prácticas"[3].

La figura del sicariato en América Latina y el Caribe tiene su origen y desarrollo principalmente en los grupos asociados al narcotráfico y al paramilitarismo. Es en México con el gran avance de los carteles, y en Colombia con los

3 PONTÓN CEVALLOS, Daniel, "Sicariato y crimen organizado: temporalidades y espacialidades". En: *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, N° 8 (Septiembre, 2009), Quito, Ecuador, págs. 10-19, p. 12 [en línea]. Disponible en: http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/2923#.WFGqRLLhCUk [fecha de consulta: 14 de diciembre de 2016]. Otro acercamiento acerca del vocablo lo explica Mérida Escobedo al decir: "El término "sicariato" aparece en el imperio romano, cuando en aquella época se desarrollara una afilada daga llamada en latín "*sica*", la cual provista de un tamaño ideal, era utilizada para matar o para pasar desapercibida en el interior de la manga del vestido de quien debía dar muerte a una persona por encargo. Esta daga dio por llamar "*sicarius*" al oficio y "*sicarium*" a la persona encargada de ejecutar a un ciudadano romano por orden o contrato. El "*sicarium*" solía dirigir estos encargos, en contra de los enemigos políticos de su amo; más, el término sicario fue acuñado inicialmente en la lengua italiana del siglo XIV, mientras que el vocablo castellano fue incorporado en el habla latinoamericana apenas en la segunda mitad del siglo XX, a través del uso inicial de crónicas periodísticas, caracterizadas por la marcada intención de separar al asesino común y corriente; al asesino pasional o patológico; y al homicida sesgado por la sed y venganza del hombre especializado en dar muerte o sicario, vocablo que se encuentra inmerso en una mezcla de admiración y morbo, en cuanto a la capacidad de asesinar a sangre fría y sin remordimiento moral o sentimiento de culpabilidad alguna se refiere, en el que además se exhibe la perversión de un negocio cuya mercadería es nada más y nada menos que la muerte de una persona, con la interrupción de la tranquilidad y la paz social, que son en sí las características que robustece la tesis de que el sicariato no es sinónimo de asesinato, sino más bien, lo que en doctrina se denomina un "paratipo penal"". MERIDA ESCOBEDO, Hodenilson Darniel, "Investigación del sicariato y de los factores que influyen en la persona para convertirse en sicarios", Tesis de grado, Universidad Rafael Landivar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Licenciatura en Investigación Criminal y Forense, Enero de 2015, p. 1 [en línea]. Disponible en: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/99C261CEDE3263B205257F340073ADC4/$FILE/Merida-Hodenilson.pdf [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2016].

grupos paramilitarizados[4], que el cometer asesinatos a sueldo se vuelve no tan sólo una forma delictual, sino que un medio necesario para la subsistencia de otro tipo de ilícitos. El sicariato en muchas ocasiones no es más que un anexo, un insumo, una herramienta de una organización con fines criminales. No resulta extraño por lo tanto que muchas veces las agrupaciones criminales recluten a sicarios para que se desempeñen de manera permanente y exclusiva en la ejecución de homicidios –y otros delitos– contra otros grupos ilegales o autoridades contrarias a sus intereses.

A fin de evidenciar lo importante del asunto parece relevante lo expuesto por Pontón acerca de los efectos que puede generar la desatención de los Estados sobre el crecimiento de los asesinos asalariados, quien refiere que:

> "*Por lo general, los países que han evidenciado una problemática como esta, tienden a creer, por varias razones (entre ellas políticas), que el ascenso de los asesinos por encargo se explica solamente por cuestiones inherentes a la criminalidad local a la que pertenecen o por el simple hecho de una modificación en la estructura oferta/demanda, que deriva en una mayor contratación de estos servicios por parte de la población para resolver temas personales (venganzas, ajuste de cuentas, temas pasionales, cobro de deudas, etc.). Lo dicho demostraría al sicariato como un hecho eventual, en términos históricos, y solipsista desde el punto de vista de motivaciones criminales más complejas*"[5].

Algunas legislaciones le otorgan un tratamiento especial o particular a este delito, en general como una figura agravada de homicidio y/o considerándola como una circunstancia agravante de la responsabilidad penal.

El Perú recientemente tipificó de manera específica la figura del sicariato como delito, mediante el Decreto Legislativo 1181 del año 2015, también llamado Ley del Sicariato. Esta normativa introduce modificaciones al Código Penal con la inclusión de dos artículos. El primero es el delito de "sicariato" en el artículo 108-C y el segundo, el de "conspiración y ofrecimiento para el delito de sicariato", en el artículo 108-D[6].

4 Sobre la situación del sicariato y el crimen organizado –en especial el narcotráfico– en el Estado y Colombia, Alexander Montoya Prada realiza un análisis en su trabajo titulado Asalariados de la muerte. Sicariato y criminalidad en Colombia. MONTOYA PRADA, Alexander, "Asalariados de la muerte. Sicariato y criminalidad en Colombia". En: *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, N° 8 (Septiembre, 2009), Quito, Ecuador, págs. 61-74.

5 PONTÓN, ob. cit., págs. 16-17.

6 Artículo 108-C.- Sicariato. El que mata a otro por orden, encargo o acuerdo, con el propósito de obtener para sí o para otro un beneficio económico o de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años y

El intento del legislador peruano, a pesar de contar con algunas críticas en orden a la no eliminación del homicidio calificado por encargo, apunta en la línea correcta, ya que, como se verá en los acápites siguientes, existe una clara intención de abordar el fenómeno como una problemática delictual en crecimiento y vinculada a otras actividades delictivas como el crimen organizado. He ahí que el numeral dos del citado artículo 108-C impone una aumento de pena cuando el encargo se ejecuta: "2. *Para dar cumplimiento a la orden de una organización criminal*".

Pareciere ser que este injusto, por su gestación, crudeza y consecuencia, tendría un desvalor tanto de acción como de resultado mayor al que de un homicidio común. No resulta igualmente reprochable para el hombre de la calle la muerte ocasional de una persona a manos de otra, la que sin mediar planificación alguna –y en muchos casos por imprudencia o negligencia, como en los cuasidelitos de homicidio– termina abruptamente causando el deceso de la víctima, que aquella muerte respecto a la cual existió de manera previa, concertada y planificada un trato que podría constituirse como una cuestión cotidiana y reiterado de quien lo realiza.

