

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº 72 - ABRIL 2018

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N° 72 - Abril de 2018

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: Alfredo Molina Flores Impresores

ÍNDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Artículos

Abono en causa diversa (Debates y decisiones judiciales en torno del abono a la pena del tiempo de detención, prisión preventiva o privación de libertad del artículo 155 letra a) del Código Procesal Penal, impuestas en una causa diversa) 9

Hernán Ferrera Leiva

Fallos

Recurso de nulidad rechazado. Actuaciones autónomas de la policía. Ingreso a red social Facebook. Inviolabilidad de las comunicaciones privadas 23

Corte Suprema

II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

Análisis del delito de obstrucción a la investigación 35

Hernán Fernández Aracena

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

Artículos

El tipo subjetivo del delito de tráfico de precursores 53

Nicolás Oxman Vilches

VI. UNIDAD DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

Artículos

Los equipos conjuntos de investigación como herramienta de cooperación internacional 69

Antonio Segovia Arancibia

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

Artículos

La muerte de personas bajo cuidado, custodia o control del Estado: una aproximación desde la perspectiva del Ministerio Público 97

María Jesús Fernández Gumucio

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

Artículos

Evidencia digital. El Convenio de Budapest y sus desafíos en el Derecho Procesal Penal 121

Camila Bosch Cartagena

Sabotaje informático: ¿la exigencia de daño grave como elemento del injusto? 143

Samuel Malamud Herrera

VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

Artículos

Justicia Restaurativa y Mediación Penal Juvenil: Una justicia posible en Chile, la experiencia piloto de la Fiscalía, Defensoría y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 165

Luz María Fernández Saldías

PRÓLOGO

El país lleva ya un tiempo golpeado por noticias que informan de graves vulneraciones en los derechos de niños, niñas y adolescentes sujetos a cuidado del Estado y, si bien cualquier hecho que involucre a menores de edad resulta especialmente impactante, con mayor razón ello es así cuando incluso se trata de situaciones que ponen en riesgo sus vidas.

En esta línea, en el presente número de nuestra Revista publicamos un artículo que analiza desde la perspectiva del Ministerio Público, el fallecimiento de personas bajo cuidado, custodia o control del Estado y pone de relieve la necesidad de establecer mecanismos y protocolos que resguarden los derechos de quienes están bajo su tutela.

En otro ámbito no menos preocupante, presentamos un artículo que examina críticamente los desafíos que para el Estado representa la ratificación del Convenio de Budapest, con la consecuente necesidad de reformas legales que permitan actualizar el combate contra la cibercriminalidad, y otro que aborda el delito de sabotaje informático y que incluye un análisis de la exigencia del daño grave en su tipificación.

Por otra parte, ofrecemos estudios que profundizan respecto del tipo subjetivo del delito de tráfico de precursores; otro sobre el abono de los tiempos de detención o prisión preventiva en causas diferentes, y uno sobre la formación de equipos conjuntos de investigación en el marco de la obligación de cooperación internacional surgida de los diferentes convenios internacionales que Chile ha suscrito en la lucha contra el crimen internacional o transnacional.

En cuanto a jurisprudencia relevante, ponemos a disposición de los lectores una interesante sentencia de la Corte Suprema que se refiere a la licitud de las actuaciones de la policía en relación a la búsqueda de información sobre imputados en redes sociales.

Finalmente, en esta edición brindamos un artículo que analiza la experiencia piloto llevada a cabo al alero del convenio celebrado entre el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y el Ministerio Justicia y Derechos Humanos, y que busca obtener una justicia restaurativa y de mediación penal juvenil.

JORGE ABBOTT CHARME
FISCAL NACIONAL

MATERIAS
DE INTERÉS GENERAL

ABONO EN CAUSA DIVERSA

(Debates y decisiones judiciales en torno del abono a la pena del tiempo de detención, prisión preventiva o privación de libertad del artículo 155 letra a) del Código Procesal Penal, impuestas en una causa diversa)

Hernán Ferrera Leiva¹

Desde hace ya varios años que se discute por vía de la acción de amparo del artículo 21 de la Carta Fundamental, acerca de la procedencia y límites del abono a la pena del tiempo que una persona haya estado detenida, en prisión preventiva o privada de libertad en su domicilio, cuando las referidas cautelares se han impuesto en causa distinta de aquella a la que se pretende imputar.

En general, el abono de períodos de privación de libertad es tratado en el artículo 348 del Código Procesal Penal, que se refiere a la sentencia condenatoria y que, en lo que aquí interesa, señala:

Art. 348. Sentencia condenatoria. La sentencia condenatoria fijará las penas y se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las penas sustitutivas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley.

La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención, prisión preventiva y privación de libertad impuesta en conformidad a la letra a) del artículo 155 que deberá servir de abono para su cumplimiento. Para estos efectos, se abonará a la pena impuesta un día por cada día completo, o fracción igual o superior a doce horas, de dichas medidas cautelares que hubiere cumplido el condenado.

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

Es un lugar común afirmar que el denominado abono heterogéneo carece de una explícita regulación legal, sin embargo, un caso que sirve de antecedente está recogido en el Código de Procedimiento Penal, aún vigente y aplicable a hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, que contiene una regla sobre el particular en el inciso segundo de su artículo 503. Dicho precepto dispone:

Artículo. 503. Las sentencias que condenen a penas temporales expresarán con toda precisión el día desde el cual empezarán éstas a contarse, y fijarán el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de abono a aquellos procesados que hubieren salido en libertad durante la instrucción del proceso.

En las causas acumuladas y en las que habiendo sido objeto de desacumulación deban fallarse en la forma prevista en el artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales, la detención o prisión preventiva que haya sufrido un procesado en cualquiera de las causas se tomará en consideración para el cómputo de la pena, aunque resulte absuelto o sobreseído respecto de uno o más delitos que motivaron la privación de libertad.

Las similitudes entre las dos disposiciones cuando se refieren en general al abono que debe considerar la sentencia, son evidentes, mientras que las diferencias sólo aparecen en la precisión que hace la norma del Código Procesal Penal en orden a que el abono debe ser completo, esto es, un día por cada día de la cautelar, y en su caso, un día por cada fracción igual o superior a 12 horas de privación de libertad por la cautelar del artículo 155 letra a) del mismo cuerpo legal, precisiones que se agregaron en noviembre de 2005, por Ley N° 20.074. En cambio, el inciso segundo del artículo 503 del Código de Procedimiento Penal, no tiene reflejo en la normativa del Código Procesal Penal.

También se suele considerar, entre las normas pertinentes, al artículo 26 del Código Penal que dice:

Art. 26. La duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del imputado.

Estos preceptos, especialmente el artículo 348 del Código Procesal Penal y el artículo 503 del Código de Procedimiento Penal, cumplen importantes roles en la materia a que se refiere el presente trabajo dado que prácticamente son las únicas que la abordan explícitamente, aunque, como veremos, no cabalmente.

En efecto, las reglas aludidas no cubren en su totalidad las cuestiones que suscita el abono, especialmente cuando se trata períodos de privación de libertad impuestos en causa diversa, de suerte que un rasgo que identifica dicho asunto es, en primer término, la falta de una solución legal que guíe las decisiones que se adopten en ese ámbito, porque si bien la ley se cuidó de

reglamentar el abono en la misma causa, no hizo lo propio para el denominado abono heterogéneo. En razón de ello, y con justa razón, esta última especie de abono se considera un asunto de *lege ferenda*, no regulado en el sistema legal, de manera que un estricto control de legalidad de una decisión denegatoria de aquél, no podría entregar elementos para su cuestionamiento o crítica.

Por ese mismo motivo los pronunciamientos favorables al abono heterogéneo se nutren de un esfuerzo interpretativo elaborado en torno a principios, con la prohibición de exceso como directriz principal, en combinación con disposiciones que, aunque no en forma certera, han servido como piezas de una argumentación que afirma su procedencia².

Dichos razonamientos arrancan de una afirmación común, cual es que el artículo 348 del Código Procesal Penal no distingue si el abono procede sólo respecto de las cautelares impuestas en la misma causa en que se decide la condena o admite las que se hayan impuesto en otra diversa.

Si bien es efectivo que la regla no prevé una solución para el abono heterogéneo, ello no conduce necesariamente a la conclusión de que tal imputación o abono sea admisible, pues bien puede afirmarse, por el contrario, que siendo el cumplimiento de la pena un modo de extinguir la responsabilidad penal de conformidad al artículo 93 N° 2 del Código punitivo, el abono que incide en dicho ámbito no podría referirse sino a aquella causa en que dicha responsabilidad ha sido declarada.

Luego, si un valor tiene en este estadio la falta de una expresa clausura de las hipótesis de abono en el artículo 348 del Código Procesal Penal, es que no cierra la discusión sobre el abono en causa diversa.

En la misma situación se encuentra el artículo 26 del Código Penal, que establece que la duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del imputado, sin indicar si dicha aprehensión debe darse en el marco de la misma causa en la que se imponga la pena, o no. Sobre este precepto se volverá más adelante.

Para adentrarse un poco más en el debate se debe recordar que la restricción de libertad que ha tenido lugar en la causa diversa tiene la forma de una medida cautelar, esto es, detención, prisión preventiva o privación de libertad del imputado en su casa por una fracción igual o superior a doce horas, medidas que en una primera aproximación se validan y justifican en el cumplimiento de las condiciones que para ellas exige tanto la Constitución – que las reconoce y regula en sus rasgos principales – como la ley, y no sólo en

2 Al efecto se puede revisar la sentencia dictada por la Corte Suprema, el treinta de octubre de 2008, Rol N°6.945-2008.

la posterior dictación de una sentencia condenatoria que imponga una pena privativa de libertad temporalmente superior a la duración de aquellas.

En razón de lo anteriormente dicho, la imposición, primero, y luego la mantención de dichas medidas depende de la concurrencia y luego la persistencia de las circunstancias que las hicieron procedentes, encontrándose esto último sometido a un régimen de control especialmente establecido en el Libro Primero del Código Procesal Penal. Por ese motivo no es sencillo afirmar que, cada vez que se dicta una sentencia absolutoria o se impone una pena privativa de libertad temporalmente inferior a la duración de la medida, dichos períodos de privación de libertad se vuelven injustos, como en no pocas ocasiones se sostiene sin las suficientes explicaciones.

En ese sentido, si se observa el mecanismo de reparación patrimonial por error judicial, que está emparentado con la problemática que se viene revisando, se hará notar que el artículo 19 N° 7 letra i) de la Ley Fundamental alcanza tanto al sometimiento a proceso como la condena en cualquier instancia, cuando han sido declaradas injustificadamente erróneas o arbitrarias por la Corte Suprema, bastando repasar los pronunciamientos judiciales en torno a aquel precepto constitucional para verificar que una decisión final absolutoria no necesariamente vuelve injustificadamente erróneo o arbitrario el procesamiento que, como se sabe, acarrea la prisión preventiva en el Código de Procedimiento Penal.

Un ejemplo de lo que se viene diciendo es la conocida sentencia de la Excm. Corte Suprema redactada por el Profesor Enrique Cury U., recaída en un caso sobre declaración de error judicial reclamada por una persona absuelta en segunda instancia de la acusación que se dedujo en su contra como autora de parricidio cometido por omisión³. En dicha sentencia, entre otras materias, se delimita aquello que puede considerarse injustificadamente erróneo o arbitrario, fijando límites para el surgimiento del derecho a un resarcimiento o indemnización.

La sentencia, de veintidós de agosto de dos mil dos, en sus partes pertinentes señala:

“7º.- Que ello ocurre, en primer lugar, cuando la resolución que ordenó procesar o que condenó fue injustificadamente errónea. No basta, pues, con que dicho fallo haya sido erróneo, es decir, equivocado, desacertado o continente de un juicio falso, sino que es menester que tal error sea injustificado. Esto es lógico, pues la actividad de juzgar, como cualquier otra realizada por el ser humano, está expuesta a incurrir en equivocaciones o desaciertos, los cuales son explicables precisamente a causa de las limitaciones inherentes a la naturaleza del hombre, de cuyas virtudes y defectos

3 Corte Suprema, 22 de agosto de 2002, Rol N° 4.576-2001.

participan, como es obvio, también los jueces. La prueba evidente de lo que venimos diciendo es la existencia en nuestro ordenamiento jurídico del recurso de casación en el fondo que, según el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, procede en contra de determinadas sentencias, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley, a la cual, por su parte, el artículo 772 de ese mismo texto designa derechamente como error de derecho. Pues bien, si bastara para la procedencia de la indemnización que concede el artículo 19 N° 7, letra i) de la Constitución Política de la República la existencia de una sentencia condenatoria errónea, resultaría que ella debería concederse cada vez que esta Corte acoge un recurso de casación en el fondo en contra de una sentencia penal que había condenado al procesado y, en la correspondiente sentencia de reemplazo, resuelve absolverlo, pues la decisión de casar (anular) el fallo condenatorio, involucra la idea de que era erróneo. Cualquiera puede darse cuenta de que semejante solución sería absurda y no puede corresponder en modo alguno al propósito del constituyente al redactar el artículo 19 N° 7, letra i) de la Carta Fundamental. He aquí porque, como ya se ha expresado más arriba, para que la indemnización proceda es menester que la resolución que sometió a proceso o condenó al peticionario no sólo sea errónea, sino injustificadamente tal.

8°.- Que, entonces, interesa ahora precisar cuando puede afirmarse que el error en que ha incurrido una sentencia es injustificado. Como suele ocurrir, el Diccionario de la Lengua es, a este respecto, de escasa utilidad, pues se limita a decir que injustificado es lo no justificado. No obstante, al definir lo que se ha de entender por justificado, arroja un poco de luz sobre el significado del antónimo, señalando que es lo conforme a justicia y razón; a su vez, explica que justificación, en su tercera acepción, quiere decir prueba convincente de una cosa, agregando luego en el mismo sentido que justificar, en su acepción segunda, supone probar una cosa con razones convincentes. De todas estas explicaciones, a pesar de no ser muy ilustrativas, puede, con todo, deducirse lo siguiente: una resolución o sentencia es injustificadamente errónea, cuando los razonamientos que la conducen al resultado equivocado no convencen (no son convincentes), cuando no son susceptibles de una explicación razonable (racional) cuando, en fin, son contrarios a la lógica, a los dictados de la experiencia y a los conocimientos más difundidos sobre la materia respecto a la cual versa”.

Todo lo anterior complejiza las explicaciones y los motivos que fundamentan la procedencia del abono, pero no disminuye el hecho que la falta de correlación que pudiere surgir con posterioridad entre la privación de libertad cautelar y la resolución final del caso, a consecuencia de la dictación de un fallo absolutorio o la imposición de una pena temporalmente inferior al tiempo que aquella ha permanecido vigente, hace surgir un escenario que en principio detenta las condiciones básicas para una corrección cuya realización nos coloca frente a la alternativa de abonar aquél período a una pena impuesta en una causa diversa.

Entonces, los presupuestos del debate son, por una parte, la dictación de una sentencia que impone una pena corporal, y por la otra, que el mismo sentenciado hubiere sufrido serias restricciones a su libertad en una causa distinta que posteriormente ha concluido con una decisión absolutoria o con la imposición de una sanción temporalmente inferior al tiempo que las que ha debido soportar.

El primer elemento es, aunque sea evidente decirlo, la existencia de causas diversas seguidas contra un mismo sujeto. En la regulación que contiene el Código de Procedimiento Penal, la existencia de dos causas seguidas contra un mismo sujeto es una circunstancia gobernada por el artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales, en el texto que se mantiene vigente para aquellos casos sometidos a la mencionada normativa procesal⁴, regla que fundamentalmente establece que el culpable de diversos delitos será juzgado en un solo proceso al que deben acumularse las causas iniciadas y por iniciarse en su contra, regulando asimismo la acumulación o desacumulación de los procesos que puede determinar el Juez.

En el Código Procesal Penal, las investigaciones de diversos delitos pueden agruparse o separarse según lo dispuesto por el artículo 185 de dicho cuerpo legal, lo que ahora es una decisión que puede adoptar el Fiscal del Ministerio Público, cuyos efectos en la esfera judicial son tratados en el artículo 159 del Código Orgánico de Tribunales.

Tales decisiones, esto es, acumular, desacumular, agrupar o desagrupar, están orientadas por criterios de eficiencia investigativa.

Como lo resalta GUZMÁN DÁLBORA, autor de un importante trabajo sobre la materia⁵, el Código de Procedimiento Penal reconoce una hipótesis de abono heterogéneo en el inciso segundo del artículo 503 del Código de Procedimiento Penal, referido más arriba, en el escenario de causas acumuladas y de aquellas que hubieren sido objeto de desacumulación.

Ya en el año 2009, la Segunda Sala de la Corte Suprema resolvió una disputa en torno a la procedencia de un abono en causa diversa, echando mano justamente del artículo 503 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, resolviendo el recurso de apelación de amparo Rol N° 3977-09, que incidía en una investigación del Ministerio Público de Valparaíso, el 16 de junio de ese año se resolvió lo que sigue:

4 Artículo 7° transitorio de la Ley N° 19.665, modificado por la Ley N° 19.708.

5 GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, "El Abono de las Medidas Cautelares a la Pena". En: Revista Procesal Penal, N° 72, Junio de 2008, págs. 9 - 20.

“Que, a mayor abundamiento, para prestar acogida al planteamiento del recurrente, es menester que los procesos que sustentan la petición, en los cuales el condenado permaneció privado de libertad y que culminaron con sobreseimiento o sentencia absolutoria, como ocurre en la especie, hayan estado en situación de acumularse, a efectos de dar aplicación a la regla contenida en el artículo 503 del Código de Procedimiento Penal, lo que no acontece respecto de aquellos que el amparado invoca en su favor; y en consideración a lo dispuesto en el artículo transitorio del Código Procesal Penal, se confirma la sentencia apelada de dos de junio último, escrita a fojas 38 y 39”⁶.

A diferencia de otras sentencias que le precedieron, el aludido veredicto tuvo el mérito de encontrar arraigo en una disposición legal vigente que versa sobre la misma materia, lo que no disimula el conflicto argumentativo derivado de la utilización de una regla extraída de un cuerpo legal cuya aplicación era discutible, como era el caso del Código de Procedimiento Penal, pues si bien se trataba de períodos de privación de libertad impuestos en causas tramitadas de conformidad a este último, se pretendía su abono a una pena impuesta en el marco del Código Procesal Penal.

El fallo comentado, sin perjuicio de todo lo dicho, aceptaba en principio la procedencia del abono.

El problema de la referencia al artículo 503 del Código de Procedimiento Penal, fue posteriormente superado por la que se hace al artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, que es, como se dirá, el parámetro legal que se ha venido utilizando invariablemente para resolver el asunto aquí tratado⁷.

En efecto, el mismo año 2009, la Sala Penal del máximo tribunal resolvía un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, Rol N° 5798-09, introduciendo algunas consideraciones en torno al artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales que se trae a la discusión por la referencia que se hace a este último en el artículo transitorio del Código Procesal Penal, reafirmando en todo caso la exigencia de tratarse de causas hubieren podido tramitarse conjuntamente. Las consideraciones más relevantes de la sentencia en cuestión, son las siguientes:

“6º.- Que, en virtud de ello, la decisión de cualquier tribunal de abonar el tiempo de privación de libertad sufrido en una causa, al cumplimiento de una pena impuesta en otra diversa, debe estar necesariamente relacionada con la circunstancia de que haya sido procedente la acumulación de dichos procesos, situación que, el artículo

6 Corte Suprema, 16 de junio de 2009, Rol N° 3.977-09.

7 Por ejemplo, Corte Suprema Roles N° 11.673-2017, 9.350-2017; 46963-2016; 47.630-2016; 37992-2015; 30.154-2015.

transitorio del Código Procesal Penal, regula expresamente en el caso de que una persona esté siendo enjuiciada por un hecho de competencia de un juzgado de letras del crimen o con competencia en lo criminal, con sujeción al Código de Procedimiento Penal y paralelamente por otro u otros hechos de competencia de un juzgado de garantía o un tribunal oral en lo penal, conforme al Código Procesal Penal, disponiendo que en dicho evento, el pronunciamiento de las sentencias condenatorias que se dictaren con posterioridad a la primera se estará a lo previsto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales.

7°.- Que, por ende, y debido a que el citado artículo transitorio permite efectuar la unificación de penas respecto de causas que se tramiten, respectivamente, de acuerdo al sistema antiguo y conforme a la actual normativa procesal penal, siempre que estén siendo juzgadas en un mismo tiempo, exigencia que también se desprende del citado artículo 164 cuando utiliza las expresiones “de haberse acumulado los procesos” y “de haberse juzgado conjuntamente los delitos”, es dable concluir que para que sea legalmente procedente abonar el tiempo que una persona ha permanecido privado de libertad en una causa a otra, resulta indispensable que ambos procesos, desde el punto de vista temporal, hayan podido tramitarse o juzgarse conjuntamente”⁸.

En sus aspectos principales el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales – aplicable a las causas conocidas y resueltas de acuerdo a las reglas del Código Procesal Penal - ya estaba recogido en el artículo 160 del mismo cuerpo legal vigente para los casos sometidos al Código de Procedimiento Penal. El aludido artículo 160, en efecto, prescribe:

“Los procesos separados seguirán tramitándose ante el mismo juez a quien correspondía conocer de ellos acumulados y al fallarlos deberá considerar las sentencias que hayan sido dictadas con anterioridad en estos procesos. Si procediere unificar las penas, el tribunal lo hará al dictar la última sentencia. Con todo este último fallo no tomará en consideración las sentencias anteriores para apreciar las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal”.

El mencionado artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales reanima para los casos sometidos al Código Procesal Penal, las disposiciones que recogen la hipótesis de tramitación por separado – desacumuladas – de causas diversas seguidas contra una misma persona en el ámbito del Código de Procedimiento Penal.

Siguiendo este camino, la Excma. Corte Suprema ha estimado que dándose las condiciones para proceder de la manera que dispone el artículo 164 mencionado, procede el abono de períodos de privación de libertad, aún

8 Corte Suprema, diez de agosto de 2009, Rol N° 5798-09,

en causa diversa, desde que dicho precepto persigue que *el conjunto de penas no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos.*

Así por ejemplo, en sentencia Rol N° 27.935-14, de seis de noviembre de 2014, el máximo Tribunal resolvió:

“1°.- Que del mérito de lo informado por el Juez de Garantía de Quilpué, se desprende que la investigación correspondiente a la causa seguida contra el amparado C.H.G., RIT N° 3116-2008 del Juzgado de Garantía de Valparaíso, donde se dictó sentencia absolutoria, no estuvo en condición de tramitarse conjuntamente con aquella por la que actualmente ha sido condenado, RIT N° 2993-2011 del primer juzgado mencionado. En efecto, el Juez de Garantía informante de este último tribunal ajustó su decisión a los términos del artículo 348 del Código Procesal Penal, considerando el tiempo de privación de libertad como abono al cómputo de la pena que le fuera impuesta, sin que resulte procedente considerar, además, la prisión preventiva correspondiente a la causa del Juzgado de Garantía de Valparaíso, pues ninguna relación tiene, en el orden temporal, con aquella por la que actualmente ha sido condenado, de manera que no es procedente dar aplicación al artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, como tampoco hacer una interpretación diversa del artículo 348 citado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la sentencia de veintitrés de octubre de dos mil catorce, escrita de fojas 34 a 38, y en su lugar se declara que se rechaza el recurso de amparo interpuesto a fojas 19, por la abogada Sra. M.G.G., en representación de C.O.H.G., manteniéndose vigente, en consecuencia, la decisión adoptada por el Juzgado de Garantía de Quilpué de dos de octubre del año en curso”⁹.

El criterio utilizado supone una limitación frente a la pretensión de abonar todo el período de privación de libertad sufrido en cualquier tiempo, lo que motivó el encargo de un informe en derecho al profesor HERNÁNDEZ BASUALTO, que más tarde fue publicado por la Defensoría Penal Pública¹⁰, donde se critica la utilización de la regla orgánica constitucional, esgrimiendo como fundamento el ya mencionado artículo 26 del Código Penal, precepto que, en concepto del autor, anudado al artículo 348 del Código Procesal Penal, llevaría a concluir que el abono sería procedente sin las exigencias anteriormente referidas.

⁹ Corte Suprema, seis de noviembre de 2014, Rol N° 27.935-2014.

¹⁰ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Abono de prisión preventiva en causa diversa”. [en línea]. Santiago, Chile. Defensoría Penal Pública, Departamento de Estudios, 2009. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4185-2.pdf>

Lo cierto es que la aludida regla no entrega nuevos elementos de juicio al debate acerca de la procedencia y, en su caso, las condiciones que admiten el abono en causa diversa.

En efecto, el artículo 26 del Código Penal, así como el artículo 348 del Código Procesal Penal, deja la situación en el punto inicial, esto es, la aceptación del abono sin referencia a la causa en la que hubiere sido impuesta la privación de libertad, con lo que efectivamente no excluye aquellos casos en que esta última proviniera de una causa diversa, pero tampoco afirma expresamente la procedencia de ese cómputo. En tales condiciones, para el caso que se acepte el estudiado abono y se suba otro peldaño en el análisis, la regla tendrá un rendimiento menor en el juzgamiento de la corrección o incorrección de un criterio limitativo como el que se utiliza en las sentencias previamente analizadas.

De hecho, como se explica en el mencionado trabajo, la regla del código sustantivo recién vino a establecer una diferencia con el tratamiento que se daba a la misma problemática en el Código Penal Español de 1850, que mandaba contar la duración de las penas temporales desde que la sentencia quedare ejecutoriada, o en su caso, desde que la persona se presentare o fuere aprehendida, *sin prever ningún tipo de abono*¹¹, de suerte que se trata de un precepto que - recién - vino a superar la falta total de consideración de abonos a la pena.

Es difícil aceptar, en consecuencia, que el artículo 26 del Código Penal, anterior al Código de Procedimiento Penal que consagró una hipótesis de abono heterogéneo para causas acumuladas o desacumuladas, hubiese tenido un alcance que ahora resurgiría al no ser aplicable este último cuerpo legal, y que por ello debería acogerse el abono en causa diversa de períodos de privación de libertad impuestos en cualquier tiempo, sin límites.

Por el contrario, el análisis de las limitaciones al abono no puede eludir el enfrentamiento con el problema que supone la formación de períodos anticipados de privación de libertad, anteriores a la eventual y futura comisión de un hecho delictual, lo que se presenta como un resultado a evitar por encerrar un mensaje contrario a cualquier fin preventivo perseguido por el Derecho Penal.

Sobre este particular aspecto, GUZMÁN DÁLBORA, quien se manifiesta a favor del abono en causa diversa y elogia igualmente la disposición contenida en el artículo 26 del Código Penal, señala que para tomar en cuenta el período de privación de libertad tantas veces mencionado rigen dos limitaciones,

11 HERNÁNDEZ BASUALTO, ob. cit., pág. 111.

*esto es, que el cómputo puede realizarse una única vez y respecto de las medidas adoptadas después del hecho que las motivó*¹². Esto último implica, como lo señala el autor, que el delito no pudo haber sido perpetrado durante o después del cumplimiento de la medida, porque ello implicaría abrir un “crédito” de pena ya satisfecha¹³.

Todo lo anteriormente dicho da sustento material a las decisiones que, desde 2009 y con contadas excepciones, ha adoptado en la materia tratada la Corte Suprema. En efecto, al hacer pasar la admisión del abono en causa diversa por el filtro de tratarse de causas que pudieren haber sido tramitadas conjuntamente – *de modo tal que el conjunto de penas no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos* –, se reproduce con bastante exactitud el límite dirigido a impedir la formación períodos anticipados de pena imputables a delitos futuros.

El máximo Tribunal, en todo caso, conserva hasta el día de hoy el criterio analizado, como se constata por ejemplo en el veredicto de catorce de septiembre de 2016, recaído en apelación de amparo Rol N° 65.299-2016, en el que se expresa:

“1° Que según consta de los antecedentes incorporados al recurso, la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, estimó procedente considerar a favor del amparado X.A.B.M., para el cumplimiento de la pena impuesta con fecha 5 de abril de dos mil dieciséis, del Juzgado de Garantía de Victoria, RUC 1500178663-3, RIT 847- 2015 en la que se le condenó como autor de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades, los días que éste estuvo privado de libertad en las causas tramitadas durante los años 2005 y 2007; Rit 3374-2007, Rit 4194-2005 y Rit 2727-2004 todas del Juzgado de Garantía de Temuco.

12 GUZMÁN DÁLBORA, ob. cit., pág. 19.

13 Dicha limitación es la que se establece, por ejemplo, en el Código Penal Español (1995), en los siguientes términos:

“Artículo 58.

1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.

2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.

3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.

4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente”.

2° Que el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales dispone que “Cuando se dictaren distintas sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado, los tribunales que dictaren los fallos posteriores al primero no podrán considerar circunstancias que de haberse acumulado los procesos no se hubieren podido tomar en cuenta. Deberán, asimismo, regular la pena de modo tal que el conjunto de penas no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos. En los casos del inciso anterior, el tribunal que dictare el fallo posterior deberá modificarlo, de oficio o a petición del afectado, a objeto de adecuarlo a lo allí dispuesto”. Por su parte, en lo pertinente, el artículo 348 del Código Procesal Penal establece que “La sentencia condenatoria fijará las penas y se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley.

La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención, prisión preventiva y privación de libertad impuesta en conformidad a la letra a) del artículo 155 que deberá servir de abono para su cumplimiento. Para estos efectos, se abonará a la pena impuesta un día por cada día completo, o fracción igual o superior a doce horas, de dichas medidas cautelares que hubiere cumplido el condenado”.

3° Que, de lo relacionado en el fundamento primero, dada la fecha de comisión de los sucesos delictuosos sobre los que versan, se desprende que las investigaciones antes referidas nunca estuvieron en condiciones de tramitarse conjuntamente. Así, resulta evidente que no se cumple con la regla prevista en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales para la regulación de las penas, que reprime la imposición de una sanción mayor a la que hubiese correspondido de haberse agrupado las indagaciones¹⁴.

Asimismo, como lo que se viene revisando son parámetros para la resolución de un conjunto de casos, el cumplimiento de las condiciones exigidas ha provocado igualmente decisiones estimatorias de la pretensión de abonar períodos de privación de libertad en causa diversa. Así, en sentencia de 16 de marzo de 2017, recaída en el recurso de apelación de amparo Rol N° 9.350-2017, se hizo lugar a la pretensión del recurrente haciendo aplicación del raciocinio analizado, en los siguientes términos:

“1° Que de acuerdo con el mérito de los antecedentes, en la causa RIT N° 10192/13 del Juzgado de Garantía de Puerto Montt, seguida por el delito de robo con fuerza en lugar habitado, el amparado con fecha veintinueve de octubre de dos mil trece fue sujeto a la medida cautelar de arresto domiciliario

14 Corte Suprema, catorce de septiembre de 2016, Rol N° 65.299-2016.

parcial, la cual se suspendió el diecinueve de junio de dos mil catorce producto de su ingreso, en calidad de imputado, con la medida cautelar de prisión preventiva, en la causa RIT N° 4948-2014 del Juzgado de Garantía de Puerto Montt.

2° Que el amparado D.S.V. con fecha siete de diciembre de 2014, fue absuelto en los autos RIT 10192/13 y el dos de septiembre de 2016 fue condenado en la causa RIT 4948/2014, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo como autor de robo con fuerza y a la pena de cincuenta días de prisión en su grado máximo como autor del delito de receptación, en ambos casos por el Juzgado de Garantía de Puerto Montt.

3° Que, al momento de la comisión de los ilícitos de la causa N° 4948/2014, aún no se había dictado sentencia en los antecedentes Rit 10192/2013 del Juzgado de Garantía de Puerto Montt, por lo que no obstante los diferentes estados procesales de las referidas causas, lo cierto es, que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, ambas se encontraban en situación de ser tramitadas conjuntamente, por lo que la decisión que niega lugar al abono de la totalidad del tiempo en que el amparado estuvo sometido a la medida cautelar de arresto domiciliario parcial infringe lo previsto en el artículo 348 del Código Procesal Penal, en cuanto establece que se abonará a la pena impuesta un día por cada día completo, o fracción igual o superior a doce horas, de dichas medidas cautelares que hubiere cumplido el condenado. Esta circunstancia implica, en el hecho, para el amparado S.V., el cumplimiento de una condena superior en el tiempo al que legalmente corresponde y por ello la decisión recurrida es ilegal, debiendo esta Corte adoptar las medidas pertinentes para la debida protección del afectado¹⁵.

En definitiva, en el debate acerca de la procedencia del denominado abono heterogéneo la máxima instancia judicial se ha inclinado por admitirlo, limitando su procedencia a aquellos casos en que las causas en juego hubiesen podido tramitarse conjuntamente de manera que admitan teóricamente la aplicación de la regla contenida en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, cuestión que en la práctica judicial coincide en la gran mayoría de los casos con la limitación consistente en que el delito cuya pena soporta el abono, no podría haberse cometido durante o después del cumplimiento de la medida que se le pretende imputar, lo que a estas alturas representa un criterio jurisprudencial que no puede sino estimarse firmemente arraigado.

15 Corte Suprema, dieciséis de marzo de 2017, Rol N° 9.350-2017.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. ACTUACIONES AUTÓNOMAS DE LA POLICÍA. INGRESO A RED SOCIAL FACEBOOK. INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

En el recurso de nulidad la defensa reclamó que los funcionarios policiales hubieran ejecutado diligencias de investigación sin contar con instrucción u orden del fiscal de la causa, principalmente en cuanto a las de carácter intrusivo, como la consistente en haber accedido a la cuenta de Facebook del condenado, sin su consentimiento, para obtener de esa fotografías de su propiedad, que luego utilizaron en su perjuicio, durante el curso de la investigación.

En el considerando 7°, la Sala Penal de la Corte Suprema señala que resulta ser un hecho expandido el de las características básicas del funcionamiento de esa red social, entre las que están las diversas configuraciones de privacidad para la información que los usuarios suben a sus cuentas personales, al punto que según el nivel de visibilidad de su contenido que haya decidido el propio usuario, ella estará visible para un mayor o menor número de personas.

Uno de esos niveles de visibilidad es el “público”, que se caracteriza porque cualquiera puede acceder libremente a semejante contenido, a diferencia del material que se publica de manera restringida para ser únicamente conocido por determinada audiencia, también definida por el titular, caso este último en que el tercero o extraño deberá efectuar una solicitud al titular para el acceso correspondiente.

De ese modo, cuando el material es incorporado a Facebook –en este caso fotografías– bajo un perfil público, es como si se lo pusiera en un blog o en un aviso de venta a través de un sitio web, donde el usuario acepta que el que publica pueda llegar a quienquiera acceda a Internet.

Siendo así, el que difunde información no puede tener una razonable expectativa de privacidad sobre su contenido, cuando lo hace de la manera o el perfil público explicados.

En suma, no han podido los agentes policiales vulnerar el derecho del condenado a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, porque en las condiciones anotadas, el contenido que el recurrente había subido a Facebook no puede ser considerado como “privado”, lo que descarta su protección por la garantía del artículo 19 N° 5 del texto constitucional.

Sentencia pronunciada por los Ministros Carlos Künsemüller L., Andrea Muñoz S., Carlos Cerda F., Manuel Valderrama R. y Jorge Dahm O.

Texto Completo:

Santiago, veintiocho de febrero de dos mil dieciocho.

VISTOS:

En esta causa 1600853365-6, RIT O- 142- 2.017 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, el defensor penal público Mauricio Riveaud Ortiz, en representación de Miguel Ángel Cerón Cerón, recurre de nulidad contra la sentencia que aquella judicatura dictó el tres de enero de este año, que condenó a Cerón a las penas de seis años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito consumado de robo con intimidación, y de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio más la accesoria de suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena, como autor de un delito consumado de tenencia ilegal de municiones, solicitando que por haberse incurrido en el motivo de ineficacia que consagra el artículo 373 a) del Código Procesal Penal, se anule el juicio oral y la sentencia, se disponga excluir las probanzas obtenidas con infracción de las garantías fundamentales que singulariza y ordene remitir los antecedentes a un tribunal no inhabilitado que convoque a una nueva audiencia de juicio oral, pidiendo subsidiariamente otro tanto, con fundamento en la causal del artículo

374 e), vinculado con el 342 c) y el 297 del citado cuerpo de leyes, con el objetivo esta vez que se realice un nuevo juicio oral, igualmente ante tribunal no inhabilitado.

Se procedió a la vista del recurso en audiencia de ocho del actual, con la presencia de los intervinientes de rigor, habiéndose acordado el asunto y fijado la lectura de la decisión para la audiencia de esta fecha.