Dicho lo anterior, este trabajo intentará analizar algunas consideraciones problemáticas que plantea la configuración de este delito en el derecho penal chileno y comparado. ¿Merece este delito una mayor severidad en su sanción? ¿Cómo debe ser el tratamiento en materia de autoría y participación? ¿Aquellas cuestiones que se aparten del "encargo" resultan ser atribuibles al mandante del crimen? ¿Ante una hipótesis de error de tipo, problemas de orden concursal y de mayor extensión del mal producido, deberá considerarse tanto para el sicario cómo para el mandante? ¿Son símiles las figuras de homicidio calificado por premio o promesa remuneratoria y la figura del sicariato? Estas entre otras cuestiones son las que abordan a continuación.

con inhabilitación establecida en el numeral 6 del artículo 36, según corresponda. Las mismas penas se imponen a quien ordena, encarga, acuerda el sicariato o actúa como intermediario. Será reprimido con pena privativa de libertad de cadena perpetua si la conducta descrita en el primer párrafo se realiza: 1. Valiéndose de un menor de edad o de otro inimputable para ejecutar la conducta; 2. Para dar cumplimiento a la orden de una organización criminal; 3. Cuando en la ejecución intervienen dos o más personas; 4. Cuando las víctimas sean dos o más personas; 5. Cuando las víctimas estén comprendidas en los artículos 107 primer párrafo, 108-A y 108-B primer párrafo; y 6. Cuando se utilice armas de guerra. Artículo 108-D.- La conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años: 1. Quien participa en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de sicariato; y 2. Quien solicita u ofrece a otros, cometer el delito de sicariato o actúa como intermediario. La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años, si las conductas antes descritas se realizan con la intervención de un menor de edad u otro inimputable.

III. Elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. ¿Una conducta símil al homicidio calificado cometido por premio o promesa remuneratoria?

Parece acertada la definición otorgada por Carrión Mena al señalar sobre el sicariato que: "*es un 'servicio' por encargo o delegación que carece de mediación estatal y posee una importante mediación social que lleva a la pérdida del monopolio legítimo de la fuerza del Estado*" [7].

A nuestro criterio se hace necesario dotar a esta definición de un elemento adicional, por lo que entendemos por sicariato la muerte provocada por un individuo a otro previo pacto económico concertado con un tercero interesado en la consumación del hecho, siendo funcional esta realización delictiva para el desarrollo o supervivencia del crimen organizado.

En este sentido, el Código Penal chileno contempla una hipótesis similar al ejemplo de homicidio por encargo. Esta figura penal es denominada homicidio calificado [8]

7 El autor incluso ejemplifica en el sentido de que "*El servicio es contratado para un ajuste de cuentas (traición, venganza), justicia por propia mano (violación, crimen) o acto de intimidación (competidor, política) a cambio de una compensación económica previamente pactada. Se trata de un servicio a la carta y al mejor postor, que lleva a la existencia de distintos tipos de mercados que se conforman según la cualidad de la víctima (juez, comerciante, vecino); la razón del contratante (venganza, soplón); el contexto del evento (vulnerabilidad, riesgo); las condiciones del sicario (freelance, tercerizado); y según el lugar donde se cometerá el acto (barrio, municipio o internacional*)". CARRION MENA, Fernando, "El sicariato; una realidad ausente". En: *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, N° 8 (Septiembre, 2009), Quito, Ecuador, págs. 29-40, p. 32.

8 Es la doctrina quien se encargó de intitular a esta figura como homicidio calificado, cuando en estricto rigor, el Código Penal no le otorga un *nomen juris* propio. En otras legislaciones, como la española, este delito es denominado asesinato. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMAN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial*. 2ª edición, Santiago, Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2004, p. 59, quienes expresan que: "*Homicidio calificado es la denominación dominante (ETCHEBERRY III, 52), aunque POLITOFF / BUSTOS / GRISOLIA, 113, no dejan de tener razón al preferir la de asesinato, por su mayor carga de significado: esta expresión –cuyo origen etimológico parece encontrarse en la voz árabe haxxaxin, que identificaba ciertos asesinos a traición de Libia en la época de los cruzados– es la tradicional en la legislación española, donde permanece en los arts. 139 y 140 del nuevo CP español de 1995. Suelen citarse, a modo ejemplar, denominaciones utilizadas por otros países: Mord, en Alemania; Murder, en Inglaterra, homicidio circunstanciado, en Italia, etc., que indican ciertamente el mayor disvalor de estas conductas, pero no al extremo de establecer una diferenciación ontológica con el homicidio simple –según parece desprenderse de lo sostenido por GARRIDO MONTT III, 51–, al punto que el asesinato es, en el nuevo CP español, únicamente una forma agravada de homicidio*".

por premio o promesa remuneratoria, consagrado en el artículo 391 circunstancia segunda[9].

Esta figura penal requiere para su configuración los requisitos propios de la figura base de homicidio, a saber, el dar muerte a otro, pero revistiéndolo de una circunstancia o modalidad especial, y es que previamente haya mediado un acuerdo consistente en la entrega de un premio o promesa remuneratoria.

Etcheberry, citando a Carrara, señala que esta modalidad homicida fue la primera que recibió la denominación de asesinato. Para explicar esta figura expresa que: "*nos encontramos aquí con una forma de calificación fundada en los móviles: se considera más condenable a quien mata por motivos fútiles o utilitarios que a quien lo hace por motivos graves, generalmente afectivos o pasionales*"[10].

Habría que preguntarse, por tanto, si nos encontramos ante la consagración legislativa de la conducta sicarial tipificada en el artículo 391 circunstancia segunda del Código Penal, o se trata de una figura diversa a la que tiene por objeto el estudio del presente trabajo. Para responder aquello resulta necesario establecer el *ratio legis* de la figura chilena y analizar los elementos que conforman el delito sicarial.

El legislador nacional estuvo por tipificar diversas figuras como atentados contra la vida, la figura base se encuentra constituida por el homicidio simple, en cuyo alero podemos posicionar otros tipos penales que son castigados con mayor severidad, como el parricidio y el homicidio calificado, mientras que otros tipos penales se consideran figuras atenuadas y castigadas con un reproche de menor intensidad, como el homicidio en riña, el auxilio al suicidio y el infanticidio[11].

9 Para una mayor comprensión del lector, se transcribe el artículo en comento: Art. 391. El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado: 1° Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes: Primera. Con alevosía. Segunda. Por premio o promesa remuneratoria. Tercera. Por medio de veneno. Cuarta. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido. Quinta. Con premeditación conocida. 2° Con presidio mayor en su grado medio en cualquier otro caso.

10 ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, parte especial*. Tercera edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2004, t. III, p. 62, quien al dar estudio en obra de parte especial al delito de homicidio calificado por premio o promesa remuneratoria analiza latamente acerca de la posibilidad de ocurrencia de non bis in ídem con la agravante del artículo 12 del Código Penal.

11 En la legislación española algunas figuras y circunstancias de comisión han sido derogadas por entender que responden a un simple antecedente histórico, bastando la existencia de una circunstancia modificatoria de responsabilidad de carácter mixto. Es el caso, por ejemplo, del parricidio, el cual sostenía su mayor severidad en la temeridad de que el príncipe atentara contra el rey con ansias de apoderarse de la corona con mayor prontitud.

El mayor o menor reproche penal fluye del desvalor de resultado como también de los especiales móviles o criterios subjetivos del autor para provocar –o encomendar– la muerte de otro. En el parricidio y el infanticidio su desarrollo histórico social conlleva el tratamiento distintivo o diferenciado con la figura base de homicidio simple. La temeridad de que el príncipe atentase contra el rey u otro miembro de la dinastía en el caso del parricidio, y la deshonra personal y familiar tratándose del infanticidio. En otras ocasiones, el legislador considera un criterio de orden práctico y procesal, como en el caso del homicidio en riña, en el cual la imposibilidad de determinar al autor de la agresión mortal obliga a sancionar a todos aquellos quienes infirieron lesiones en la víctima.

La mayor severidad en el caso del homicidio calificado viene entonces entregada por la mayor malignidad del delito en su gestación y planeación. Es el legislador que, ante una particular forma de ataque al bien jurídico vida, las incorpora a fin de dar lugar a un delito de aquellos que la doctrina denomina complejos, bajo el entendido que dichas formas especiales de ataque supondría una circunstancia agravante de la responsabilidad penal, se refunden e incorporan al tipo penal base a fin de crear una figura agravada.

Para dar respuesta entonces a la interrogante sobre si la hipótesis del homicidio calificado por premio o promesa remuneratoria coincide con la figura del sicariato, también se hace necesario determinar los requisitos objetivos y subjetivos de este último.

Desde el análisis de la **faz objetiva** del delito sicarial, cabe señalar que éste se trata de un proceso en el que intervienen una serie de actores identificables para su configuración. Así, para un autor puede reconocerse producto de la división de trabajo que da lugar al establecimiento de este tipo delictivo con: a) un contratante, quien es aquel que realiza el encargo de dar muerte a otro previo acuerdo económico; b) el sicario, quien ejecuta la muerte encargada por el contratante previo acuerdo o promesa de orden económico[12]; y c) la víctima, quien es a quien se le da muerte por parte el sicario.

12 CARRION, "El Sicariato", ob. cit., p. 33. Para quien "*El sicario es un tipo joven que ha sido reclutado de ex policías, ex militares, narcotraficantes, guardias privados, guardaespaldas, guerrilleros, pandilleros, paramilitares, brigadas barriales, entre otros sectores. Estas personas pueden ser contratadas de forma individual en ciertos barrios, discotecas, cantinas, billares, burdeles y hasta por Internet; y también a través del crimen organizado, bajo la forma tercerizada, lo cual garantiza el trabajo y la impunidad. (IV) Por último está la víctima, que dependiendo de la "justicia" que quiera impartir el contratante, puede definirse en dos tipos: una vinculada al crimen organizado (narcotráfico), donde el perfil de la víctima depende del lugar en que se ubique dentro del mercado laboral (juez, policía, magistrado, periodista o político), constituyendo por lo general un funcionario/a que se encuentra dentro del llamado "orden público"; y la otra, puede ser cualquier persona que tenga un entredicho con otra. Es decir, que la víctima se define según la relación que tenga con el contratante y sus intereses. Estos actores*

En cuanto a los **sujetos activo y pasivo**, no corresponde realizar distinciones, toda vez que el sicariato se trata de un delito común, sin exigir un sujeto especial. Resulta interesante al discurrir sobre este último actor, el sujeto pasivo, analizar si desde el punto de vista de la seguridad ciudadana y la victimología existen personas más propensas a ser sujetos pasivos de estos crímenes. No puede negarse que en la mayoría de casos, quien tiene el poder de control político y/o económico, o quien detenta un poder decisional vinculado a mercados y territorios, resulta con mayor posibilidad ser blanco del encargo criminoso homicida. Incluso se distinguen dos tipos de víctimas dependiendo de los fines del encargo y la persona que actúa como contratante. Una vinculada al crimen organizado (generalmente al narcotráfico), donde se identifica al juez, policía, fiscal, periodista o político, que tenga injerencia en el orden y seguridad pública para la evitación del delito de sustancias ilícitas, y otro tipo de víctima que dice razón con cualquier individuo que tenga un entredicho o discordia de magnitud con otra. Nosotros somos del parecer de reconocer la calidad también a otro tipo de víctima, y que es aquella cuyo poder decisional se despliega sobre factores político-sociales, como es el caso de políticos de alta jerarquía pertenecientes a países que poseen influencia económica y cultural sobre otros (casos de Estados Unidos, Rusia, China, entre otros), como también de aquellos que personifican ciertos ideales de orden religioso, político-partidista, étnico u otro bastión que represente una fuerte línea opositora con otro grupo o conglomerado de personas (presidentes de partidos políticos, líderes religiosos, cabecillas de grupos reivindicatorios de derechos).

Respecto a la **faz subjetiva** del sicariato, cabe hacer algunas precisiones. La figura del homicidio simple en nuestra legislación se satisface tanto con un dolo directo o eventual, como también con la hipótesis culposa. No ocurría lo mismo respecto del homicidio calificado, donde el plus de disvalor se encuentra representado por la especial manera en que el homicidio se comete, por lo que esta mayor severidad debe estar justificada en el pleno conocimiento del autor de dicha manera particular de dar muerte a la víctima[13]. Este argumento

pueden ser personas aisladas o instancias orgánicas; son diversificados y no se conocen entre sí, lo cual les da una mayor fuerza frente al Estado de derecho. Así, quien hace de sicario no conoce a la víctima ni tampoco el entorno, característica negativa para el trabajo de ajusticiamiento, pero positiva para el momento posterior al crimen, ya que el no dejar huellas impide su aprehensión". El autor considera al sicario como el eslabón más débil de esta cadena ilícita, principalmente debido al riesgo que corre al ejecutar el homicidio y el desconocimiento que muchas veces presenta de la situación y condición de la víctima. Señala el autor en relación a esto que: "Hay una relación de conocimiento de arriba hacia abajo, que hace que su sobrevivencia dependa de dar muerte; pero su eficiencia incrementa su vulnerabilidad, en el sentido que ser testigo le convierte en potencial víctima de otro sicario".

13 Garrido adhiere a la tesis comentada en torno a que el homicidio calificado sólo admite dolo directo. Con todo, refiriéndose el autor a Conde Pumpido, expresa que tratándose

resulta entonces aplicable al delito cometido por el sicario, ya que para su configuración debe tener un conocimiento acabado y directo de que se obra con el objetivo de dar muerte a un tercero por encargo de otro. Así, la figura sicarial sólo admite dolo directo.