Y TENIENDO PRESENTE QUE:

1°.- La conducta enjuiciada y sancionada está descrita por los jueces en los siguientes términos: “el día siete de junio del año 2016, siendo aproximadamente las 21:35 horas, en circunstancias que la víctima don José Eduardo Aguilar Oyarce mantenía estacionado el vehículo tipo Station Wagon, marca Hyundai, modelo Santa Fe, Placa Patente Única DLHX-59 en la vía pública, esto es, en calle Correa frente al número 388 en la ciudad de Melipilla y en los precisos instantes en que la víctima se disponía a subirse a dicho vehículo fue interceptado por el acusado MIGUEL ANGEL CERON CERON y Mauricio Jesús Ramírez Cáceres, quienes actuaron acompañados del menor de edad exento de responsabilidad penal de iniciales A.I.M.C. de 13 años de edad, en estas circunstancias el acusado CERON CERON, intimida a la víctima Aguilar Oyarce con un objeto con apariencia de arma de fuego corta tipo revólver, apuntándola en su estómago, exigiéndole la entrega de las llaves de dicho vehículo, mientras que

los otros dos sujetos procedieron a registrar las vestimentas de la víctima, sustrayéndole de esta forma con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, entre otras especies, las llaves del vehículo, una billetera, un control remoto y un celular marca Sony modelo Xperia color negro, para luego los imputados huir del lugar a bordo del vehículo de la víctima, siendo conducido este por el acusado MIGUEL ANGEL CERON CERON, dicho vehículo mantenía en su interior otra serie de especies de propiedad de la víctima tales como: una chaqueta nueva talla M de pluma color verde negro gris tipo mimetizada, una chaqueta de montaña material Gorotex color calipso con gorro, un pantalón de mujer diseño mimetismo color café claro verde y gris entre otras especies, especies avaluadas por la víctima en la suma total de \$12.500.000.” (considerando 2°);

2°.- Ante la solicitud de absolución elevada por la defensa, que esgrimió la falta de antecedentes necesarios para tener por comprobada la participación de Cerón en los hechos, el tribunal sostiene que, por el contrario, al analizar la prueba llega a la conclusión de otorgar valor a la manera como el cabo de Carabineros Allel Moreno procesó la información que recabó, logrando producir en los jueces convicción en punto a que informó oportunamente de sus investigaciones al fiscal del caso, cuyas instrucciones recibió y cumplió, instrucciones que el policía dijo le fueron proporcionadas verbalmente y que de ellas dejó constancia en la orden del día

siguiente, aspecto éste que adquiere importancia a la hora de encarar la crítica que aquí se ventila. Por otra parte, los jueces expresan que fue el propio Cerón el que admitió haber tenido en su poder las prendas de vestir reclamadas por la víctima como de su propiedad y que le habían sido robadas cuando se le sustrajo su vehículo motorizado; y que esas prendas se las había regalado un tío de nombre Luis. Lllaman la atención acerca de la incomparecencia de Cerón a la audiencia para explicar el origen de esas especies, cuanto más si un testigo de la víctima las identifica en poder de ésta por alrededor de diez años, precisando que se encuentra discontinuada la producción y venta de una de las chaquetas en referencia, por lo que no se la halla en el mercado. Concluyen en este aspecto los juzgadores, que queda descartada la existencia de duda razonable, lo que permite reafirmar la tesis de la Fiscalía, por cuanto, valorada la prueba según exige el artículo 297 del código, los hechos ocurrieron como el propio fallo los presenta y en ellos cupo participación culpable al acusado;

3°.- El recurso de nulidad explica de la manera que pasa a reseñarse, la causal del artículo 373 a). Se queja que los funcionarios policiales hayan ejecutado diligencias de investigación sin contar con instrucción u orden del fiscal de la causa, principalmente en cuanto a las de carácter intrusivo, como la consistente en haber accedido a la cuenta de Facebook del condenado, sin su consentimiento, para obtener de ésa fotografías de

su propiedad, que luego utilizaron en su perjuicio, durante el curso de la investigación inconsulta que siguieron en su contra. En el desarrollo de esos defectos, explica el libelo de nulidad que para tener por acreditada la participación los jueces apreciaron relevante la declaración del funcionario Allel Moreno, que llevó a cabo diligencias entre los días once y catorce de junio de dos mil seis, es decir, los cuatro primeros días a partir del control de identidad, inicialmente sin contar con instrucciones del fiscal y, posteriormente, habiendo obtenido una suya de carácter general, que caso alguno autorizaba maniobras intrusivas en la red social Facebook de Cerón. Esto importa vulneración de artículos como el 79, 83, 180, 181 y 227 del Código Procesal Penal; el 79 porque radica las tareas de investigación en el Ministerio Público, a través de instrucciones que dirige a las policías; el 83, que establece las actuaciones o diligencias que ésa puede realizar sin necesidad de orden previa, las que de una u otra forma se relacionan con la flagrancia del artículo 130 de ese cuerpo de leyes; el 180, que expresamente indica que los fiscales dirigen la investigación; el 181, según el que la investigación persigue consignar y asegurar todo cuanto conduzca a la comprobación del hecho y a la identidad de los partícipes, lo que impele a hacer constar el estado de las personas, identificando a los testigos y recibiendo sus declaraciones; el 227, que manda registrar las actuaciones del Ministerio Público, tan pronto como

tengan lugar, procurando utilizar medios garantes de la fidelidad e integridad de la información. Volviendo sobre la viciada invasión de Facebook, el libelo de nulidad puntualiza que la información incluida en esa plataforma por el titular de la cuenta es pública únicamente si media consentimiento del mismo. Corroborar la ilicitud del procedimiento investigativo policial, porque ello permitió generar elementos probatorios ilegales, como quiera que en su parte substancial y decisoria el diligenciamiento quedó entregado al arbitrio de agentes estatales diversos de aquellos en quienes el ordenamiento radica su dirección y responsabilidad, ajenos a la vinculatoriedad del principio de objetividad que es de rigor en el Ministerio Público, causando un procedimiento irracional e injusto que transgrede la garantía del artículo 19 N° 3° inciso sexto de la Constitución Política de la República. En la vertiente de la plataforma Facebook, llama especialmente la atención que los agentes que desde esa fuente obtuvieron las fotografías sin el conocimiento ni el consentimiento del propietario y menos con una orden específica, actuaron abiertamente contra la regulación existente para ese tipo de operación. Como conclusión de esta primera causal, el recurrente pide que se ordene la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponde para que disponga se efectúe un nuevo juicio oral en que se conozca la acusación fiscal sin la prueba de cargo de los testigos Francisco Allel

Moreno, Jorge Duguet Mardones, Jorge Eduardo Riveros Díaz, Ángelo Andrés Bello Arévalo, Isaac García Sáez y Freddy Álvarez Sandoval; ni el set de trece fotografías a color del Informe N° 433 de la Sección Investigaciones Policiales de la 24° Comisaría de Melipilla, datado veintinueve de junio de dos mil dieciséis:

4°.- En lo que hace a la causal subsidiaria del artículo 374 e), en relación con el 342 c) y 297 del código procesal, el escrito que pide la declaración de ineficacia de la resolución en análisis se refiere a las actuaciones ilegítimas de la investigación, como secuela de los vicios que ha venido detallando, con la agravante de haber sido positivamente acogidas y apreciadas en la sentencia que se ataca. Así, critica que se haya valorado positivamente la declaración de Allel, no obstante los defectos más arriba señalados; igualmente, que hayan validado la indebida invasión de la cuenta Facebook de Cerón, lo que se tradujo, a la postre, en haberse valorado prueba producida en la audiencia de juicio oral en forma contraria a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, puesto que sin forzarlos no pudieron tener por establecido el hecho punible y la autoría en él del impugnante. Reclama atentado contra el principio de la razón suficiente, uno de los padrones fundamentales de la lógica formal; lo hace a través de tres aristas. Primero, carece de sustento la afirmación de los jurisdiscentes en orden a que la

víctima dio una descripción previa del imputado. Segundo, no tiene fundamento de razón la aseveración de los jueces en cuanto a que hubo terceros que informaron sobre la identidad de tres sujetos que habrían descendido del vehículo sustraído. Tercero, tampoco el aserto según el cual existió instrucción previa de parte del Ministerio Público para proceder a las diligencias investigativas. Termina solicitando se anule el juicio y la sentencia y se disponga la realización de un nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado;

5°.- En lo que atañe a la vulneración de la garantía del debido proceso, por haber procedido la policía uniformada a efectuar diligencias a la postre determinantes para el juicio de reproche, sin previa orden del Ministerio Público, debe partirse de la base que la sentencia dejó establecido el hecho contrario, al expresar en su fundamento 10°, en el pasaje que analiza las declaraciones del policía Allel, que a pesar de no recordar éste haber dejado registro de su conversación con el fiscal de la causa, manifiesta, al referirse a sus entrevistas de los días once y catorce de junio, que la Fiscalía de Melipilla otorgó una orden de investigar, que se consignó todos esos antecedentes y que se hizo una búsqueda en el kárdex policial de todas las personas conocidas por los apodos recabados, habiéndose tramitado esa orden de investigar, dando origen a las conclusiones del Informe Reservado N° 433, de veintinueve del mismo mes. Agregan los juzgadores que aparece creíble el cabo Allel cuando

dice haber entendido que esa orden de investigar, con las características mencionadas, quedaba contenida en la instrucción particular que el quince de junio dio la Fiscalía para esclarecer el hecho investigado y determinar la participación de los culpables. Así, el fallo explicita la impresión favorable que en el tribunal produjeron las respuestas que Allel fue dando a los requerimientos de la defensa, en cuanto a su credibilidad, de lo que sigue que no sólo se haya tenido por establecido que tuvo conversación con el persecutor sino, además, que recibió las instrucciones que figuran en la referida orden, del día siguiente;

6°.- Asumido ese dato fundamental, es del caso recordar que no se vislumbra obligatorio que el fiscal a cargo del asunto haya de especificar cada uno de los pasos que el pesquisamiento debe adoptar. La venia fiscal conlleva para sus destinatarios el discernimiento de lo que, fruto de la experiencia y conocimientos especializados, se les presenta favorable para el logro de los fines propios de su misión, acorde a la naturaleza de las circunstancias a las que se van coyunturalmente enfrentando y a la luz del fin de la eficacia del debido proceso penal. A la postre, la tutela de garantías no debe conducir a los extremos de una burocracia paralizante que asfixie aquella indispensable expectativa de eficacia. Por lo tanto, los jueces no han vulnerado el artículo 19 N° 3° inciso sexto de la carta fundamental;

7°.- De cara a la garantía de inviolabilidad de toda forma de

comunicación privada –Facebook– no puede obviarse lo que enseña la experiencia masificada de cara a que en el nivel actual de globalización y penetración del uso de la red social Facebook, tanto a nivel individual como social e institucional, resulta ser un hecho expandido el de las características básicas de su funcionamiento, entre las que interesa las relativas a las diversas configuraciones de privacidad para la información que los usuarios suben a sus cuentas personales, al punto que según el nivel de visibilidad de su contenido que haya decidido el propio usuario, ella estará visible para un mayor o menor número de personas. Uno de esos niveles de visibilidad es el “público”, que se caracteriza porque cualquiera puede acceder libremente a semejante contenido, a diferencia del material que se publica de manera restringida para ser únicamente conocido por determinada audiencia, también definida por el titular, caso este último en que el tercero o extraño deberá efectuar una solicitud al titular para el acceso correspondiente. Así, cuando el material es incorporado a Facebook –en este caso fotografías– bajo un perfil público, es como si se lo pusiera en un blog o en un aviso de venta a través de un sitio web, donde el usuario acepta que el que publica pueda llegar a quienquiera acceda a Internet. Siendo así, el que difunde información no puede tener una razonable expectativa de privacidad sobre su contenido, cuando lo hace de la manera o el perfil público explicados. En suma, no han podido los agentes policiales

vulnerar el derecho del condenado a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, porque en las condiciones anotadas, el contenido que el recurrente había subido a Facebook no puede ser considerado como “privado”, lo que descarta su protección por la garantía del artículo 19 N° 5 del texto constitucional;

8°.- En otro prisma del mismo tema, centrado esta vez en la impertinencia de la actuación autónoma de las policías, al haber recabado información de Facebook sin una orden particular de la Fiscalía que así lo instruyera,

9°.- En el terreno de las vulneraciones de ley relacionadas con la prohibición de pesquisas policiales desligadas del control de garantía jurisdiccional, no puede ocultarse el equilibrio que dimana del artículo 80 del código procesal penal, que regula las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles, entregándole cierto nivel de autonomía para el desarrollo de las gestiones que tiendan al éxito de su labor, pero tal regulación incluye siempre como criterio general que se encuentre sujeta a la dirección y responsabilidad, bien sea del Ministerio Público, bien de los Tribunales. El artículo 83 del código establece expresamente el marco regulador de esa actuación, cuando no existe orden previa o instrucción particular de los contralores, situación en que tolera la acción autónoma, entre otros casos para practicar la detención en flagrancia, identificar testigos, consignar sus primeras declaraciones y demases. Las espe-

cies comprendidas en el artículo 83 dan cuenta que la regla general es que la policía realice las diligencias investigativas bajo las órdenes o instrucciones del Ministerio Público y que sólo como excepción las encare autónomamente, cuando se trata de la ejecución de cometidos determinados y específicos, delimitados por el legislador que, naturalmente, procura reducir al máximo la discrecionalidad del quehacer policial en una normación que intenta conciliar una efectiva persecución, por una parte, con el respeto de los derechos ciudadanos, por la otra. La preceptiva establece en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación, al órgano encargado por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado;

10°.- Dicho ha quedado que hubo instrucción de parte de la Fiscalía, lo que acarrea que los funcionarios de Carabineros que se constituyeron en el lugar y llevaron a cabo algunas primeras diligencias, se hayan atendido al marco de las atribuciones que les reconoce la ley, lo que da cuenta de una dirección en la investigación por parte del organismo al que el ordenamiento entrega en forma exclusiva esa tarea, lo que descarta cualquier posibilidad que haya habido una gestión policial independiente. Lo anterior quiere decir que en la especie la policía no procedió motu proprio al emplear el aparato celular, al valerse del set de fotografías y al indagar datos sobre

quien, en esos instantes, era sindicado como responsable del ilícito penal. Por consiguiente, tampoco se divisa la infracción al artículo 83 del código, también reclamada por el recurrente;

11°.- Para terminar el estudio de la causal de nulidad esgrimida de manera principal, debe observarse que las restantes vulneraciones de ley no han quedado explicadas en el libelo correspondiente, esto es, éste carece de toda explicación relativa a la manera como se habría producido el yerro en la aplicación o no aplicación de los artículos 91, 93, 193, 194, 195 y 196 del código procesal penal. Respecto de los preceptos 181 y 227 del mismo código, se limita a mencionarlos y dar brevísima cuenta de lo que consignan, sin que respecto de todas estas normas esta Corte juzgue cumplida la exigencia del artículo 378 del estatuto en permanente referencia, lo que hace inútiles otros desarrollos a sus respectos. Sigue la necesaria desestimación de la primera causal;

12°.- El recurso contiene una causal subsidiaria, a saber, la del artículo 374 e) en relación con el 342 c) y el 297, todos del código procesal penal. De entrada es dable hacer constar que en la audiencia ante esta Corte, llevada a cabo para conocer el recurso de nulidad sobre el que esta sentencia se pronuncia, la abogada defensora de Cerón manifestó en estrados que: “Existe una causal subsidiaria, señorías excelentísimas, que dice relación con la vulneración al principio de razón suficiente,

pero, analizados los antecedentes, esta Defensa no hará mayores alegaciones al respecto.” (Pista 1067-2018-180208-00-02-Alegato DPP, minuto 10:08 a 10:21), lo que adquiere importancia si se tiene en cuenta la regla del artículo 358 del código, que asigna el efecto procesal del abandono, a la incomparecencia del abogado del impugnante a la audiencia correspondiente; aun cuando la norma se refiere a la inasistencia del defensor, creen estos jueces que el principio es razonablemente extensible a una situación como la presente, en la que si bien se contó en la audiencia con la presencia de defensor, lo fue únicamente para referirse y bregar por una de las dos causales de nulidad impetradas, lo que hace que, a la postre, con la otra ocurra parecido a si no hubiese comparecido físicamente;

13°.- A pesar que lo anterior es por sí solo suficientemente decidor, no parece estar de más una palabra sobre lo que se plantea en esta segunda causal. El único defecto que a la apreciación de la prueba atribuye el libelo recursivo, es el haber infringido el principio lógico de la razón suficiente. Sabido es que el artículo 297 del estatuto en permanente referencia proclama que la prueba se aprecia en libertad, para incorporarle, de inmediato, el límite de no contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencias y los conocimientos científicamente afianzados. El libelo de nulidad toca nada más el elemento “razón suficiente”, parte integral de la lógica, como

defecto del fallo. La lógica guía la razón por senderos que permiten el entendimiento entre los humanos. El conocimiento puede ser relativo a datos precisos y ciertos, evento en el cual el razonamiento consiguiente se configura con premisas igualmente ciertas que conducen, indefectiblemente, a una conclusión de ese mismo carácter. Es lo propio del razonamiento que se da en el ámbito de las ciencias exactas v.g. las matemáticas; lo que marca esta modalidad del ejercicio de la razón es que tanto las premisas como la conclusión a que en el silogismo éstas conducen, son comprobablemente verdaderas y dan pie, por lo mismo, a un juicio descriptivo en el que de esa conclusión es susceptible predicar verdad o falsedad. Por tanto, aquí es predicable la “suficiencia” de la razón, por cuanto se basta a sí misma, en positivo o en negativo. En otro nivel se instala el modo de razonamiento dialéctico, propio de las ciencias humanas, en el que, siendo las premisas únicamente probables, aceptables, verosímiles, no se arriba sino a una conclusión igualmente probable, verosímil. Esto implica que en presencia de un razonamiento dialéctico

no sea posible hablar de la razón “suficiente”. En el plano del desarrollo de la razón práctica, que es el inherente al derecho, no califica el principio de razón suficiente, incompatible con el logos de lo humano, de lo puramente razonable que no racional, de lo solamente probable que no cierto, de lo únicamente verosímil que no verdadero. Valga lo señalado para descartar toda posibilidad que en una sentencia, prototipo de la razón práctica que bulle en la decisión jurisdiccional, haya de incurrirse en la impropiedad de exigirle “razón suficiente”;

14°.- De esa manera se tiene la falta de configuración de los dos defectos representados por el recurso, uno de modo principal y el otro subsidiario, lo que redundará en su definitivo descarte. Consideraciones sobre la base de las cuales se rechaza el recurso de nulidad intentado por la parte del condenado Miguel Ángel Cerón Cerón contra la sentencia dictada el tres de enero último por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, la que no es nula. Regístrese y devuélvase. Redacción del ministro Cerda. N° 1.067-2.018.-

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

ANÁLISIS DEL DELITO DE OBSTRUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN

Hernán Fernández Aracena¹

“Hay muchos ejemplos documentados de personas que corrompen el sistema distorsionando la verdad, ocultando o destruyendo evidencia, engañando a jueces y jurados para lograr mantener un veredicto de culpabilidad a toda costa”²

INTRODUCCIÓN

La cita antes mencionada pertenece al abogado Jerome F. Buting, quien defendió en EE.UU. a un sujeto condenado por delitos sexuales, y que tras 18 años en la cárcel fue absuelto, porque se logró acreditar mediante un examen de ADN, que en realidad otra persona era la responsable del crimen. Esta historia, junto con dar lugar a un libro de este jurista, ha sido llevada a la televisión por la compañía Netflix en una serie muy exitosa llamada “Making a Murderer”.

Este caso pone de relieve la responsabilidad del sistema procesal penal en cuanto a las graves consecuencias que puede acarrear para un ciudadano el que pueda ser perseguido y condenado por hechos que se le imputan, sin que haya tenido participación efectiva en ellos, sea por un error del funcionamiento de las instituciones de persecución penal (fiscalías o policías) o, lo que es peor, por una manipulación de los antecedentes de la investigación.

Esta última situación, en el concierto internacional, ha sido estudiada recomendando la tipificación de un delito de obstrucción de la justicia, por la grave afectación que pueden producir, tanto en los derechos individuales como en el funcionamiento del sistema judicial penal, las conductas constitutivas de este delito.

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

2 BUTING, Jerome F. *Illusion of Justice*, 1ª ed., New York, Ed. Harper Collins, 2017, en su “Opening Statement”. Traducción libre.

Así, el artículo 25 de la Convención de Naciones Unidas en contra de la corrupción³ contempla dos hipótesis que implican establecer medidas legislativas para castigar penalmente, en primer lugar, la situación en la que se use la fuerza física o la intimidación en contra de una persona que puede cumplir el rol de testigo o perito en un proceso, y que como consecuencia de ello presta falso testimonio u obstaculiza la investigación, y otra, en que esa misma “presión” se ejerce en contra de las autoridades encargadas de la persecución penal, disponiendo la Convención que los países adopten medidas de protección de estos funcionarios públicos⁴.

Dicho escenario internacional, junto con los hechos que han sido de conocimiento público vinculados a la implantación de pruebas por funcionarios de la inteligencia de Carabineros de Chile para inculpar a personas pertenecientes a la etnia Mapuche, en el contexto de casos de violencia rural que afecta a las regiones VIII, IX y XIV, nos ha motivado a estudiar los principales aspectos del delito de obstrucción a la investigación tipificado en el artículo 269 bis del Código Penal, sobre el cual centraré el análisis en las siguientes páginas.

Hago presente que no abordaré la figura agravada que contempla nuestro ordenamiento jurídico, en la que el sujeto activo pudiera ser un fiscal del Ministerio Público regulada en el artículo 269 ter del código punitivo, lo que dejaré para otra oportunidad.

TIPIFICACIÓN ANTERIOR A LA LEY N° 20.074

Tan sólo en el año 1991 se tipificó en Chile el delito de obstrucción a la justicia, teniendo presente que en esa época estaba en pleno funcionamiento el sistema procesal penal de carácter inquisitivo de conformidad a la reglas del

3 Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción, promulgada por Decreto N° 375 de 23 de noviembre de 2006 y publicada en el Diario Oficial de 30 de enero de 2007.

4 *El artículo 25 de la Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción dispone: “Obstrucción de la justicia. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:*
a) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a una persona a prestar falso testimonio o a obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en procesos en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;
b) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. Nada de lo previsto en el presente artículo menoscabará el derecho de los Estados Parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos.”.

Código de Procedimiento Penal, por lo que la protección penal se pensó en relación a las labores que los Jueces del Crimen desarrollaban a esos efectos. El numeral 3 del Artículo 2° de la Ley N°19.077 introdujo un nuevo párrafo al Título VI del Libro Segundo del Código Penal, el que se titula “De la Obstrucción de Justicia”. En efecto, el Artículo 269 bis sancionaba a quien *“se rehusare a proporcionar a los tribunales de justicia antecedentes que conozca o que obren en su poder y que permitan establecer la existencia de un delito o la participación punible en el, o que, con posterioridad a su descubrimiento destruya, oculte, o inutilice el cuerpo, los efectos o instrumentos de un crimen o simple delito”*.

Básicamente, se castigaban dos modalidades de comisión, una primera vinculada con la persona que rehusaba proporcionar a los tribunales de justicia los antecedentes que conocía o que obraban en su poder y que permitirían establecer la existencia de un delito o la participación en él, modo al que la doctrina llamaba una obstrucción a la justicia como “desacato por omisión”⁵.

La segunda posibilidad de obstrucción estaba vinculada a la destrucción, ocultación o inutilización de cualquier tipo de antecedente que permitía corroborar el cuerpo del delito, los efectos e instrumentos provenientes de él, lo que la doctrina denominaba una obstrucción como “favorecimiento real tardío”⁶, al comparar estas conductas con aquellas referidas en las reglas generales como actividades de encubrimiento, para evitar que se descubra la comisión de un delito.

Esta redacción tuvo una duración limitada, pues con la implementación de la reforma procesal penal y del sistema acusatorio, el legislador se vio en la necesidad de actualizar el tipo penal, lo que realizó mediante la Ley N°20.074, sustituyó el inciso primero y estableció la actual redacción del delito, en el que el sujeto pasivo de las conductas obstructivas, ya no es directamente un tribunal, sino que los fiscales del Ministerio Público. Pero ella no fue la única reforma, también se alteró profundamente la descripción del tipo delictivo, descriminalizando las hipótesis de favorecimiento real tardío.

Dicha modificación, como suele suceder en nuestro país, aparentemente no fue suficientemente analizada, pues las diferencias sustanciales entre ambas redacciones, que llevan a sostener la no incriminación de ciertas conductas, pareciera ser que fue una consecuencia no prevista por el legislador, y que afectó casos que en esa época estaban vigentes, con personas sometidas a

5 OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “Los delitos de obstrucción a la justicia”. En: Revista de Derecho, Tomo XXVI, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2005, semestre I, p. 313 y siguientes.

6 OSSANDÓN, ob. cit., p. 318 y siguientes.

proceso, que tras la reforma de la Ley N°20.074, fueron dejados sin efecto⁷ por aplicación del artículo 18 del Código Penal⁸ y el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable al reo.

ESTRUCTURA TÍPICA ACTUAL DEL DELITO

La actual figura de obstrucción a la investigación está contemplada en el artículo 269 bis del Código Penal⁹, contemplando en su inciso primero la

- 7 En este sentido, el fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción de 24 de mayo de 2006, en la investigación por la desaparición de Jorge Matute, Rol N° 118-2006, que dejó sin efecto diversos autos de procesamiento por el delito de obstrucción a la justicia, precisamente porque la Ley N° 20.074 habría desincriminado ciertas hipótesis, lo que se explica en el considerando 5° en el siguiente tenor: “5) *Que, entonces, claramente la nueva ley modificó los elementos del tipo penal con la consecuencia que se ha creado un delito que antes no existía. Al sustituir el legislador el inciso primero del artículo 269 bis del Código Penal, lo que hizo en el hecho fue derogar la norma que establecía la figura penal de obstrucción a la justicia, reemplazándola por otra completamente distinta en sus elementos constitutivos, fundamentalmente para castigar a quien con pleno conocimiento obstaculice la investigación del Ministerio Público mediante el empleo de los medios indicados en la nueva disposición legal. En el examen de la historia fidedigna de la ley aparecen relevantes las opiniones formuladas por los diputados Pía Guzmán y Gonzalo Uriarte, quienes al votar favorablemente el informe de la Comisión Mixta encargada de resolver las divergencias suscitadas entre ambas ramas del Congreso respecto del proyecto, señalaron que la ley había tipificado y establecido un nuevo delito o un delito especial denominado de obstrucción a la investigación (Cámara de Diputados, Sesión 53, de 18 de octubre de 2005)*”.
- 8 En el mismo fallo del caso Matute, Rol 118-2006, se explica, en la parte final del considerando 7°, la procedencia de la aplicación de la norma del artículo 18 del Código Penal, de retroactividad de la ley penal favorable al reo, atendido que: “*En la especie la aplicación retroactiva de la nueva ley, que es obligatoria al tenor del artículo 18 del Código Penal, no ofrece dudas, puesto que al sustituir el texto del artículo 69 bis, reformulando la conducta punible, produjo la derogación tácita de la preceptiva bajo cuyo imperio fueron sometidos a proceso los inculcados, de manera que es evidente que la nueva ley, al suprimir el carácter delictivo a la conducta que ella describía, resulta más favorable o benigna que la anterior*”.
- 9 El artículo 269 bis del Código Penal dispone: “*El que, a sabiendas, obstaculice gravemente el esclarecimiento de un hecho punible o la determinación de sus responsables, mediante la aportación de antecedentes falsos que condujeran al Ministerio Público a realizar u omitir actuaciones de la investigación, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a doce unidades tributarias mensuales.*
La pena prevista en el inciso precedente se aumentará en un grado si los antecedentes falsos aportados condujeran al Ministerio Público a solicitar medidas cautelares o a deducir una acusación infundada. El abogado que incurriere en las conductas descritas en los incisos anteriores será castigado, además, con la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena.
La retractación oportuna de quien hubiere incurrido en las conductas de que trata el presente artículo constituirá circunstancia atenuante. Tratándose de las situaciones a que se refiere el inciso segundo, la atenuante se considerará como muy calificada, en los términos del artículo 68 bis.
Se entiende por retractación oportuna aquella que se produjere en condiciones de tiempo y forma adecuados para ser considerada por el tribunal que debiere resolver alguna medida solicitada en virtud de los antecedentes falsos aportados o, en su caso, aquella que tuviere lugar durante la vigencia de la medida cautelar decretada en virtud de los antecedentes falsos aportados y que condujere a su alzamiento o, en su caso, la que ocurra antes del pronunciamiento de la sentencia o de la decisión de absolución o condena, según corresponda.
Estarán exentas de las penas que establece este artículo las personas a que se refieren el inciso final del artículo 17 de este Código y el artículo 302 del Código Procesal Penal”.

figura básica, en el inciso segundo una figura agravada por las consecuencias que genera la obstrucción, en el inciso tercero, una pena mayor en caso que el sujeto activo de la conducta sea un abogado, para luego regular la posibilidad de retractarse, y finalmente, eximir de toda pena a los parientes del imputado.

A continuación revisaremos los aspectos más relevantes de ella.

Bien jurídico protegido

Antes de analizar el tipo penal, resulta necesario discurrir acerca de cuál es el bien jurídico cautelado por esta figura, en la medida que es un criterio orientador para la interpretación del sentido y alcance del tipo penal¹⁰.

Una primera duda surge a partir de que el sujeto pasivo del delito ya no es directamente un Tribunal de Justicia, sino que se protege el trabajo de los fiscales del Ministerio Público en su labor de directores de la investigación penal, y por lo tanto, pone en cuestión la tradicional aproximación respecto a que el “correcto funcionamiento de la administración de justicia” sería el bien jurídico protegido en esta figura, desde que la labor de los fiscales “*ciertamente no puede reputarse ejercicio de la función jurisdiccional, ni les está permitido ejercer funciones de esa clase*”¹¹, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 76 de la Carta Fundamental¹².

El Ministerio Público no es parte del Poder Judicial. Es un organismo autónomo de carácter constitucional, y lo que se está protegiendo es una actividad anterior a la intervención judicial, como es la investigación, lo que explica que el legislador incluso haya cambiado el nombre del párrafo de “obstrucción a la justicia” por el de “obstrucción a la investigación”.

Ahora bien, es claro también que el Ministerio Público realiza una función estatal que es complemento directo de la función jurisdiccional que “*implica,*

10 Como señala el profesor Juan Bustos: “*En la interpretación de la norma penal los bienes jurídicos tienen una función básica. El proceso de interpretación de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma. De este modo, para establecer si la conducta concreta ocurrida en el mundo social tiene significación jurídico-penal es necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma de que se trate*”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Lecciones de Derecho Penal, Volumen I, Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 61-62.

11 OSSANDÓN, María Magdalena y RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos contra la función pública*. Segunda edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2015, p. 269.

12 El artículo 76 de la Carta Fundamental dispone: “*La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley*”.

*incluso, una corresponsabilidad en relación con su correcto desempeño*¹³, teniendo presente que el fiscal no es un simple interviniente en el procedimiento sino que ejerce una función pública desde que *“son representantes del Estado en la persecución criminal y cuentan con todos los medios estatales para cumplir con su misión”*¹⁴.

El fiscal, entonces, interviene en la administración de justicia y por ello *“una perturbación o desviación en el desarrollo de su actividad implica necesariamente la afectación de aquella”*¹⁵, dado que, en este sentido, la actividad de las fiscalías se transforma en un presupuesto de la labor judicial.

De otro modo, sin investigación no hay juicio, y sin olvidar que la investigación es una de las etapas del nuevo proceso penal, la primera antes de la etapa intermedia y del juicio oral, lo que demuestra la estrecha relación entre las tareas de la fiscalía y de los Tribunales de Justicia. En palabras de la doctrina, las tareas del Ministerio Público se constituyen en el *“sustento indispensable que permite que los Tribunales de Justicia lleguen a tomar conocimiento de un determinado caso, y que, además, condiciona en gran medida su posterior resolución”*¹⁶.

Todas razones por las cuales es posible sostener que lo protegido por el legislador como bien jurídico es el correcto funcionamiento de la administración de justicia. En este sentido, la doctrina ha señalado que en estos delitos *“se protege la administración de justicia en su dimensión de tutela funcional de los bienes jurídicos, cuando para estos ha fracasado la tutela primaria o normativa que los respectivos tipos encerraban”*¹⁷.

En la jurisprudencia, sobre el bien jurídico se ha dicho *“...que lo grave de la obstaculización debe medirse de acuerdo con el bien jurídico protegido, en este caso la Administración de Justicia, en el sentido que el entorpecimiento de la investigación haya cobrado serios perjuicios en ésta, demorándola o desviándola considerablemente de su marcha inicial...”*¹⁸.

En otro fallo, se sostuvo que el aportar un antecedente falso en una investigación *“para obtener la compensación económica por los daños que sufrió, mintiendo con dicho objetivo durante la investigación con las consecuencias ya anotadas, las que vulneran la recta administración de justicia al llevar al persecutor penal a sostener una acusación,*

13 OSSANDÓN y RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 270.

14 OSSANDÓN y RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 270.

15 OSSANDÓN y RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 270.

16 OSSANDÓN y RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 270.

17 OSSANDÓN y RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 271.

18 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, 22 de enero de 2013, RUC 1000386179-7, RIT 171-2012, considerando 13°.

*restringiendo la libertad personal de los imputados por el delito, y llevándolos a un juicio en el cual solicitó que se les impusiera la pena privativa de libertad de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo*¹⁹.

Elementos del tipo penal

La sola lectura del delito contemplado en el artículo 269 bis del Código Penal, nos muestra lo complejo de su construcción, vinculada a diversos elementos normativos y descriptivos, que deben ir concatenándose para consumir el delito.

En ese sentido, y en palabras de un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, *“se desprenden como elementos típicos la “aportación de antecedentes falsos que condujeren al Ministerio Público a realizar u omitir actuaciones de la investigación” y la exigencia en cuanto a que dicha aportación debe “obstaculizar gravemente el esclarecimiento de un hecho punible”, siendo su concurrencia copulativa. Se erigen como **elementos normativos** la alusión que se hace al “Ministerio Público” y a las “actuaciones de investigación”, lo que habrá de interpretarse a la luz de lo dispuesto en el Capítulo VII de la Constitución Política de la República y de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Asimismo, es dable destacar que de dicho tipo penal se desprenden también **elementos descriptivos** tales como “obstaculizar” y “antecedentes falsos”...*²⁰ (los destacados son nuestros).

Por otra parte, el delito no contempla las hipótesis de destrucción de evidencia, como lo hacía el antiguo tipo penal, que como ya vimos dejó de estar contemplado en esta figura²¹.

Intentaremos revisar, con el apoyo de la escasa doctrina y jurisprudencia existente, los elementos más relevantes de este tipo penal.

a) Vinculación con un proceso penal

En primer lugar, lo que se sanciona es la obstrucción de la investigación de un “hecho punible”, por lo tanto, la doctrina, restringiendo su aplicación, entiende que no se configura el delito *“si la conducta se refiere a un hecho previo*

19 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 12 de noviembre de 2016, RUC 1401064639-2, RIT 243-2016, considerando 13°.

20 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, 22 de enero de 2013, RUC 1000386179-7, RIT 171-2012, considerando 13°.

21 Aunque debería analizarse si los hechos (la destrucción de evidencia) pudiera reconducirse a alguna de las hipótesis de encubrimiento, las del artículo 17 N° 2 del Código Penal, o bien, si se tratare de funcionarios públicos, estudiar la posibilidad de imputarlos por el delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 242, o por quebrantamiento de sellos del 243, ambas normas del Código Penal.

cuya investigación, por cualquier razón sustantiva –entiéndase, no procesal–, no podría terminar en sentencia condenatoria”²², como por ejemplo, si al momento de la obstrucción había ya prescrito la acción penal o bien estaba extinguida la responsabilidad penal por cualquiera otra causa, salvo que las actuaciones de quien realiza la obstrucción hayan permitido la extinción de la responsabilidad, pues como lo indica la Excma. Corte Suprema “no es necesario que para el establecimiento del hecho punible motivo del amparo, se encuentre acreditado el delito que pudiera haberse cometido en perjuicio de la persona de Jorge Matute Johns, ya que la obstrucción a la justicia podría tener por objeto, precisamente, evitar el establecimiento adecuado de un delito sujeto a investigación”²³.

Unido a lo anterior, la doctrina estima que “*la necesidad de que exista un delito real previo marca una diferencia radical con los supuestos de simulación de delito, en los que también se distrae el accionar del aparato represor estatal, pero para la investigación de un delito inexistente*”, siendo entonces esta última hipótesis impune²⁴.

En contra de este último planteamiento, estimamos que es posible sostener que el análisis respecto de la existencia de un hecho punible, cuya investigación se obstaculice mediante la aportación de antecedentes falsos, debe efectuarse de acuerdo a un criterio “ex ante”, esto es, teniendo presente los conocimientos con que contaba el fiscal al momento de recibir los antecedentes y al momento en que tomó las decisiones procesales o investigativas constitutivas de la obstaculización, y no “ex post”, como sugiere la doctrina citada.

Lo anterior ha sido recogido en la jurisprudencia. En un caso de la Cuarta Región, el Tribunal señaló: “*Los antecedentes probatorios precedentemente explicitados también resultaron suficientes para establecer que la acusada indudablemente sabía que la denuncia efectuada era falsa, ya que ella misma era la presunta víctima de los hechos que narró en su oportunidad, a los que además les dio una atmósfera de credibilidad al justificar y hacer encajar las lesiones físicas que tenía, con su relato*”²⁵.

El fallo luego profundiza sobre las actuaciones de la supuesta víctima para dar apariencia de veracidad a su relato, detallando “*que de las pruebas rendidas en juico es posible advertir que la acusada efectuó ante personal policial –Carabineros y Policía de Investigaciones– un relato minucioso de los hechos que aseveró que ocurrieron, mostrando contusiones en su cuerpo coherentes con su testimonio, –*

22 OSSANDÓN y RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 281.

23 Excma. Corte Suprema, 30 de enero de 2001, rol N°289/01.

24 OSSANDÓN y RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 283.

25 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, 23 de noviembre de 2011, RUC 1001110480-6, RIT 273-2011, considerando 7°.

lesiones en el cuero cabelludo, rostro, cuello, tórax, en una de sus senos, piernas, hematomas y equimosis en caras internas y externas de los brazos y lesiones en los genitales— según constatación en el Servicio Médico Legal, que hacían presumir que sus dichos eran verdaderos, toda vez que además en su casa encontraron preservativos y la policía pudo establecer con testigos de oídas que los imputados por tal hecho estuvieron en dicho lugar, todo lo cual permitió que en la Audiencia de Formalización los supuestos agresores fueran privados de libertad... ”²⁶.