Dentro del estudio de esta faz subjetiva, se debe hacer presente que la utilización del sicario forma parte esencial para el despliegue y avance de control de territorio y mercados por el parte del crimen organizado, especialmente del narcotráfico, por lo que analizar sus principales finalidades puede servir como indicativo de esta finalidad. Pontón refiere que en la mayoría de los casos el sicario comete este delito con algunos de los siguientes fines: a) el desarrollo de guerras entre carteles dedicados al tráfico de sustancias ilícitas por el control de nuevos territorios nacionales o internacionales, como lo fue la lucha entre los carteles de Medellín y de Cali en la década del noventa en Colombia; b) dar muerte a políticos, este sería un caso, aunque Pontón no lo señale de manera expresa, en donde el sicario puede ser utilizado por grupos que buscan desestabilizar el orden político, como el caso de grupos antisistémicos y terroristas; c) asesinato a población civil en otros países indiscriminadamente a fin de causar miedo en la población. Nótese su parecido con el elemento subjetivo de los delitos terroristas contemplado en la Ley N° 18.314[14]. Pontón entrega el ejemplo del terrorismo internacional; d) el asesinato de personajes claves en el manejo de los procesos de elaboración de sustancias ilícitas, traslado y comercialización de las mismas[15].

Acerca del **encargo o mandato**, como elemento conformador de este ilícito, este debe reunir ciertos requisitos a nuestro criterio. No bastaría aquí un acuerdo meramente eventual o posible, sino que este debe ser directo sobre un blanco determinado o a lo menos determinable. Así, no sería suficiente un mero consejo del presunto mandante sobre cometer un homicidio de una determinada persona. Tampoco podría sostenerse que este encargo o acuerdo existe en aquel caso que el sicario suponga que cometido el crimen obtendrá

de la hipótesis tercera, por medio de veneno, podría admitir su configuración mediante el dolo eventual. GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, parte especial. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2010, t. III, p. 67.

14 La Ley N° 18.314 determina conductas terroristas y fija su penalidad. La normativa exige para encontrarnos ante un ilícito de carácter terrorista la concurrencia de un elemento subjetivo característico que reseña en su artículo 1 al siguiente tenor: "*Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2º, cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias*".

15 PONTÓN, ob. cit., p. 16.

un beneficio económico de quien no lo habría encargado, aunque la muerte de la víctima hubiese sido deseada por éste último. Luego, los elementos que debe contener este encargo entonces consistirían en: a) conocimiento de la comisión de un homicidio; b) determinación de la o las víctimas, lo que también puede ser determinable según la naturaleza del acuerdo. Piénsese en aquel que encarga la muerte de todos los jefes de policía de una determinada ciudad; y c) Que sea realizado con antelación a la ejecución del delito.

Pareciere ser que dentro de aquel esquema también resulta plausible pensar en figuras que no tengan por objeto producir la muerte de una persona, sino que tengan por destino de encargo delictual cometer otro tipo de ilícitos como mutilaciones, lesiones o amenazas, o inclusive delitos contra otros bienes jurídicos, como estafas, robos, tráfico ilícito de drogas, secuestros, entre otros. Por de pronto, y siendo el elemento caracterizador del sicariato por su aspecto histórico y génesis, sólo es posible referirse a la figura sicarial cuando aquella se concreta en la muerte de una persona mediando un acuerdo.

Una cuestión que merece ser comentada es sobre la naturaleza que debe tener la contraprestación por la muerte ya ejecutada. En el homicidio calificado hay concenso acerca de que la naturaleza de esta contraprestación debe ser en dinero[16], dejando fuera meros favores o promesas de índoles incluso sentimental, lo que se desprende del tenor literal de la voz "*premio o promesa remuneratoria*". Basta recordar sobre aquello que todo homicidio tiene un fin ulterior, por lo que abrazar la tesis contraria supondría una interpretación de la figura de manera extensiva y en *malam partem*, cuestión que resultaría inconstitucional atendido el principio de legalidad. En el caso de la figura sicarial, ya hemos entregado algunos elementos de que, a nuestro entender, este tipo penal obedece a servir principalmente al desarrollo del crimen organizado, por lo que limitar la contraprestación a sólo cuestiones de índole económica no nos parece correcto. Así, este concepto debe ser entendido no sólo bajo un pago en dinero para el que ejecuta el hecho, sino que este pago puede estar representado en un beneficio o ventaja para el grupo o asociación criminal por la que se ejecuta el hecho. Piénsese en el caso de a quien se le encarga la ejecución de uno o más homicidios bajo la promesa de que si estos se concretan, determinada organización criminal gozará de la firma de una alianza ilegal o el despeje de áreas de circulación de rutas de sustancias ilícitas.

Esta funcionalidad que venimos comentando para el desarrollo del crimen organizado en la ejecución del homicidio es lo que lo diferencia principalmente de la figura de homicidio calificado contenida en el Código Penal chileno. Considerar como una forma especial de comisión para aumentar la pena,

16 GARRIDO MONTT, ob. cit., págs. 59-60.

símil a la circunstancia agravante comprendida en el art. 12 N° 2[17] del Código Penal, evidencia que el legislador sólo castiga el mayor grado de malignidad, pero no enfrenta a este ilícito de una manera particular como asociado y vinculado a otros tipos de ilícitos, especialmente a su estrecha relación con la asociación ilícita para el tráfico de drogas.

Pontón, al referirse a la diferenciación existente entre la figura del sicario y la ejecución de un asesinato, señala que:

> *"En el homicidio o asesinato común, la autoría intelectual y la autoría material queda atrapada en una sola unidad; es decir, la persona perpetradora o victimario es quien planifica, y el que ejecuta el acto criminal; no obstante, la víctima termina siendo siempre un sujeto. Por el contrario, en el suicidio, el autor material, el autor intelectual y la víctima terminan siendo la misma persona. En el caso del sicariato, la sola presencia de un tercero en la perpetración del crimen implica una distribución racional de trabajo que, agravado por la figura de mediadores, es ya un modelo básico de criminalidad organizada"* [18].

Si bien el panorama delictivo y político criminal chileno no evidencian una crecida de homicidios por encargo a consecuencia del despliegue y desarrollo del crimen organizado, de *lege ferenda* pareciere recomendable incluir en la legislación chilena relativa al porte y tenencia ilegal de armas, tráfico de sustancias ilícitas, terrorismo y seguridad interior del Estado, elementos que permitan sancionar la figura sicarial como un homicidio ya no agravado sino cometido como funcional a la escala delictiva de organizaciones criminales, tal como lo realiza el tipo penal peruano con las salvedades ya señaladas.

No debe olvidarse que a pesar de registrarse pocos eventos a nivel nacional relacionados con homicidios por encargo, este resulta ser un ilícito que muchas veces conlleva otros delitos en su gestación, consumación y agotamiento, tales como amenazas, adquisición y tráfico ilegal de armamento, blanqueo de dinero, entre otros[19]. Por su especificidad y cada vez más acabado profesionalismo en

17 Considerar un homicidio calificado por premio o promesa remuneratoria, agravado por la circunstancia del artículo 12 N° 2 del Código Penal supondría una violación al principio non bis in ídem, al valorar dos veces el mismo hecho. A pesar de que podría interpretarse que al señalar el agravante "*cometerlo mediante precio, recompensa o promesa*" sin aludir a la voz "*remuneratoria*" que sí invoca el artículo 391 del Código Penal, es claro que la referencia debe ser al aspecto económico del acuerdo o pacto, más aún considerando la infinidad de motivos que podrían ser comprendidas en la agravante, lo que también de ratio legis sería una interpretación in *malam partem*.

18 PONTÓN, ob. cit., p. 11.

19 Considerar otros ilícitos cometidos por el sicario con el fin de ejecutar el encargo homicida podría suponer un concurso medial. Con todo, al menos en lo que respecta al porte y tenencia de armas prohibidas, esta posibilidad se encuentra vedada por el legislador. Para ahondar más en la temática de los concursos nos remitimos al apartado tercero de este trabajo.

su ejecución, puede suponerse la existencia de una gran cifra negra en la tasa de homicidios cometidos por sicarios.

Cualquier escalada de criminalidad que se encuentre vinculada a la intermediación debe llamar fuertemente la atención del legislador. El combate, a modo de prevención, del crimen organizado para impedir el desarrollo del sicariato resulta fundamental, más aún ante la posibilidad que la guerra de carteles del narcotráfico se traslade hacia otros territorios, en especial aquellos que no cuentan con una normativa que castigue de manera específica y ejemplar los delitos cometidos por esta organización o agrupación. No se debe caer ante creencias erróneas de que el ascenso de los homicidios y asesinatos por encargo se explica lisa y llanamente por cuestiones inherentes a la criminalidad local. Esto convertiría al sicariato en un hecho simplemente eventual y de extremadamente muy remota ocurrencia[20]. El asentamiento y desarrollo vía crimen organizado de la figura del sicario podría ya dar lugar no a un mecanismo utilizado sólo por clanes y grupos estables y jerárquicos, sino llevarnos a la contratación de este servicio por la población local para la resolución de temas personales (vecindad, ajuste de cuentas, pasionales, cobro y pago de deudas, rencillas ideológicas de orden político o religioso, entre otros), lo que podría llevar a un asentamiento definitivo del sicariato. Algunos, por tanto, consideran que lo primordial resulta ser la lucha contra las condiciones propicias para el establecimiento de la figura del sicario[21].

Pareciere ser, por tanto, a la luz de lo expuesto, que ambos delitos comparten presupuestos comunes, como lo es principalmente la construcción de la autoría y participación, con la gran diferencia que conlleva la existencia de la habitualidad en el caso de la figura sicarial y la mera oportunidad en el designo criminoso por parte de quien por circunstancias particulares –quizá incluso personales– comete un homicidio mediando previamente un premio o una promesa remuneratoria. De este modo, podemos acercarnos a una acepción conceptual de la figura sicarial como aquel delito de homicidio cometido por quien se desempeña de manera habitual u ocasional realizando

20 PONTÓN, ob. cit., p. 17.

21 Interesante resulta el análisis de Pontón Cevallos en este sentido, al referirse a las condiciones propicias para el aumento de los homicidios cometidos por la figura del sicario: "*Por lo general, los países que han evidenciado una problemática como esta, tienden a creer, por varias razones (entre ellas políticas), que el ascenso de los asesinos por encargo se explica solamente por cuestiones inherentes a la criminalidad local a la que pertenecen o por el simple hecho de una modificación en la estructura oferta/demanda, que deriva en una mayor contratación de estos servicios por parte de la población para resolver temas personales (venganzas, ajuste de cuentas, temas pasionales cobro de deudas, etc.). Lo dicho demostraría al sicariato como un hecho eventual, en términos históricos, y solipsista desde el punto de vista de motivaciones criminales más complejas*. PONTÓN, "Sicariato", ob. cit., p. 18.

simples delitos y/o crímenes por encargo a cambio de un acuerdo económico o funcional al desarrollo del crimen organizado.

IV. Algunos problemas que plantea la figura delictiva en su tipificación y castigo

El homicidio por encargo (sea homicidio calificado del Código Penal chileno, o la figura del sicario desarrollada al alero generalmente del crimen organizado y específicamente del narcotráfico) presenta incontables problemas relacionados con la autoría y participación, concursal, de faz subjetiva, de imputación objetiva, entre otros que puedan considerarse[22].

Ante esta serie de requisitos comentados y el número de actores y sujetos involucrados en la figura del homicidio por encargo, no resulta extraño que se susciten algunos problemas. Ya hemos esbozado algunos de ellos, los que se analizarán de manera separada para un mejor acercamiento a los mismos:

a) *Resultado homicida que no se concreta en el sujeto sobre cual el contratante pretendía que el sicario diera muerte*. A la hora de dar ejecución del encargo criminoso por parte del sicario, puede acontecer que el plan no recaiga sobre la persona víctima que el contratante esperaba, de modo que, ya sea por un error del sicario, por su falta de efectividad a la hora de cometer el ilícito, o por otros azares, el resultado homicida puede concretarse en un extraño completamente ajeno a lo pactado. En casos cuyo desenlace se produce de esta manera, ¿resulta atribuible la muerte al contratante?

   Estas situaciones en principio de una solución aparentemente sencilla, no resultan serlo para nuestro caso sublite de triangulación, por lo que para resolver la cuestión consideramos necesario realizar una distinción respecto a criterios de comunicabilidad propios de la autoría y participación relativos al grado de conocimiento y representación de los medios de comisión y forma en que el sicario ejecutará el homicidio por parte del contratante. Así las cosas, podemos vernos enfrentados a tres situaciones o escenarios: i) contratante conocía los medios, forma y circunstancias de comisión respecto a cómo el sicario ejecutaría el delito. En este caso el resultado que se concreta sobre un extraño al objetivo o blanco del pacto le resulta totalmente imputable; ii) contratante desconocía totalmente los medios, forma y circunstancias de comisión respecto a cómo el sicario ejecutaría el delito, no resultaría por tanto atribuible una muerte fuera del plan al contratante. Esto puede ocurrir en aquellos casos en que interviene

22 Lo tratado en este apartado es de utilidad también para resolver problemas o interrogantes atingentes al homicidio calificado, con las salvedades de aquellos acápites que sólo guarden relación con nuestra materia de estudio.

una figura como punto de contacto entre el contratante y el sicario, un intermediario, quien mercantiliza y despersonaliza aún más la relación entre estos dos primeros; o iii) contratante desconoce los medios, forma y circunstancias de comisión respecto a cómo el sicario ejecutaría el delito, pero se representa aquellas cuestiones como un evento altamente probable. Este sería un caso propio de dolo eventual en el contratante. Piénsese en quien a pesar de no tener claridad acerca del modo de proceder del sicario, conoce de forma acabada las rutinas de la víctima, representándose en un alto porcentaje que al momento de que se ejecute el hecho la víctima se encontrará acompañada de una o más personas.