En otra sentencia, se condenó como autor del delito de obstrucción a la investigación a una empleada de un supermercado dando por establecido como hechos de la investigación que ella *“actuó como testigo en esa causa, aportando hechos falsos en la respectiva investigación, imputando a O.S. la comisión de golpes con el mango de un cuchillo a ella misma, esto con la finalidad de apropiarse del dinero de la caja que administraba. Sin embargo, **estos hechos son falsos** toda vez que las lesiones sufridas por la cajera fueron producidas por un atropello de un vehículo en la calle ese mismo día, hecho conocido por la imputada... producto de las situaciones descritas precedentemente, el Ministerio Público solicitó ante el magistrado del 7° Tribunal de Garantía en la audiencia de control de la detención respectiva, la medida cautelar de prisión preventiva...”²⁷.*

De allí que, si eran creíbles los antecedentes falsos aportados a la policía o al Ministerio Público, en la medida que se acredita que a partir del análisis de esa información aportada, la fiscalía adoptó decisiones procesales erróneas, creemos que podría sostenerse que se consumó el delito de obstrucción a la investigación pese a que en definitiva, los hechos cuya investigación se obstaculizó no fueran constitutivos de delito, conclusión que se establece por un análisis bastante posterior, de modo que la actividad del imputado puede estimarse que sí afectó al bien jurídico protegido.

Como se vio en los fallos citados, el hecho que deba existir una investigación que se obstruye, no implica que se descarte aquellos casos en que se denuncie un hecho, pues *“es perfectamente imaginable que al presentar antecedentes se esté dando la primera noticia de la comisión de un hecho ilícito, pero con el objeto de desviar o confundir la investigación para obstaculizar el esclarecimiento del hecho o de la determinación de los responsables”*, incurriéndose en la prohibición típica²⁸.

26 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, 23 de noviembre de 2011, RUC 1001110480-6, RIT 273-2011, considerando 8°.

27 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de 31 de diciembre de 2010, en causa RUC 0700480061-8, Rit 283-2010, considerando 11°.

28 OSSANDÓN y RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 282.

Entonces, la aportación de antecedentes falsos no puede estar totalmente desvinculada de un proceso penal, pues al menos, debe dar lugar al inicio de una investigación penal.

b) Verbo rector

La referencia en el tipo básico a la conducta se ha hecho a través de la expresión “aportación de antecedentes falsos”. Lo anterior significa que deben entregarse o proporcionarse de cualquier forma determinados antecedentes a la fiscalía que se caracterizan por su falsedad.

Los antecedentes falsos podrán aportarse de manera directa, a través de cualquier medio (de palabra, por escrito) que sea capaz de ponerlo en conocimiento del fiscal, pero también indirectamente, como al presentar a la persona que entregará el indicio falso. Por ello, sería irrelevante a quien se entregan los antecedentes (a la policía o directamente al fiscal) en la medida en que éstos lleguen a conocimiento del fiscal²⁹.

La palabra “aportar” según el diccionario de la RAE es “*contribuir, añadir, dar*”, lo que da cuenta de una acción. En ese sentido, la Iltma Corte de Apelaciones de Concepción ha expresado que “*la figura introducida al Código Penal requiere que el sujeto activo de la conducta punible realice actos positivos tendientes a dificultar o entorpecer (obstaculice dice la ley) la investigación del Ministerio Público, mediante la aportación de antecedentes falsos*”³⁰.

En otra sentencia, se indica que “*ha quedado asentado que el acusado realizó la acción de **aportar** un antecedente falso al **declarar** que existió la sustracción del vehículo cuando en la realidad lo prestó para ir a comprar licor, es decir incurriendo en una falsedad informó que se había cometido un delito en su contra a funcionarios de Carabineros y **luego lo hizo ante un fiscal** adjunto del Ministerio Público, constatándose con los dichos de estos que los hechos objeto de la denuncia tenían la apariencia de verdaderos*”³¹.

También se ha sostenido que el “aportar” consiste “*en entregar o proporcionar de cualquier forma antecedentes que se caracterizan por su falsedad, lo cual se*

29 OSSANDÓN y RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 285, postulan que la “descripción de la figura vuelve trivial quien sea el que recibe los antecedentes; lo que interesa es que lleguen a conocimiento del fiscal y que lo conduzca a adoptar una determinada actitud. Esto puede lograrse entregándolos directamente al fiscal, o haciéndolos llegar por medio de la policía”.

30 Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, 24 de mayo de 2006, Rol N° 118-2006, considerando 4°.

31 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 12 de noviembre de 2016, RUC 1401064639-2, RIT 243-2016, considerando 15°.

*puede hacer de palabra, por escrito, o por cualquier medio que sirva para poner en conocimiento del fiscal un determinado hecho o circunstancia*³².

c) Consecuencia de la aportación de antecedentes

Esta aportación de antecedentes falsos debe tener una consecuencia determinada, conducir al Ministerio Público a realizar u omitir actuaciones de la investigación (en la hipótesis calificada del inciso segundo, debe conducir “a solicitar medidas cautelares o a deducir una acusación infundada”).

Valorativamente, esta consecuencia debe constituir una obstaculización grave del esclarecimiento de un hecho punible o la determinación de sus responsables.

La jurisprudencia ha dicho que obstaculizar gravemente el esclarecimiento de un hecho punible “*se encuentra definido por la verificación del hecho de que la aportación de los antecedentes falsos haya conducido, en definitiva, a la producción de un resultado determinado, el error en el Ministerio Público, quien a consecuencia de ello realiza u omite diligencias de investigación, solicita medidas cautelares o presenta acusación, circunstancias todas que como se señaló en el fallo que se analiza, acontecieron en la causa a raíz del hecho que se le imputó al encausado, conclusión que descarta el error de derecho denunciado*”³³.

En otra sentencia se alude a que “*la víctima denunció los hechos de violencia en la Tenencia Santa Rosa de Chena, exhibiendo lesiones en su cuerpo que daban cuenta de la ocurrencia del delito. Esto ocasionó que se procediera a la detención del imputado. Esta denuncia resultó ser falsa, desdiciéndose la víctima en declaración ante la Fiscalía Local de Talagante y luego, en la audiencia de procedimiento abreviado que se llevó a cabo el día nueve de enero de 2014 en el Juzgado de Garantía de Talagante. Posteriormente declara que mintió en ambas oportunidades, cambiando su versión de los hechos, señalando que en ningún momento el denunciado la habría agredido y obstaculizando con ello gravemente el esclarecimiento del hecho punible al aportar antecedentes falsos que llevaron al Ministerio Público a realizar actuaciones de investigación y a solicitar medidas cautelares*”³⁴.

Se ha resuelto, en otro caso, que “*la conducta del encartado de este juicio obstaculizó el esclarecimiento de un hecho punible, debido a que si el imputado le hubiera dicho inmediatamente a los funcionarios de Carabineros que había facilitado el automóvil no habrían sido detenidos los presuntos responsables o bien*

32 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 31 de diciembre de 2010, RUC 0700480061-8, Rit 283-2010, considerando 13°.

33 Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de agosto de 2016, Rol Ingreso 1552-2016, considerando 8°.

34 Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, 5 de octubre de 2015, Rol Ingreso 1576-2015, considerando 2°.

ocurriendo su detención, el Ministerio Público podría haber tomado las medidas correspondientes inmediatamente para resolver la situación; sin embargo, no lo hizo y permitió la formalización de cargo y aplicación de medidas cautelares, y luego pudiendo decirle al fiscal cuando se entrevistó con él, el día 23 de abril de 2014, que había prestado su vehículo a quienes figuraban como los autores del delito, mantuvo su versión que le fue sustraído firmando la declaración de instrucción, pues con ello obtuvo que se le pagara la suma de \$100.000, transformándose el proceso penal en una herramienta de presión para conseguir el dinero”³⁵.

También se ha dicho que el obstaculizar en forma grave el esclarecimiento de los hechos o la determinación del responsable en el delito investigado, “*es el perjuicio que ello implica para la investigación*”³⁶.

En resumen, la obstaculización se ha de concretar en la actividad del fiscal a cargo de la investigación, de manera de llevarle a realizar cualquier clase de actuación procesal improcedente, equivocada, dilatoria, o bien, a omitir las diligencias que debería haber efectuado, que puedan considerarse una obstrucción de carácter grave de la misma, que sea constitutiva de un “perjuicio” para la investigación, lo que aparece más evidente en la figura agravada, cuando el Ministerio Público solicita cautelares personales, o acusa a determinada persona, en base a falsos antecedentes aportados a la carpeta.

d) Falsedad de los antecedentes

La obstrucción a la investigación se castiga en la modalidad que una persona aporte antecedentes mendaces que conduzcan a la fiscalía a realizar u omitir determinadas actuaciones procesales de manera equivocada, precisamente, porque se le han hecho llegar testimonios o evidencias falsas.

La doctrina indica que como en todo delito estructurado en torno a una falsedad, ésta debe ser “*verosímil y relevante; esto es, debe ser creíble y recaer sobre cuestiones capaces de influir en el curso de la investigación, alterando los antecedentes en una medida significativa*”³⁷. Lo anterior ha sido recogido en un fallo, que junto con reproducir esa cita agrega que: “*Se tiene por acreditado primeramente con la declaración de la misma acusada, quien reconoce que efectivamente los hechos que daban cuenta el parte policial eran falsos y que la declaración prestada ante Carabineros había sido confeccionada por ellos*”³⁸.

35 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 12 de noviembre de 2016, RUC 1401064639-2, RIT 243-2016, considerando 14°.

36 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 31 de diciembre de 2010, RUC 0700480061-8, Rit 283-2010, considerando 13°.

37 OSSANDÓN y RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 285.

38 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 31 de diciembre de 2010, RUC 0700480061-8, Rit 283-2010, considerando 13°.

En cuanto al tipo de falsedad, es perfectamente posible imaginar casos en que la mendacidad sea material “*alterando físicamente los documentos y demás objetos que se presenten como verdaderos*” o bien, de carácter ideológico, faltándose a la verdad en la narración de los hechos, dado que “*la ley no limita la clase de falsedad*”³⁹.

e) Sujeto activo

Cualquier persona puede cometer este delito, aunque la figura contempla una hipótesis calificada respecto de los abogados, conforme al inciso tercero del artículo en comento.

Se plantea una duda respecto a si el imputado que obstaculiza aquella investigación en que es personalmente investigado, pudiera ser también imputable por el delito del artículo 269 bis. Ello teniendo en consideración que existe una exclusión de sanción para los parientes del imputado, en forma similar a lo establecido en el encubrimiento y, por lo tanto, se ha sostenido que si la ley no exige a quienes están unidos por vínculos de familia con el imputado que se abstengan de obstaculizar investigaciones en contra de su familiar, menos puede exigirse al propio imputado que se abstenga de hacerlo⁴⁰.

Sin embargo, no podemos confundir el hecho que se asuma como normal que el imputado no colabore con la investigación (perdiendo el incentivo de la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal), o bien que guarde silencio en ejercicio de su derecho, y, por lo tanto, deje la labor de recopilación de antecedentes de cargo absoluto del órgano de persecución penal, todo ello fundado en su derecho a no autoincriminarse. Pero una cosa distinta es que haga actos positivos, aportando antecedentes falsos a la investigación con miras a desvincularse del hecho punible por la vía de imputar responsabilidad a un tercero.

En ese entendimiento, la última Corte de Apelaciones de Santiago ha sostenido que “*si bien resulta desde ya discutible que, en general, del derecho a no autoincriminarse se derive un derecho a mentir, puesto que nuestra legislación*

39 MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial. Tercera edición, Santiago, Editorial Thompson Reuters, año 2015, Tomo II, p. 359.

40 En ese sentido OSSANDÓN, ob. cit., p. 296, quien profundiza y sostiene respecto al imputado que: “*en su caso generalmente opera un curso aparente de leyes penales con el delito anterior, pues la obstrucción a la investigación constituye una forma de autoencubrimiento, un acto posterior copenado que es absorbido por aquél. Y eventualmente, dada la penalidad independiente de esta figura, se estima que su desvalor no alcanza a ser consumido por el delito previo, de todos modos los propios imputados podrían resultar impunes por aplicación analógica de la exención de pena que estipula el inciso final del artículo 269 bis CP, o en último caso, porque en su situación generalmente se podrá alegar una causal de inexigibilidad de otra conducta*”.

no castiga penalmente el falso testimonio judicial en causa propia, ello no significa que pueda reconocerse a aquel el derecho legal de incriminar a terceros”, para luego complementar con una cita al libro de los profesores Matus y Ramírez, indicando que *“El imputado que declara aportando antecedentes falsos que incriminan a terceros va más allá de su derecho a no autoincriminarse y se acerca a la posición de testigo, pues de convencer al fiscal en dicha incriminación, su comparecencia no será ya a título de imputado, sino de testigo de esos antecedentes incriminatorias. Luego, el imputado si puede, en ciertas condiciones, cometer este delito, esto es, cuando en su defensa, incrimine a terceros, aportando antecedentes falsos para ello”*. (J.P.M.A., M.C.R.G., *“Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Tomo II, Thompson Reuters, Legal Publishing Chile, 2015, pag. 357”*)⁴¹.

f) Aspecto subjetivo

Para que se configure el delito en examen se requiere que el sujeto activo actúe “a sabiendas”, es decir, en opinión de una mayoría de la Doctrina con dolo directo⁴². Ello implica tener el conocimiento de que el antecedente es falso, y la voluntad de aportarlo a la investigación. Representándose como objetivo o meta que persigue el autor cuando presenta los antecedentes falsos el que se obstruya la investigación.

En otras palabras, se requiere que la conducta típica se lleve a cabo con la *“intención de influir en la labor de investigación para entorpecerla”*⁴³. Ahora, ello no implica exigir *“que se prevean concretamente dichos actos u omisiones”*⁴⁴, pues lo contrario *“transformaría el delito en inaplicable”*⁴⁵.

En la figura agravada, en cambio, el resultado específico al que alude la norma, la posibilidad de pedir medidas cautelares o la presentación de una acusación infundada, basta que estén cubiertos *“por el dolo eventual o la culpa del agente”* y no se exigiría dolo directo *“porque la ley no lo requiere”*⁴⁶.

41 Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de agosto de 2016, Rol Ingreso 1552-2016, considerando 7°.

42 Cabe señalar que una posición actual de la Doctrina cuestiona que la frase “a sabiendas” sea sinónimo de dolo directo, postulando que se trataría de una simple referencia al dolo, que incluiría al directo y al dolo eventual. Para profundizar sobre el tema ver a SEGOVIA ARANCIBIA, Antonio en “Conocimiento del origen ilícito de los bienes en el delito de lavado de dinero (doloso). Algunos comentarios a propósito de sentencia definitiva condenatoria del Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes”, Revista Jurídica del Ministerio Público N°50, marzo 2012, páginas 224 y siguientes.

43 OSSANDÓN y RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 290.

44 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 364.

45 OSSANDÓN y RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 290.

46 OSSANDÓN y RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 290.

g) Íter críminis

Por exigir el tipo penal un resultado, la obstrucción grave de la investigación viene a determinar la consumación del ilícito, y, por otra parte, va a permitir apreciar la posibilidad de castigar tanto la tentativa como la frustración.

La tentativa podría existir en *“la medida que la conducta del delito es teóricamente fraccionable y podría haber empezado a ejecutarse sin que el autor alcance a poner todo de su parte para que el delito se consuma”*⁴⁷.

La frustración, en tanto, puede tener ocasión *“cuando no se produce la obstrucción a la investigación, pese a que se han aportado los antecedentes falsos”*⁴⁸, lo que puede suceder, por ejemplo, cuando el fiscal no conduce su investigación hacia la hipótesis investigativa que se intenta forzar por parte de quien desea obstaculizar esa causa, independiente de las razones del fiscal para obrar de ese modo, sea esta su desidia, demora por esperar contraste con otros antecedentes, o bien, porque el fiscal no creyó en la veracidad de la versión o del documento aportado, y por lo tanto, antes que se decretaren diligencias basadas en la mendacidad se detectó que se estaban aportando antecedentes falsos, lo que entendemos podría estimarse que concurriría esta figura en grado de frustración, atendido que el imputado puso todo de su parte para que el delito se consumara y por razones ajenas a su voluntad no se pudo concretar.

CONCLUSIÓN

Tras la somera revisión de este tipo penal, lo primero que nos alerta son las limitaciones de este delito, que no cubre todas las hipótesis imaginables de una obstrucción a la labor investigativa de un fiscal, desde que no abarcaría hipótesis de destrucción de evidencia, de amenazas a testigos, entre otras contempladas en la experiencia comparada, al circunscribirse su castigo a la aportación de antecedentes falsos que conduzcan al Ministerio Público a adoptar decisiones procesales erróneas, precisamente, por la mendacidad de la información recibida por un fiscal.

En seguida, los desafíos que implica acreditar cada uno de los elementos del delito que están establecidos de una manera copulativa, con diversas exigencias interpretativas y, por tanto, investigativas, obviando un tema sobre el cual no he profundizado, que es la baja penalidad establecida, pues la figura base tiene una pena de presidio menor en su grado mínimo, y la agravada, una de presidio menor en su grado medio, lo cual no se condice con la gravedad de la afectación que este tipo de actividades produce en el bien jurídico protegido, y en ciertos casos, cuando se inculpa falsamente a un tercero, la afectación de derechos individuales.

47 OSSANDÓN y RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 291.

48 OSSANDÓN y RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 291.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN TRÁFICO ILÍCITO DE
ESTUPEFACIENTES Y
SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE TRÁFICO DE PRECURSORES

Nicolás Oxman Vilches¹

I. Introducción

El artículo 2° de la Ley 20.000 contiene una serie de conductas prohibidas agrupadas en el *nomen iuris* de tráfico de precursores, cuyo objeto material recae sobre sustancias químicas que son utilizadas para la elaboración o fabricación de drogas; es un delito autónomo en relación con el microtráfico y el tráfico de drogas y constituye un acto preparatorio especialmente penado², siendo suficiente para efectos de la tipicidad objetiva la comprobación de la tenencia o posesión de los materiales que sirven para la elaboración de droga. Ahora bien, a nivel de imputación subjetiva el tipo penal contempla *una modalidad dolosa que exige no solo el conocimiento* de estar ejecutando las conductas ahí descritas en relación con los denominados “precursores o sustancias químicas esenciales”, sino que *además contempla un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente*, esto es, el *objetivo o finalidad de destinar dichos precursores o sustancias químicas esenciales a la perpetración*, dentro o fuera del país *de alguno de los delitos contemplados en la ley*. Excepcionalmente, el precepto admite la posibilidad de comisión imprudente, reservando para esta última el inciso 2° de la citada disposición que castiga la realización de dichas acciones

1 Doctor en Derecho Penal, Universidad de Valencia, Profesor de Derecho Penal, Universidad Central de Chile.

2 Así, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2017, p. 396. En general, esta categorización se explica desde el momento que el tipo penal viene a fusionar en un solo precepto las reglas contenidas en los artículos 3.1 a) iv) y 3.1 c) ii) de la Convención de Viena de 1988, erigiéndose así como en adelantamiento de la barrera de lo punible en relación con la posibilidad de afectación del bien jurídico colectivo salud pública, por cierto, abstracta y referida a tipos de mera actividad y no de resultado, como es el caso del microtráfico y tráfico de drogas. Al respecto, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 12 de junio de 2015, causa Rol N° 132-2015.

prohibidas incluso “*sin conocer el destino de los precursores o de las sustancias químicas esenciales por negligencia inexcusable*”³.

Tal como puede advertirse, este delito presenta en lo que al tipo subjetivo se refiere ciertas particularidades que dificultan su comprensión. En concreto, si el legislador hubiese sido consecuente con la ciencia penal, los delitos que contienen elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, esto es, una determinada “actitud interna” del autor, excluyen la posibilidad de imputación de la imprudencia o culpa⁴. Sin embargo, el precepto contempla una modalidad imprudente bajo la confusa denominación de “negligencia inexcusable”, respecto de la cual habría que dilucidar, en un primer momento, no sólo si permite una reconstrucción del contenido de la modalidad dolosa para efectos de guardar la debida coherencia sistemática, sino que, en un segundo momento, esclarecer si la misma comprende tanto la imprudencia consciente como la inconsciente y, por cierto, si tal expresión legal es asimilable a lo que se conoce como imprudencia grave, o bien, si es suficiente para afirmar la infracción al deber de cuidado con la llamada imprudencia leve o simple.

Esta problemática, hasta el momento no abordada por nuestra doctrina, representa el objeto de este trabajo. En efecto, los autores que se han ocupado del tema se limitan a afirmar que este tipo penal contempla una exigencia subjetiva adicional al tráfico en general, que se traduce en un dolo directo no siendo suficiente la “representación de la posibilidad del desvío”, cuestión que

3 Una completa referencia al origen de la figura penal en nuestro sistema jurídico penal, puede encontrarse en HIDALGO ALVARADO, Catalina. “El delito de tráfico de precursores en la ley 20.000: Antecedentes, Análisis dogmático y político-criminal”. En: *Revista de Estudios Ius Novum*, 6, Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso-Librotecnia, 2013, págs. 23-52. También, REBOLLEDO LATORRE, Lorena. “Delito de desvío de sustancias químicas controladas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 43, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2010, págs. 135 y sgtes.

4 Al menos, desde la consolidación de la sistemática heredada del finalismo, WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*. 14ª. ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1969, págs. 64 y sgtes. En la dogmática chilena, por cierto, CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª. ed., Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011, p. 325. Aunque, en la actualidad, hay quienes sostienen, también, aunque minoritariamente, que junto con el dolo puede concurrir en esta clase de tipos con elementos subjetivos un error vencible consistente en la “no aceptación de un elemento del tipo” que da lugar a la imprudencia. Así, LUZÓN PEÑA, Diego. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2016, p. 225. Entre nosotros, NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. *Derecho Penal Chileno. Parte General*. 2ª. ed., Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2015, Tomo I, p. 236.

debería ser punible a título de imprudencia⁵. Como se verá, esta afirmación no es compartida en el presente estudio, que admite la posibilidad de inculpar la representación del riesgo y el desconocimiento deliberado del mismo como un comportamiento doloso y, al mismo tiempo, en lo que a las conductas imprudentes se refiere se limita la denominada “negligencia inexcusable” a destinatarios específicos del deber de cuidado.

II. El dolo

El dolo puede ser definido como el conocimiento del riesgo desaprobado que implica la realización de una acción típica⁶. Ahora bien, un criterio para determinar la ausencia o presencia de indicios suficientes de conocimiento del riesgo es la previsión de las consecuencias valorada a partir de un proceso estándar de atribución de responsabilidad conocido como juicio *ex ante* de adecuación (conocimiento del riesgo probable de afectación al bien jurídico)⁷. Lo anterior, en relación con el delito de tráfico de precursores supone imputar o adscribir al sujeto la realización de un hecho descrito en el tipo con el “conocimiento necesario sobre el destino de las sustancias químicas esenciales”, a través de la prueba de indicios, labor que debe desempeñar el juzgador situándose en el lugar del autor, conforme a los conocimientos que son exigibles a un sujeto corriente, para determinar así en la situación concreta si podía o no conocer el destino final de las sustancias químicas esenciales. De este modo, resulta posible imputar el dolo del tipo de tráfico de

5 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 398.

6 Sobre el dolo como conocimiento del riesgo, entre otros, BACIGALUPO, Enrique. “Problemas actuales del dolo”, Libro Homenaje al Profesor Rodríguez Mourullo. Madrid, España, Civitas, 2005, Tomo I, p. 76 y sgtes. Con algunos matices, RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona, España, Bosch, 1999, págs. 175 y sgtes. En el sentido indicado supra, LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1999, p. 248. En sentido similar, por ejemplo, ZIELINSKI, Diethart. *Dolo e imprudencia: comentario a los párrafos 15 y 16 del StGB*, Sancinetti (trad.). Buenos Aires, Argentina, Hamurabi, 2003, p. 45. En especial, sobre la idea de un único concepto de dolo como riesgo y sin subcategorías, FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*. Colonia, Alemania, Carl Heymanns, 1983, págs. 27-32.

7 Así, Frisch sostiene que el dolo es sólo conocimiento (sin subcategorías) y constituye la forma básica de imputación subjetiva. De este modo, conforme a los criterios de imputación objetiva el dolo debe ser valorado *ex ante* como la realización de una acción que puede ser entendida como un riesgo altamente probable (en cuanto, jurídico-penalmente relevante) de producción del resultado lesivo. El dolo sería simplemente el conocimiento de realización de un peligro o riesgo no permitido para el bien jurídico. Así, sólo hay una forma de dolo que se agota en la realización de acciones que *ex ante* conllevaban un riesgo no permitido y altamente probable de producción del resultado. FRISCH, ob. cit., págs. 27 y 28.

precursores no sólo a los supuestos en los cuales se constata de modo evidente la existencia del conocimiento, sino también a los casos en que el sujeto, con al menos un mínimo de disposición a la realización de comportamientos no riesgosos podría haber conocido el destino final de las sustancias. Lo expuesto implica, sin duda, una normativización no sólo del dolo sino de los elementos subjetivos⁸, que pasan a formar parte de la comprensión de la acción misma⁹ y, todo ello, desde una aproximación objetiva que se sitúa en los deberes de conocimiento y advertencia de riesgos mínimos, exigiendo una medición cuantitativa y cualitativa de lo que habría realizado una persona situada en la posición del autor en un momento inmediatamente anterior a la realización de la acción¹⁰.

Más allá de las cuestiones dogmáticas apuntadas, nuestra jurisprudencia llega a resultados similares a través de la prueba de indicios. Así, imputa autoría dolosa en la realización del tipo de tráfico de precursores a un sujeto que adquirió, a una conocida empresa de químicos, más de doce toneladas de carbonato de sodio en Santiago, pagando en efectivo, transportando dicha sustancia a la localidad de Alto Hospicio, mudando la carga a otro camión que se dirigió a la frontera con Bolivia, sin autorización para el transporte de dicha sustancia conforme a la normativa reglamentaria vigente¹¹. Tal comportamiento, supone, sin duda, una elevada probabilidad de que la citada

-
- 8 La tendencia actual, tanto en el derecho continental como en los sistemas anglo-americanos, es el abandono progresivo de los denominados “ánimos”, como elementos diferenciados de la valoración de la acción misma. En la medida que se ha avanzado hacia una normativización progresiva de las categorías o criterios de imputación subjetiva. DUFF, Antony. “Subjectivism, Objectivism and Criminal Attempts”, *Harm and Culpability*. Simester y Smith (eds.). Oxford, Gran Bretaña, Clarendon Press Oxford, 2003, págs. 18 y sgtes.
- 9 En efecto, los denominados ánimos no han de ser considerados como elementos determinantes para la prueba de un delito, en la medida que han pasado a ser considerados como resabios del “derecho penal de la voluntad”, entendidos como aspectos excesivamente difíciles de probar (a menos que sean obvios o evidentes), por lo que en la mayoría de los casos en que las leyes los contemplan han pasado a ser objetivados en relación con la acción misma. HART, H. L. A. “The Aims of the Criminal Law”. En: *Law and Contemporary Problems*, 23, Durham, Estados Unidos, Duke University, 1958, págs. 401-441.
- 10 Sobre este punto, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fascículo 2, Tomo XLIII, Madrid, España, Boletín Oficial del Estado, 1990, p. 428. También, QUERALT, Joan. “El dolo y el conocimiento de la antijuridicidad”, *Elementos subjetivos de los tipos penales*. Jiménez Villarejo (director), Cuadernos de Derecho Judicial, 33 (1994), Madrid, España, Consejo General del Poder Judicial, pp. 42-43.
- 11 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 16 de enero de 2012, Rol N° 2519-2011.

sustancia química sea destinada a la comisión de los delitos que establece la Ley 20.000; es decir, implica un conocimiento de la realización de un riesgo no permitido para el bien jurídico.

El denominado elemento subjetivo “*finalidad de destinar dichos precursores o sustancias químicas esenciales a la perpetración*”, no supone así una limitación a la punición del delito doloso, en la medida que no puede interpretarse separadamente de la acción misma ejecutada con un conocimiento del riesgo altamente probable de que dicha sustancia sea destinada, precisamente, para tal objetivo o finalidad. Esta es una consecuencia derivada de la circunstancia que “hay ciertas clases de acciones que no pueden definirse o comprenderse sin la referencia a determinados momentos subjetivos y por tanto el *tipo* de acción se define con referencia a esos momentos de la acción”¹²; la prueba de su concurrencia no tiene lugar sobre voliciones mentales, “sino de acuerdo a su sentido exteriorizado”¹³, esto es, “con arreglo a las competencias del autor y las características públicas y externas de la acción”¹⁴.

La moderna discusión jurídico penal sobre el dolo se pregunta sobre la posibilidad de entender como equivalentes al conocimiento del riesgo casos en que el autor se sitúa conscientemente en un contexto que supone desconocer los alcances de un comportamiento que implica un riesgo altamente probable de realización del tipo. Así, se argumenta a favor del denominado *dolo indirecto*, que sería una categoría de imputación subjetiva susceptible de abarcar todas las categorías tradicionales del dolo (incluyendo el de consecuencias necesarias y el dolo eventual)¹⁵. Lo anterior, supone entender que puede afirmarse el dolo con una indiferencia frente a las normas (“*Gleichgültigkeit*”), entendida como un actuar irreflexivo (“*unreflektiert*”) frente a los datos que son determinantes para tomar una decisión en derecho; es una ceguera jurídica frente a la infracción penal, en un actuar inconsciente frente a las normas¹⁶.

12 ORTS BERENGUER, Enrique. “Consideraciones sobre los elementos subjetivos de algunos tipos de acción”, *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Carbonell Mateu (dir), Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2009, Tomo I, págs. 1486-1487.

13 ORTS BERENGUER, ob. cit., p. 1487. También, ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 7ª. ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2017, p. 281 y sgtes.

14 ORTS BERENGUER, ob. cit., p. 1487. Con ejemplos, ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., págs. 283 y sgtes.

15 Así, PUPPE, Ingeborg. “Comentario al parágrafo 15 del StGB, números marginales 17-19”, en: *NomosKommentar-Strafgesetzbuch*, 4ª. ed., Baden-Baden, Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft, 2013, tomo I, págs. 653-654.

16 JAKOBS, Günther. “Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff”. En: *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, Fascículo 3, Baden-

Así, actuaría con dolo indirecto –volviendo al caso citado– el sujeto que, sin dar factura alguna y recibiendo el pago en efectivo, vende grandes cantidades de precursores químicos a personas que no cuentan con la debida autorización para su transporte y sin cumplir con los deberes de información que establece la legislación vigente. En tal sentido, realizan dolosamente el tipo penal en la medida que “comercializan” con precursores químicos actuando de modo irreflexivo frente a datos que eran importantes para tomar una decisión “en derecho”, desconociendo por completo la reglamentación vigente de naturaleza extrapenal: en concreto, las normas contenidas en el Decreto N° 1358 sobre medidas de control de precursores de 17 de abril de 2007.

La jurisprudencia española ha asumido una posición similar para la solución de estos casos, para ello recurre a la denominada “ignorancia deliberada”¹⁷ que constituye una manifestación más del dolo¹⁸. Así, afirma la imputación subjetiva en el tráfico de drogas (incluyendo el tráfico de precursores), excluyendo con ello la alegación de error de tipo, para todo quien actúa “sin querer conocer aquello que puede y debe saber, asumiendo y aceptando con ello todas las consecuencias de su ilícito actuar”¹⁹. Tal como puede observarse, esta tesis no constituye una variante de las teorías de la probabilidad, sino que es más bien un manifestación del criterio ecléctico con el que suele solucionar el Tribunal Supremo español los casos límite –la denominada zona gris– entre el dolo y la imprudencia²⁰, donde más que la citada “ignorancia”, se trata de casos en que la acción es realizada

Baden, Alemania, Nomos, 2010, p. 306. JAKOBS, Günther. “Indiferencia como dolo indirecto”, *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid, España, Marcial Pons, 2004, Tomo I, págs. 346-347. HSU, Yu-An. *Doppelindividualisierung und Irrtum. Studien zur strafrechtlichen Lehre von der Erfolgszurechnung zum Vorsatz*, Berlín, Alemania, Dunker & Humboldt, 2006, págs. 196 y sgtes.

- 17 Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. “La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al Derecho penal económico-empresarial”, *La Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica*. Silva Sánchez y Miró Linares (directores). Madrid, España, La Ley, 2013, págs. 289 y sgtes. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. “Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en el Derecho Penal”, *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina, Valenzuela (ed.), 2013, págs. 39 y sgtes. Con referencias jurisprudenciales, RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona, España, Ariel-Libros Jurídicos, 2007, págs. 45 y sgtes.
- 18 En relación con la posibilidad de adoptar la ignorancia deliberada, entre nosotros, como manifestación del dolo en los delitos de tráfico de drogas, REBOLLEDO LATORRE, Lorena. “Ignorancia deliberada en el tráfico de drogas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 61, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014, págs. 167 y sgtes.
- 19 Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2007, N° 1175/2006, ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar.
- 20 ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., p. 347.

con una consciencia de la probabilidad del riesgo, lo que es un baremo suficiente para la constatación del denominado “dolo eventual”, o bien, la supuesta posterior ignorancia es consecuencia de una situación anterior de conocimiento que posibilita la imputación a título de dolo²¹.

Así, entonces, en el caso del comerciante autorizado para realizar actividades económicas como producir o elaborar sustancias químicas esenciales o precursores que vendió a una persona natural grandes cantidades de carbonato de sodio (en este supuesto de hecho se trataba de más de doce toneladas) sin facturación alguna y recibiendo el pago en efectivo²², actúa con conocimiento del riesgo altamente probable que dichas sustancias sean destinadas a la elaboración de drogas, “aceptando” o “conformándose con” la posibilidad de que dichas sustancias sean destinadas para tal fin (dolo eventual), “sin querer conocer aquello que podía y debía saber”, que no es más que la expresión o consecuencia del referido contexto previo de conocimiento que habilita la adscripción de dicho comportamiento al dolo²³.

La tesis expuesta no excluye la posibilidad de considerar casos de error de tipo (imprudencia) que desencadenen la impunidad del comportamiento, sea este vencible o invencible, siempre que la conducta sea realizada por quienes no son destinatarios de deberes especiales de cuidado en relación a las sustancias químicas o precursores. Por el contrario, no habría dolo y, por ende, la conducta será impune en los casos en que no concurre un conocimiento del riesgo, lo que tiene lugar en los supuestos en que una ponderación racional de las circunstancias puede conllevar la alternativa de inferir una conclusión contraria, por ejemplo, una errónea representación del peligro²⁴, que equivale a actuar sin conocimiento del riesgo. La errada representación tiene lugar en los supuestos en que no es posible inferir el conocimiento sobre la entidad, capacidad o magnitud del riesgo objetivamente considerado de realización de la modalidad dolosa del tráfico de precursores.

21 Sobre este punto, FERREIRA CABRAL, Rodrigo. *Dolo y lenguaje. Hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje*. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2017, p. 289.

22 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 16 de enero de 2012, Rol N° 2519-2011.

23 GRECO, Luis. “Comentario al artículo de Ramon Ragúes”, *Discusiones: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*. Sección I, número 13 (2014), Alicante, España, Miguel de Cervantes, págs. 70 y sgtes.

24 Sobre este punto, en las teorías de la probabilidad, LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 287-293. Por cierto, KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7ª. ed., Baden-Baden, Alemania, Nomos, 2015, § 14, nm. 18-19, p. 133.

III. La negligencia inexcusable

a) El tipo de tráfico de precursores contempla una modalidad excepcional de tipificación imprudente, de acción o comisión por omisión, mera actividad y de infracción de deber, donde es autor quien realiza voluntariamente la acción descrita en el tipo (“producción, fabricación, elaboración, distribución, transporte, comercialización, importación, exportación, posesión o tenencia de precursores o de sustancias químicas esenciales), pero desconoce una determinada cualidad de dichas acciones o del objeto de la misma²⁵, en este caso, se trata de una infracción al deber objetivo de cuidado, contenido en una norma administrativa, por la realización de tales comportamientos desconociendo “el destino de los precursores o de las sustancias químicas esenciales”.

El tipo puede ser cometido por acción o por comisión por omisión imprudente, lo que permite imputar esta última forma de realización a las personas que ejercen cargos de dirección o administración dentro de las personas jurídicas que, autorizadas a operar con sustancias químicas controladas en calidad de destinatarios de especiales deberes extrapenales, asumen por disposición de la ley una posición de garante²⁶.

Así, la comisión del delito de tráfico de precursores por negligencia inexcusable debe recaer, como es evidente, sobre la procedencia, el destino o el uso que se le confiere comúnmente a dichos bienes materiales, de forma tal que pueda afirmarse que el sujeto activo tenía el deber de conocer o advertir dicha circunstancia. Ahora bien, a diferencia de la modalidad dolosa que es un delito

25 En relación con la imprudencia en general, CEREZO MIR, José. “La polémica en torno al concepto finalista del autor en la ciencia del derecho penal español”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXVIII, Fascículo I, Madrid, España, Boletín Oficial del Estado, 1975, p. 50.