Será el grado de conocimiento que detente el contratante y el porcentaje de representación respecto de que el resultado homicida pueda concretarse en un individuo distinto del blanco lo que determinará la atribución del resultado lesivo al mandante.

b) *Concurso de delitos cometidos por el sicario. ¿Aplicación de la acumulación jurídica (exasperación) del artículo 351 del Código Procesal Penal?* Cuando nos referimos a los elementos caracterizadores de la figura sicarial hicimos referencia a la habitualidad u ocasionalidad en el desempeño de ejecutar la muerte de una persona por encargo de otra. De este modo y ante la detención de un sicario podríamos enfrentarnos no sólo ante la imputación por un solo 'homicidio calificado', sino que ante una serie de ellos, o al menos más de uno.

La legislación nacional resuelve aquello de dos maneras. La primera consiste en considerar los ilícitos como un solo delito aumentando su penalidad, lo que se encuentra regulado en el antiguo código de enjuiciamiento criminal en su artículo 509, norma aplicable para los hechos anteriores a la reforma procesal penal, y en el artículo 351 del nuevo Código Procesal Penal[23]. Al tratarse de delitos regulados bajo el mismo título (caso del artículo 509) o delitos de la misma especie (situación del artículo 351) el juzgador, de encontrar culpable al acusado, debería estar por castigar los hechos como un solo delito aumentando su penalidad en hasta dos o tres grados dependiendo del código que resulte aplicable.

Diferimos de la solución entregada por el legislador. Creemos que la aplicación de la exasperación no puede ser considerada para delitos que atenten contra bienes jurídicos protegidos que definan la individualidad de la persona, como

23 La solución que entregan ambos códigos difiere en pequeños detalles. Mientras que el Código de Procedimiento Penal estima delitos de la misma especie aquellos regulados bajo el mismo título, el Código Procesal Penal lo hace respecto de aquellos que afectan el mismo bien jurídico. En fin, en cuanto al aumento de penalidad, el primero establece un aumento de hasta tres grados, mientras que el nuevo código sólo hasta dos.

lo son aquellos bienes compuestos por la indemnidad y libertad sexual, los graves ataques a la integridad física y psíquica, y por supuesto, la vida. La razón de ello no sólo puede entenderse, en el caso del bien afectado por la figura del sicario, en que lo tipos penales que protegen estos bienes que hemos denominado como esenciales para el desarrollo humano, se colman con la afectación de sólo un atentado a ellos. Piénsese en el encargo que se le realiza a un sicario respecto de dar muerte a los miembros de toda una familia, a los cuales da muerte dentro de su domicilio mediante la colocación de un artefacto explosivo. De este modo habremos de considerar al momento de dar castigo al sicario que ha cometido tantos homicidios como encargos concretó (sin perjuicio de otros delitos vinculados a ellos), quedando imposibilitada la aplicación del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal o 351 del Código Procesal Penal, debiendo entonces castigarse los ilícitos de acuerdo al artículo 74 del Código Penal, vía concurso material.

c) *Comunicabilidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal e imputación a título de homicidio calificado, homicidio agravado o coautor de sicariato.* Una de las cuestiones controvertidas en el delito de homicidio calificado por premio o promesa remuneratoria suele serlo la comunicabilidad de las circunstancias. Ya hay discusión en torno a si el contratante (autor inductor) responde a título de un homicidio calificado con la circunstancia referida o solamente resulta responsable de un delito de homicidio agravado por la circunstancia N° 2 del artículo 12. Bustos, a propósito del caso español, plantea que: "… *el problema fundamental surge en relación a la posible diferencia con la agravante homóloga <<mediante precio…>>, es decir, si al hablarse de <<por>> en vez de <<mediante>> significa que la calificante está referida sólo al que realiza el hecho y no alcanza al instigador*"[24].

En este trabajo hemos afirmado la autonomía de la figura sicarial respecto del homicidio calificado, de modo que la consideramos una figura autónoma. La figura sicarial para existir requiere de la existencia del encargo de parte del contratante, sin ese encargo el delito degenera en alguna otra hipótesis penal, por lo que la solución aportada por Bustos para el asesinato contemplado en la legislación española nos parece del todo acertado: si para estar frente a una figura penal donde el mandato de dar muerte supone la existencia del tipo, valorar ese hecho para considerar al inductor (contratante) como autor de sicariato supone una doble valoración del hecho (primero para dar existencia al delito, y luego para agravar la posición) y por tanto una vulneración al principio non bis in idem.

24 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho Penal, parte especial*. 2ª edición, Ed. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, Chile, 2009, t. III, p. 45.

V. La situación de la figura del sicariato a nivel jurisprudencial y doctrinal en el medio chileno. Referencia al caso *"La Quintrala"*

A nivel jurisprudencial las menciones a la voz sicario se utiliza para referirse a la intermediación del homicidio, en especial a los casos de homicidio calificado por premio o promesa remuneratoria.

No existen fallos o sentencias, por tanto, donde se desarrolle la figura del sicario a nivel jurisprudencial, menos aún en el sentido que se pretende en este trabajo: reconocer al sicariato como un delito autónomo al homicidio calificado, el cual se distingue por responder su comisión a intereses no de un contratante particular con intereses aislados y personales, sino que a los de una organización criminal.

Con todo, existen casos concretos que merecen ser destacados, los cuales más que servir de insumo para el estudio de la materia han sido utilizados por los medios de comunicación para dar una extensa cobertura, sobre todo en la etapa de juzgamiento de los responsables por el hecho.

Así, sin duda que el evento más interesante en el medio chileno resulta ser el caso de "*La Quintrala*"[25], crimen acontecido el año 2008 en la calle Seminario de la comuna de Providencia, en Santiago. Los hechos, brevemente, consistieron en que el imputado JR fue contactado por la imputada MP para que diera muerte a un integrante de la familia de su hermana, previo acuerdo de orden económico. JR aceptando el acuerdo se trasladó hasta el domicilio de la víctima, ocasión en que al proceder a su ejecución intervino en el hecho un amigo de la familia de la víctima, DS, el cual se encontraba en el domicilio, quien creyendo que JR pretendía cometer un delito de robo intentó repelerlo, resultando DS muerto en el intento, huyendo del lugar JR sin haber dado cabal cumplimiento a lo mandatado.

Lo atractivo de este relato lo supone el hecho que el ejecutante no logró cumplir con el encargo de manera íntegra, y si bien comete un homicidio, este se concretó en una persona que no comprendía el encargo y que incluso su muerte podría ser rechazada por el contratante. ¿Cómo entonces castigar al autor inductor cuando existe un resultado que se extralimitó del encargo y más aún se concretó en la muerte de un tercero?