26 A nivel de tipicidad es evidente que la creación legislativa de una forma de realización imprudente cuya infracción objetiva a la norma de cuidado tiene por destinatarios, exclusivamente, a sujetos previstos por la ilicitud extrapenal, puede conllevar que otros sujetos –no destinatarios del deber especial– participen subjetivamente en este tipo imprudente, tales comportamientos sólo pueden dar origen, al menos preliminarmente, a una responsabilidad administrativa o civil, en la medida que constituyen, exclusivamente, ilícitos extrapenales. Al respecto, LUZÓN PEÑA, ob. cit., p. 290. Con todo, puede haber participación dolosa –inducción o autoría mediata– en un delito imprudente, si éstos utilizan al autor imprudente como un mero instrumento. También, puede haber coautoría en esta clase de delitos en la medida que se tengan competencias de igual fundamento sobre la fuente de peligro (niveles de control de riesgos equiparables en función de lo establecido en la citada disposición extrapenal). Al respecto, por ejemplo, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Intervención delictiva e imprudencia*. Granada, España, Comares, 2004, págs. 171 y sgtes. También, puede verse ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y Cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona, España, Atelier, 2007, págs. 124 y sgtes.

común, la modalidad imprudente es un delito especial de infracción de un deber objetivo de cuidado cuyo autor únicamente puede ser el destinatario de dicho deber especial²⁷.

b) A favor de esta posición, puede argumentarse algo más que un criterio puramente sistemático derivado de la punibilidad excepcional de la imprudencia en nuestro sistema jurídico penal, sino que, una interpretación lógica, que emana de la propia Ley N° 20.000, en la medida que sólo contempla la imprudencia en dos preceptos y, en ambos delitos, los destinatarios de la normas son personas a las cuales la ley les ha conferido deberes especiales de cuidado de naturaleza administrativa, es decir, se trata de sujetos que se desempeñan en ámbitos de control institucional “sensibles” para la salud pública²⁸.

De esta forma, las posibilidades de imputación a título de autoría se reducen a las personas sobre las cuales recaen específicos deberes de cuidado, en este caso contenidos en disposiciones de naturaleza extrapenal: en el Decreto N° 1358, del Ministerio del Interior, sobre medidas de control de precursores de 17 de abril de 2007, cuya existencia programática fue una exigencia normativa contenida en los artículos 55 al 60 de la Ley N° 20.000 que, concretamente, establecen obligaciones relativas al control de precursores y sustancias químicas esenciales, entre las que se contempla la creación de un registro especial en el cual deben inscribirse las personas naturales o jurídicas que requieran operar con sustancias controladas²⁹.

27 Sobre las discusiones actuales en torno a la extensión de la participación y, en especial, la coautoría y autoría mediata en los delitos de infracción de deber cometidos por omisión (dolosa e imprudentes), puede verse ROXIN, Claus. “Pflichtdelikte und Tatherrschaft”, *Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Schönemann, Hefendehl, Hörnle, Greco* (die Herausgeber). Berlín, Alemania, Walter de Gruyter, 2014, págs. 509- 532.

28 En efecto, en el caso del tipo del artículo 10 inciso 2° de la Ley N° 20.000 la posibilidad de imputación a título de imprudencia o negligencia culpable, queda limitada a los destinatarios de deberes especiales de cuidado, por cierto, también contemplados en una norma extrapenal: las disposiciones administrativas relativas a la autorización, control y fiscalización de las siembras, plantaciones, cultivos y cosecha de especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, contenidas en el Título II del Decreto N° 867, del Ministerio del Interior, de 19 de febrero de 2008.

29 En tal sentido, el tipo imprudente regulado en el inciso 2° puede ser visto como un tipo autónomo del delito de dominio descrito en el inciso 1°. Ello, en la medida que la negligencia inexcusable presupone un deber especial de cuidado y no general. En los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*), es esencial para poder ser autor incumplir un deber especial que sólo incumbe a los destinatarios del citado deber, en este caso, conforme al artículo 5° del Decreto N° 867, del Ministerio del Interior, las personas inscritas en el registro especial de usuarios de sustancias químicas controladas.

Como toda modalidad imprudente, la conducta requiere de una infracción del deber objetivo de cuidado, en términos de una ausencia de diligencia que pueda ser equiparable a la denominada “negligencia inexcusable” y una previsibilidad objetiva como presupuesto³⁰.

c) La infracción a los deberes de cuidado debe recaer aquí sobre obligaciones de naturaleza administrativa (información de la totalidad de operaciones sobre sustancias controladas, comunicación, control, secreto, dar cuenta, deber de llevar un inventario, obrar con la diligencia debida), cuyo incumplimiento debe significar un riesgo jurídicamente desaprobado para la salud pública, desde el punto de vista *ex ante*, teniendo en cuenta la posición del autor y sus conocimientos concretos. En los delitos de mera actividad, como el tráfico de precursores, no hay diferencia entre la imputación objetiva del delito doloso y el imprudente, en otros términos, afirmada la imputación objetiva el acontecimiento es al menos imputable a título de imprudencia³¹, la diferencia está en que mientras en la modalidad dolosa el autor tiene conocimiento del riesgo, en la forma imprudente el sujeto activo desconoce que su comportamiento desencadena el riesgo típico (resultado de peligro), en cuanto se trata de una inadvertencia frente a riesgos que una persona prudente situada en la posición del autor podría haber advertido (previsibilidad objetiva), teniendo en cuenta aquí, los conocimientos especiales del autor, relativos a sus deberes de conocimiento de las obligaciones derivadas de la calidad de operador institucionalizado de sustancias químicas controladas.

Pero, no toda infracción al deber objetivo de cuidado reviste la gravedad necesaria, en términos de lesividad, para configurar un injusto típico y antijurídico. De este modo, un descuido ligero por parte de quienes son destinatarios de los deberes especiales de control de sustancias químicas (imprudencia levísima), aunque desencadene un peligro concreto o abstracto que los precursores puedan ser destinados a la elaboración de drogas, no es punible. Tampoco, una imprudencia leve porque es la diligencia exigible a un sujeto con los conocimientos de un hombre medio³². Así, entonces, el tipo penal al hablar de negligencia inexcusable se refiere a la imprudencia temeraria que requiere una total falta de adopción de las medidas necesarias para controlar el peligro y de abstención de realización de comportamientos

30 Sobre la estructura del delito imprudente, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª. ed., Buenos Aires, Argentina, B de F, 2005, págs. 73- 93.

31 CORCOY, ob. cit., págs. 123 y sgtes. CURY, ob. cit., págs. 333 y sgtes.

32 Lo que no quiere decir que tales comportamientos queden impunes en la medida que pueden ser objeto de sanciones de naturaleza administrativa, como se desprende de la normativa contenida en el Decreto N° 867, del Ministerio del Interior.

que puedan generarlo³³. Es una conducta ejecutada con un “alto grado de irreflexión o descuido y una actuación del agente creadora del riesgo”³⁴.

IV. Conclusiones

- a. Según se ha expuesto, el tipo doloso de tráfico de precursores no requiere de ninguna prueba adicional relativa al “elemento subjetivo”, siendo suficiente con el conocimiento del riesgo de realización de los comportamientos descritos en el tipo.
- b. Al mismo tiempo, es imputable a título de dolo el desconocimiento deliberado de las normas relativas a las sustancias controladas y el decidir no “querer conocer” los riesgos debiendo o pudiendo conocerlos.
- c. En lo que se refiere a la negligencia inexcusable equivale a la imprudencia temeraria y es una modalidad únicamente imputable a las personas que, conforme a la normativa administrativa, son destinatarios de especiales deberes de cuidado.

V. Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique. “Problemas actuales del dolo”, Libro Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, España, Civitas, 2005, Tomo I, págs. 63-81.

CEREZO MIR, José. “La polémica en torno al concepto finalista del autor en la ciencia del derecho penal español”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXVIII, Fascículo I, Madrid, España, Boletín Oficial del Estado, 1975, págs. 41-56.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, 2ª. ed., Buenos Aires, Argentina, B de F, 2005.

CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 10ª. ed., Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

Decreto N° 867, del Ministerio del Interior, de 19 de febrero de 2008.

DUFF, Antony. “Subjectivism, Objectivism and Criminal Attempts”, *Harm and Culpability*. Simester y Smith (eds.). Oxford, Reino Unido, Clarendon Press Oxford, 2003.

33 “La imprudencia temeraria no es incompatible con infracciones de reglamentos; es más, si hay una pluralidad de infracciones reglamentarias y por tanto de múltiples normas de cuidado expresamente previstas por el legislador (en sentido amplio), será un indicio importante de que hay grave infracción de normas básicas de cuidado”. LUZÓN PEÑA, ob. cit., p. 297. En relación con la imprudencia temeraria, entre nosotros, NÁQUIRA, ob. cit., p. 252.

34 CURY, ob. cit., p. 345.

FERREIRA CABRAL, Rodrigo. *Dolo y lenguaje. Hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje*. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2017.

FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*. Colonia, Alemania, Carl Heymanns, 1983.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fascículo 2, Tomo XLIII, Madrid, España, Boletín Oficial del Estado, 1990, págs. 421-442.

GRECO, Luis. “Comentario al artículo de Ramon Ragúes”, *Discusiones: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*. Sección I, número 13, Alicante, España, Miguel de Cervantes, 2014, págs. 67-77.

HART, H. L. A. “The Aims of the Criminal Law”. En: *Law and Contemporary Problems*, 23, Durham, Estados Unidos, Duke University, 1958, págs. 401-441.

HIDALGO ALVARADO, Catalina. “El delito de tráfico de precursores en la ley 20.000: Antecedentes, Análisis dogmático y político-criminal”. En: *Revista de Estudios Ius Novum*, 6, Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso-Librotecnia, 2013, págs. 23-52.

HSU, Yu-An. *Doppelindividualisierung und Irrtum. Studien zur strafrechtlichen Lehre von der Erfolgzurechnung zum Vorsatz*, Berlín, Alemania, Dunker & Humboldt, 2006.

JAKOBS, Günther. “Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff”. En: *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, Fascículo 3, Baden-Baden, Alemania, Nomos, 2010, págs. 283-315.

JAKOBS, Günther. “Indiferencia como dolo indirecto”, *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid, España, Marcial Pons, 2004, Tomo I, págs. 345-358.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7ª. ed., Baden-Baden, Alemania, Nomos, 2015.

LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1999.

LUZÓN PEÑA, Diego. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2016.

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2017.

NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. *Derecho Penal Chileno. Parte General*. 2ª. ed., Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2015, Tomo I.

ORTS BERENGUER, Enrique. “Consideraciones sobre los elementos subjetivos de algunos tipos de acción”, *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Carbonell Mateu (dir), Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2009, Tomo I, págs. 1483-1500.

ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 7ª. ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2017.

PUPPE, Ingeborg. *NomosKommentar-Strafgesetzbuch*, § 15, nm. 17-19. 4ª. ed., Baden-Baden, Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft, 2013, Tomo I.

QUERALT, Joan. “El dolo y el conocimiento de la antijuridicidad”, *Elementos subjetivos de los tipos penales*. Jiménez Villarejo (director), Madrid, España, Consejo General del Poder Judicial, 1995, págs. 37-48.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. “La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al Derecho penal económico-empresarial”, *La Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica*. Silva Sánchez y Miró Linares (directores). Madrid, España, La Ley, 2013, págs. 289-319.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. “Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en el Derecho Penal”, *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina, Valenzuela (ed.), 2013, págs. 11-38.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona, España, Bosch, 1999.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona, España, Ariel-Libros Jurídicos, 2007.

REBOLLEDO LATORRE, Lorena. “Delito de desvío de sustancias químicas controladas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 43, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2010, págs. 135-144.

REBOLLEDO LATORRE, Lorena. “Ignorancia deliberada en el tráfico de drogas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 61, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014, págs. 57-93.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y Cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, España, Atelier, 2007.

ROXIN, Claus. “Pflichtdelikte und Tatherrschaft”, *Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Schönemann, Hefendehl, Hörnle, Greco* (die Herausgeber). Berlín, Alemania, Walter de Gruyter, 2014.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando. *Intervención delictiva e imprudencia*. Granada, España, Comares, 2004.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*. 14ª. ed., Berlín, Alemania, Walter de Gruyter, 1969.

ZIELINSKI, Diethart. *Dolo e imprudencia: comentario a los parágrafos 15 y 16 del StGB*, Sancinetti (trad.). Buenos Aires, Argentina, Hamurabi, 2003.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 12 de junio de 2015, Rol N° 132-2015.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 16 de enero de 2012, Rol N° 2519-2011.

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2007, N° 1175/2006, ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar.

UNIDAD DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL Y
EXTRADICIONES

LOS EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN COMO HERRAMIENTA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Antonio Segovia Arancibia¹

I. Cooperación internacional y crímenes transnacionales

El *derecho de cooperación internacional en materia penal* ha sido tradicionalmente definido como una categoría del denominado *derecho penal de trascendencia internacional*, que a su vez comprende todos los ámbitos del derecho penal que de alguna manera se conectan con ordenamientos jurídicos extranjeros o normativas de carácter internacional². Incluye, en concreto, disposiciones de naturaleza *procesal* que regulan medidas transnacionales para el cumplimiento de la ley, tales como la extradición, la validez de sentencias extranjeras, la transferencia de procedimientos y de condenados, y en general los mecanismos de asistencia mutua internacional que permiten la obtención de evidencias, antecedentes, pruebas de distinta naturaleza y la realización de diligencias o actuaciones procesales en territorios extranjeros³.

Las normas de cooperación internacional se fundan, como es evidente, en la necesidad de obtener desde otro país *información*, en términos amplios, desde una perspectiva probatoria y procesal, útil para continuar o desarrollar una investigación y persecución criminal localmente –ya sea que se trate de hechos ocurridos dentro del territorio o en el extranjero para lo cual el Estado tenga jurisdicción–. Dichas normas cobran cada día mayor relevancia, en la medida que la *internacionalización* o *transnacionalización* del crimen ha ido en sostenido aumento⁴, generando preocupación en la comunidad internacional

-
- 1 Abogado, Director de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
 - 2 Como el derecho penal internacional propiamente tal; el derecho penal supranacional y las normas sobre validez y ámbito de aplicación del derecho nacional. WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 2ª edición, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 103.
 - 3 WERLE, ob. cit., p. 104.
 - 4 De acuerdo a cifras de la Fiscalía Nacional, entre los años 2016 y 2017 la cooperación internacional en su conjunto –incluyendo requerimientos de asistencia y de información activos y pasivos, y extradiciones activas y pasivas– aumentó en un 15%.

y abriendo la búsqueda y diseño de más efectivas formas de cooperación que permitan una intervención oportuna y con resguardo de todas las garantías fundamentales, especialmente en el caso de los más graves crímenes de trascendencia internacional⁵.

Como expresó el entonces Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, en el prefacio de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Adicionales:

“Los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña. En cambio, nuestros esfuerzos por combatirlos han sido hasta ahora muy fragmentarios y nuestras armas casi obsoletas. La Convención nos facilita un nuevo instrumento para hacer frente al flagelo de la delincuencia como problema mundial. Fortaleciendo la cooperación internacional podremos socavar verdaderamente la capacidad de los delincuentes internacionales para actuar con eficacia y ayudaremos a los ciudadanos en su a menudo ardua lucha por salvaguardar la seguridad y la dignidad de sus hogares y comunidades”⁶.

De esta forma, si bien la *transnacionalización* del delito es transversal a todos ellos⁷, particular atención se ha puesto, por su gravedad y consecuencias lesivas a nivel global, a los denominados *crímenes transnacionales*, conceptualizados como aquellos que describen conductas con efectos transfronterizos actuales o potenciales⁸, sin constituirse en crímenes de derecho internacional propiamente tales, o *nucleares*⁹. Los crímenes *transnacionales*, al contrario de

5 CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURT, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 3ª edición, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2014, p. 90.

6 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos.

7 Así, por ejemplo, si en la investigación de un delito de hurto la víctima se encuentra en el extranjero y es necesario tomarle declaración, se activará un mecanismo de cooperación internacional.

8 BOISTER, Neil. “Transnational Criminal Law?” En: *EJIL*, Vol. 14 N° 5, 953-976, 2003, p. 953.

9 La diferencia fundamental entre ambas categorías radica en que la persecución penal y castigo de un crimen de derecho internacional se funda *directamente* en una norma de derecho internacional, y no con referencia a una ley doméstica, como ocurre en el caso de los crímenes *transnacionales*. Además, la *persecución penal* de los primeros se realiza típicamente a través de organismos internacionales (tribunales internacionales) y no domésticos –o tribunales locales bajo la figura de la *jurisdicción univocal*–. Son crímenes internacionales nucleares el genocidio, los crímenes de guerra, los de lesa humanidad y el crimen de agresión, caracterizados como “*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*” (preambulo del Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional), y para cuya investigación y juzgamiento tiene competencia la

los *nucleares*, son punibles sólo por referencia a un ordenamiento jurídico determinado, es decir, no son perseguibles ni castigables bajo el derecho internacional. Sin embargo, y por el impacto que su comisión genera en la comunidad internacional, tanto desde el punto de vista económico como para el bienestar general de las personas, es que han sido objeto de diversos acuerdos internacionales cuya finalidad consiste en *suprimir* dicha criminalidad, razón por la cual son conocidas como las *Convenciones para la supresión*¹⁰.

Un número cada vez mayor de acuerdos internacionales se han suscrito en el último tiempo, cubriendo delitos como el tráfico ilícito de drogas¹¹, piratería¹², esclavitud¹³, terrorismo¹⁴, tortura¹⁵, el crimen de apartheid¹⁶, desaparición forzada de personas¹⁷, corrupción¹⁸, crimen organizado transnacional¹⁹, incluyendo la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes y el tráfico de armas, entre otras²⁰. A comienzos de la década del 2000, se contabilizaban más de 200 acuerdos internacionales sobre crímenes transnacionales propiamente

Corte Penal Internacional (art. 5° Estatuto de Roma, en: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Esp.pdf>). Vid. WERLE, ob. cit., pp. 78-81 y 98-9; BOISTER, ob. cit., págs. 961 y sgtes.; CRYER *et al.*, ob. cit., págs. 329-30; CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; BAIG, Laurel; FAN, Mary; GOSNELL, Christopher; WHITING, Alex. *International Criminal Law*. 3ª edición, Oxford, Reino Unido, Oxford University Press, 2013, págs. 146-8; AMBOS, Kai. *Derecho Penal y Procesal Penal Internacional Europeo*. Santiago, Chile, Legal Publishing, 2013, págs. 156 y sgtes.; VARGAS, Edmundo. *Derecho Internacional Público*. Segunda edición actualizada, Santiago, Chile, ediciones jurídicas El Jurista, 2017, págs. 575-6.

- 10 CRYER *et al.*, ob. cit., págs. 329; BOISTER, ob. cit., págs. 955.
- 11 Por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988.
- 12 Arts. 100 a 105 de la Convención de Naciones Unidas del Mar, 1982.
- 13 Por ejemplo, la Convención Complementaria de Naciones Unidas para la Abolición de la Tortura, el comercio de esclavos y las instituciones y prácticas similares a la esclavitud de 1956.
- 14 Existen varios instrumentos internacionales en materia de terrorismo vigentes, como por ejemplo la Convención Internacional para la supresión de actos terroristas con bombas, de 1997, o la Convención Internacional para la supresión de la financiación del terrorismo, de 1999.
- 15 Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, de 1984.
- 16 Convención Internacional para la supresión y castigo del crimen de apartheid, de 1973.
- 17 Convención Internacional para la protección de las personas contra la desaparición forzada, de 2006.
- 18 Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, del año 2003.
- 19 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Adicionales para prevenir, suprimir y castigar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños; contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, aire y mar; y contra la fabricación y tráfico ilícito de armas de fuego, sus componentes y municiones.
- 20 CRYER *et al.*, ob. cit., p. 330.

tales, lo que releva su importancia e incidencia en la comunidad internacional²¹. En el último tiempo, además, se ha abierto el debate a la posibilidad de que ciertos crímenes internacionales *muten* o sean reconocidos en su calidad de crímenes internacionales *nucleares*, especialmente el terrorismo y la tortura, siendo susceptibles de investigación y persecución por la Corte Penal Internacional²².

Las *Convenciones para la supresión*, en términos generales, tienen por objetivo facilitar la investigación, persecución penal y sanción de la criminalidad transnacional. Dado que se trata de delitos que no proveen mecanismos de persecución internacional como los *nucleares*, sus normas se encuentran orientadas a reforzar las capacidades domésticas para ello. En concreto, las convenciones imponen *obligaciones* a los Estados suscriptores: criminalizar la conducta prohibida; sancionar su realización con penas acorde a su gravedad; establecer bases de jurisdicción adecuadas para investigar y juzgar; extraditar o juzgar imputados (*aut dedere aut judicare*); y proveer la más amplia asistencia mutua para investigar o extraditar²³.

En materias procesales y de cooperación internacional, las Convenciones imponen a los Estados Parte adoptar medidas “(...) *procesales y administrativas, que impidan convertirlos en “paraísos” o “refugios” de quienes cometen los delitos a que se refiere, incluyendo medidas de levantamiento del secreto bancario, colaboración con la administración de justicia de los otros Estados parte, el establecimiento de reglas que permitan la jurisdicción sobre territorios no sometidos a la de otros estados y que impidan la existencia de hechos “sin jurisdicción”, y regulaciones específicas sobre los procesos de extradición, para facilitarlos o, en caso que sea denegada, permitir el enjuiciamiento en el país requerido*”²⁴. Los estatutos de asistencia mutua y extradición contenidos en estas Convenciones, en consecuencia, van a incorporar, por regla general, regulaciones más completas y exhaustivas que permitan facilitar la cooperación, con el objetivo que ésta sea oportuna y útil para los procesos penales en curso.

Específicamente en relación a la asistencia mutua, algunas de estas Convenciones, fundamentalmente las de Naciones Unidas, han incorporado diversas herramientas o instrumentos de cooperación más específicos,

21 BOISTER, ob. cit., p. 956. El autor va incluso más allá, sugiriendo la identificación y análisis de una categoría independiente denominada *derecho penal transnacional*, que permita estudiar sus características y falencias desde la perspectiva de principios generales de derecho penal y derecho internacional.

22 AMBOS, ob. cit., págs. 156-162; CRYER *et al.*, ob. cit., págs. 343 y 350; CASSESE *et al.*, ob. cit., págs. 149-153.

23 CRYER *et al.*, ob. cit., págs. 330-1; WERLE, ob. cit., págs. 98-103; MATUS, Jean Pierre. “La política criminal de los Tratados Internacionales”. En: *Ius et Praxis*, Vol. 13, 2007, págs. 6-7.

24 MATUS, ob. cit., pág. 7.

diseñados para hacer frente de modo eficaz a los delitos que éstas regulan. Así, por ejemplo, a los mecanismos *clásicos* de cooperación internacional –“(…) recibir testimonios o tomar declaración a personas; presentar documentos judiciales; efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos; examinar objetos y lugares; facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos; entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles; identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios; facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente; o cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido”²⁵ –, se han ido agregando otros más específicos, como por ejemplo cooperación internacional para fines de decomiso²⁶, traslado de personas condenadas²⁷, técnicas especiales de investigación como la entrega vigilada, vigilancia electrónica y operaciones encubiertas²⁸, remisión de actuaciones penales²⁹ y la creación de equipos conjuntos de investigación³⁰, entre otras³¹.

Estos *nuevos* estatutos de cooperación tienen por finalidad abordar los retos que enfrentan los Estados cuando deben cooperar internacionalmente: obtener o entregar información o evidencia sin menoscabo de su soberanía; solicitar o dar información de manera *oportuna*, eliminando progresivamente barreras y burocracias, pero al mismo tiempo *válida*, de manera tal que pueda ser incorporada al proceso penal³²; entre otras³³. Una de las herramientas que han sido incorporadas en los estatutos de cooperación internacional de las

25 Vid., Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., artículo 18.3.

26 Vid., Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., artículo 13.

27 Vid., Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., artículo 17.

28 Vid., Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., artículo 20.2-4.

29 Vid., Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., artículo 22.

30 Vid., Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ob. cit., artículo 19.

31 Destacan las normas sobre recuperación de activos contempladas en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, cit., Capítulo V.

32 CRYER *et al*, ob. cit., págs. 109-10.

33 UNODC, “Manual de asistencia judicial recíproca y extradición” [en línea], p. 2. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_S.pdf; CRYER *et al*, ob. cit., págs. 91-2.

Convenciones para la Supresión, es la de los equipos conjuntos de investigación –en adelante, también, ECIs–. Este artículo tiene por finalidad, a este respecto, ofrecer un análisis panorámico de los equipos conjuntos, su concepto, características, normativa internacional y local aplicable y funcionamiento en un caso concreto. A pesar de que en Chile no hay experiencias en formación de ECIs, el artículo explica cómo las reglas vigentes son más que suficientes para formarlos, mientras las dinámicas de cooperación en ámbitos internacionales exigen a los Estados adoptar y utilizar todas las herramientas disponibles como ésta, creadas especialmente para una más eficaz, oportuna y válida cooperación internacional.

II. Los equipos conjuntos de investigación. Concepto y características

Los equipos conjuntos de investigación pueden definirse como una herramienta de cooperación internacional basada en un acuerdo entre las autoridades competentes de dos o más Estados, creado por un tiempo limitado y con un objetivo específico, formado por funcionarios o autoridades de todos los Estados involucrados, cuya finalidad es llevar a cabo investigaciones criminales en uno o más de ellos³⁴.

Se trata de grupos investigativos multinacionales, integrados ya sea por policías, fiscales o jueces –órganos investigativos competentes–, para la investigación de un hecho constitutivo de delito, que incide de manera directa o indirecta en los Estados involucrados. Dicho equipo puede actuar, según los términos del acuerdo, válidamente en los territorios de cada uno de ellos.

Frente a esta definición, vale la pena resaltar algunas de las –posibles– ventajas que la formación de ECIs tiene en ámbitos de cooperación internacional:

- i. Posibilitan la obtención y el intercambio directo de información y pruebas entre los Estados participantes³⁵. Esta característica es

34 Similar, Consejo de la Unión Europea, The Network of National Experts on Joint Investigation Teams. “Guía práctica de los equipos conjuntos de investigación” [en línea], p. 4. Disponible en: <http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20framework/JITs%20Practical%20Guide/JIT-GUIDE-2017-ES.pdf>; Fight Against Organised Crime and Corruption, Strengthening the Prosecutor’s Network, *Handbook on Joint Investigation Teams*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, 2014, p. 9.

35 Consejo de la Unión Europea, ob. cit., p. 4. Vid también, MERCOSUR, Nota Técnica sobre Equipos Conjuntos de Investigación para la ratificación del Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación. Reunión Especializada de Ministerios Públicos del MERCOSUR (REMPM). Preparada por los Ministerios Públicos de Chile y Brasil, 2017. Disponible en: http://www.rempm.org/archivos/Reuniones/22/2_Especializada/Anexo_7-_NotaT%C3%A9cnica_ECI.pdf.

probablemente la más importante, en la medida que importa un avance sustancial en la eficacia de la cooperación internacional. Lo anterior se explica porque toda la evidencia y antecedentes recopilados por el ECI, en cualquiera de las jurisdicciones participantes, pasará automáticamente a formar parte de los respectivos procesos, cuadernos, carpetas o archivos de investigación locales.

De esta forma, si típicamente enviáramos un requerimiento de asistencia internacional cada vez que aparezca la necesidad de solicitar nuevos antecedentes o pruebas en el extranjero, con el ECI basta el requerimiento inicial: todo lo que se recoja durante el período de funcionamiento del equipo podrá ser utilizado *válidamente* como prueba en los respectivos procesos domésticos.

Con ello, además, el ECI ayuda a resolver una de las tensiones más importantes en el derecho de la cooperación internacional: aquella entre la *oportunidad* y la *validez*. Necesitamos información de manera oportuna, es decir, que sirva en definitiva como prueba para la audiencia o investigación, pero además que haya sido recogida y remitida de manera *válida*, a través de los procedimientos y mecanismos establecidos en la legislación respectiva y tratados internacionales aplicables, para poder ser incorporada legalmente en el proceso criminal, y evaluada en sede judicial. En otros términos, que tenga validez probatoria.

En nuestro país, la *validez* vendrá condicionada usualmente por la remisión de la información a través de la Autoridad Central designada por el Estado para transmitir y recibir los pedidos de asistencia al amparo de determinados tratados o convenciones, y que a partir del 1° de febrero del presente año es para la casi totalidad de Convenciones multilaterales y tratados bilaterales que regulen mecanismos de cooperación internacional, el Ministerio Público a través de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones³⁶.

36 El Ministerio Público es Autoridad Central en materia de asistencia mutua internacional penal, luego del traspaso que de dicho rol hiciera el Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual se mantiene como Autoridad Central, a través de su Dirección de Asuntos Jurídicos, como Autoridad Central para efectos de extradiciones. El Ministerio Público es Autoridad Central para las siguientes Convenciones: 1.- Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, adoptada en Nassau el 23 de mayo de 1992 y su Protocolo Facultativo, suscrito en Managua el 11 de junio de 1993. Artículo 3 de la Convención; 2.- Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, adoptado en Buenos Aires el 18 de febrero de 2002. Artículo 3 de la Convención; 3.-Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal, adoptada en Estrasburgo el 20 de abril de 1959; su Protocolo Adicional de 17 de marzo de 1978;

La incorporación de la prueba y evidencia y su valoración en juicio seguirá luego las reglas generales del Código Procesal Penal.

- ii. Permiten la recolección de evidencia y pruebas *in situ*: los miembros del ECI podrán estar presentes y participar –en la medida que lo permita la legislación nacional del país donde se realizan las diligencias– en el lugar donde se encuentran los testigos, peritos, documentos, evidencia material, etc.³⁷.

Se trata de una característica relevante en la medida que posibilita el contacto *directo* con la fuente probatoria de *todo* el equipo: así, por ejemplo, el policía participando en el equipo no recibirá el testimonio del testigo que se encuentra en el extranjero por medio de un papel que le llega a la oficina; presenciará directamente su declaración y, dependiendo de la legislación aplicable, podrá o no interrogarlo directamente. Lo mismo puede decirse de otro tipo de evidencia o documentación.

Esta *movilidad* del equipo además facilita la cooperación entre autoridades en tiempo real, favoreciendo la realización de operaciones urgentes como entregas vigiladas; ofrecen una mejor base para determinar estrategias de investigación a corto, mediano y largo plazo; y mejora las posibilidades de coordinación para los juicios³⁸.

y su Segundo Protocolo Adicional de 8 de noviembre de 2001. Artículo 15 párrafo 6° de la Convención; y Artículo 4 párrafo 8, letra d) del Segundo Protocolo Adicional; 4.- Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996. Artículo XVIII de la Convención; 5.- Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados, adoptada en Washington D.C. el 14 de noviembre de 1997. Artículo XVII N° 2 de la Convención; 6.- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada en Palermo el 15 de noviembre de 2000 y sus Protocolos. Artículo 18 N° 13 de la Convención; 7.- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003. Artículo 46 N° 13 de la Convención; 8.- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, adoptada en Viena el 20 de diciembre de 1988. Artículo 7 N° 8 de la Convención; 9.- Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada en París el 17 de diciembre de 1997. Artículo 9 de la Convención; Convención del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia, adoptada en Budapest el 23 de noviembre de 2001. Artículos 27 N° 2 y 35 de la Convención; otros Tratados bilaterales, como el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República de Chile y el Reino de España, suscrito en Santiago el 14 de abril de 1992.

37 Consejo de la Unión Europea, ob. cit., p. 4; MERCOSUR, ob. cit., p. 9.

38 MERCOSUR, ob. cit., págs. 9-10.

- iii. Desde otra perspectiva, la formación de ECIs permite la creación de climas de mutua confianza entre profesionales procedentes de jurisdicciones y entornos laborales diferentes, impactando positivamente en el fortalecimiento de lazos entre naciones y cooperación internacional³⁹.
- iv. Finalmente, los ECIs conforman la base para un abordaje integral de los fenómenos criminales transnacionales, y no parcializado – territorialmente– por cada uno de los Estados involucrados. Con ello, se cumple la finalidad de afrontar de modo global este tipo de delitos, interviniendo en toda la *cadena delictiva*. Así, por ejemplo, el ECI podrá dedicarse a investigar en el país de origen la captación de víctimas de trata de personas, en el país de tránsito los medios de transporte de las mismas y en el de destino su recibimiento y posterior explotación, englobando en las pesquisas todo el proceso delictivo, protegiendo por lo tanto a todas sus víctimas y alcanzando potencialmente a todos sus autores, finalmente desbaratando la organización que pueda operar detrás de su comisión.

III. Normativa internacional

A nivel de Naciones Unidas, destacan las siguientes Convenciones regulando los ECIs como herramienta de cooperación internacional:

- i) Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, adoptada en Viena el 19 de diciembre de 1988⁴⁰.

Artículo 9, letra c): *“Cuando sea oportuno, y siempre que no contravenga lo dispuesto en su derecho interno, crear equipos conjuntos, teniendo en cuenta la necesidad de proteger la seguridad de las personas y de las operaciones, para dar efecto a lo dispuesto en el presente párrafo. Los funcionarios de cualquiera de las Partes que integren esos equipos actuarán conforme a la autorización de las autoridades competentes de la Parte en cuyo territorio se ha de llevar a cabo la operación. En todos esos casos las Partes de que se trate velarán por que se respete plenamente la soberanía de la Parte en cuyo territorio se ha de realizar la operación”*.

- ii) Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, adoptada en Palermo el 15 de octubre de 2000⁴¹.

39 Ibid.

40 Convención de las Naciones Unidas... cit. Promulgada mediante Decreto N° 573 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 20 de agosto de 1990.

41 Convención de las Naciones Unidas... cit. Promulgada mediante Decreto N° 342 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 16 de febrero de 2005.

Artículo 19: “*Investigaciones conjuntas: 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 porque la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada*”.

iii) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003⁴².

Artículo 49: “*Investigaciones conjuntas: 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 tales acuerdos o arreglos, 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*”.

Los instrumentos negociados y culminados desde Naciones Unidas regulan de un modo bastante genérico la formación de ECIs. De las normas apuntadas, destaca por un lado la necesidad de que los Estados Parte celebren acuerdos bi o multilaterales que les permita crear ECIs, ya sea de un modo amplio –aplicable a cualquier investigación que cumpla con los requisitos para formar un ECI a futuro– o caso a caso; y la necesidad de respetar en todo momento la soberanía del Estado en cuyo territorio hayan de efectuarse las actuaciones concretas del equipo.

Para todo lo demás, es decir, tipo de investigación que amerita la utilización de esta herramienta, período de funcionamiento del equipo, cantidad y *clase* de miembros –policías, fiscales, jueces o sólo alguno de ellos–, reglas concretas aplicables a la operación, entre otras, los Estados son libres para negociar los términos que mejor se acomoden a sus necesidades actuales o futuras. Si bien esta aproximación genérica a la forma de regular los ECIs puede beneficiar la suscripción de acuerdos que se acomoden a las exigencias y características particulares de cada caso, sin límites normativos determinados, la falta de reglamentación de otros aspectos procedimentales obliga a utilizar guías externas a las Convenciones para suplir estos vacíos –especialmente, otros instrumentos internacionales, como aquellos diseñados en el ámbito europeo y a nivel regional–.

42 Convención de las Naciones Unidas... cit. Promulgada mediante Decreto N° 375 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 30 de enero de 2007.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar desde ya que las Convenciones de Naciones Unidas citadas, aunque parcas en normas, se encuentran vigentes y son plenamente aplicables en nuestro país, con lo cual constituyen una invaluable base jurídica que permite fundar una solicitud activa o pasiva de formación de ECI en un caso concreto.

En el ámbito europeo, los ECIs se encuentran regulados básicamente en dos instrumentos:

i) Convenio de Asistencia Judicial de la Unión Europea de 2001⁴³. El artículo 13 del Convenio contempla una regulación completa de los ECIs, en la que destacan las siguientes normas:

- a) Definición y alcance. El artículo 13.1 define los equipos conjuntos de investigación como aquellos creados de común acuerdo por dos o más Estados, con un fin determinado y por un período limitado. El acuerdo regulará la composición del equipo. Además destaca los casos en los cuales el ECI puede constituir una herramienta de cooperación idónea: *“a) cuando la investigación de infracciones penales en un Estado miembro requiera investigaciones difíciles que impliquen la movilización de medios considerables y afecten también a otros Estados miembros; b) cuando varios Estados miembros realicen investigaciones sobre infracciones penales que, debido a las circunstancias del caso, requieran una actuación coordinada y concertada de los Estados miembros afectados”*⁴⁴.
- b) Funcionamiento del ECI. El artículo 13.4 del Convenio incluye una regla sobre estructura y funcionamiento del ECI, individualizando como condiciones generales de actuación las siguientes: *“a) Dirigirá el equipo un representante de la autoridad competente que participe en la investigación penal del Estado miembro en el que actúe el equipo. El jefe del equipo actuará dentro de los límites de las competencias que tenga atribuidas con arreglo a la legislación nacional; b) El equipo actuará de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que esté llevando a cabo sus investigaciones. Los miembros del equipo llevarán a cabo su labor bajo la dirección de la persona a que se refiere la anterior letra a), teniendo en cuenta las condiciones establecidas por sus propias autoridades en el acuerdo de constitución del equipo; c) El Estado miembro en el que actúe el equipo tomará las disposiciones organizativas necesarias para que el equipo pueda actuar”*⁴⁵.

43 Disponible en: http://diariolaley.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAA AAAAAEAMtMSbH1cTUAakNLY1NDY7WY1KLizPw827LM9NS8klQQPzOt 0iU_OaSyINU2LTGnOFUtMak4P6e0JDW0KNM2pKg0FQB6oeHGRQAAAA== WKE.

44 Convenio, ob. cit., artículo 13.

45 Ibid.

c) Utilización información recabada por el ECI. El artículo 13.10 dispone: *“La información que obtenga legalmente un miembro de un equipo conjunto de investigación o un miembro destinado al mismo mientras forme parte de un equipo conjunto de investigación y a la que no tengan acceso de otro modo las autoridades competentes de los Estados miembros afectados podrá utilizarse para los siguientes fines: a) para los fines para los que se haya creado el equipo; b) condicionada a la autorización previa del Estado miembro en que se haya obtenido la información, para descubrir, investigar y enjuiciar otras infracciones penales. Dicha autorización podrá denegarse únicamente en los casos en que esta utilización ponga en peligro las investigaciones penales en el Estado miembro de que se trate o en que dicho Estado miembro pueda denegar la asistencia judicial; c) para evitar una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública, y sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) si ulteriormente se iniciara una investigación penal; d) para otros fines, siempre y cuando hayan convenido en ello los Estados miembros que crearon el equipo”*⁴⁶.

ii) Decisión Marco de 2002 sobre equipos conjuntos de investigación⁴⁷. Este instrumento establece las normas para la creación y el funcionamiento de los equipos conjuntos de investigación. Fue adoptado en enero de 2003, como respuesta a la lentitud por parte de los Estados miembros para ratificar el Convenio de Asistencia Judicial de la UE de 2001.

Además de repetir las normas del Convenio de Asistencia Judicial de la Unión Europea, regula la responsabilidad penal y civil de los funcionarios miembros del ECI. En relación a la primera, dispone el artículo 2°: *“Durante las operaciones contempladas en el artículo 1, los funcionarios procedentes de un Estado miembro que no sea el Estado miembro en el que se desarrolla la operación se asimilarán a los funcionarios de este último Estado miembro en lo relativo a las infracciones que pudieran sufrir o cometer”*⁴⁸.

iii) Segundo Protocolo Adicional a la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal⁴⁹. Reitera las normas de la Decisión Marco de 2002. Lo relevante de este instrumento es que fue suscrito y ratificado por nuestro país, y en consecuencia puede ser invocado como base jurídica para la formación de un ECI con los otros Estados Parte⁵⁰.

46 Ibid.

47 Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002F0465&from=ES>.

48 Decisión... cit., artículo 2°.

49 Ambas, junto al Primer Protocolo Adicional, promulgadas mediante Decreto N°112, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 23 de marzo de 2012. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/182>.

50 37 Estados europeos e Israel.

A diferencia de Naciones Unidas, la regulación de la Unión Europea sobre los equipos conjuntos de investigación es bastante más extensa y detallada, incluyendo normas sobre la composición del grupo, su funcionamiento y la utilización de la información o evidencia recogida por el mismo. Dicho conjunto normativo permite orientar la forma de constitución del ECI y en concreto su funcionamiento. Para nuestro país, adicionalmente, se trata de un marco normativo aplicable en la formación de un equipo fundado en el Segundo Protocolo Adicional de la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal, del cual somos parte.

A los instrumentos descritos, cabe agregar la creación de instituciones *comunitarias* cuya finalidad es apoyar a las autoridades investigadoras y judiciales de los miembros de la Unión Europea, particularmente en lo que respecta a la cooperación internacional: la Unidad de Cooperación Judicial de la Unión Europea –Eurojust, por sus siglas en inglés–; y la Oficina Europea de la Policía –Europol, por sus siglas en inglés–.⁵¹ La primera, creada el año 2002 en virtud de la Decisión 2002/187/JHA, tiene por finalidad “(...) *aumentar la eficacia de las autoridades nacionales en la investigación y persecución de las formas graves de delincuencia organizada y transfronteriza, y llevar a los delincuentes ante la justicia de forma rápida y eficaz. El objetivo de Eurojust es convertirse en un elemento clave en la cooperación y un centro de conocimiento y experiencia a nivel judicial en la lucha efectiva contra la delincuencia organizada transfronteriza en la Unión Europea*”⁵².

Una de las áreas de trabajo de Eurojust se refiere justamente a los equipos conjuntos de investigación, para lo cual el año 2005 fue formada una Red de Expertos en la materia, que funciona regularmente asistiendo a los operarios de justicia de los Estados Miembros en la creación y funcionamiento de ECIs⁵³. La completa regulación y estructura institucional destinada a promover y apoyar el uso de esta herramienta de cooperación internacional, si bien es en general altamente valorada, junto a la también general valoración positiva que los equipos generan como herramienta de cooperación internacional, ha sido igualmente objeto de críticas en torno a los reales resultados que es posible obtener y los cambios deseables para un funcionamiento óptimo del instrumento⁵⁴.

51 FUENTETAJA, Jesús Ángel. “Las agencias europeas de la cooperación policial y judicial”. En: Revista de Derecho de la Unión Europea, N° 10 – 1er semestre, 2006.

52 Vid., <http://www.eurojust.europa.eu/Pages/languages/es.aspx>.

53 Mayores antecedentes en: <http://www.eurojust.europa.eu/Practitioners/JITs/jitsnetwork/Pages/JITs-network.aspx>.

54 Así, por ejemplo, RIJKEN, Conny. “Joint Investigation Teams: principles, practice, and problems. Lessons learnt from the first efforts to establish a JIT” [en línea]. En: Utrecht Law Review, Volume 2, Issue 2, (December) 2006. Disponible en: <http://www.utrechtlawreview.org/>

Por último, a nivel regional, pueden citarse dos instrumentos internacionales sobre equipos conjuntos de investigación, aunque lamentablemente ninguno de ellos vigente: el Convenio Iberoamericano de Equipos Conjuntos de Investigación, aprobado en la ciudad de Viña del Mar y firmado por Argentina, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Portugal y República Dominicana; y el Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados para la creación de Equipos Conjuntos de Investigación. Este último Acuerdo tiene normas cuya aplicación a nivel regional facilitaría la creación de ECIs, y de hecho su ratificación y entrada en vigor ha sido relevada y promovida en las reuniones de Ministerios Públicos del MERCOSUR.

El Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados para la creación de Equipos Conjuntos de Investigación⁵⁵ (en adelante, también “Acuerdo” o “Acuerdo Marco”) fue aprobado en Decisión del Consejo del Mercado Común MERCOSUR/CMC/DEC N° 22/10 de fecha 2 de agosto de 2010. Su entrada en vigencia se encuentra condicionada a la ratificación de los Estados Parte del MERCOSUR (artículo 15), de los cuales sólo Argentina ha completado el trámite. En relación a otros Estados Asociados que no suscribieron dicho instrumento en su momento, como Chile, su adhesión puede concretarse de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 8° de la Decisión N° 28/04⁵⁶. La regulación que de los ECIs propone el Acuerdo Marco es bastante completa e incluye normas sobre aspectos no necesariamente abordados en los instrumentos analizados previamente. Así, destaca de este Acuerdo lo siguiente:

i) Concepto y ámbito de aplicación. El artículo 3.1 define al ECI como aquel “(...) *constituido por medio de un instrumento de cooperación técnica específico que se celebra entre las Autoridades Competentes de dos o más Partes, para llevar a cabo investigaciones penales en sus territorios, por un tiempo y fin determinados*”⁵⁷. En el artículo 2° se enmarca el ámbito de aplicación de esta herramienta de cooperación internacional bajo dos supuestos bastante amplios: i) la existencia de una investigación penal; y ii) que dicha investigación, por sus características, requieran la actuación coordinada de más de una Parte.

Es interesante en este aspecto la regulación del Acuerdo Marco, ya que, a diferencia de los instrumentos de Naciones Unidas, establece normas sobre creación de equipos conjuntos de investigación no con referencia a fenómenos criminales específicos –tráfico ilícito de estupefacientes; crimen organizado transnacional, lavado de activos, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes;

55 Disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/DEC2210_s.pdf.

56 Mayores antecedentes en MERCOSUR, ob. cit., págs. 1-2.

57 Acuerdo Marco, art. 3.1.

corrupción– sino a *cualquier* delito que cumpla con determinados requisitos, específicamente su *transnacionalidad*. Así, por ejemplo, no será difícil encontrar algunos delitos económicos, o contra el medio ambiente, por citar algunos, con características transfronterizas que exijan la utilización de los ECIs para una más eficiente cooperación internacional⁵⁸.

ii) Procedimiento para la constitución del ECI. Las normas que regulan el procedimiento para constituir un ECI son bastante completas y ofrecen un panorama clarificador de los pasos y etapas que deben cumplirse para formar el equipo y que éste entre en funcionamiento. El Acuerdo, en este contexto, dispone lo siguiente:

a) La solicitud para formar un ECI debe provenir de una “Autoridad Competente”, definidas en el artículo 3.3 como aquellas “(...) *designadas en cada una de las Partes, de conformidad a su normativa interna, para proponer la creación y para la respectiva aprobación de un ECI*”⁵⁹.

En nuestro país, atendido el diseño institucional actualmente vigente, la Autoridad Competente no podría ser otra que el Ministerio Público, organismo encargado de dirigir con exclusividad la investigación de hechos constitutivos de delitos y ejercer la acción penal en su caso, otorgando además protección a víctimas y testigos, todo ello de conformidad a lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política.

b) La solicitud para formar un ECI debe remitirse, y en general tramitarse, a través de las Autoridades Centrales designadas por cada Estado al efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5° del Acuerdo⁶⁰. La solicitud, a su vez, debe contener un mínimo de menciones especificadas en el artículo 4.2⁶¹ y redactarse en el idioma de la Parte requirente, con una traducción al idioma del Estado requerido en su caso.

58 El mismo argumento puede utilizarse con el Segundo Protocolo Adicional de la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal, al cual se ha hecho referencia.

59 Acuerdo Marco, artículo 3.3.

60 Como se apuntó, a contar del 1° de febrero pasado es el Ministerio Público, a través de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional, la Autoridad Central para asistencia mutua en materia penal de Convenios multi y bilaterales. Ello significa que es la Fiscalía el organismo designado por el Estado de Chile para tramitar *válidamente* los requerimientos de asistencia internacional tanto activos como pasivos.

61 El contenido mínimo de la solicitud es el siguiente: a) identificación de la Parte requerida; identificación de las autoridades a cargo de la investigación del Estado requirente; c) una exposición sucinta de los hechos y descripción de los motivos que ameritan la necesidad de la creación de un ECI; d) las normas penales aplicables en el Estado requirente al hecho objeto de la investigación; e) la descripción de los procedimientos

De acuerdo al artículo 12, los documentos tramitados por intermedio de Autoridades Centrales estarán exceptuados de toda legalización u otra formalidad análoga.

c) La Autoridad Central del Estado requerido deberá aceptar o rechazar la solicitud de creación de un ECI, según lo que señale su Autoridad Competente, conforme lo dispuesto en el artículo 6° del Acuerdo. Como en cualquier requerimiento de asistencia internacional, el rechazo deberá ser fundado.

d) En caso de aceptarse la creación de un ECI, las Autoridades Competentes deberán suscribir un Instrumento de Cooperación Técnica, el que, de acuerdo al artículo 3.2 del Acuerdo, es aquel documento por el cual se constituye un ECI. Debe contener aquellas menciones señaladas en el artículo 7°:

- La identificación de las autoridades que suscriben el instrumento y de los Estados en los cuales actuará el equipo;
- La finalidad específica y el plazo de funcionamiento del ECI;
- La identificación del jefe del equipo. Si el ECI actúa en más de un Estado, cada uno de ellos designará a un jefe de equipo para su territorio;
- La identificación de los demás integrantes del ECI, designados por las Autoridades Competentes;
- Las medidas o procedimientos que será necesario realizar;
- Cualquier otra disposición específica para el funcionamiento del equipo y desarrollo de la investigación.

iii) Funcionamiento del equipo conjunto. En el artículo 8° del Acuerdo se estipula que el jefe del equipo tendrá amplias atribuciones para diseñar los lineamientos de la investigación y adoptar las medidas que estime pertinentes, según su normativa interna. En este sentido, el artículo 2° dispone que el equipo conjunto de investigación “(...) *tendrá facultades para actuar dentro de los territorios de las Partes que los crearon, de conformidad con la legislación interna de las Partes donde se encuentre actuando el Equipo*”⁶². De este modo, intenta la normativa conciliar la eficacia de la cooperación con la soberanía de los Estados participantes.

de investigación que se propongan realizar; f) la identificación de los funcionarios del Estado requirente que integrarían el ECI; g) el plazo de funcionamiento del ECI; h) un proyecto o propuesta de Instrumento de Cooperación Técnica para la consideración del Estado requerido.

62 Acuerdo Marco, artículo 2°.

También hace referencia el Acuerdo a la responsabilidad de los miembros del ECI. En el artículo 9° se establece que la responsabilidad civil y penal estará sujeta por las normas del Estado donde se haya cometido la infracción, siguiendo el principio de territorialidad; en cambio, la responsabilidad administrativa se rige por un principio *funcional*: el funcionario responde por las infracciones administrativas tipificadas en su país de origen (leyes orgánicas, estatutos, etc.).

Finalmente, el artículo 10 hace referencia a los gastos de la investigación en los siguientes términos: “*Salvo acuerdo en contrario, los gastos que demande la investigación correrán por cuenta de la Parte requirente, en todo lo que no sea salarios y retribuciones por la actuación de los integrantes del ECI de la Parte Requerida*”⁶³.

iv) Utilización de la prueba y evidencia obtenida por el equipo. El artículo 11 regula esta materia, disponiendo que la prueba e información que recoja el equipo conjunto sólo podrá ser utilizada en las investigaciones que motivaron su creación —una suerte de principio de *especialidad*—, salvo acuerdo en contrario de las autoridades competentes, las cuales también podrán disponer que toda información o evidencia obtenida a través del ECI tenga el carácter de confidencial.

El Acuerdo Marco del MERCOSUR, según lo expuesto, tiene innegable valor en el concierto de los instrumentos internacionales que regulan la formación y funcionamiento de los equipos conjuntos, por varias razones:

i) Se trata de una regulación *integral*, que aborda el procedimiento necesario para la formación de un ECI, su funcionamiento, integrantes, responsabilidad de éstos y el destino de las evidencias e informaciones recogidas por éste. En este sentido, la normativa es más rica y compleja que los instrumentos de Naciones Unidas, y así de más fácil acceso y utilización por parte de los operadores del sistema;

ii) Es un instrumento de carácter *regional*, discutido y concluido en el ámbito del MERCOSUR y no de Naciones Unidas o la Unión Europea. Su entrada en vigor significaría contar con un convenio internacional específico que pueda ser utilizado como fundamento normativo por los países de la región para formar ECIs, justamente frente a los vacíos de los instrumentos de Naciones Unidas y la circunstancia que aparte de Chile existen muy pocos países americanos que son Parte de la Convención Europea de Asistencia Mutua Internacional en Materia Penal;

63 Acuerdo Marco, artículo 10.

iii) El Acuerdo ofrece una interesante distinción entre Autoridad Central y Autoridad Competente, permitiendo a las agencias y organismos encargados de la investigación y persecución penal ser aquellas que suscriben el acuerdo de formación y funcionamiento específico del ECI, mientras las Autoridades Centrales se encargan de su tramitación, lo cual *valida* de alguna forma su operatividad y permite además legitimar la incorporación de la información y evidencia que obtenga a los respectivos expedientes penales de cada uno de los Estados involucrados.

Por estas razones, al interior del MERCOSUR, la Reunión Especializada de Ministerios Públicos ha adoptado numerosas declaraciones y documentos de trabajo orientados a promover la ratificación del Acuerdo Marco para su rápida entrada en vigencia y utilización. Así, por ejemplo, en la XXI Reunión Especializada de Ministerios Públicos del MERCOSUR (REMPM), bajo la Presidencia *Pro Tempore* de Argentina, se declaró:

“Los/as Procuradores/as y Fiscales Generales de la Región, en el marco de la XXI Reunión Especializada de Ministerios Públicos del MERCOSUR (REMPM), consideran fundamental la cooperación internacional en la persecución de la criminalidad, especialmente en aquellos fenómenos delictivos de características transnacionales.

A esos efectos destacan la importancia de la cooperación directa entre Ministerios Públicos, en el marco de las legislaciones, Acuerdos y Tratados vigentes, como mecanismo autónomo y complementario de la cooperación formal.

Asimismo, propician la utilización de todas las herramientas que ofrece la cooperación internacional a los Fiscales, especialmente la transmisión de información espontánea y la conformación de Equipos Conjuntos de Investigación (ECI). Respecto de esta última herramienta, y conforme pronunciamientos anteriores, solicitan la ratificación del Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación”⁶⁴.

Algo similar ocurrió en la XXII REMPM, bajo la Presidencia *Pro Tempore* de Brasil, oportunidad en la que además se aprobó la Nota Técnica sobre Equipos Conjuntos de Investigación para la ratificación del Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación, preparada por los Ministerios Públicos de Brasil y Chile⁶⁵. El tema, por último, fue abordado

64 XXI REMPM. Disponible en: http://www.rempm.org/archivos/Reuniones/21/2._Especializada/Anexo_6-_Declaraci%C3%B3n_Cooperaci%C3%B3n_Internacional.pdf.

65 XXII REMPM, en: <http://www.rempm.org/reuniones.php>.

en la Primera Reunión Técnica de la XIII REMPM bajo la Presidencia *Pro Tempore* de Paraguay, conjunta con las Reuniones de Ministros de Justicia e Interior y Seguridad⁶⁶.

IV. Formación y funcionamiento de equipos conjuntos de investigación en Chile

Un reciente estudio conducido por los Ministerios Públicos de Chile y Brasil en el ámbito del MERCOSUR, sobre creación y funcionamiento de equipos conjuntos de investigación, concluyó lo siguiente:

i) Todas las delegaciones que contestaron el cuestionario han suscrito las Convenciones Universales relevantes en la materia (...).

ii) Lo anterior no ha obstado a que se hayan formado equipos conjuntos de investigación, aunque la experiencia es más bien escasa y sus resultados están aún por evaluarse.

iii) En todas las jurisdicciones la introducción de la evidencia recolectada (por el ECI) descansaría en regulación general de la prueba, por lo que las actuaciones realizadas por autoridades extranjeras o en territorio extranjero deben validarse conforme a lo dispuesto en materia de asistencia legal mutua.

iv) El desafío en la materia, en este momento, reside en identificar investigaciones que justifiquen la formación de ECI y generar los protocolos de coordinación al efecto, que luego puedan ser replicados con mayor facilidad en futuras investigaciones.

v) La falta momentánea de regulación específica no debiese prevenir la formación de ECIs, en tanto no exista registro de la impugnación de sus actuaciones en sede judicial⁶⁷.

En términos generales, se aprecia que a pesar de contar con normas que regulan la formación de ECIs desde el año 1988 –Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas–, existen muy pocas –casi nulas– experiencias en formación de equipos conjuntos en la región, salvo quizás por el caso de Colombia⁶⁸.

66 Acta de la Reunión y presentación sobre ECIs efectuada por el Ministerio Público de Chile. Disponible en: <http://www.rempm.org/reuniones.php>.

67 MERCOSUR, ob. cit., p. 4. Vid., además, Acta Reunión Preparatoria XXI REMPM. Disponible en: http://www.rempm.org/archivos/Reuniones/21/2._Especializada/Anexo_3_-_Acta_XXI_Reunion_preparatoria.pdf.

68 Ibid.

En Chile no existen experiencias de formación de ECIs, a pesar de que a los instrumentos de Naciones Unidas, debemos agregar como posible base jurídica de invocar para su formación al Segundo Protocolo Adicional a la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal, según fue analizado *supra.*, con lo cual se extienden las posibilidades de concretar un acuerdo. Sin perjuicio de ello, y utilizando como fuente la diversa normativa internacional existente, incluyendo el Acuerdo Marco del MERCOSUR, podemos esbozar en términos generales lo que a nuestro juicio debieran constituir los pasos para la formación del equipo, y algunas reglas sobre su funcionamiento, desde la perspectiva chilena.

i) *Ámbito de aplicación.* En principio, *cualquier* delito con efectos transfronterizos es susceptible de cooperación internacional en sentido amplio, pero de ellos no todos serán casos idóneos para la formación de equipos conjuntos de investigación. Lo anterior, debido a que se trata de una herramienta diseñada para enfrentar investigaciones en que no sólo se requiera cooperación internacional en términos generales, sino la actuación conjunta y permanente de un equipo común de investigadores, lo cual ciertamente no ocurre con todos los delitos con efectos transnacionales.

Eurojust ha definido como casos idóneos para la constitución de ECIs los siguientes:

“- *Investigaciones transfronterizas difíciles: podrá crearse un ECI cuando* “la investigación de infracciones penales en un Estado miembro requiera investigaciones difíciles que impliquen la movilización de medios considerables y afecten también a otros Estados miembros”.

- *Investigaciones conexas que requieran coordinación: podrá crearse un ECI cuando* “varios Estados miembros realicen investigaciones sobre infracciones penales que, debido a las circunstancias del caso, requieran una actuación coordinada y concertada de los Estados miembros afectado”⁶⁹.

En la práctica, además, deberán tenerse en cuenta factores como la complejidad y sofisticación de la dinámica criminal bajo investigación, el número y grado de *intrusividad* de las medidas a ejecutarse en los Estados participantes y el nivel de conexión entre las diferentes investigaciones locales. En este punto, será importante conocer el grado de desarrollo y etapas procesales en las que se encuentren cada una de las investigaciones involucradas, incluyendo si es necesario su iniciación formal en alguno de los Estados participantes. Las

69 Consejo de la Unión Europea, ob. cit., p. 6.

reuniones previas de discusión y coordinación entre autoridades competentes serán centrales para abordar estos puntos⁷⁰.

Un criterio similar podría seguirse en nuestro país para decidir un caso en el cual utilizar esta herramienta de cooperación internacional, ya sea fundado en el Segundo Protocolo Adicional de la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal⁷¹, o fundado en el principio de reciprocidad. De todas maneras, debiera tenerse en consideración que nuestras fronteras territoriales ofrecen, en principio, amplias posibilidades de detectar investigaciones que tengan implicancias en países vecinos y puedan abordarse en forma conjunta en delitos como el tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, lavado de dinero, tráfico ilícito de armas de fuego, entre otros.

En el caso de las Convenciones de Naciones Unidas, su utilización para formar un ECI debe circunscribirse a su específico ámbito de aplicación. Así, por ejemplo, el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional dispone: *“A menos que contenga una disposición en contrario, la presente Convención se aplicará a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de...”*. Normas similares encontramos en los artículos 2.1⁷² de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas y artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁷³.

ii) Procedimiento. Previo a la constitución del ECI, y según lo discutido *supra.*, una reunión informal de coordinación entre las autoridades competentes de los Estados involucrados parece conveniente, para verificar la existencia de objetivos y propósitos comunes, visiones similares en torno a la investigación,

70 Consejo de la Unión Europea, ob. cit., p. 7.

71 En el artículo 20.1 del Segundo Protocolo Adicional se mencionan como casos para la conformación de ECIs aquellos complejos con vínculos con otros Estados; o aquellos que requieren una acción coordinada entre los Estados involucrados: *“By mutual agreement, the competent authorities of two or more Parties may set up a joint investigation team for a specific purpose and a limited period, which may be extended by mutual consent, to carry out criminal investigations in one or more of the Parties setting up the team. The composition of the team shall be set out in the agreement. A joint investigation team may, in particular, be set up where: a) a Party’s investigations into criminal offences require difficult and demanding investigations having links with other Parties; b) a number of Parties are conducting investigations into criminal offences in which the circumstances of the case necessitate co-ordinated, concerted action in the Parties involved”*.

72 *“El propósito de la presente Convención es promover la cooperación entre las Partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional. En el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente Convención, las Partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos”*.

73 *“La presente Convención se aplicará, de conformidad con sus disposiciones, a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción y al embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”*.

medidas que pueden adoptarse y además ajustar expectativas en torno a los resultados del equipo⁷⁴.

Al constituir los ECIs, como se ha venido señalando, una herramienta de cooperación internacional, su tramitación debe regirse por las normas que regulan justamente los mecanismos de asistencia mutua.

En este sentido, la solicitud de formación de un ECI que un Estado formule a otro u otros, debe contenerse en un requerimiento de asistencia internacional *formal* que invoque una base jurídica –tratado, convención, principio general de derecho internacional– y las menciones mínimas que dicho instrumento exige a los requerimientos. Los pedidos de asistencia internacional deberán ser tramitados a través de las Autoridades Centrales designadas por cada Estado para el envío y recepción *válida* de éstos y, que en Chile, como fue explicado, para Convenios y Tratados multi y bilaterales que incluyan apartados de cooperación internacional, es el Ministerio Público a través de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones.

Así, por ejemplo, el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, regula en general la tramitación de los requerimientos de asistencia. En su párrafo 13 mandata a los Estados a designar una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitirlos a las autoridades competentes para su ejecución⁷⁵; mientras que los párrafos 14 a 29 regulan la tramitación propiamente tal de los pedidos⁷⁶. En el caso de las Convenciones del Consejo de Europa, resultan aplicables las disposiciones del Capítulo V de la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal y artículo 4° y siguientes del Segundo Protocolo Adicional⁷⁷.

Luego de formulada la solicitud de creación y puesta en marcha del equipo, el Estado requerido deberá evaluar la misma al tenor de lo dispuesto en la normativa internacional y doméstica aplicable. De rechazar el pedido, deberá

74 Consejo de la Unión Europea, ob. cit., p. 7; Manual... ob. cit., págs. 70 y 78.

75 Sobre el rol y funciones de una autoridad central, vid. Manual... ob. cit., págs. 29-40.

76 Forma de presentación e idioma; contenido mínimo del pedido; requerimientos de información complementaria; confidencialidad y especialidad; causales de denegación de la asistencia; gastos que ocasione el cumplimiento de la solicitud, entre otros.

77 Dentro de las declaraciones formuladas por nuestro país se encuentran aquellas relacionadas con la designación del Ministerio Público como Autoridad Central, vid., por ejemplo: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/030/declarations?p_auth=PjP39X2v&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_enVigueur=false&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_searchBy=state&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_codePays=CHI&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_codeNature=3.

fundarlo⁷⁸. Desde la perspectiva normativa local, no existe una regulación integral de la cooperación internacional en materia penal, sino sólo reglas aisladas de alcance bastante genérico⁷⁹. En consecuencia, los tratados y convenciones internacionales servirán como instrumento para suplir tales vacíos normativos.

Aceptada la solicitud de formación de un equipo conjunto por parte del Estado requerido, y siguiendo el modelo del Acuerdo Marco del MERCOSUR, cabría suscribir un acuerdo específico de constitución, que firmen las autoridades competentes de cada uno de los Estados. Como se señaló, creemos que será el Ministerio Público la autoridad competente, tanto por su rol de Autoridad Central como por sus funciones en materia de investigación y persecución penal.

Dicho acuerdo debiera contener al menos las siguientes cláusulas:

a) Plazo de duración del ECI.

b) Jefe (s) del equipo. Las partes pueden acordar la designación de un solo jefe para el equipo o de uno por país en el cual el equipo actuará. En Chile, el jefe del equipo deberá ser siempre un fiscal, atendido su rol en la investigación de delitos. El jefe del equipo será encargado de supervisar y dirigir las pesquisas en el territorio de su Estado, incluyendo dar instrucciones a sus connacionales y a los miembros extranjeros del equipo, con consentimiento previo –regulado en este acuerdo– de las partes involucradas⁸⁰.

c) Miembros del equipo. En nuestro país podrán estar integrados por fiscales y/o policías.

78 En general rige el principio de cooperación positiva. Las partes, al amparo de los instrumentos internacionales, se comprometen a prestarse la más amplia cooperación posible y a denegar la asistencia sólo bajo causales específicas y siempre de manera fundada. Así, por ejemplo, el artículo 18.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, dispone: “*Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención...*”. A su turno, el párrafo 23 dispone: “*Toda denegación de asistencia judicial recíproca deberá fundamentarse debidamente*”. Por su parte, el artículo 1.1 del Segundo Protocolo Adicional dispone: “*The Parties undertake promptly to afford each other, in accordance with the provisions of this Convention, the widest measure of mutual assistance in proceedings in respect of offences the punishment of which, at the time of the request for assistance, falls within the jurisdiction of the judicial authorities of the requesting Party*”.

79 Vid., artículo 20 bis del Código Procesal Penal, artículo 47 de la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y 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. También, CANELO, Carola. *Derecho procesal Internacional*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2014, págs. 128-9. Sobre la necesidad de regulación a nivel local, vid. RIJKEN, ob. cit., págs.117-8.

80 Consejo de la Unión Europea, ob. cit., p. 9.

d) Funcionamiento del equipo. En esta parte deberá regularse especialmente, a modo ilustrativo, las diligencias o líneas de actuación que emprenderá el ECI; la forma en que los miembros del equipo operarán en el país extranjero –por regla general no ejecutando diligencias *directamente*, sino presenciando las que lleven a cabo los miembros nacionales del Estado donde se encuentren–, intercambio de información y antecedentes, reuniones de coordinación periódica presenciales y/o por videoconferencia, entre otras⁸¹. En términos generales, la actuación del ECI deberá regirse por la legislación del Estado en cuyo territorio se realicen las diligencias.

e) Costos. Fórmulas para asumir los costos involucrados en el funcionamiento del equipo, por ejemplo, cada Estado Parte sufragará las comisiones de servicio internacionales de sus nacionales cuando deban desplazarse al territorio del otro Estado involucrado.

f) Evaluación del funcionamiento del equipo. Esta etapa es muy importante, pues, además de ayudar a incrementar los conocimientos y mejorar el rendimiento de esta herramienta, permite adoptar algunas decisiones procesales e investigativas estratégicas, entre ellas la prórroga o no del plazo de funcionamiento del ECI; futuro de la investigación en cada una de las jurisdicciones involucradas; decisiones sobre posibles pedidos mutuos de extradición de sospechosos; coordinación para declaraciones de los miembros del equipo en jurisdicciones diversas, entre otros.

El acuerdo podrá ser siempre modificado, ampliado o reducido en sus términos por expresa voluntad de los Estados involucrados.

iii) Incorporación de la evidencia o información obtenida por el ECI. La información y antecedentes recogidos serán destinados directamente, sin necesidad de nuevos requerimientos, a las carpetas o expedientes investigativos de cada uno de los Estados, de la misma manera en que la información obtenida por cualquier requerimiento de asistencia internacional es incluida válidamente a la carpeta investigativa. En términos generales, según fue explicado precedentemente, rige el principio de *especialidad*, según el cual la información recogida por el equipo sólo puede ser utilizada para la investigación en cuyo contexto éste se formó, y no otras. Las partes podrán, sin perjuicio de lo anterior, modificar o ampliar las posibilidades de uso de esta información, como asimismo su nivel de confidencialidad⁸². Su incorporación posterior al procedimiento penal, al juicio, se regirá por las reglas generales⁸³.

81 Consejo de la Unión Europea, ob. cit., págs. 9-10.

82 Consejo de la Unión Europea, ob. cit., p. 11.

83 Arts. 276, 295 y siguientes del Código Procesal Penal.

iv) Responsabilidad de los miembros del equipo. La ley del territorio donde el funcionario infractor actúa determinará la naturaleza de la misma y sanción aplicable en su caso.

De esta manera, la normativa internacional vigente, nuestra ley interna y las experiencias comparadas en formación y funcionamiento de ECI, nos proporcionan un marco jurídico y operativo adecuado para utilizar, en la actualidad, esta herramienta de cooperación internacional en un caso concreto. Y es sólo en su puesta en práctica que podremos evaluar su real capacidad de rendimiento a nivel de cooperación internacional.

V. Conclusiones

La *globalización*, en términos amplios, ha tenido un impacto directo en la criminalidad, lo que se ha traducido en una cada vez más intensa *internacionalización* o *transnacionalización* del delito. Esta nueva realidad obliga a los Estados a cooperar entre sí de la manera más efectiva posible, es decir, oportuna y válidamente. A fin de abordar los desafíos que los *crímenes transnacionales* nos imponen, se han diseñado numerosos instrumentos internacionales que los regulan, denominadas *Convenciones para la supresión*. Dichos acuerdos imponen obligaciones concretas a los Estados Parte, que se traducen en obligaciones para los Estados como la adopción a nivel legislativo interno de aquellas materias abordadas en la Convención respectiva: criminalización de las conductas descritas, regulación de determinados aspectos procesales, entre otras; y proveer la más amplia cooperación internacional, para lo cual se crean estatutos específicos incluyendo instrumentos nuevos de cooperación que permitan que ésta sea más ágil sin perder validez desde el punto de vista procesal.

Dentro de las herramientas creadas para una más eficaz cooperación internacional destaca la de los equipos conjuntos de investigación, cuya formación presenta innumerables ventajas en contraste a la cooperación *tradicional*. Sin embargo, y a pesar de sus evidentes beneficios, las experiencias en la región han sido escasas o casi nulas.

Es posible, sin embargo, y atendido el marco normativo internacional y doméstico vigente en nuestro país, constituir equipos conjuntos de investigación en casos concretos, lo cual sin duda permitirá avanzar en mecanismos novedosos que al menos en principio –sin perjuicio de las evaluaciones que se realicen de las primeras experiencias– tendrán un impacto significativo para el avance y conclusión de investigaciones criminales con conexiones internacionales, favoreciendo de este modo un abordaje integral y respetuoso de garantías de todos los intervinientes de aquellos fenómenos criminales que por sus características y dinámicas, son de preocupación de la comunidad internacional en su conjunto y demandan colaboración entre los Estados involucrados.

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

LA MUERTE DE PERSONAS BAJO CUIDADO, CUSTODIA O CONTROL DEL ESTADO: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO

María Jesús Fernández Gumucio¹

Resumen

Se denomina muertes bajo custodia a los casos de fallecimientos de personas que se encuentran bajo control, custodia o cuidado del Estado. El concepto ha sido débilmente desarrollado desde el derecho y no existe una regulación específica, legal o administrativa para estos casos en nuestro país. Con el fin de ilustrar cómo lo han desarrollado otros Estados, se presentan algunos sistemas comparados, así como los estándares internacionales contenidos en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha desarrollado una serie de obligaciones, basándose en la posición de garante del Estado frente a la persona privada de libertad. Una de las principales consiste en la instrucción de una investigación de oficio, que debe ser llevada por el Ministerio Público, cumpliendo con la diligencia debida para estos casos específicos, arriesgando de otra forma responsabilidad internacional del Estado de Chile. Para asegurar la efectiva investigación de las muertes bajo control, custodia y cuidado, se propone la confección de un Protocolo Intersectorial que asegure la intervención del órgano persecutor, entre otras medidas.

I. Antecedentes

Existen diversas situaciones en que una persona puede encontrarse bajo control, custodia o cuidado del Estado. En el caso de Chile, las situaciones más evidentes son las de niños, niñas y adolescentes que se encuentran sujetos a medidas de protección o custodia del Servicio Nacional de Menores (Sename), y los hombres y mujeres privados de libertad por disposición de un Tribunal, bajo el control de Gendarmería de Chile. Estos casos, si bien no son los únicos en que una persona puede encontrarse en esta condición de especial vulnerabilidad, han sido los que han puesto sobre el tapete la deficiencia de los diversos actores del sistema público para hacerse cargo conforme a la ley y los estándares internacionales.

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

El año 2016, a partir de la muerte de un niño en un Centro de Reparación Especializada de Administración Directa (Cread) del Sename, se solicitó a las autoridades del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y a las del mismo servicio aclarar la cifra exacta de niños, niñas y adolescentes que habrían fallecido encontrándose en Sename. La primera respuesta fue una cifra cuestionada por organismos internacionales y otras autoridades. A raíz de lo anterior, luego de aproximadamente dos meses, la Directora del Sename dio a conocer una nueva cifra, de 1.313 niños, niñas y adolescentes que habrían muerto encontrándose viviendo en centros o bajo programas del Sename, volcando la atención del mundo político y social, y provocando por parte del Ministerio Público, la designación de un fiscal exclusivo para la investigación de los fallecimientos².

Por otro lado, las altas cifras de muertes al interior de establecimientos carcelarios, junto con las precarias condiciones de vida³, han provocado la preocupación de autoridades y el diseño de iniciativas para afrontarlas. Por último, aunque en volúmenes considerablemente menores, se han conocido casos de muertes de personas bajo custodia de Carabineros, Policía de Investigaciones y hospitales psiquiátricos⁴.

Si bien los casos señalados han sido objeto de mayor interés en los últimos años, y la problemática ha sido desarrollada tanto por el derecho comparado como por el Sistema Regional de Derechos Humanos al que Chile adscribe, desde el punto de vista jurídico no ha tenido desarrollo ni ha sido objeto de análisis doctrinario ni jurisprudencial en nuestro país. La relevancia de esta materia reside tanto en el respeto y garantía de los derechos establecidos en la Constitución, como en el cumplimiento de la obligación que tienen los Estados de responder con los compromisos internacionales respecto al derecho a la vida, integridad física y acceso a salud de las personas privadas de libertad. Por último, tampoco se conocen políticas públicas o iniciativas de coordinación interinstitucional para enfrentar el fenómeno de muertes bajo custodia del Estado, ni tampoco para estudiarlas y disminuirlas.

2 Resolución FN/MP N° 1333/2016 de 12 de julio de 2016, complementada por las resoluciones FN/MP N° 1368/2016 de 19 de julio de 2016 y 1562/2016, de 16 de agosto de 2016.

3 FISCALÍA JUDICIAL CORTE SUPREMA, *Informe principales problemas detectados en las visitas a cárceles realizadas en el año 2017 por los fiscales judiciales* [en línea], Santiago, Chile, 2018. Disponible en: https://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20180219/asocfile/20180219123321/informe_fiscalia_carceles.pdf [fecha de consulta: 20 de abril de 2018].