25 Sentencia pronunciada por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago con fecha veintiséis de febrero de dos mil once en causa RIT N° 136 – 2010; RUC N° 0801000636–9. Las defensas de los acusados dedujeron recursos de nulidad por varias causales ante la Excma. Corte Suprema, los cuales fueron rechazados en causa Rol Corte 2095–2011.

Los sentenciadores del caso, –a nuestro juicio de manera acertada– consideraron que el error en la persona cometido en un delito doloso resultaba irrelevante y no excluía en caso alguno la responsabilidad del inductor. Para ello recurrieron a lo manifestado por Blanco Cordero, quien reseña sobre la problemática del error en relación al autor inductor:

> "El error in persona del inducido y su relevancia para la responsabilidad del inductor", página 823. En lo pertinente en las páginas 826 y 827 del citado tratado concluye: "Un numeroso sector de autores alemanes y españoles, así como la jurisprudencia alemana (y al parecer también la española), consideran que es irrelevante para el inductor el error en la persona del autor. Por lo tanto, el inductor ha de ser sancionado por una inducción consumada a un hecho principal doloso (homicidio o asesinato) consumado. Para argumentar esta solución recurren algunos autores al fundamento de la punibilidad de la participación. A su juicio, conforme a la moderna formulación de la teoría de la causación o del favorecimiento, la sanción del partícipe se fundamenta en que su comportamiento supone una contribución o un favorecimiento a la realización del hecho principal por el autor. El partícipe no lesiona con su acción el bien jurídico, sino que contribuye al ataque que realiza el autor. Pues bien, esto es lo que sucede en los casos aquí analizados: el autor ha lesionado dolosamente el bien jurídico vida protegido en los delitos contra la vida, y a esa lesión ha contribuido el inductor. Este deseaba que el inducido menoscabara la vida de otro y esto es lo que finalmente ha ocurrido. Pese al error del autor, se lesiona realmente un bien jurídico de la misma categoría valorativa típica que el que se pretendía menoscabar. Desde una perspectiva normativa no existe ninguna razón para una disminución de la responsabilidad penal a favor del inductor. Por ello, carece de relevancia para el inductor el error in persona (irrelevante) en el que incurre el autor; es irrelevante la identidad de la persona que finalmente resulta ser la víctima del delito, siempre y cuando el autor se dirija a cumplir con lo ordenado por el inductor. En definitiva, el error del inductor ha de tratarse conforme a los mismos principios que el error del autor. Además, dado que el objeto sobre el que recae la acción del autor es de la misma clase que el pretendido por el inductor, no existe razón para privilegiarle frente al autor"[26].

26 BLANCO CORDERO, Isidoro. "El error in persona del inducido y su relevancia para la responsabilidad del inductor". En: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memorian"*, coord. por ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Vol. 1, España, 2001, págs. 823-858, p. 826.

El Tribunal también consideró algo que ya reseñamos más arriba cuando nos referimos al grado de representación del resultado, la teoría de la previsibilidad del resultado lesivo. En este caso el autor inductor conocía las relaciones de familia de la víctima y podía suponer, representarse y prever que el resultado muerte eventualmente se concretaría en alguien distinto, pero a pesar de ello, no lo rechaza al mantener su encargo criminoso al ejecutante. "…*porque ambos acontecimientos se encuentran abarcados por su dolo, en la medida en que se mueve(n) en los límites de la previsibilidad de la experiencia general de la vida. A juicio del BGH, era previsible que se pudiera producir un cambio de la víctima…"*, señala la sentencia en su considerando vigésimo cuarto.

En el fallo se hace referencia a la voz "sicario" en veinticinco ocasiones, pero en ninguna de ellas para discurrir sobre la figura como tipo penal o con el fin de homologarla con el homicidio calificado por premio o promesa remuneratoria, sino más bien para referirse al ejecutante y lograr una diferenciación semántica con el inductor.

Otros procesos judiciales que merecen mención –los que no necesariamente fueron considerados por los acusadores como un delito de homicidio con intermediación– lo constituye el llamado "*caso Rocha*"[27], hechos ocurridos en el año 2008, en los cuales GR junto con otros dos imputados a los que había contactado para ayudarlo en el cometido, previo acuerdo de orden económico, concurrieron hasta el domicilio de la víctima JO, ubicado en la comuna de El Quisco. Una vez en el lugar procedieron a ingresar al domicilio, amenazar y lesionar a la víctima, para finalmente prender fuego a la propiedad. Este caso tiene la particularidad que el mandante es quien también participa en los hechos. El tribunal dictó condena por el delito de homicidio calificado por medio de alevosía. Una anécdota curiosa y que refuerza la idea de una suerte de profesionalización del sicario –más desarrollada en otros países– lo constituye una afirmación señalada por un testigo durante el juicio, quien declaró: "Dijo que si G.R. era tan planificador y que incluso llegó a pagar la suma de setenta y cuatro millones de pesos a un investigador privado, a su parecer, lo más probable es que éste hubiese contratado a un *sicario internacional* para dar muerte al señor J.O.R., y no su propio chofer".

En la doctrina nacional, por su parte, las únicas referencias existentes resultan aquellas vinculadas al estudio y análisis del delito de homicidio calificado. Así, la mayoría de los autores lisa y llanamente denomina al ejecutante del homicidio por premio o promesa remuneratoria, sicario[28].

27 Sentencia pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio el día veintiséis de marzo de dos mil nueve en causa RUC 0810003835-9; RIT: 4-2009.

28 ETCHEBERRY, ob. cit., págs. 62 y sgtes.; BUSTOS, ob. cit., págs. 42 y sgtes.; GARRIDO MONTT, ob. cit., págs. 59 y sgtes.

Si bien la intitulación no resulta del todo inexacta, creemos que la denominación sicario obedece a un conjunto de factores y causas más que a un hecho aislado por el cual alguien procura de manera aislada la comisión de un homicidio con fines absolutamente personalistas y no en pos de la supervivencia, mantenimiento y desarrollo de una organización criminal.

En la doctrina comparada existen intentos por abordar la temática, pero resultan ser estudios más bien provenientes del área de la sociología y del periodismo más que el análisis jurídico y político criminal del problema.

De suerte que esta temática no sólo compete al Derecho Penal al momento de fijar las razones de su existencia, desarrollo y combate, sino que al ser un fenómeno multicausal debe ser abordado desde las diversas áreas. No es la herramienta punitiva de forma exclusiva la que puede entregar soluciones a los problemas de criminalidad organizada –y sus delitos derivados– sino que una política social y criminal firme y clara, la cual se anteponga a estos eventos. El Derecho Penal no es –ni será– el encargado de producir un cambio social, sino sólo de encauzarlo. Recordando lo dicho por Radbruch, un mejor Derecho Penal sería algo mejor que el Derecho Penal[29].

VI. Conclusiones

El sicariato como la intermediación de la comisión de un homicidio resulta un ilícito que no se presenta en solitario, sino que su producción obedece a una concatenación de eventos, en el que juega un rol principal la debilidad del Estado de anteponerse principalmente a la lucha del crimen organizado, en especial al nacimiento y fortalecimiento de grupos dedicados al narcotráfico.