4 Entre otras investigaciones, RUC 1400384878-8 y RUC 1400441621-0.

II. Concepto

“Muertes bajo custodia” no es un concepto acuñado en la legislación chilena ni que se encuentre desarrollado por la doctrina o jurisprudencia nacional. El mundo del derecho en general no lo ha tomado como objeto de estudio, a diferencia del mundo médico, específicamente la especialidad médico legal o forense, que se ha enfocado en el análisis de casos⁵. La literatura médica anglosajona se refiere a las muertes bajo custodia como “*Deaths in custody*”, para referirse a aquellas personas privadas de libertad, ya sea presos, detenidos, en circunstancias de traslado por parte de la autoridad, o ingresados contra su voluntad a establecimientos psiquiátricos⁶ que fallecen en dicha circunstancia. Al no contar con una definición, se revisarán los elementos que lo componen: la muerte y el encontrarse bajo control, custodia o cuidado del Estado.

i. Muerte

Si bien la muerte se encuentra lejos de ser un concepto pacífico en diversas áreas del conocimiento, para efectos de este análisis no representa dificultad. Basta así señalar que el legislador definió que la obligación de establecer cuándo ocurre una muerte corresponde a un médico, exigiendo que en todos los casos sea este profesional quien acredite la ocurrencia de la misma⁷.

-
- 5 SANTOS, Ignacio; MARTÍN, Fernando; RAMOS, Valentín; RUBIO, Leticia. Estudio y análisis médico-legal de las muertes en privación de libertad en Málaga (2004-2012). En: *Cuad Med Forense*, N° 50, Sevilla, España, Asociación de Médicos Forenses de Andalucía, 2013, págs. 102-109.
 - 6 PALOMO José; RAMOS Valentín; SANTOS Ignacio. Muerte en privación de libertad (MPL). En: *Cuadernos de Medicina Forense*, N° 35, Sevilla, España, Asociación de Médicos Forenses de Andalucía, 2004, p. 39.
 - 7 En el ordenamiento jurídico nacional la Constitución no se refiere a la muerte, encontrándose consagrado a nivel legal. El Código Civil lo trata en el Título II de su Libro I, regulando tanto el nacimiento como la muerte bajo el título “Del principio y fin de la existencia de las personas”. Así, se refiere a la muerte en cuanto a su principal efecto, el cese de la existencia y, por tanto, la capacidad jurídica, estableciendo el artículo 78: “La persona termina en la muerte natural”. El Tribunal Constitucional se refirió a la muerte legal al conocer un requerimiento parlamentario que impugnaba el proyecto de ley de la donación de órganos, estableciendo que definir la muerte es una atribución del legislador. Complementariamente, el Decreto con Fuerza de Ley N°1, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°4.808, Sobre Registro Civil, señala que: “Al requerirse la inscripción de un fallecimiento deberá presentarse un certificado expedido por el médico encargado de comprobar las defunciones o por el que haya asistido al difunto en su última enfermedad, a menos que la inscripción se haga en virtud de la resolución judicial a que se refiere el inciso primero del artículo precedente”. Por su parte, el Código Sanitario se refiere asimismo en su artículo 141 a la obligación de que un médico certifique la muerte, prohibiendo su inscripción si no se justifican previamente las causas del fallecimiento mediante un certificado del médico que lo asistió en la última enfermedad.

ii. Encontrarse bajo control, custodia o cuidado del Estado

Como ya se señaló, no existe una definición legal respecto el encontrarse bajo “custodia, control o cuidado del Estado”. Sin perjuicio de lo anterior, del derecho, la doctrina y jurisprudencia comparada, se sabe que en los tres conceptos el elemento medular reside en que la persona se encuentra privada de su libertad ambulatoria, bajo la sujeción de un órgano público por una decisión heterónoma, emanada de una autoridad judicial o administrativa, con las competencias para hacerlo.

El Protocolo Optativo de la Convención contra la Tortura, ratificada por el Estado de Chile el año 2008, se refiere a la privación de libertad en su artículo 4°, señalando que: “A los efectos del presente Protocolo, por privación de libertad se entiende cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona en una institución pública o privada de la cual no puede salir libremente, por orden de una autoridad judicial o administrativa, o de otra autoridad pública”.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el documento “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, ha definido la privación de libertad como: “Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria”. Luego precisa que: “Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas⁸”.

8 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* [en línea]. Documento aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/7914> [fecha de consulta: 20 de abril de 2018].

De la definición contenida en el documento de la Comisión Interamericana, pueden extraerse los siguientes elementos:

1. Existe una privación de libertad, la cual puede consistir en una detención, encarcelamiento o institucionalización de una persona.
2. Dicha limitación de la libertad ambulatoria puede responder a diferentes motivos, tales como asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, la comisión de un delito o la infracción a la ley. Asimismo, comprende el encontrarse internado en dependencias de un hospital psiquiátrico, las instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.
3. La privación ha sido ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa u otra autoridad.
4. La persona puede encontrarse privada de su libertad ambulatoria en una institución pública o privada.

Las muertes bajo custodia buscan agrupar los casos en que mediante una acción del Estado, legítima o no, se ha privado de su libertad a un individuo que encontrándose en esa circunstancia, fallece. En este sentido, resulta apropiado adoptar una fórmula abierta no taxativa de los casos que pueden catalogarse de esta forma, como la definición de privación de libertad de la Comisión Interamericana. Por último, cabe recordar que la causa de muerte no es relevante para estos efectos, y se consideran por igual muertes por enfermedades conocidas o desconocidas, homicidios, suicidios y otras causas.

III. Normativa chilena

Conforme la ley chilena, una muerte será investigada por parte del Ministerio Público en todos los casos que no se pueda descartar la intervención de terceros. Así, cada vez que la muerte se encuentre debidamente acreditada por un médico conforme lo exige la ley, y no se advierta la participación punible de terceras personas, se podrá proceder al registro del fallecimiento y la realización de los trámites funerarios respectivos. En caso contrario, un fiscal determinará su traslado al Servicio Médico Legal con el fin de se practique una autopsia para la determinación de la causa y, en caso de que lo estime necesario, disponer la práctica de otras diligencias investigativas para esclarecer la muerte. El artículo 201 del Código Procesal Penal regula una situación especial, el hallazgo de un cadáver, respondiendo a la misma regla descrita: “Cuando hubiere motivo para sospechar que la muerte de una persona fuere el resultado de un hecho punible, el fiscal procederá, antes de la inhumación del cadáver o inmediatamente después de su exhumación, a

practicar el reconocimiento e identificación del difunto y a ordenar la autopsia. El cadáver podrá entregarse a los parientes del difunto o a quienes invocaren título o motivo suficiente, previa autorización del fiscal, tan pronto la autopsia se hubiere practicado”.

Las muertes ocurridas bajo custodia estatal reciben el mismo tratamiento que aquellas ocurridas en libertad, por lo que el fallecimiento de cualquier persona que se encuentre en control, cuidado o custodia del Estado, será únicamente informado a la Fiscalía cuando presente las características descritas.

En cuanto a las pericias que se practican en los casos de muertes bajo custodia, como en cualquier muerte en que se requiera, es el Servicio Médico Legal quien deberá realizar la autopsia a solicitud del fiscal a cargo de la investigación. Este servicio, cuya principal función es asesorar técnica y científicamente a los órganos jurisdiccionales y de investigación, actualmente no tiene la obligación de practicar las autopsias para este tipo de casos bajo el Protocolo Modelo para la Investigación de ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias, conocido como Protocolo de Minnesota⁹, el cual contiene una serie de directrices para detectar la participación de agentes estatales en las muertes, y otras circunstancias como tortura y malos tratos. Esta situación es diferente a la aplicación del Protocolo de Estambul¹⁰, que se aplica a los casos en que se investiga el delito de tortura. Para la aplicación de esta última guía existe una Resolución Exenta¹¹ que aprueba su aplicación en el servicio, dándole formalidad y respaldo a su aplicación.

IV. Sistemas comparados

El derecho y los sistemas comparados han abarcado las muertes bajo custodia desde diferentes ópticas, adoptando tanto medidas administrativas, como legislativas e investigativas. Con la intención de mostrar la amplitud de medidas posibles, a continuación se destacan sistemas escogidos para relevar las diferentes fórmulas adoptadas por otros países respecto de las muertes bajo custodia. Se destaca una ley federal de Estados Unidos; el caso Argentino, que cuenta con un sistema enfocado exclusivamente en las muertes ocurridas en cárceles y prisiones, estableciendo un método especial para su investigación; el caso de Costa Rica, específicamente por

9 Documento con directrices para la investigación de las ejecuciones arbitrarias, elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

10 Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

11 Resolución Exenta N° 13.527, de 13 de diciembre de 2011.

la obligatoriedad establecida por ley respecto a la práctica de autopsias en las muertes ocurridas en cárceles; y, finalmente, el sistema inglés, que cuenta con una orgánica de tres niveles dependiente del Poder Ejecutivo¹², con el fin de estudiar de forma general estos casos.

Estados Unidos

Desde el año 2013 Estados Unidos es regido por la “Ley de denuncia de Muertes en Custodia”, la cual exige a los Estados informar al Fiscal General todas las muertes ocurridas bajo custodia del Estado.

Conforme la ley, deben informarse los decesos en los casos de personas detenidas, que se encuentren durante un procedimientos de detención, o están siendo trasladadas a un lugar de detención. La información proveída debe incluir nombre, sexo, raza, etnia y edad de la víctima de muerte; la fecha, hora y lugar de la muerte; el órgano público que mantenía bajo su custodia o control a la persona, y una breve descripción de las circunstancias en que ocurre el deceso. El incumplimiento de este mandato legal puede ser sancionado mediante reducciones de presupuesto.

Por su parte, el Fiscal General está obligado a analizar la información recopilada con dos fines: Por un lado, para buscar formas en que dicha información pueda ser utilizada para disminuir el número de muertes; y, por otra, para analizar la relación entre las muertes ocurridas y la administración o manejo de las prisiones o lugares en que éstas se hayan producido.

La norma también impone una obligación análoga a las agencias federales a cargo de hacer cumplir la ley (“*Federal Law Enforcement Agency*”), así como la de estudiar y analizar la información compilada.

Además, existe un registro y estudio específico de aquellas muertes ocurridas en cárceles. La Oficina de Estadísticas de Justicia (*Bureau Justice Statics*) perteneciente al Departamento de Justicia de EEUU mantiene un registro de muertes ocurridas en recintos penitenciarios llamado Programa de Registro de Muertes en Custodia (DCRP por sus siglas en inglés). El registro contiene información sobre características personales (edad, raza u origen y sexo), antecedentes penales (estado judicial, delito y condena) y sobre la muerte (fecha, hora, lugar, causa de muerte e información respecto la autopsia y tratamientos por enfermedades).

12 Estados Unidos, *Death in Custody Reporting Act of 2013*, 18 de diciembre de 2014.

Argentina

La Procuración Penitenciaria de la Nación Argentina (PPN) es un órgano autónomo dependiente del Poder Legislativo, responsable de velar por el respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad y del control de la administración penitenciaria. Su función está definida en el artículo 1° de la Ley 25.875, que la define como “proteger los derechos humanos de los internos comprendidos en el Régimen Penitenciario Federal, de todas las personas privadas de su libertad por cualquier motivo en jurisdicción federal, comprendidos comisarías, alcaldías y cualquier tipo de locales en donde se encuentren personas privadas de libertad y de los procesados y condenados por la justicia nacional que se encuentren internados en establecimientos provinciales”.

Bajo la premisa de que dada la posición de garante del Estado en relación a las personas privadas de libertad, ante cualquier muerte existe la posibilidad de que ésta se deba a una vulneración de derechos humanos¹³, por lo que debe investigarse y documentarse. La PPN cuenta con un procedimiento para la investigación y documentación de las muertes ocurridas en prisión.

Éste establece medidas que deben tomarse desde el momento de conocimiento de un deceso, con el objetivo de esclarecer y documentar las causas y circunstancias de los fallecimientos ocurridos en prisión, además de impulsar procedimientos coordinados con el Poder Judicial y Ministerio Público, sistematizar información y producir datos estadísticos. El procedimiento está a cargo de un funcionario con formación jurídica, denominado “investigador”.

El procedimiento comienza con la comunicación por parte de una cárcel federal a la Procuraduría Penitenciaria, respecto del fallecimiento de un interno, ya sea dentro de la unidad penal, durante un traslado o en un centro de Salud en el que se encontrare por motivos ocurridos dentro de la prisión. Aun así, muchos casos se conocen por vías diversas, tales como noticias de familiares o entrevistas con presos por parte de funcionarios públicos. Tras tomar conocimiento de la misma, debe consignarse un mínimo de información como nombre, edad, nacionalidad del preso, lugar preciso de alojamiento, lugar y circunstancias del deceso, datos de familiares, etc. Con esa información, haya sido obtenida de la unidad penal o mediante un primer acto investigativo, el caso se rotula como “muerte traumática” o “muerte no traumática”, sin

13 PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *Procedimientos para la Investigación de fallecimientos en prisión* [en línea], Argentina, Procuración Penitenciaria de la Nación, 2008. Disponible en: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Procedimiento%20para%20la%20Investigaci%C3%B3n%20y%20Documentaci%C3%B3n%20de%20Fallecimientos%20en%20Prisi%C3%B3n_0.pdf [fecha de consulta: 20 de abril de 2018].

perjuicio de que pueda modificarse la categoría posteriormente. En el plazo de 72 horas desde conocida la muerte, el investigador debe confeccionar un primer informe con la información preliminar, la calificación asignada y las medidas probatorias que estime conducentes al esclarecimiento del hecho. Tras ser aprobada por la Dirección de DDHH, se eleva a la Dirección de Protección de DDHH y, si ésta la estima completa, al Procurador para que éste apruebe el inicio de la investigación.

Destaca como pieza clave del procedimiento la obligación de las prisiones federales de comunicar la muerte de cualquier privado de libertad. Este mandato se reguló tras un requerimiento del Procurador Penitenciario “al entonces Subsecretario de Asuntos Penitenciarios solicitando que desde esa Subsecretaría se dictase una normativa interna estableciendo la obligación de las Unidades Penitenciarias del Servicio Penitenciario Federal y otros centros de detención federales de comunicar en la máxima brevedad posible a la Procuración Penitenciaria todo fallecimiento de internos que se produzca¹⁴”. No debe perderse de vista que la obligación de anunciar toda clase de muerte, sea por causas naturales o no, es la piedra angular del sistema.

Costa Rica

Se destaca el sistema costarricense en cuanto en este es obligatorio realizar autopsias a toda persona que muera en prisiones o cárceles, y según ha descrito la doctrina, es igualmente aplicable en los casos en que una persona muere durante interrogatorios policiales¹⁵. El artículo 15 del Decreto 17.461, correspondiente al Reglamento de la Autopsia Hospitalaria y Médico Legal, establece: “Deberá realizarse la autopsia médico-legal obligatoriamente por orden expresa de la autoridad judicial en los siguientes casos: 8.- Muerte de personas detenidas en centros de corrección o prisiones”.

El derecho a la realización de una autopsia es una concreción de la garantía asegurada en la Constitución respecto la inviolabilidad de la vida¹⁶, además

14 PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN ¿Cómo mirar tras los muros? Cuadernos de la Procuración Penitenciaria de la Nación, ¿Cómo mirar tras los muros? [en línea], Argentina, Procuración Penitenciaria de la Nación, 2009, p. 43. Disponible en: <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Cuaderno%20N%C2%BA1-%20C%C3%B3mo%20mirar%20tras%20los%20muros.pdf> [fecha de consulta: 20 de abril de 2018].

15 UGALDE LOBO, Juan. “Derecho a la Autopsia médico-legal: El caso del privado de libertad”. En: *Revista latinoamericana Derecho Médico y Medicina legal* [en línea], Costa Rica, Asociación de Derecho Médico de Costa Rica, 1998. Disponible en: <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rldmml/v3-4n2-1/Articulo%204.pdf> [fecha de consulta: 16 de abril de 2018].

16 Artículo 21 de la Constitución de Costa Rica.

de como una parte fundamental para la investigación de las causas y la determinación de la participación de las policías, la administración penitenciaria¹⁷ u otros.

Inglaterra y Gales

El año 2009 en Inglaterra y Gales entró en funcionamiento el Consejo Ministerial de Muertes en Custodia¹⁸, orgánica creada siguiendo la recomendación de “Informe Fulton”, el que revisó la institucionalidad en la materia hasta ese momento. El Consejo Ministerial comprende tres niveles de funcionamiento: una Mesa Tri-Ministerial, un Panel de Asesores Independientes y un Panel de Actores Clave relacionados con el sistema.

El mandato del Consejo consiste en estudiar y buscar la disminución de las muertes ocurridas en cárceles, bajo la custodia de policías, casos de detención de migrantes, jóvenes infractores de ley y las muertes de las personas detenidas por la Ley de Salud Mental.

El Consejo Tri Ministerial está encabezado por los Ministerio del Interior, Justicia y Salud, y reúne a 18 organismos, públicos y privados, considerados los tomadores de decisiones más relevantes en el sistema. Entre ellos se encuentran la Asociación de Jefes de Policía, el Servicio Nacional de Condenados, el Defensor del Pueblo de Cárceles, el Servicio de Infancia, Servicio de la Juventud y una reconocida organización no gubernamental dedicada a asesorar y apoyar en materias de muertes relacionadas con el Estado y su investigación¹⁹.

El Panel de Asesores Independientes está compuesto por técnicos expertos encargados de aconsejar y recomendar a la autoridad medidas para la reducción de los fallecimientos, a través del desarrollo de estudios y monitoreo del cumplimiento de estándares. Asimismo, tiene el deber de estar en constante comunicación con el tercer nivel del Consejo, constituido por actores claves de la sociedad civil y personas vinculadas a la custodia estatal, así como ser el interlocutor con la ciudadanía. Reconoce también como parte de sus funciones el mantener interacción con familiares de víctimas de este tipo de muertes, y una política de transparencia y apertura hacia todo quien tenga interés en colaborar en este trabajo.

17 UGALDE LOBO, ob. cit.

18 Sitio web oficial del Panel de Asesores Independientes del Consejo Ministerial de Muertes Bajo Custodia [en línea]. Disponible en: <http://iapdeathsyncustody.independent.gov.uk/about/ministerial-council-on-deaths-in-custody/> [fecha de consulta: 16 de abril de 2018].

19 Fundación Inquest, sitio oficial: <https://www.inquest.org.uk/>

El Panel de Actores Clave es descrito como un grupo abierto, compuesto por representantes de diversas organizaciones como la policía, las cárceles, la Junta de Justicia Juvenil, la Agencia Fronteriza del Reino Unido, los proveedores de custodia del sector privado, el Departamento de Salud, los órganos de investigación y las organizaciones no gubernamentales (ONG). Se promueve la participación de las familias que han sufrido una muerte de este tipo, con el fin de conocer sus necesidades y enfocar el trabajo. La función principal de este grupo es aportar experiencia a los proyectos del Panel de Asesores.

El diseño de un sistema con diversidad en su composición e integrantes busca tener mirada transversal y real del sistema, uniendo experiencias empíricas con miradas teóricas, con el objetivo de avanzar en una baja sostenida y continua del número y tasas de muerte bajo cualquier forma de custodia del Estado.

Reino Unido mantiene asimismo una política de transparencia respecto de las cifras de muertes en cárceles específicamente, publicando periódicamente las cifras de esta clase de muerte²⁰ (*Safety in custody statistics*). Está a cargo del Ministerio de Justicia y el Servicio Nacional de Condenados y se encuentra disponible a la ciudadanía a través de sus páginas web.

V. Estándares Internacionales

Los estándares internacionales obligatorios para el Estado de Chile, en relación a las muertes en Custodia, se encuentran contenidos en los sistemas de protección de Derechos Humanos a los que Chile adscribe. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra en su artículo 3° que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, y la Convención Americana de Derechos Humanos los derechos a la Vida y la Integridad Física, en sus artículos 4° y 5°, respectivamente.

En cuanto al sistema regional de derechos humanos, si bien la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha generado dos principales documentos con principios y recomendaciones relativos a la privación de libertad -“Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas²¹” y el Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas²²- el mayor

20 Sitio web oficial del Gobierno de Inglaterra [en línea]. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/collections/safety-in-custody-statistics> [fecha de consulta: 16 de abril de 2018].

21 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ob. cit.

22 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas* [en línea]. Washington, Estados Unidos, 2011. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf> [fecha de consulta: 15 de abril de 2018].

contenido en relación a las obligaciones que componen las mencionadas garantías, está dado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A continuación se desarrollan tres principios propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en relación a las muertes bajo Custodia del Estado:

1. Posición de garante del Estado
2. Obligación de investigar de oficio
3. Inversión de la carga de la prueba

1. Posición de garante del Estado

La posición de garante del Estado se fundamenta en que la situación de vulnerabilidad del individuo privado de libertad frente al Estado es de tal entidad, que éste debe asumir la posición de garante respecto de todos los derechos del que es titular. En este sentido, la Corte ha señalado que: “de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, **ya sea por su condición especial o por la situación específica en que se encuentre**”²³. No cabe duda de que la privación de libertad por una autoridad es una situación específica respecto de la cual el Estado debe cumplir deberes especiales. A mayor precisión, la Corte a través de sus fallos ha ido perfilando la naturaleza y contenido de la relación entre el Estado y los privados de libertad, habiendo ya consagrado de forma clara su posición de garante, sin importar razones ni condiciones de la detención. Así se entendió en el caso *Neira Alegría y otros Vs. Perú*, en que tres imputados por delitos terroristas murieron en prisión durante un operativo militar iniciado tras un motín en la cárcel. Sus familiares presentaron un habeas corpus que fue declarado improcedente debido a que se había decretado un estado de emergencia. Pese a que se abrió una investigación militar, el caso fue finalmente sobreseído. Al respecto, la Corte señaló: “En los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, **como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos**”²⁴.

23 Corte IDH, 26 de junio de 2012, Caso *Díaz Peña Vs. Venezuela*. párr. 137.

24 Corte IDH, 19 de enero de 1995, *Neira Alegría y otros Vs. Perú*, párr. 60. En el mismo sentido: CIDDH, 30 de mayo de 1992, *Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, párr. 195; Caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*.

Conociendo una solicitud de medidas cautelares en favor de internos de una cárcel de Mendoza, en la cual se habían reportado hechos de violencia y la muerte de internos, la Corte reitera el deber reforzado de respeto y garantía de los derechos de quienes se encuentran detenidos por parte del Estado: “Los Estados Partes tienen la obligación de respetar los derechos y libertades en ella consagrados (la Convención) y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. La Corte ha estimado que este deber es más evidente al tratarse de personas recluidas en un centro de detención estatal, caso en el cual el Estado es el garante de los derechos de las personas que se encuentran bajo su custodia²⁵”.

El Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay²⁶ se refiere a la fundamentación de la posición de garante, la cual reside en la dependencia para la satisfacción de necesidades vitales que experimenta quien está privado de libertad: “Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna²⁷”.

De las obligaciones emanadas en la Convención Americana se construye el deber del Estado de no sólo respetar los derechos de quienes están privados de libertad, sino también de garantizarlos, protegerlos y asegurarlos por la posición en que se encuentra respecto estas personas.

2. Obligación de investigar de oficio

Al verificarse la muerte de una persona que se encontraba privada de libertad y resguardada por el Estado existe una alta posibilidad que en dicho suceso se haya producido una vulneración de su derecho a la vida y de otros derechos humanos. Por este motivo, el Estado debe actuar de forma oportuna asegurando una investigación que aclare las causas de su deceso y la responsabilidad de terceros.

25 Corte IDH, 22 de noviembre de 2004, Resolución Asunto de las Penitenciarías de Mendoza Respecto Argentina, considerando 6°.

26 Corte IDH, 2 de septiembre de 2004, “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, párr. 152.

27 En el mismo sentido: Corte IDH, 11 de marzo 2005, Caesar Vs. Trinidad y Tobago, párr. 97; Corte IDH, 20 de junio de 2005, Fermín Ramírez Vs. Guatemala, párr. 118.

El año 2011, en Vera Vera y otros Vs. Ecuador, la Corte fue clara respecto al deber que pesa sobre el Estado de iniciar una investigación de oficio en estos casos. En el caso se discute acerca de la provisión de atención médica adecuada a Pedro Miguel Vera Vera, quien encontrándose bajo custodia estatal en una cárcel, fallece. Al respecto señaló la Corte: “A la luz de ese deber, **cuando se trata de la investigación de la muerte de una persona que se encontraba bajo custodia del Estado, como en el presente caso, las autoridades correspondientes tienen el deber de iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva.** Esta investigación debe ser realizada a través de todos los medios legales disponibles y estar orientada a la determinación de la verdad y a la investigación, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales. Es pertinente destacar que el deber de investigar es una obligación de medios, y no de resultados. Sin embargo, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios²⁸”.

El Estado ecuatoriano resultó condenado por su omisión de investigar, aduciendo la Corte que éste no llevó a cabo investigación alguna sobre las causas de la muerte del señor Vera Vera, acusando un actuar omiso y negligente, no compatible con las obligaciones emanadas de la Convención Americana, destacando que la obligación de investigar es aún más relevante en el caso, ya que su fallecimiento ocurrió cuando el señor Vera Vera se encontraba bajo custodia estatal. Agrega que esta inacción ha propiciado la impunidad de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana²⁹”.

En relación a actos de malos tratos y tortura existen diversos pronunciamientos de la Magistratura, los que obedecen a principios aplicables a los casos de muerte, ya que el deber de garante del Estado es el mismo y en ambos casos se enfrenta a vulneraciones de derechos asegurados en la Convención Americana. En el caso Tibi Vs. Ecuador, el Sr Tibi, ciudadano francés, fue tomado detenido por su presunta participación en un delito de tráfico de drogas, y mantenido aproximadamente dos años en prisión preventiva. Durante dicho tiempo fue víctima de torturas, habiendo sido constatadas sus lesiones por médicos en dos ocasiones, pero sin que se instruyeran investigaciones para determinar sus causas ni los responsables. Al respecto, la Corte señaló: “La

28 Corte IDH, 10 de mayo de 2011, Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador, párr. 87.

29 Corte IDH, ob. cit., párrafos 96 y 97.

Corte entiende que, a la luz de la obligación general de los Estados partes de respetar y garantizar los derechos a toda persona sujeta a su jurisdicción, contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, el **Estado tiene el deber de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en violación del artículo 5 de la Convención Americana³⁰**.

En el mismo sentido se pronunció en el Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú: “La Corte ha establecido que el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia. Es posible considerar responsable al Estado por las torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes que sufre una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales, si las autoridades no han realizado una investigación seria de los hechos seguida del procesamiento de quienes aparezcan como responsables de ellos. **Recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados³¹**”.

El esclarecimiento de una muerte exige que exista un procedimiento estandarizado de investigación para estos casos, sin distinguir las causas aparentes o circunstancias presuntas de la misma. Esta investigación constituye el ejercicio del derecho de la víctima de acceder a la justicia, garantizado en la Convención Americana en el artículo 8°. Dada la relación estrecha y dependiente entre quien ha fallecido y los agentes estatales, es necesario desvirtuar la responsabilidad de estos últimos en el deceso, así como un derecho de los familiares y un deber para el Estado.

En un sentido similar se ha mostrado la Corte, en un caso de tortura, estableciendo que: “(...) Asimismo, el Tribunal ha señalado que la obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no sólo se desprenden de las normas convencionales de derecho internacional, imperativas para los Estados Parte, sino que además deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas, peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos³²”.

30 Corte IDH, 7 de septiembre de 2004, Tibi Vs. Ecuador, párr. 159.

31 Corte IDH, 25 de noviembre de 2006, Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, párr. 273.

32 Corte IDH, 10 de mayo de 2011, Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador, párr. 86.

3. Alteración de la carga de la prueba

Al encontrarse el Estado en posición de garante respecto el bienestar y vida de las personas privadas de libertad, resulta congruente afirmar que en caso de que estos derechos resulten afectados, es responsabilidad estatal el demostrar que aquello no se debió a un acto suyo, deliberado o negligente.

En el caso Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, en el cual se había condenado a penas perpetuas a cuatro menores de edad en Argentina, que además habrían sido víctimas de diversas agresiones durante el cumplimiento de la misma, así lo estimó la Corte Interamericana aseverando que existiría una presunción de responsabilidad en contra del Estado: “Asimismo, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que siempre que una persona es privada de la libertad en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud, **corresponde al Estado proveer una explicación satisfactoria y convincente de esa situación y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados.** En circunstancias como las del presente caso, la falta de tal explicación lleva a la presunción de responsabilidad estatal por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales”³³.

Debe tener en cuenta además la evidente dificultad para aportar prueba para quien no se encuentra en el medio libre. Es el Estado el que se encuentra en la posición privilegiada para demostrar la ocurrencia de los hechos y disponer de elementos probatorios, en tanto estos se producen o se encuentran ubicados en un lugar de acceso restringido, bajo su control. En el caso J. Vs. Perú³⁴, la Corte se refirió a la imposibilidad de aportación de prueba por parte del demandante, señalando: “En un sentido similar, la Corte ha afirmado que en los casos relativos a violaciones de derechos humanos **la defensa del Estado no puede consistir en la imposibilidad del demandante de aportar prueba, cuando es el Estado quien puede aclarar los hechos ocurridos dentro de su territorio.** Asimismo, respecto la prueba para acreditar que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención, es dable recordar lo aseverado por la Corte en relación a que basta demostrar las acciones u omisiones que hayan permitido la violación del derecho, y no probar la vulneración misma más allá de toda duda razonable. Así lo estableció en Caso J. Vs. Perú, señalando que: “No es necesario que se pruebe la responsabilidad del Estado más allá de toda duda razonable ni que se identifique individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios, sino que es suficiente demostrar que se han verificado acciones

33 Corte IDH, 14 de mayo de 2013, Mendoza y otros Vs. Argentina, párr. 203.

34 Corte IDH, 27 de noviembre de 2013, Caso J. Vs. Perú., párr. 306.

u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste³⁵”.

VI. Debida diligencia del Ministerio Público en los casos de muertes bajo custodia

En esta clase de investigaciones deben tenerse en consideración características particulares, a fin de asegurar tanto un acceso efectivo a la justicia por parte de las víctimas, como un efectivo esclarecimiento de los hechos y responsabilidades y la eliminación de cualquier percepción de impunidad. Así lo ha afirmado la Corte Interamericana, relevando la importancia de una correcta investigación y la consecuente responsabilidad internacional de un Estado por no realizarla, señalado que: “Cualquier carencia o defecto en la investigación que perjudique la eficacia para establecer la causa de la muerte o identificar a los responsables materiales o intelectuales, implicará que no cumpla con la obligación de proteger el derecho a la vida”³⁶.

Tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han sido enfáticos en la necesidad de desvirtuar la responsabilidad de los agentes estatales, señalando que se mantiene “una fuerte presunción de hecho” en contra del Estado, que sólo puede rebatir ofreciendo una “explicación plausible” sobre las causas de la muerte o la desaparición a partir de una investigación efectiva de lo sucedido³⁷. En nuestro sistema, esta explicación plausible debe surgir necesariamente de aquello recabado mediante la investigación a cargo del Ministerio Público, quien debe enfrentarlas asumiendo el contexto particular de esta tipología de muerte³⁸.

Respecto la obligación de investigar del Ministerio Público, la Corte Interamericana³⁹ ha reafirmado que es una obligación de medios y no de resultados, la cual se satisface ejecutándola con la debida diligencia a pesar de

35 Corte IDH, ob. cit., párr. 305.

36 Corte IDH, Montero Aranguren (retén de Catia) Vs Venezuela, 5 de julio de 2006, párr. 83.

37 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de mayo de 2000, Velikova c. Bulgaria, citado por SARMIENTO, Daniel; MIERES MIERES, Luis Javier; PRESNO LINERA, Miguel. *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estudio y jurisprudencia*. Pamplona, Thomson Civitas, 2007, págs. 20 y 21.

38 En el caso de los recintos penitenciarios chilenos, las dificultades para llevar a cabo investigaciones debidas al secretismo y temor a represalias de sus funcionarios, así como la propia cultura penitenciaria. Para más información ver el documento “Privación de libertad en Chile: desgobierno carcelario y afectación de derechos de la población penal”, parte del Informe de Derechos Humanos desarrollado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, el año 2015.

39 Corte IDH, Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador, 10 de mayo de 2011, párr. 87; Corte IDH, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 29 de julio de 1988, párr. 177, entre otros.

que no se lleguen a acreditar efectivamente los hechos o la participación punible. Sin perjuicio de lo anterior, ésta debe ser ejecutada de manera de cumplir con su efecto tutelar, aleccionador y disuasivo⁴⁰, pudiendo configurarse de otra forma responsabilidad internacional del Estado. Así, si bien cualquier investigación deberá demostrar que ha sido desarrollada de forma inmediata, exhaustiva, seria e imparcial⁴¹, en los casos en que se sospeche pueda existir una violación de derechos humanos deben adoptarse principios y estándares particulares.

i. Principios

En relación a los principios desarrollados a través de la jurisprudencia e instrumentos internacionales, resultan plenamente aplicables a la investigación penal de muertes bajo control, cuidado o custodia del Estado, en tanto directrices generales que deben orientar toda investigación vinculada a derechos humanos para asegurar un efectivo acceso a la justicia⁴²:

1. Oficiosidad: La investigación debe desarrollarse de oficio por parte de las autoridades competentes en cuanto éstas tomen conocimiento de una violación grave de derechos humanos.
2. Oportunidad: La investigación debe iniciarse de manera inmediata y debe ser llevada a cabo en un plazo razonable a efectos de esclarecer los hechos y los responsables. Debe ser asimismo propositiva, a fin de evitar la pérdida de elementos probatorios relevantes, desarrollando diligencias en el tiempo y forma que permitan aportar antecedentes relevantes a la investigación.
3. Competencia: La investigación debe ser realizada por profesionales expertos en la materia, competentes y empleando los procedimientos apropiados.
4. Independencia e imparcialidad de las autoridades investigadoras: Durante todo el proceso debe evitarse cualquier influencia del órgano investigado y de los posibles agentes perpetradores. Así, la recolección de evidencia tras verificarse una muerte en un centro de detención no debe ser realizada por los funcionarios que se encontraban custodiando al fallecido.

40 Corte IDH, 8 de junio de 2014, *Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, párr. 130.

41 SEPÚLVEDA SANCHEZ, Ivonne; SOVINO MELENDEZ, Maurizio. “Violencia de Género e investigación Penal: Deberes y desafíos para el Ministerio Público”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público, págs. 151-154.

42 CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL, *Debida Diligencia en la investigación de graves violaciones a Derechos Humanos*. Buenos Aires, Argentina, CEJIL, 2010, págs. 22-34.

5. Exhaustividad: La investigación debe agotar la totalidad de los medios para esclarecer la verdad de los hechos investigados y castigar a quienes se identifique como responsables. En este sentido, el Protocolo de Minnesota⁴³, citando a la Corte Interamericana, señala que las autoridades estatales que conducen una investigación deben procurar mediante la investigación: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier investigación; c) identificar testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier procedimiento o acción que pueda haberla provocado, y e) diferenciar entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Asimismo, agrega que es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen; la práctica de autopsias y análisis de restos humanos.
6. Participación: La investigación debe desarrollarse garantizando el respeto y participación de las víctimas y sus familiares, quienes tienen el derecho de que el Estado cumpla -en su beneficio propio y el de la sociedad- con su deber de investigar.

ii. Estándares de actuación

En cuanto los presupuestos que deben cumplirse en investigaciones relacionadas a violaciones de derechos humanos, la Corte ha desarrollado estándares basándose en el análisis sistemático de casos concretos, y guías y principios respaldados por organismos internacionales y expertos⁴⁴. Se destacan acciones relevantes para la debida investigación de casos de muertes bajo custodia⁴⁵:

1. Dirigirse a sancionar a todas las personas responsables de las violaciones, tanto autores materiales, como intelectuales, y cualquiera haya sido su forma de participación.
2. Abarcar la totalidad de los hechos violatorios a los derechos humanos. La investigación no debe circunscribirse únicamente a la investigación de la denuncia de la que se tomó conocimiento, sino extenderse a otras vulneraciones posibles. En los casos de muertes bajo custodia, resulta

43 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Protocolo Modelo para la Investigación de ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias* [en línea], Nueva York, Estados Unidos, 1991, p. 53. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/phocadownload/publicaciones/Libros/protocolo%20de%20minnesota.pdf> [fecha de consulta: 24 de abril de 2018].

44 CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL, ob. cit., p. 35.

45 CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL, ob. cit., págs. 38-54.

fundamental no sólo investigar la muerte si no también cualquier signo de agresiones, torturas u otros hechos atentatorios a los derechos a la salud y la integridad física y psíquica.

3. Utilizar todos los medios a su alcance para la obtención de pruebas, asegurando las autoridades la disposición de los recursos necesarios, ya sean documentales, logísticos, científicos.
4. Contar con el apoyo de expertos idóneos para dar con la verdad de los hechos.
5. Considerar el contexto particular y las especificidades de la situación o del tipo de violación que se está investigando. Esto implica adoptar medidas para identificar y visibilizar patrones de conducta sistemáticos que permiten la vulneración de derechos humanos.
6. Considerar diversas hipótesis, de manera de propender a una investigación exhaustiva, seria e imparcial.

Consideraciones finales y algunas recomendaciones

Chile se encuentra completamente desprovisto de mecanismos para resguardar y garantizar los derechos de la población bajo su cuidado, control o custodia al momento de su muerte, dándole el mismo tratamiento que a la población que goza de libertad, cuando se trata de situaciones radicalmente diferentes. Como ha sido fundamentado en este trabajo, la población bajo su custodia se encuentra en una particular situación de vulnerabilidad en que la satisfacción de sus necesidades básicas depende del Estado, debiendo éste cumplir con un deber de cuidado reforzado. Este deber se extiende al momento inmediatamente posterior a la muerte del individuo, en el que debe demostrar que el fallecimiento no se debe a su culpa o negligencia, tanto porque la persona estaba a su cargo, como porque el Estado se encuentra en una posición privilegiada para probarlo. Terceras personas, tales como familiares, organismos no gubernamentales u otros, se encuentran en una posibilidad desmejorada para solicitar una investigación, en tanto la muerte puede serles avisada cuando medios de prueba ya hayan sido alterados o no existan. Sumado a esto, debe considerarse que, en la práctica, la situación de las personas privadas de libertad bajo la custodia del Estado resulta prácticamente invisible para el resto de la población, tanto en un sentido material como simbólico.

Urge que el Estado de Chile tome acciones concretas en esta materia, reconociendo que la muerte de un ciudadano o ciudadana que se encuentra bajo su control, custodia o cuidado es un hecho de la mayor gravedad que exige su acción inmediata y eficaz. Bajo esa consideración, se proponen las siguientes acciones:

1. El diseño de un protocolo que permita conocer todos los casos de muertes bajo custodia, tanto para el desarrollo de una investigación respecto sus causas, como para el debido registro de los mismos. Cada órgano que mantenga personas en estas condiciones debe estar obligado a dar aviso

al Ministerio Público respecto de cada muerte que ocurra, sin importar si ésta reviste una causa evidente o no. Esta notificación permitirá la práctica de diligencias en el menor tiempo posible para confirmar o eliminar la sospecha de ocurrencia de un delito, y una eventual responsabilidad del Estado. Únicamente el desarrollo de una investigación oportuna y eficaz respecto de todas las muertes ocurridas bajo su control, custodia o cuidado, permitirá al Estado de Chile cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas en relación al derecho a la integridad física, derecho a la vida y acceso a la justicia de las personas privadas de libertad. Se sugiere incluir como partes al menos al Ministerio Público, Carabineros, Policía de Investigaciones, el Servicio Médico Legal, Sename, Gendarmería y el Instituto Nacional de Derechos Humanos. En cuanto las diligencias a desarrollar, en los casos de muertes presuntamente naturales o no traumáticas se sugieren aquellas que corroboren la existencia previa de la patología o condición que se presuma como causa de muerte probable, así como toma de declaración a testigos y parientes, y solicitar antecedentes médicos, de manera de dilucidar la atención médica recibida por la víctima. La firma de un Protocolo se sugiere como un primer paso para regularizar la respuesta y coordinación estatal ante estos casos, pero que debiera avanzar a concretizarse mediante una ley tramitada en el Congreso, que abarque la materia de forma integral.

2. Se sugiere la realización forzosa de la autopsia en todos los casos de muerte bajo control, custodia del Estado, sin importar la apariencia de muerte natural o no. Para la realización de esta diligencia es necesario regular la aplicación del Protocolo de Minnesota en el Servicio Médico Legal, así como contar con los recursos técnicos y humanos suficientes para su correcta y oportuna aplicación. Los profesionales a cargo de practicar la autopsia deben estar obligados a aplicar el estándar del Protocolo para que esta diligencia resulte realmente útil para el esclarecimiento de la causa de muerte, y especialmente, para determinar la intervención de terceras personas, en este caso, funcionarios del Estado.
3. Además de investigar, resulta urgente contar con un Registro Nacional de Muertes Bajo Custodia del Estado, el cual contenga información mínima respecto los fallecimientos, tales como sexo, edad, lugar de muerte, pertenencia a minorías sexuales, pueblos originarios, condiciones de la muerte, etc. El Estado de Chile debe proveer al menos esta información respecto las personas que mantiene bajo su custodia tanto por razones de transparencia y accountability, como porque sólo así podrá verse realmente su extensión, evolución y causas, y buscar las formas de disminuir el fenómeno. En este sentido, destacan el modelo norteamericano y el inglés, en cuanto ambos cuentan con bases de datos públicas y consideran como un fin expresamente regulado en sus sistemas el estudio y disminución de las muertes bajo custodia del Estado. Es una obligación mínima del Estado el disponer de datos estadísticos serios y confiables que permitan el conocimiento de las problemáticas de grupos altamente vulnerables.

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

EVIDENCIA DIGITAL. EL CONVENIO DE BUDAPEST Y SUS DESAFÍOS EN EL DERECHO PROCESAL PENAL.

Camila Bosch Cartagena¹

El Convenio de Budapest –o Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa– fue adoptado por la mayoría de sus Estados miembros el 23 de noviembre del año 2001 y ratificado, posteriormente, por Chile el 20 de abril del año 2017, entrando en vigencia para nuestro país el 1 de agosto del mismo año².

Entre los objetivos de este Convenio se encuentra la aplicación de una política penal común para la persecución de los ciberdelitos entre los Estados signatarios, por lo que contiene disposiciones tanto de carácter sustantivo como procesal que deben ser adoptadas por los países que ratifiquen el Convenio. Asimismo, tiene por finalidad mejorar la cooperación internacional en el entendido de que este tipo de ilícitos puede tener su principio de ejecución en un país distinto a aquel donde tenga efecto la conducta delictiva. Esto también puede ocurrir respecto de la evidencia digital, ya que esta puede encontrarse en servidores ubicados en un país distinto de aquel en que se desarrolla la investigación, dependiendo de cuál sea el prestador de servicios de Internet respectivo.

La ratificación de este Convenio por parte de Chile supone una serie de desafíos, particularmente en el ámbito de la modificación legislativa, toda vez que la implementación de las disposiciones del Convenio deberá necesariamente traducirse en la actualización de nuestra normativa interna en temas de cibercriminalidad, cuyo marco legal actual se compone de leyes adoptadas hace ya varios años, cuando la tecnología, y sus posibles usos, presentaba un escenario muy distinto al de hoy. Junto con lo anterior, el crecimiento exponencial de los distintos medios tecnológicos y la preponderancia que ha adquirido internet ha traído como consecuencia que, por ejemplo, la evidencia necesaria para acreditar la comisión de un ilícito pueda encontrarse en soportes distintos a aquellos a los que estamos acostumbrados, lo que no se tuvo en cuenta al momento de dictar la legislación procesal vigente relativa a la etapa de investigación y a la incorporación de prueba al juicio oral.

-
- 1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
 - 2 Si bien Chile no es Estado miembro del Consejo de Europa, fue invitado a ratificar el Convenio de Budapest como Estado asociado.

En el presente artículo se revisará la estructura del Convenio de Budapest y los cambios procesales que Chile deberá realizar en su legislación, para lo cual se utilizará la experiencia española y su reforma a la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante la Ley LO 13/2015, como un ejemplo de concretización de los estándares procesales de Budapest.

I. Objetivos del Convenio de Budapest

El Convenio de Budapest tiene como fundamento para su creación una serie de antecedentes. Como ya se indicó, los cambios profundos que ha supuesto la era de la digitalización y la globalización generan un aumento en el riesgo de comisión de delitos transnacionales con agentes cercanos al anonimato y que usan medios tecnológicos para la realización de ilícitos. Además, las redes informáticas pueden ser vulnerables a ataques, perdiendo su utilidad o extrayéndose de ellas datos personales protegidos, por lo que las conductas que atenten contra bases de datos o plataformas electrónicas, según el Convenio de Budapest, debiesen ser penadas. Conforme a lo anterior, las pruebas de este tipo de delitos son almacenadas y transmitidas por medio de las mismas redes tecnológicas, siendo el acceso a ellas –para quienes tienen la potestad para investigar delitos– crucial para la acreditación de los hechos.

La característica transnacional de los delitos comentados y la existencia de evidencia almacenada en distintos lugares del mundo son fundamentos para el Convenio sobre la necesidad de una cooperación entre los Estados y el sector privado, para lo cual se propone una cooperación internacional reforzada, rápida y eficaz en materia penal, establecida en la Sección III, Capítulo III del Convenio, y sobre la cual se volverá más adelante cuando se señale el rol que en esta materia tiene la Fiscalía de Chile, a través de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones en cuanto punto de contacto y red 24/7.

En resumen, y en palabras del preámbulo del mismo Convenio, se persigue alcanzar el objetivo de “incrementar la eficacia de las investigaciones y procedimientos penales relativos a los delitos relacionados con sistemas y datos informáticos, así como permitir la obtención de pruebas electrónicas de los delitos.”³

II. Medidas sobre derecho penal sustantivo establecidas por el Convenio de Budapest para ser adoptadas en Chile.

El Convenio de Budapest establece en su Capítulo II, Sección I, los tipos penales que exige a los Estados parte mediante una técnica legislativa de

3 Consejo de Europa, Convenio sobre la Delincuencia, Budapest, 23 de noviembre de 2001.

clasificación de normas de sanción de acuerdo a grupos. De esta forma, un primer grupo de delitos son aquellos que atentan contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos y los sistemas informáticos,⁴ tales como el *acceso ilícito* –entendido como acceso deliberado e ilegítimo a todo o parte de un sistema informático– o el *ataque a la integridad de los datos* –tipificación de todo acto deliberado e ilegítimo que dañe, borre, deteriore, altere o suprima datos informáticos–.⁵ Un segundo grupo de delitos es identificado en el Convenio como delitos informáticos propiamente tal, que tipifican la *falsificación informática* –entendida como la generación de datos no auténticos con la intención de que sean tomados o utilizados a efectos legales como auténticos– y el *fraude informático* –tipificación de actos deliberados e ilegítimos que causen necesariamente un perjuicio patrimonial a otra persona mediante la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos o cualquier interferencia de un sistema informático, cometida con intención dolosa de obtener un beneficio económico para uno mismo u otra persona–. Un tercer grupo dice relación con los delitos relacionados con el contenido, y tipifica conductas relacionadas con la pornografía infantil, sancionando su producción con la intención de difundirla a través de un sistema informático, la oferta o puesta a disposición, la transmisión, difusión o adquisición de pornografía infantil a través de un sistema informático, y la posesión de dicho material en un sistema informático o en un dispositivo de almacenamiento de datos informáticos. Finalmente, se establece un cuarto grupo de delitos relacionados con infracciones a la propiedad intelectual y derechos afines.

En lo que interesa a la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, este catálogo de delitos supone una ampliación sustancial de las normas de sanción actualmente vigentes en nuestro país en lo que respecta a ciberdelitos, teniendo en cuenta que la Ley 19.223 –que tipifica los delitos informáticos– se compone únicamente de cuatro artículos en los que se tipifican dos delitos, el de espionaje y el de sabotaje informático y no se pronuncia respecto de ninguna regulación procesal en la materia. Esta ley entró en vigencia el 07 de julio de 1993, es decir hace más de dos décadas, por lo que las modificaciones que debe realizar Chile como consecuencia de la ratificación del Convenio vendrán a actualizar y modernizar nuestra normativa en la temática.

4 De acuerdo al artículo 1 letra a) del Convenio de Budapest se entiende por sistema informático “todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, cuya función, o la de alguno de sus elementos, sea el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa”.

5 De acuerdo al artículo 1 letra b) del Convenio de Budapest se entiende por datos informáticos “toda representación de hechos, información o conceptos expresados de cualquier forma que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para que un sistema informático ejecute una función”.

III. Medidas procesales establecidas por el Convenio de Budapest para ser adoptadas en Chile.

La Sección II del Capítulo II del Convenio establece medidas procesales para que sean adoptadas por los Estados parte, respecto de: 1. Los delitos que el mismo Convenio tipifica y que deben ser adoptados en las normativas nacionales; 2. Cualquier otro delito cometido por medio de un sistema informático; 3. Para la obtención de pruebas electrónicas en la investigación de cualquier delito.⁶ Dichos procedimientos deberán adoptarse para facilitar las investigaciones y procesos penales, pero cuidando garantizar la protección de los derechos humanos y las libertades personales.

Como se puede apreciar, el Convenio de Budapest establece reglas procesales cuya aplicación es amplia, porque no sólo se trata de procedimientos aplicables a los delitos que el mismo tratado impone a sus suscriptores, sino que incluye aquellos cuyo medio comisivo es un sistema informático –por ejemplo, una estafa cometida a través de una página web o amenazas a través de correos electrónicos–, pero también son aplicables a cualquier delito tradicional, como podría ser un homicidio o una asociación ilícita en los términos del artículo 292 del Código Penal, y que pueda probarse a través de pruebas de carácter electrónico. Por ejemplo, cuando en los archivos de la cámara digital de un imputado por homicidio se encuentran fotos de la víctima tomadas en distintos lugares, días y horas, y en el historial de su buscador de Google se encuentran búsquedas de ventas de armas; o en el caso de una asociación ilícita, si en las cuentas de Facebook de los imputados se encuentra un chat grupal en el que una pluralidad de sujetos se escribe para organizar robos en lugar habitado y donde un sujeto en particular imparte órdenes a los demás. De esta forma, el Convenio supone que se realicen las modificaciones necesarias en los sistemas procesales internos de los Estados parte para que la información en formato digital pueda ser encontrada y luego usada, sin cuestionamientos, como prueba ante los Tribunales de Justicia.

La amplitud recién descrita tiene sentido ante el creciente uso de la tecnología en la vida cotidiana de las personas, en el funcionamiento de todo tipo de empresas –tanto grandes como pequeñas–, el almacenamiento de datos a grandes escalas por organismos tanto privados como públicos. La tecnología se utiliza todos los días, con diversos tipos de usos, lo

6 La aplicación del Convenio a toda clase de delitos se encuentra establecida en el párrafo 2 del artículo 14.

que provoca que se vaya generando y almacenando evidencia los actos de todas las personas, sin que se den cuenta. La evidencia, entonces, se encuentra en un sinnúmero de soportes digitales, lo que se intensifica con el fenómeno del “internet de las cosas”, que supone la interconexión de objetos cotidianos a la red de internet, como refrigeradores, relojes, alarmas de seguridad, artefactos de calefacción central, entre muchos otros. Esta interconectividad supone encontrar evidencia en todo tipo de objetos, pero también implica una alta volatilidad de datos y una vulnerabilidad creciente para, por ejemplo, los datos personales o el correcto funcionamiento de los sistemas.

Por otra parte, nuestro Código Procesal Penal no contiene normas lo suficientemente actualizadas en este ámbito que regulen las diligencias que puede llevar a cabo el Ministerio Público –o las policías como organismos auxiliares– en el período de investigación de los hechos que pudiesen constituir delitos. En este sentido, las diligencias practicadas por los fiscales, y que dicen relación con investigaciones que requieren manejo de evidencia digital o medidas intrusivas mediante sistemas informáticos, no tienen una regulación específica, pudiendo generar incertidumbre al momento de llevarlas a cabo. Los fiscales se ven obligados a la adecuación de las diligencias respecto de las normas vigentes, como a su vez los tribunales deben adecuar la forma de incorporar las pruebas a juicio para resguardar las garantías de los imputados. Es por esta razón que la ratificación por parte de Chile al Convenio de Budapest supone un desafío importante pero necesario, dado que sus reformas vienen a modernizar nuestro sistema procesal y será especialmente importante para la labor de la Fiscalía en cuanto a su dirección exclusiva de la investigación penal.

Las normas procedimentales establecidas por el Convenio son:

1. La conservación rápida de *datos informáticos* almacenados, incluidos los datos relativos al tráfico,⁷ establecido en el artículo 16⁸ del Convenio de Budapest

7 De acuerdo al art. 1 letra d) del Convenio de Budapest se entienden por datos relativos al tráfico “todos aquellos datos relativos a una comunicación realizada por medio de un sistema informático, generados por este último en tanto elemento de la cadena de comunicación, y que indiquen el origen, el destino, la ruta, la hora, la fecha, el tamaño y la duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente”.

8 Artículo 16 – “Conservación rápida de datos informáticos almacenados:
1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para permitir a sus autoridades competentes ordenar o imponer de otro modo la conservación rápida de datos electrónicos específicos, incluidos los datos relativos al tráfico, almacenados por medio de un sistema informático, en particular cuando existan

El Convenio de Budapest define *datos informáticos*, en su artículo 1, como toda representación de hechos, información o conceptos expresados de cualquier forma que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para que un sistema informático ejecute una función. De esta forma, el artículo 16 del Convenio establece la obligatoriedad para los Estados parte de adoptar la normativa procesal atinente que consiga que las autoridades competentes puedan obtener la conservación rápida de cualquier dato informático, incluidos los datos relativos al tráfico. Esta solicitud de conservación se dirige a quien mantenga almacenados los datos informáticos que se quiera conservar, que en una gran mayoría de casos serán proveedores de servicios.⁹

La conservación de datos informáticos supone, por una parte, la obligación de los proveedores de servicios de guardar de manera segura los datos especificados por la autoridad. Por tanto, significa más que una sola obligación de retención de la información: requiere que esta se guarde de una forma en la que no corra el riesgo de sufrir modificaciones, deterioro o de ser eliminada. Por otra parte, también supone que se trate de datos que ya existen y están almacenados, por lo que no contempla la posibilidad de una conservación de datos que se almacenarán en el futuro y, a su vez, se trata de una solicitud de conservación mientras se encuentra pendiente

motivos para creer que dichos datos son particularmente susceptibles de pérdida o de modificación.

2. Cuando una Parte aplique lo dispuesto en el párrafo 1 anterior por medio de una orden impartida a una persona de que conserve determinados datos almacenados que se encuentren en poder o bajo el control de esa persona, la Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para obligar a dicha persona a conservar y a proteger la integridad de los datos durante el tiempo necesario, hasta un máximo de noventa días, con el fin de que las autoridades competentes puedan obtener su revelación. Las Partes podrán prever la renovación de dicha orden.

3. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para obligar a la persona que custodia los datos o a otra persona encargada de su conservación a mantener en secreto la ejecución de dichos procedimientos durante el tiempo previsto en su derecho interno.

4. Los poderes y procedimientos mencionados en el presente artículo estarán sujetos a lo dispuesto en los artículos 14 y 15”.

9 De acuerdo al artículo 1 del Convenio de Budapest por “proveedor de servicios” se entenderá:

i. Toda entidad pública o privada que ofrezca a los usuarios de sus servicios la posibilidad de comunicar a través de un sistema informático, y

ii. Cualquier otra entidad que procese o almacene datos informáticos para dicho servicio de comunicación o para los usuarios del mismo.

la solicitud de autorización judicial que permita la posterior revelación del contenido conservado.

El artículo 16 del Convenio también impone agilidad en el proceso de conservación, al establecer que este debe ser rápido, en atención a la naturaleza esencialmente volátil de los datos que se busca resguardar. Los datos informáticos pueden ser el contenido mismo de ilícitos –por ejemplo, imágenes de pornografía infantil–, también pueden ser evidencia de delitos –por ejemplo, comunicaciones por correo electrónico que dan cuenta de una estafa realizada (o no) mediante internet– o pueden ser evidencia que sirva para la identificación de los autores de un delito que se investiga a través del rastreo de una dirección IP, por tanto, la conservación de dichos datos puede ser sustancial para una investigación criminal llevada a cabo por la Fiscalía. La conservación es un paso previo al acceso del contenido de esos datos informáticos, pero es un paso necesario porque el Convenio de Budapest no establece que los Estados parte tengan el deber de imponer a los proveedores de servicios que se retengan los datos informáticos de sus abonados. Es decir, si bien –de acuerdo al artículo 16 del Convenio– frente a la solicitud de conservación emitida por las autoridades competentes los proveedores de servicios (o a quien se dirija la solicitud de conservación) deben acceder a esta de forma ágil, pueden no tener almacenados los datos que se les requiere conservar, dado que no se les impone ningún deber de retención, ni siquiera por un corto período de tiempo. En este sentido, y como se señaló, la conservación supone que los datos necesariamente existan, sin que el Convenio exija a los proveedores su existencia. Es más, en la mayoría de los casos las empresas no almacenan datos por mucho tiempo, dado que no tienen la capacidad de hacerlo, en atención a su presupuesto, o porque en algunos países las leyes de protección de datos personales requieren que la información sea borrada si carece de valor comercial.

El citado artículo 16 se refiere a cualquier tipo de dato informático, pudiendo tratarse de registros comerciales, registros de salud, personales o de cualquier otra clase. Establece que los Estados parte deberán tomar las medidas legislativas necesarias para poder obligar a esta conservación a la persona que custodia los datos por hasta un máximo de 90 días, pudiendo preverse la renovación de dicha orden. Además, establece la obligatoriedad de que quien recibe la orden de conservación mantenga dicha medida en carácter de secreto, con la finalidad de asegurar el éxito de la investigación, toda vez que se busca que no se alerte a las personas investigadas de las medidas que se puedan estar llevando a cabo para el esclarecimiento de los hechos.

Con la conservación rápida de los datos informáticos el Convenio de Budapest persigue, esencialmente, que cuando se autorice judicialmente la obtención de esta información a través de otras diligencias de investigación como son las órdenes de entrada y registro, la incautación de los soportes digitales donde se puedan encontrar estos datos o una orden de presentación de la información—, los datos se encuentren efectivamente disponibles y puedan ser usados como evidencia en una investigación criminal.

2. La conservación y revelación parcial rápida de los datos sobre tráfico, establecidas en el artículo 17¹⁰ del Convenio de Budapest

El artículo 17 se relaciona directamente con el artículo 16 del Convenio en cuanto establece que además de la conservación rápida de los datos relativos al tráfico se revele, por parte de los proveedores de servicios requeridos, la información necesaria para poder identificar a todos los demás proveedores que pudiesen tener un registro de la transmisión de la comunicación que se intenta rastrear. De lo contrario, sin esta revelación parcial, la Fiscalía tomaría conocimiento de la existencia de otras empresas proveedoras de servicios (que fueron parte de la transmisión de la comunicación y que tienen información necesaria para rastrearla) sólo una vez que la información conservada por la primera empresa requerida sea puesta a disposición del Ministerio Público, previa autorización judicial. Para ese entonces, las demás empresas podrían ya haber eliminado los datos que interesan a la investigación. Por tanto, esta norma procesal del Convenio señala que la revelación de los datos de tráfico será parcial, es decir, se deberá dar a conocer a la Fiscalía toda la información que permita identificar qué otro proveedor de servicio interesa requerir para que conserve información y así poder rastrear la comunicación que se cree que es evidencia digital para la acreditación de un caso en particular.

10 Artículo 17 – “Conservación y revelación parcial rápida de los datos relativos al tráfico:
 1. Con el fin de garantizar la conservación de los datos relativos al tráfico, en aplicación del artículo 16, cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para:
 a. Garantizar la conservación rápida de los datos relativos al tráfico, ya sean uno o varios los proveedores de servicios que hayan participado en la transmisión de dicha comunicación, y
 b. Asegurar la revelación rápida a la autoridad competente de la Parte, o a una persona designada por dicha autoridad, de un volumen suficiente de datos relativos al tráfico para que dicha Parte pueda identificar tanto a los proveedores de servicios como la vía por la que la comunicación se ha transmitido.
 2. Los poderes y procedimientos mencionados en el presente artículo estarán sujetos a lo dispuesto en los artículos 14 y 15”.

3. La orden a personas y proveedores de servicios de presentar la información requerida, artículo 18¹¹ del Convenio de Budapest

Esta disposición procesal del Convenio establece la facultad de requerir de información tanto a personas como a proveedores de servicios que se hallen dentro del territorio del Estado Parte, para que entreguen los datos informáticos existentes¹² que se encuentren bajo su poder o control. En el caso de los proveedores de servicios, se trata de datos de sus abonados en relación con el servicio contratado.

Al señalar que los datos informáticos se deben encontrar bajo el poder o control de la persona requerida, este artículo se refiere a la posesión física de los datos almacenados en un sistema informático o en un dispositivo de almacenamiento informático, o bien a que la persona controle el almacenamiento de los mismos, aunque sea a través de un servicio de almacenamiento en línea. En el caso de los proveedores de servicios, los datos que estén bajo su poder o

-
- 11 Artículo 18 – “1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para facultar a sus autoridades competentes a ordenar:
 - a. A una persona presente en su territorio que comunique determinados datos informáticos que obren en su poder o bajo su control, almacenados en un sistema informático o en un dispositivo de almacenamiento informático, y
 - b. A un proveedor que ofrezca sus servicios en el territorio de dicha Parte, que comunique los datos que obren en su poder o bajo su control relativo a los abonados en relación con dichos servicios.
 2. Los poderes y procedimientos mencionados en el presente artículo estarán sujetos a lo dispuesto en los artículos 14 y 15.
 3. A los efectos del presente artículo, se entenderá por “datos relativos a los abonados” cualquier información, en forma de datos informáticos o de cualquier otro modo, que posea un proveedor de servicios y que se refiera a los abonados de sus servicios, diferentes de los datos relativos al tráfico o al contenido, y que permitan determinar:
 - a. El tipo de servicio de comunicación utilizado, las disposiciones técnicas adoptadas al respecto y el periodo de servicio;
 - b. La identidad, la dirección postal o situación geográfica y el número de teléfono del abonado, así como cualquier otro número de acceso y los datos relativos a la facturación y al pago, disponibles en virtud de un contrato o de un acuerdo de prestación de servicio;
 - c. Cualquier otra información relativa al lugar en que se encuentren los equipos de comunicación, disponible en virtud de un contrato o de un acuerdo de prestación de servicio.
 - 12 Nuevamente el Convenio no está imponiendo en ningún caso que esta información deben tenerla almacenada los proveedores de servicios, sino que se trata de que si efectivamente la tienen –porque la han almacenado o porque se la han solicitado a sus abonados– y cuentan con ella en sus registros, la presenten cuando sea requerida a través de esta orden. Tampoco se les exige a los proveedores de servicios que den seguridad respecto a la veracidad de la información que están entregando, toda vez que generalmente se tratará de información que los mismos abonados proporcionaron a la empresa proveedora de servicio y que esta no se encuentra obligada a verificar. Con mayor razón, si se trata de abonados que tenían la intención dolosa de cometer un delito, seguramente no entregarán información verídica sobre sí mismos, justamente para que no se les pueda rastrear o vincular al ilícito.

estén bajo su control relativos a los abonados, se refiere a la misma posesión física o bien a la información almacenada de forma remota pero que controla el proveedor de servicios. El Convenio utiliza la palabra abonado en términos amplios, incluyendo a todo tipo de clientes de las empresas proveedoras de servicios, incluso aquellos que reciben servicios de manera gratuita o personas que utilizan la cuenta de un tercero que contrata los servicios del proveedor, como una especie de carga del abonado. En otras palabras, se trata de todo aquel que tiene una relación de cliente y que puede usar los servicios del proveedor.

Esta norma apunta a la obtención de información relevante para una investigación criminal que puede referirse al tipo de servicio contratado, los servicios conexos contratados –como por ejemplo, si el abonado tiene o no buzón de voz–, los números de teléfonos contratados, las direcciones electrónicas relacionadas con el abonado, los registros de facturación o tarjetas bancarias asociadas a su pago, dirección postal o ubicación geográfica, y toda información que resulte relevante para lograr la individualización de una persona que hasta el momento puede permanecer anónima (por ejemplo, el sujeto activo de un delito informático). La información que no contempla este artículo es aquella relativa al tráfico de datos y al contenido de las comunicaciones, porque se regula de manera separada en otras disposiciones procesales del Convenio.

Con la implementación de este artículo por parte de los Estados miembros se otorga base jurídica a un problema que habitualmente se presenta cuando se les pide información a las empresas proveedoras de servicios, que tienen los datos de suscripción de sus clientes. Al no existir regulación al respecto, las empresas no siempre entregan la información, no por falta de voluntad para la cooperación, sino porque no tienen claridad de qué tipo de protección deben dar a la información que poseen y si pueden entregarla sin algún requisito legal adicional.

Como la aplicación de este artículo se encuentra sujeta a las condiciones y salvaguardias establecidas en los artículos 14 y 15 del mismo Convenio, los Estados parte podrán determinar –de acuerdo a su derecho interno– si excluirán ciertos datos o información de aquella que debe ser entregada en virtud de la orden de presentación que se establece en este artículo 18. De igual forma, los Estados podrán establecer requisitos adicionales como, por ejemplo, una autorización judicial previa para la obtención de cierta información, atendida la aplicación del principio de proporcionalidad. Es decir, el Estado parte podrá establecer que la presentación de cierta (o incluso toda) información podrá ser requerida sólo si se solicita antes una autorización judicial, si estima que la medida es altamente intrusiva y por tanto requiere de un estándar más alto de protección de los derechos de las personas investigadas. Algunos parámetros a utilizar pueden ser atender a la

gravedad de las penas asignadas al delito investigado (como generalmente lo hace nuestro ordenamiento jurídico nacional) o a la cuantía del perjuicio sufrido por la víctima, si se trata de un perjuicio avaluable en dinero.

Finalmente, cabe señalar que lo que busca el Convenio de Budapest a través de esta disposición, es implementar una medida de carácter menos intrusivo que otras ya establecidas en los ordenamientos jurídicos procesales tradicionales –como lo son la entrada y registro de lugares cerrados o la incautación de evidencia relacionada con el delito investigado–, que si bien podrían llegar al mismo fin –en el sentido de que el fiscal a cargo de la investigación podría obtener la información tanto por la orden de presentación del artículo 18 del Convenio como por la incautación de la información que tenga la empresa prestadora de servicios de su abonado–, resulta menos intrusiva, más económica (al no requerir ningún tipo de despliegue policial) y también más ágil, ya que no requiere de la tramitación de una orden judicial previa que permita la medida de incautación o entrada y registro.

4. El registro de todo tipo de dispositivo o sistema de almacenamiento informático y la confiscación de los datos informáticos almacenados en ellos, artículo 19¹³ del Convenio de Budapest

13 Artículo 19 – “Registro y confiscación de datos informáticos almacenados:

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para facultar a sus autoridades competentes a registrar o a tener acceso de un modo similar:
 - a. A todo sistema informático o a parte del mismo, así como a los datos informáticos en él almacenados, y
 - b. A todo dispositivo de almacenamiento informático que permita almacenar datos informáticos en su territorio.
2. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para asegurarse de que, cuando, de conformidad con el apartado 1.a), sus autoridades registren o tengan acceso de un modo similar a un sistema informático específico o a una parte del mismo y tengan motivos para creer que los datos buscados se hallan almacenados en otro sistema informático o en una parte del mismo situado en su territorio, y que dichos datos son legítimamente accesibles a partir del sistema inicial o están disponibles por medio de dicho sistema inicial, puedan extender rápidamente el registro o el acceso de un modo similar al otro sistema.
3. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para facultar a sus autoridades competentes a confiscar o a obtener de un modo similar los datos informáticos a los que se haya accedido en aplicación de los párrafos 1 o 2. Estas medidas incluirán las siguientes prerrogativas:
 - a. Confiscar u obtener de un modo similar un sistema informático o una parte del mismo, o un dispositivo de almacenamiento informático;
 - b. Realizar y conservar una copia de esos datos informáticos;
 - c. Preservar la integridad de los datos informáticos almacenados pertinentes, y
 - d. Hacer inaccesibles o suprimir dichos datos informáticos del sistema informático consultado.

El artículo 19 del Convenio de Budapest consagra una medida intrusiva para la investigación de entrada y registro y posterior incautación de datos informáticos almacenados, es decir, de datos que no son tangibles. Esta disposición persigue modernizar este tipo de medidas que los Estados parte, en su derecho interno, implementan para regular para la persecución de cualquier delito, con el objetivo de que no sea necesario enfrentar ciertas dificultades para la adecuación de la norma procesal tradicional a la realidad de la evidencia digital.

De esta forma, el estándar necesario para la autorización judicial de la medida que debe cumplir la Fiscalía al momento de su solicitud debiese ser el mismo que se impone para la medida tradicional de entrada y registro e incautación de evidencia. El registro y la incautación son medidas que se establecen sobre evidencia digital que ya existe y, por lo tanto, la autorización para llevarlas a cabo no supone la autorización para interceptar comunicaciones en tiempo real. Al respecto, se ha planteado la siguiente discusión:¹⁴ si al momento del registro de un sistema informático –por ejemplo, un computador– se encuentra en el buzón de entrada de un usuario un correo electrónico aún no abierto (y que para leerlo el usuario deberá descargarlo en su sistema informático), nos hallamos ante una interceptación de comunicaciones (requiriendo una autorización judicial especial y específica para poder abrirlo, que se otorga sólo para ciertos casos donde en atención a la gravedad del delito se permite la vulneración de derechos de forma tan contundente), o si bien pueden considerarse datos informáticos almacenados en el sentido del artículo 19 del Convenio, pudiendo obtener dicha información con arreglo a un estándar más bajo que el exigido por parte de los tribunales de justicia. Cada Estado parte deberá analizar respecto de su propia legislación nacional qué trato dará a estos casos, donde la información puede efectivamente tener la calidad de dato almacenado en un sistema informático, pero que a su vez cumple con la definición de comunicación y, por tanto, requiere un estándar más alto de cuidado, al poder vulnerarse el derecho fundamental a la vida privada.

Este artículo del Convenio regula, en su párrafo primero, la adopción de medidas legislativas internas de cada país para facultar a sus autoridades a

4. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para facultar a sus autoridades competentes a ordenar a toda persona que conozca el funcionamiento de un sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos que contiene, que proporcione toda la información necesaria, dentro de lo razonable, para permitir la aplicación de las medidas previstas en los párrafos 1 y 2.
5. Los poderes y procedimientos mencionados en el presente artículo estarán sujetos a lo dispuesto en los artículos 14 y 15”.

14 Discusión someramente planteada en el “Informe Explicativo del Convenio para la Ciberdelincuencia”, Consejo de Europa, p. 144. Disponible en: <https://rm.coe.int/16802fa403> (última visita: 05/07/2018)

registrar, o tener acceso de un modo similar, sistemas informáticos, a los datos informáticos que se encuentren en dichos sistemas almacenados y a dispositivos de almacenamiento de datos. La palabra registrar es una nomenclatura utilizada típicamente en este tipo de medidas, que alude a la inspección o revisión de datos, aquello que jurídicamente entendemos cuando se otorga una autorización para registro. Cuando el artículo 19 que analizamos señala: *tener acceso de un modo similar*, busca adecuar el vocablo utilizado a una terminología informática ya que, como se señaló, el objetivo de este precepto es justamente modernizar la medida para los casos de trato de evidencia digital. En el párrafo 1 también se recuerda que este registro a sistemas informáticos supone que se trate de sistemas que se encuentran dentro del territorio en el que la autoridad competente solicitó la medida, pues la situación respecto de datos informáticos que se encuentren en otro país se regula en el capítulo de cooperación internacional, y es materia para otro trabajo, dada su extensión y los problemas de jurisdicción que podría plantear. Ahora bien, este primer párrafo y los demás del artículo 19 del Convenio requieren para su implementación interna un desarrollo procesal de trato de la evidencia digital para asegurar su integridad y veracidad, así, se requerirá que, por ejemplo, la normativa en cuanto a la mantención de la cadena de custodia de la evidencia se ajuste a las características propias de la evidencia digital. Requiere un cuidado especial, es particularmente frágil y puede ser fácilmente alterada, todas características que deben tenerse en cuenta y que requieren de un análisis interno de cada país para detallar su procesamiento. Actualmente, las policías y el Ministerio Público tienen conocimientos respecto sobre cómo dar un trato adecuado a este tipo de evidencia, y también existe un criterio más o menos asentado entre abogados y jueces respecto de cuándo podemos tener seguridad de que la evidencia ha sido o no alterada, pero una normativización de dichas prácticas generaría un mayor cuidado de la evidencia para no perderla –y que pueda ser usada de forma exitosa–, como también dotaría de mayor seguridad al proceso de incorporación de la prueba al proceso penal.

El párrafo 2 del artículo analizado plantea que deberá regularse también la extensión del registro cuando, autorizada la inspección de un sistema informático, se requiera además registrar otro sistema informático que a su vez se encuentra conectado al sistema ya autorizado. Es decir, registrando el sistema autorizado se toma conocimiento de que se pueden conocer los datos almacenados en otro sistema informático, a través del sistema que ya se está registrando. Cada país deberá regular el rango de extensión de la orden de registro y cómo proceder a la concesión de dicha extensión.

Luego, el párrafo 3 del artículo 19 del Convenio establece el deber de regular, en relación con lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 anteriores, aquellas situaciones donde sea necesaria la incautación de los equipos informáticos y dispositivos de almacenamiento o realizar una copia de ellos para su posterior análisis.

Dicha incautación debe incluir no sólo el sistema informático o el sistema de almacenamiento, sino que también la incautación de los programas que sean necesarios para acceder a los datos que se han incautado. Respecto de este punto, se reitera la necesidad de normativizar los procesos de incautación en cuanto a cadena de custodia y preservación de los datos sin modificarlos. Es especialmente llamativo el numeral 4 del párrafo tercero de este artículo, el cual establece la posibilidad de hacer inaccesibles o suprimir los datos informáticos del sistema que se está registrando. Esta regla está pensada para aquellas situaciones en las que al registrarse datos informáticos estos puedan resultar peligrosos o pudiesen causar un perjuicio a la sociedad –por ejemplo, si se encuentra un virus dentro de un sistema informático o bien, el contenido de los datos es ilegal, como videos de pornografía infantil–. Se permite, para estos casos, suprimir los datos informáticos, lo que significa prohibir su acceso, por ejemplo, a través del cifrado de datos y suprimirlos (lo que no quiere decir destruirlos). Por tanto, si luego del proceso penal se llega a la convicción de que los datos deben ser devueltos a su dueño, este podrá volver a utilizarlos (suponiendo que finalmente su contenido no haya sido ilegal o perjudicial).

Finalmente, el párrafo 4 del mismo artículo 19 faculta a los Estados Parte para que tomen las medidas necesarias para ordenar, a quien conozca el funcionamiento del sistema informático que se va a registrar, que proporcione la información necesaria para su acceso libre (dentro de los límites de la orden de registro). El párrafo cuarto señala que se aplicarán las medidas para que se proporcione toda la información necesaria, *dentro de lo razonable*, pudiendo tratarse de la revelación de una clave para el acceso a la información o que se explique cómo funciona un programa específico que sea necesario para llegar al registro de ciertos datos informáticos. Lo razonable estará limitado por todo aquello que no tenga relación con la orden de registro autorizada judicialmente y que por tanto dé acceso a información que no se ha autorizado a registrar.