A pesar de considerarse un delito que se presenta silenciosamente y que en muchas ocasiones no deja rastros –debido a que aquello resulta ser parte del encargo y del grado exponencial de profesionalismo de quien se dedica a su ejecución–, en el medio chileno siguen siendo ocasionales los casos relacionados con la figura del sicario. Los eventos que se presentan terminan siendo exacerbados por los medios de comunicación debido a la espectacularidad, rareza y curiosidades que rodea las historias de los involucrados[30].

29 POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, "Derecho penal con mesura: una respuesta reduccionista a la mala conciencia del jurista". En: *Revista Universum*, Universidad de Talca, año 10, Talca, Chile, 1995, págs. 123-138, p. 135.

30 No hay, por tanto, en el medio nacional periodístico y documental una mirada hacia atrás en torno al establecimiento y asentamiento de las condiciones que propiciaron el delito cuando hay intermediación y encargo para la ejecución de un homicidio, centrándose más en aspectos pasionales de los involucrados en el crimen, en especial la relación existente entre el contratante y la víctima. Dos casos que copan las portadas y discusión de la opinión pública merecen ser señalados, el ya referido caso ocurrido

Con todo, parece necesario que el legislador tenga presente los fenómenos latinoamericanos como el caso colombiano y mexicano, donde el sicariato ha permeado en la cultura de dichos países, no siendo combatible por medio de herramientas punitivas –a esta altura– sino que por políticas públicas y criminales que ataquen el problema de raíz: el crimen organizado.

El esfuerzo peruano, de introducir la figura sicarial en el Código Penal, es un intento que el sistema chileno debería emular. En nuestro caso la figura sicarial debería estar incorporada en los casos que estos puedan ser cometidos por agrupaciones o asociaciones de delincuentes, como en el caso de la Ley N° 20.000, por lo que de *lege ferenda* se recomienda la introducción de una figura que contemple la agravación del homicidio en dos o tres grados cuando éste sea cometido con el fin de otorgar protección, mayor desarrollo o en interés de una asociación ilícita dedicada al narcotráfico.

Este intento debe verse respaldado de un desarrollo doctrinal y jurisprudencial, el cual, como observamos, no le ha entregado un trato particular a esta figura en pos de aportar insumos para una correcta tipificación y pena, evidencian sólo referencias al sicario como un elemento nominal para referirse al ejecutor del homicidio calificado por premio o promesa remuneratoria.

Bibliografía

BLANCO CORDERO, Isidoro, "El error in persona del inducido y su relevancia para la responsabilidad del inductor". En: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memorian"*, coord. por ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Vol. 1, España, 2001, págs. 823-858.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho Penal*, parte especial. Segunda edición, Ed. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, t. III, año 2009.

CARRION MENA, Fernando, "El sicariato; una realidad ausente". En: *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, N° 8 (Septiembre, 2009), Quito, Ecuador.

en calle Seminario, en Providencia, más conocido como el caso de "La Quintrala", y el fallecimiento de Viviana Haeger Masse ocurrido en la comuna de Puerto Varas al sur de Chile, denominado "caso Haeger". Una nota que reseña la aparición de este fenómeno al crimen organizado y al narcotráfico puede verse en la nota de prensa del diario La Tercera: "*Caso de narcotráfico revela primer crimen cometido por sicarios colombianos en Chile*" [en línea]. Disponible en: http://www.latercera.com/noticia/caso-de-narcotrafico-revela-primer-crimen-cometido-por-sicarios-colombianos-en-chile/ [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2016].

CORNEJO AGUIAR, José Sebastián, "Análisis del delito de sicariato". En: *Revista Judicial Derecho Ecuador*, Doctrinas, Derecho Penal. Disponible en: http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2015/09/28/analisis-del-delito-de-sicariato.

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, parte especial*. Tercera edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. III, 2004.

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal*, parte especial, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. III, 2010.

MERIDA ESCOBEDO, Hodenilson Darniel, "Investigación del sicariato y de los factores que influyen en la persona para convertirse en sicarios", Tesis de grado, Universidad Rafael Landivar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Licenciatura en Investigación Criminal y Forense, Enero de 2015 p. 1. Disponible en: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/99C261CEDE3263B205257F340073ADC4/$FILE/Merida-Hodenilson.pdf.

MONTOYA PRADA, Alexander, "Asalariados de la muerte. Sicariato y criminalidad en Colombia". En: *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, N° 8 (Septiembre, 2009), Quito, Ecuador, págs. 61-74.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, "Derecho penal con mesura: una respuesta reduccionista a la mala conciencia del jurista". En: *Revista Universum*, Universidad de Talca, Talca, Chile, año 10, 1995, págs. 123-138, p. 135.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, parte especial. Segunda edición, Santiago, Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2004.

PONTÓN CEVALLOS, Daniel, "Sicariato y crimen organizado: temporalidades y espacialidades". En: *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, N° 8 (Septiembre, 2009), Quito, Ecuador, págs. 10-19, p. 12. Disponible en: http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/2923#.WFGqRLLhCUk.

CONTENIDOS

Artículos

Sobreseimiento definitivo de acuerdo al artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal: alcances, oportunidad y estándar para afirmar que el hecho investigado no es constitutivo de delito
Angélica Torres Figueroa

Prevalencia del artículo 62 de la Ley N° 20.000 respecto del artículo 1° inciso quinto de la Ley N° 18.216
Josefina Gutiérrez Weil

Cooperación Internacional: tramitación, obtención de pruebas e incorporación de documentos y evidencias.
María Luisa Montenegro Torres

La facultad de no declarar establecida en el artículo 302 del Código Procesal Penal: Una dificultad para sancionar la violencia contra la mujer
María Angélica San Martín Ponce

El consentimiento de la víctima de violencia doméstica en el proceso penal.
La situación de Chile y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
María José Taladriz Eguiluz

La finalidad de los "trabajos o servicios forzados" en el delito de trata de personas
Karen Guzmán Valenzuela

Últimas modificaciones introducidas en materia de incautación y comiso por la Ley N° 20.818: bienes por valor equivalente
Consuelo del Pilar Salinas Sánchez

Técnicas Especiales de Investigación en los delitos contra la propiedad
Renzo Figueroa Aste

Algunas consideraciones sobre la figura del sicariato y su tratamiento jurídico penal
Juan Pablo Llancas Hernández

Sentencias Comentadas

Análisis de sentencia: la sanción del delito de tenencia de precursores y sustancias químicas esenciales como figura independiente del delito de tráfico de drogas, en las hipótesis de tenencia o posesión de drogas
Patricio Martínez Felip

CATEDRAL 1437 - SANTIAGO CHILE
TELÉFONO: (562) 29659693