5. La obtención en tiempo real de datos relativos al tráfico, artículo 20¹⁵ del Convenio de Budapest

15 Artículo 20 – “Obtención en tiempo real de datos relativos al tráfico:

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para facultar a sus autoridades competentes:
 - a. A obtener o grabar con medios técnicos existentes en su territorio, y
 - b. A obligar a cualquier proveedor de servicios, en la medida de sus capacidades técnicas:
 - i. A obtener o a grabar con medios técnicos existentes en su territorio, o
 - ii. A ofrecer a las autoridades competentes su colaboración y su asistencia para obtener o grabar en tiempo real los datos relativos al tráfico asociados a comunicaciones específicas transmitidas en su territorio por medio de un sistema informático.
2. Cuando una Parte no pueda adoptar las medidas enunciadas en el apartado 1.a) por respeto a los principios establecidos en su ordenamiento jurídico interno, podrá, en su lugar, adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para asegurar

Los artículos 20 y 21, que serán analizados a continuación, establecen medidas intrusivas de obtención de datos informáticos en tiempo real, es decir, que la autorización judicial que se requerirá como requisito para poder efectivamente obtener o interceptar los datos informáticos, será para aquellos datos que se crearán en el futuro, a diferencia de todas las demás medidas que establece el Convenio, y que ya se analizaron anteriormente, que proceden sobre información ya existente. En este sentido, los artículos 20 y 21 contienen las que se consideran las medidas más intrusivas que el Convenio insta a sus Estados parte a consagrar en su derecho interno, porque ambas se encuentran en tensión con el derecho de las personas a la vida privada. Dado que se trata de la obtención de datos informáticos en tiempo real, se realiza una copia de los datos que se están transmitiendo, lo que permite que la comunicación llegue a su destino. Como es obvio, la diligencia supone para su éxito que sea realizada sin el conocimiento de los sujetos que se están investigando, de lo contrario no se realizaría la comunicación que se busca interceptar o respecto de la cual se busca la obtención de los datos de tráfico.

Los datos relativos al tráfico, de los cuales algo se ha abordado en este trabajo, no siempre se encuentran almacenados por parte del proveedor de servicios que prestó los medios para que una determinada comunicación se llevara a cabo, ya sea porque no tiene la capacidad comercial de guardar un alto número de información, porque requiere ir borrándolos para almacenar otros datos o porque, simplemente, de acuerdo a la legislación interna del lugar donde está establecido físicamente, no tiene ninguna obligación de guardarlos. Además, como también ya se ha señalado, estos datos pueden ser fácilmente modificados. Por este tipo de razones es que el Convenio de Budapest establece la necesidad de que se consagre una medida que permita obtener la información relativa al tráfico de datos en tiempo real, asegurando su conocimiento a las autoridades pertinentes que estén llevando a cabo una investigación que amerite este nivel de medida intrusiva. En este sentido, se trata de conocer los datos de origen de una comunicación que se lleva a cabo a través de un medio informático, su destino, la ruta mediante la cual se lleva a cabo, la fecha y hora, el tamaño de los datos transmitidos y la duración de la comunicación. Todos datos que podrían permitir identificar al autor de un delito, como también al sujeto pasivo del mismo, el medio comisivo, el *modus operandi* y el momento exacto en que se llevaron a cabo los hechos delictivos, entre otros.

la obtención o la grabación en tiempo real de los datos relativos al tráfico asociados a comunicaciones específicas transmitidas en su territorio mediante la aplicación de medios técnicos existentes en dicho territorio.

3. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para obligar a un proveedor de servicios a mantener en secreto el hecho de que se haya ejercido cualquiera de los poderes previstos en el presente artículo, así como toda información al respecto.

4. Los poderes y procedimientos mencionados en el presente artículo estarán sujetos a lo dispuesto en los artículos 14 y 15⁷.

El artículo 20 del Convenio establece que los Estados parte, al adoptar esta medida dentro de su legislación interna, deberán garantizar que las autoridades competentes —es decir, en el caso de Chile, a la Fiscalía y las policías que de acuerdo a las instrucciones del Ministerio Público lleven a cabo la medida— tengan la capacidad técnica para obtener los datos relativos al tráfico a través de medios técnicos, sin especificar cuáles son esas capacidades o medios. También, en caso de que los proveedores de servicios puedan obtener los datos relativos al tráfico en tiempo real, se debe poder imponer la medida para que las empresas la cumplan con el debido resguardo y confidencialidad.¹⁶ Ahora bien, no debe entenderse que se establece entonces una obligación para las empresas proveedoras de servicios de implementar cambios y gastos que les permitan llevar a cabo esta obtención en tiempo real, sino que se trata de que en el evento de tener dicha capacidad, y al recibir una orden judicial que demande la obtención en tiempo real de la información, deberán colaborar para que esta se pueda llevar a cabo.

La medida intrusiva establecida se refiere a las comunicaciones específicas transmitidas en el territorio del Estado parte, lo que significa que una de las partes que se comunica, personas o equipos, se encuentran en el territorio del Estado, o bien, el equipo informático a través del cual pasa la comunicación.¹⁷

Ahora bien, dado que se trata de una medida que puede afectar el derecho fundamental a la vida privada de las personas investigadas, el Convenio de Budapest distingue entre el grado de afectación de dichos derechos que puede tener la obtención en tiempo real de los datos de tráfico, y la afectación de ellos cuando se permite la intervención de las comunicaciones para obtener el contenido de ellas. Así, el Convenio hace una distinción: respecto de la intervención de los datos relativos al contenido en tiempo real establecida en su artículo 21, se señala que la medida será aplicable sólo cuando se trate de una investigación de hechos que podrían calificarse como delitos graves, y la definición de cuáles delitos tienen esta consideración, queda a discreción de los Estados parte y de cómo lo regulen en su derecho interno.¹⁸ En cambio, el artículo 20 no tiene esta limitación explícita, por lo que en principio es aplicable como

16 Esta obligación de confidencialidad no sólo asegura el éxito de la investigación, también es importante desde el punto de vista de los proveedores de servicios, que pueden verse eximidos de la responsabilidad contractual que podrían tener con sus clientes en relación a la seguridad y privacidad de sus comunicaciones.

17 “Informe Explicativo de la Convención para la Cibercriminalidad”, Consejo de Europa, p. 161.

18 Generalmente los países establecen la gravedad de un delito de acuerdo con la cuantía de la pena asignada al delito.

disposición de procedimiento a todos los delitos señalados en el párrafo 2 del artículo 14 del Convenio, el cual, como ya se explicó, incluye los delitos que tipifica el Convenio, cualquier otro delito cometido por medio de un sistema informático y cualquier otro delito para los cuales exista evidencia electrónica. La excepción a esta aplicación amplia del artículo 20 viene dada por las posibles reservas que los Estados parte puedan establecer al momento de suscribir el Convenio, que deberá incluir un listado de los delitos para los cuales será aplicable la obtención de datos de tráfico en tiempo real. Sin embargo, de acuerdo al párrafo tercero del artículo 14, este listado de delitos no podrá ser más restrictivo que los delitos considerados graves en los términos del artículo 21 del Convenio. En cuanto a la aplicación del artículo 20, Chile no hizo ninguna reserva al suscribir este Convenio, por lo que se obliga a que la medida sea aplicable a toda clase de delitos.

6. Interceptación de datos relativos al contenido de las comunicaciones, artículo 21¹⁹ del Convenio de Budapest

Los datos relativos al contenido a los que se refiere esta disposición son aquellos que representan el contenido comunicativo de la comunicación, es decir, el mensaje o la información transmitida en la comunicación. Por tanto, este precepto se asemeja a la interceptación de comunicaciones establecida en el artículo 222 del Código Procesal Penal chileno.

19 Artículo 21 – “Interceptación de datos relativos al contenido:

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para facultar a sus autoridades competentes en lo que respecta a un repertorio de delitos graves que deberá definirse en su derecho interno a:
 - a. Obtener o grabar con medios técnicos existentes en su territorio, y
 - b. Obligar a un proveedor de servicios, en la medida de sus capacidades técnicas, a:
 - i. Obtener o grabar con medios técnicos existentes en su territorio, o
 - ii. Prestar a las autoridades competentes su colaboración y su asistencia para obtener o grabar, en tiempo real los datos relativos al contenido de comunicaciones específicas transmitidas en su territorio por medio de un sistema informático.
2. Cuando una Parte no pueda adoptar las medidas enunciadas en el apartado 1.a) por respeto a los principios establecidos en su ordenamiento jurídico interno, podrá, en su lugar, adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para asegurar la obtención o la grabación en tiempo real de los datos relativos al contenido de comunicaciones específicas transmitidas en su territorio con medios técnicos existentes en ese territorio.
3. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para obligar a un proveedor de servicios a mantener en secreto el hecho de que se haya ejercido cualquiera de los poderes previstos en el presente artículo, así como toda información al respecto.
4. Los poderes y procedimientos mencionados en el presente artículo estarán sujetos a lo dispuesto en los artículos 14 y 15”.

Como se señaló, este artículo es el único precepto del Convenio de Budapest que contiene una limitación explícita en cuanto al principio de proporcionalidad, toda vez que establece esta interceptación sólo para delitos graves, teniendo en cuenta la afectación de la garantía constitucional a la vida privada del sujeto interceptado.

Si bien no se establecen salvaguardias específicas en torno al artículo 21 en el mismo Convenio, dado que se trata de la medida más intrusiva establecida en términos procesales, se insta a que sea supervisada judicialmente, es decir, que deba ser autorizada por un tribunal de justicia competente; que se especifiquen las comunicaciones y personas que podrán ser interceptadas de acuerdo a la autorización judicial; que se limite a un período de tiempo en el cual se puede llevar a cabo la medida; que se realice un examen de necesidad de la medida, que sea subsidiaria en términos de que la información no se pueda obtener de una forma menos lesiva y que la medida sea proporcional, lo que, como se señaló, viene dado por su aplicación sólo a aquellos delitos determinados como graves por los Estados.²⁰

IV. Experiencia comparada. La aplicación de los estándares de Budapest en materia procesal en la LO 13/2015 en España

Con fecha 6 de diciembre del año 2015 entró en vigor en España la LO 13/2015 que vino a reformar la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Mucho antes, el 3 de junio del año 2010, el mismo país había ya ratificado el Convenio de Budapest. El preámbulo de la LO se basa en una famosa sentencia del Tribunal Constitucional de España que pondría de manifiesto la necesidad de una reforma para el sistema procesal penal interno, dado que las diligencias que precisaban de herramientas tecnológicas requerían de una adecuada respuesta penal. Así, el preámbulo señala que: “El Tribunal Constitucional ha apuntado el carácter inaplazable de una regulación que aborde las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal. Hoy por hoy, carecen de cobertura y su subsanación no puede obtenerse acudiendo a un voluntarista expediente de integración analógica que desborda los límites de lo constitucionalmente aceptable. Sólo así se podrá evitar la incidencia negativa que el actual estado de cosas está proyectando en relación con algunos de los derechos constitucionales que pueden ser objeto de limitación en el proceso penal”.²¹ La problemática de falta de cobertura legal de ciertas

20 Recomendaciones establecidas en el “Informe explicativo del Convenio de Budapest del Consejo de Europa”, p. 157.

21 España, LO 13/2005, modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, publicada el 6 de diciembre de 2015.

diligencias investigativas para ciberdelitos o delitos cometidos a través de sistemas informáticos fue establecida en España como un problema de carácter constitucional, atendidas las garantías fundamentales de los imputados, que muchas veces podían ser vulneradas ante una falta de regulación adecuada.

La respuesta ante estas dificultades aportada por la LO 1/2015 significó las siguientes reformas: se realizó una regulación completa y detallada de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación de grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización y captación de imagen, entre otros. También se delimitaron los delitos en cuya investigación se permitió acordar estas medidas especiales, pero en realidad se trata de una aplicación amplia, ya que se incluye cualquier delito cometido por medios informáticos o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación o servicio de comunicación, los delitos con una pena de al menos tres años, los delitos cometidos por una organización criminal y los delitos de carácter terrorista. Por otro lado, se regularon cuestiones que hasta ese momento sólo habían sido abordadas jurisprudencialmente, como el acceso al contenido de datos conservados, el acceso a información relacionada con direcciones IP, y averiguación de códigos de identificación de aparatos de comunicación como el código IMEI de teléfonos celulares, entre otros.

Pero son especialmente interesantes cuatro técnicas de investigación incorporadas a la legislación procesal penal española a través de la LO 13/2015, que se expondrán brevemente a continuación.

1. Regulación del agente encubierto online

Respecto de la figura tradicional del agente encubierto, los españoles regularon en un apartado especial el tratamiento de su uso en medios tecnológicos. Para esto requieren autorización judicial previa que les permita obtener imágenes y grabar conversaciones, como también se prevé la posibilidad de actuar en canales cerrados de comunicación (a lo cual llaman agente encubierto informático). Finalmente, con autorización judicial especial para ello, el agente encubierto online puede intercambiar o enviar archivos cuyo contenido es de carácter ilícito. La figura del agente encubierto online, al igual que como se da con la figura del agente encubierto en Chile, está pensada en la lógica de la lucha contra la delincuencia organizada, aunque también es aplicable a otros delitos cometidos a través de la tecnología de la información y la comunicación. Además, esta regulación establece de forma explícita que la figura del agente encubierto online sólo tiene sentido en canales de comunicación cerrados, dado que en aquellos canales de comunicación que son abiertos no es necesario, por la propia naturaleza pública del canal. De esta forma, entonces, en los canales abiertos (como por ejemplo, un foro a través de internet) se puede usar una identidad distinta a la real a través del uso de seudónimos, porque para los españoles en los canales abiertos no existe una

expectativa legítima de confianza en las identidades que las personas otorgan de sí mismas para identificarse que se podría ver defraudada, por tanto, no se requiere una autorización judicial para que fiscales o policías puedan falsear su identidad. Para las redes de comunicación cerradas, se debe autorizar judicialmente entonces la figura del agente encubierto online. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información

Se regula de forma detallada esta técnica de investigación, estableciéndose para su procedencia la necesidad de una autorización judicial previa, con excepción de aquellos casos de urgencia donde una vez realizado el registro se deberá poner en conocimiento del juez la acción realizada en un máximo de 24 horas. En los términos del Convenio de Budapest, la regulación de esta medida contempla la idea de que se acceda a los datos alojados en otro sistema informático –como por ejemplo, almacenamiento en la nube–, a través del sistema que se está registrando mediante autorización judicial. La posibilidad de acceder a información alojada en sistemas informáticos distintos al dispositivo que se está físicamente registrando tiene dos limitaciones: es necesario que los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial, o estén disponibles para este, y requiere de una autorización judicial especial, que puede estar contemplada en la autorización original.

2. Regulación de registro remoto de forma telemática y sin conocimiento de su titular de ordenadores y sistemas informáticos

Se trata de una medida que permite el registro de computadores y sistemas informáticos a través de la instalación de un software en el equipo del sujeto investigado, o bien, a través del uso de datos de identificación y códigos. Se trata de una medida altamente intrusiva, por lo que requiere de un control judicial exhaustivo, y por las mismas consideraciones sólo se prevé su utilización en casos de delitos cometidos a través de instrumentos informáticos, terrorismo, crimen organizado, delitos contra menores de edad y delitos contra la Constitución española, traición y relativos a la defensa nacional.

3. Conservación y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento, mientras se obtiene la autorización judicial correspondiente para acceder a su contenido

Esta medida establecida por la LO 13/2015 consagra el artículo 16 del Convenio de Budapest analizado anteriormente en este trabajo. Faculta al Ministerio Fiscal o a la policía para exigir a los prestadores de servicios, los operadores de comunicaciones o cualquier persona física o jurídica, la conservación expedita de datos de tráfico y de contenido, sin necesidad de autorización judicial.

Estas cuatro técnicas de investigación consagradas en la ley española son una muestra clara de una aplicación concreta en la legislación interna de los estándares procesales que el Convenio de Budapest obliga a los Estados que lo han suscrito a adoptar, en miras del combate en contra del cibercrimen. Como país podemos tomar la experiencia española, y también la de otros sistemas jurídicos, como un ejemplo al momento de replantearnos nuestra propia modificación legal. Se ha propuesto un breve mapeo del cambio escogido en España sólo a modo de ejemplo, por tratarse de un sistema jurídico que no dista de forma sustancial del chileno y porque, al igual como sucede en nuestro ordenamiento jurídico, las reformas en esta materia eran necesarias para no seguir forzando leyes procesales obsoletas en términos tecnológicos, que finalmente no otorgan una real garantía para los investigados y generan pruebas excluibles al momento de su incorporación al juicio oral.

V. Cooperación Internacional

Finalmente, el Convenio de Budapest se encarga de regular de manera exhaustiva la obligación de los Estados que suscriben este documento a la cooperación internacional, y en el que el Ministerio Público tiene un rol esencial. La cooperación entre Estados es una temática importante en materia de cibercriminalidad porque, como se expuso al comienzo de este trabajo, los ciberdelitos pueden tener principio de ejecución en un país completamente diferente a aquel donde se encuentran las víctimas perjudicadas con la conducta ilícita, o porque la evidencia digital que permite identificar al autor de algún delito se encuentra almacenada en territorio extranjero, distinto a aquel donde se está desarrollando una investigación. De esta forma, el Convenio de Budapest regula procesos de extradición en su artículo 24, donde en Chile la autoridad asignada para su realización es el Ministerio de Relaciones Exteriores, regula también la asistencia internacional mutua en materia penal en su artículo 27, y la red 24/7 en su artículo 35, donde Chile designó como punto de contacto para el país al Ministerio Público, a través de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones (UCIEX) de la Fiscalía Nacional.

La red 24/7 es un canal complementario a la asistencia internacional mutua y a la cooperación policial, que consiste en la designación de un contacto de cada país parte del Convenio de Budapest que se encuentre disponible las 24 horas del día, los siete días de la semana, para la asistencia en la toma de acciones para obtener asesoramiento técnico, la conservación de datos y la obtención de pruebas, suministro de información de carácter jurídico y localización de sujetos sospechosos, todo ello de forma urgente.

SABOTAJE INFORMÁTICO: ¿LA EXIGENCIA DE DAÑO GRAVE COMO ELEMENTO DEL INJUSTO?

Samuel Malamud Herrera¹

Resumen: el artículo analiza la conveniencia de incluir la exigencia de gravedad del daño para el delito de sabotaje informático, en una futura reforma a la legislación sobre delitos informáticos. Para lo anterior se desarrolla una breve caracterización de tal delito. Finalmente se exponen una serie de elementos que se considera inciden en la determinación acerca de qué conductas han de ser estimadas como penalmente relevantes para estos efectos.

I. Introducción

La información se ha transformado en un componente de gran valor en nuestra sociedad². En forma constante dependemos de algún tipo de información alojada en sistemas informáticos para realizar nuestras actividades más cotidianas: ir al médico, pagar cuentas de servicios básicos, viajar, etc. Esta información, almacenada y tratada por sistemas informáticos, pasa a denominarse *dato informático*³.

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medio Ambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 CASTELLS caracteriza la sociedad contemporánea como una “*sociedad informacional*”, refiriéndose con esto a una “*forma específica de organización social en la que la generación, el procesamiento y la transmisión de la información se convierten en las fuentes fundamentales de productividad y poder, debido a las nuevas condiciones tecnológicas que surgen en este periodo histórico*”. CASTELLS, Manuel. *The Information Age. Volume I: Economy, Society, and Culture. Vol. I: The Rise of Network Society*. Oxford, Reino Unido, Willey-Blackwell, 2010, p. 21.

3 El Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, ratificado por Chile, Decreto N° 83 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 28/08/2017; se ha preocupado de definir qué entiende por “datos informáticos” en su art. 1 letra b), en los siguientes términos: “[i]toda representación de hechos, información o conceptos expresados de cualquier forma que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para que un sistema informático ejecute una función”.

Pero los datos informáticos son vulnerables⁴. Esto implica que puede accederse a ellos, de forma no autorizada, afectando su *confidencialidad*; como también pueden verse vulnerados en su *disponibilidad*, cuando se perturba o impide el uso de ellos a su titular; y, finalmente, pueden verse expuestos a afectaciones en su *integridad*, en los casos en que son alterados, modificados o eliminados, sin la autorización de su titular⁵.

Dentro de estas dimensiones, la *integridad* es frecuentemente el aspecto menos tomado en cuenta, pero es la parte más importante dentro de la tríada de la seguridad informática⁶. La integridad tiende a proteger los datos informáticos y los sistemas informáticos frente a una serie de conductas que, en forma amplia, implican la mantención de éstos libres de modificaciones no autorizadas⁷.

En tanto parte importante del quehacer económico y del desarrollo de la administración pública depende del uso de datos informáticos, la afectación de la integridad y disponibilidad de tal información supone no sólo un detrimento a la información misma y a los derechos del titular de hacer uso de aquella, sino también un serio riesgo y/o afectación para el desarrollo normal de la vida social⁸. Se entiende entonces la relevancia que puede adquirir la protección de tales datos.

La importancia de dicha eventualidad es tal, que diversos ordenamientos jurídicos han otorgado protección a la integridad de los datos informáticos por vía de su más severa herramienta: el poder punitivo.

Es el caso de nuestro país. En efecto, la Ley 19.223, a través de sus artículos 1 y 3, contempla figuras típicas que se hacen cargo de sancionar las hipótesis de alteración, daño o destrucción de los datos contenidos en un sistema de tratamiento de la información.

4 SIEBER, Ulrich. *Legal aspects of computer-related crime in the Information Society* [en línea]. Universidad de Würzburg, 1998, págs. 2-3. Disponible en: <https://bit.ly/2qkAEkf> [fecha de consulta: 12 de febrero de 2018].

5 La tríada *confidencialidad, integridad y disponibilidad* conforman los tres objetivos principales de la Ciberseguridad, llamados en su conjunto por sus siglas: “*CLA Triad*”. Véase: SINGER, Peter y FRIEDMAN, Allan. *Cybersecurity and Cyberwar*. Oxford, Reino Unido, Oxford University Press, 2014, p. 35. Dicha tríada es parte medular del Convenio de Budapest, lo que puede apreciarse por la expresa mención que hace de cada una de éstas en su preámbulo, como también por el empleo que hace de ellas como criterio de sistematización de los delitos en su Título 1º, Sección 1ª, Cap. II.

6 *Ibíd.*, p. 35.

7 GONZÁLEZ MARÍN, Patricio. “Desde el delito computacional al delito de alta tecnología”. En: *Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury*. Van Weezel, Alex (editor), Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters, 2013, p. 1088.

8 Así, SIEBER, ob. cit., p. 49.

Un aspecto que usualmente llama la atención, es el hecho que en su descripción típica, tales normas no hagan distinción respecto al tipo de daño. Simplemente basta que una de esas conductas alternativas recaiga sobre un dato y que éste se encuentre “*contenido en un sistema de tratamiento de información*”.

Esta circunstancia ha sido blanco de críticas por ciertos autores nacionales. En particular JIJENA, se ha manifestado contrario a que cualquier dato almacenado o procesado deba ser objeto de protección penal, señalando que “[s]ólo deben sancionarse penalmente las conductas que vulneren datos relevantes o cuya naturaleza los haga dignos de ser protegidos en sede penal”⁹. Según su propuesta, la protección a éstos debiera restringirse sólo a datos íntimos, financieros, estratégicos y aquellos relacionados con secretos industriales¹⁰.

Coincidente con tal preocupación, el *Convenio sobre la Ciberdelincuencia* (en lo sucesivo *Convenio*) ha entregado a los Estados suscriptores la posibilidad de formular cierta reserva, consistente en la exigencia que los ataques a la integridad de los datos sean sólo punibles, cuando “*comporten daños graves*”¹¹.

Al ratificar tal instrumento, nuestro país hizo efectiva tal reserva, señalándose que: “*La República de Chile expresa, de conformidad al Artículo 4, párrafo 2, del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, que tipificará como delitos en su derecho interno todo acto deliberado e ilegítimo que dañe, borre, deteriore, altere o suprima datos informáticos, siempre que dicho acto produzca daños graves*”¹².

Aun cuando, a primera vista, la formulación de la reserva –y su futura adopción en una venidera reforma a la Ley N° 19.223– pueda percibirse como una decisión acertada, atendiendo especialmente el carácter *subsidiario* del Derecho Penal¹³, conviene analizar dicha eventualidad con moderación.

9 JIJENA LEIVA, Renato. “Delitos Informáticos, Internet y derecho”. En: *Delito, Pena y Proceso*. VV.AA., RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (Coord.), Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2008, p. 151.

10 *Ibid.*, p. 151.

11 Señala el art. 4 párr. 2° del Convenio: “*Las Partes podrán reservarse el derecho a exigir que los actos definidos en el párrafo 1 comporten daños graves*”.

12 Literal a), Reservas al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, Decreto N° 83 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 27/04/2017 (el destacado es propio).

13 Sobre el concepto: JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción a cargo de Olmedo Cardenete, Miguel. Lima, Perú, Edit. Instituto Pacífico, 2014, Vol. I, págs. 78-79; y MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 9ª ed., Buenos Aires, Argentina, Edit. B de F, 2015, págs. 118-119.

En primer término, habla de ello la baja adhesión que la reserva ha tenido entre los países que han suscrito el *Convenio*. De los 72 países que han ratificado el *Convenio*, sólo tres de ellos –incluido Chile– han aprovechado la reserva que contempla el citado art. 4 N° 2¹⁴.

Pero adicionalmente, en ciertas latitudes donde se ha optado por esta cláusula, como es el caso de la legislación española¹⁵, el efecto no ha sido el esperado. Analizando las reformas introducidas por la Ley Orgánica N° 5 de 2010 al ordenamiento penal español, ha reprochado SALVADORI que el concepto de la *gravedad* del resultado de daño se ha transformado en un elemento *elástico* o *indefinido*, que, en su aplicación, amenaza al mandato de taxatividad¹⁶.

En base a tales antecedentes, teniendo en cuenta además que las reservas a los tratados constituyen *actos unilaterales*¹⁷ de manifestación de soberanía¹⁸, que pueden ser retiradas en cualquier momento por el Estado que las formula¹⁹; y ante la eventualidad de una próxima enmienda de la legislación patria en materia de delitos informáticos, parece justificado que nos hagamos cargo de reflexionar en torno a la conveniencia de adoptar la cláusula propuesta del daño *grave* en una futura formulación típica del delito de daño informático (*infra* III), previo a lo cual se realizará una breve descripción del contenido de injusto de tal delito (*infra* II), para, finalmente, presentar algunos criterios que faciliten la aplicación del mismo (*infra* v).

14 Estos países son: Azerbaijan y Estados Unidos de América. Datos disponibles en el portal web del Consejo de Europa: <https://bit.ly/2HbFlXy> [fecha de consulta: 14 de febrero de 2018].

15 En la legislación de España, fueron modificados los arts. 264.1 y 264.2 donde se sanciona el delito de daño informático, a través de la Ley Orgánica N° 5 de 2010. Lo que no obedeció a la reserva del Convenio, sino más bien a la adecuación del ordenamiento doméstico al marco de la Decisión Marco 2005/222/JAI. Cfr.: SALVADORI, Iván. “Los nuevos delitos informáticos introducidos en el Código Penal español con la Ley Orgánica 5/2010”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXIV, Madrid, España, 2011, p. 239. La explicación a tal situación se debe a que la ratificación del Convenio por parte del Estado español tomó varios años (fue ratificado el 03/10/2010, entrando en vigencia el 01/10/2010), cuestión que permite explicar por qué se introdujo esta cláusula sin haber formulado previamente la reserva.

16 *Ibid.*, págs. 239-240.

17 LLANOS MASILLA, Hugo. *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, Tomo I, p. 290.

18 SHAW, Malcolm. *International Law*. 6ª ed., Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2008, p. 914.

19 Tal como señala el art. 22 N° 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, salvo que el tratado mismo lo impida expresamente, una reserva puede ser retirada en cualquier momento, sin que sea necesario que los Estados que la hayan aceptado acepten el acto de retiro.

II. ¿En qué consiste el sabotaje o daño informático?

Antes de abordar la interrogante recién enunciada, parece conveniente tomar postura respecto a ciertos elementos que dan contenido al injusto de daños informáticos. No vemos cómo resulta posible valorar las condiciones en que una conducta merece el apelativo de *grave*, sin antes conocer la naturaleza y características de tal conducta; y –más aún– el objeto de tutela que se trata de preservar a través de tal delito.

El delito de daño informático, también llamado sabotaje informático, hace referencia a conductas de destrucción, supresión, deterioro, alteración, menoscabo, o de actos tendientes a impedir el acceso; las que deben recaer sobre un objeto material específico, en este caso, la totalidad o parcialidades del soporte lógico (*software*) de un computador²⁰.

Si bien este delito tiende a ser denominado indistintamente como daño o como sabotaje, preferimos esta última denominación, puesto que –como advierte MUÑOZ CONDE– pareciera cubrir en forma más adecuada todas las hipótesis de afectación al objeto material. En efecto, lo fundamental de la conducta prohibida, no es sólo la desaparición misma del dato o del software, sino más bien el hecho de que el titular no pueda disponer y hacer uso de aquellos. De ese modo, la voz *sabotaje* abarca no sólo conductas materiales de detrimento del *software* (v.gr.: supresión, eliminación, alteración), sino además, ciertos actos que sin destruir el dato o el programa informático, tienen la misma virtud de imposibilitar su uso de parte de quien tiene derecho a hacerlo²¹.

En lo referido al objeto material del delito, la regulación nacional, en particular el art. 1° de la Ley N° 19.223, ha extendido el ámbito de aplicación más allá del *software*, pudiendo ser objeto material, el soporte físico del computador (*hardware*)²².

20 En palabras de QUETGLÁS, TOLEDO y CERVERÓN, el soporte lógico o *software*, comprendería el conjunto de programas o instrucciones que dirigen el funcionamiento del sistema informático. QUETGLÁS, Gregorio; TOLEDO, Francisco, y CERVERÓN, Vicente. *Fundamentos de informática y programación*. Valencia, España, Ediciones V.J., 1995, p. 24.

21 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 19ª ed., Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, p. 448.

22 Situación que algunos autores han constatado sin reproches: HUERTA, Marcelo y LÍBANO, Claudio. *Delitos Informáticos*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Cono Sur, 1998, p. 139. También: ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1999, Tomo III, p. 481; y OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*. Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters, 2013, p. 553.

Tal extensión que el modelo patrio hace del objeto material del delito, es – sin lugar a dudas– un elemento *impropio* del tipo objetivo, juicio que puede ser formulado tanto desde la perspectiva de lo que tradicionalmente se ha entendido como delito de daño, o sabotaje informático en doctrina²³, como desde el punto de vista de las legislaciones comparadas²⁴.

De esa forma seguimos a quienes, dentro de nuestro medio nacional, han planteado, de *lege ferenda*, una crítica a la protección del hardware vía el injusto de sabotaje informático²⁵. Particularmente llama la atención que, de seguir siendo concebido en los términos que actualmente lo hace el art. 1 de la Ley N° 19.223, en nada podría diferenciarse a un delito de daño común, de aquellos que contempla el Código Penal. Al ser entendido el sabotaje informático como un atentado al hardware, las conductas de éste y del delito de daño serían –prácticamente– idénticas, tanto por la corporalidad de la conducta misma como por la corporalidad del objeto afectado. Quedando en

23 Dentro de nuestro medio: Jijena, ob. cit., p. 150; MOSCOSO ESCOBAR, Romina. “La Ley 19.223 en general y el delito de hacking en particular”. En: *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 3, N° 1, Santiago, Chile, 2014, p. 21; Lara, Juan Carlos; MARTÍNEZ, Manuel, y VIOLLIER, Pablo. “Hacia una regulación de los delitos informáticos basada en la evidencia”. En: *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 3, N° 1, Santiago, Chile, 2014, p. 110; PINOCHET CANTWELL, FRANCISCO. *El Derecho de Internet*. Santiago, Chile, Editorial de Derecho de Chile, 2006, p. 489.

Dentro de los autores extranjeros: GONZÁLEZ RUS, Juan José. “Los ilícitos en la red: Hackers, crackers, cyberpunks, sniffers, denegación de servicios y otros comportamientos semejantes”. En: *El Cibercrimen*. CASABONA ROMEO, Carlos (Coord.), España, Granada, Editorial Comares, 2006, p. 248; MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Delincuencia Informática y Derecho Penal*. Madrid, España, Edisofer, 2001, p. 59; MORÓN LERMA, Esther. “Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos”. En: *Cuadernos penales José María Lidón*, N° 4, España, Universidad de Deusto, 2007, p. 108; MIGLIORISI, Diego. *Crímenes en la Web*. Buenos Aires, Argentina, Editorial del Nuevo Extremo, 2014, págs. 98-99; Arocena, Gustavo. “La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal Argentino”. En: *BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO*, año XLV, núm. 135, México, UNAM, 2012, págs. 979-980; CLOUGH, Jonathan. *Principles of Cybercrime*. Nueva York, EE.UU., Cambridge University Press, 2010, p. 101; SATZGER, Helmut. *La protección de datos y sistemas informáticos en el Derecho Penal Alemán Europeo* [en línea]. Ponencia, p. 22. Disponible en: <<https://bit.ly/2v8Tobg>> [fecha de consulta: 15 febrero 2017].

24 Entre ellas puede citarse el art. 264.1 del Código Penal español, los parágrafos § 303a y § 303b del Código Penal Alemán, el § 206 del Código Penal de Estonia, el art. 350 a del Código Penal holandés, los arts. 635 bis, ter y quater del Código Penal italiano, los arts. 323-2 y 323-3 del Código Penal francés, el inc. 2° del art. 183 del Código Penal argentino, el art. 229 bis del Código Penal de Costa Rica, el art. 211 bis N° 1 y 2 del Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos, los arts. 3 y 4 de la Ley 30.171 peruana; el art. 5 de la Ley N° 109/91 portuguesa; el art. 2 de la Ley N° 5755-1993 de Israel, entre otras legislaciones.

25 JIJENA, ob. cit., p. 150; MOSCOSO ESCOBAR, ob. cit., p. 21. LARA, MARTÍNEZ y VIOLLIER, ob. cit., p. 110.

tela de juicio la pertinencia y necesidad de mantener fuera de código, una variante especial de daño que en nada se diferencia de aquellas variantes codificadas²⁶.

Pero contrario a esto, parte del contenido de injusto que subyace bajo el delito de sabotaje informático, corresponde a la eventual afectación de funciones que dependen del adecuado funcionamiento del sistema informático y de la seguridad de los datos, individualmente considerados. Me refiero a funciones tales como el adecuado desarrollo de las más variadas actividades económicas (pérdida de listas de clientes y proveedores, planes de negocios, inventarios, fórmulas industriales, etc.); funciones relacionadas con el cuidado de la salud (borrado de fichas clínicas, afectación de exámenes y procesos terapéuticos automatizados, etc.); la administración de justicia (modificación de antecedentes penales, de expedientes judiciales digitalizados, de títulos de dominio, etc.); la defensa nacional (alteración de sistemas de defensa, borrado de claves de acceso o de activación de protocolos de seguridad, etc.); el sistema financiero; la identificación de personas (alteración de datos biométricos, de documentos de identificación, etc.); de actividades privadas (sistemas de seguridad remotos, fotos o documentos familiares digitales, etc.); y un sinnúmero de funciones público y privadas, que cada vez más dependen, para su existencia y funcionamiento, de soportes informáticos. Todas estas funciones quedan a merced del adecuado funcionamiento del sistema informático en el cual se encuentran integradas²⁷.

Por tanto, cuando se ejerce una conducta que afecta la integridad de un dato informático –y con mayor claridad cuando lo afectado es el sistema informático, en su totalidad– no sólo se debe considerar la afectación

26 Si bien se podría entender que tal situación puede ser remediada por medio de las reglas del concurso aparente de leyes penales (en particular por medio del principio de especialidad), creemos que la dificultad subsiste. En primer término por la necesidad de acreditar el conocimiento y voluntad de afectar los datos informáticos contenidos en el sistema materialmente atacado, teniendo en cuenta además que el artículo 1 de la Ley N° 19.223 contiene una referencia al dolo (“maliciosamente”) que ha sido erróneamente entendida por parte de los autores y la judicatura como una exigencia reforzada de dolo que excluiría la atribución subjetiva vía dolo eventual (véase: HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Comentario al Art. 1°”. En: *Código Penal Comentado*. COUSO, Jaime y Hernández, Héctor (Directores), Chile, Santiago, Editorial Abeledo Perrot, 2011, pp. 74-76). Pero además, la actual redacción se opone a lo que en este trabajo se plantea: la relevancia del sabotaje informático en tanto protector de intereses jurídicos colectivos autónomos, asunción que se pone en entredicho al mantener la materialidad del objeto como parte de la descripción típica. Bajo esa consideración tal situación tampoco es remediada aceptando la primacía del sabotaje sobre la figura común de daños vía principio de especialidad, puesto que la concurrencia de ambos delitos, dada la diversa naturaleza de los bienes jurídicos, debiera ser apreciada –a nuestro entender– como un concurso medial.

27 En ese sentido: SIEBER, ob. cit., p. 49.

patrimonial que puede suponer la pérdida o modificación del dato o sistema, en tanto mera pérdida de tipo patrimonial, tal como sucede en el delito de daño común²⁸, sino que –por sobre esto– se debe tomar en cuenta la potencial afectación a las funciones privadas y/o públicas en la que dicho dato o sistema informático incide²⁹.

El abandono de una perspectiva meramente patrimonial-individual para concretar el contenido de injusto de este delito, conlleva forzosamente a la identificación de un bien jurídico protegido distinto. Dentro de las distintas opciones disponibles³⁰, creemos que el adecuado funcionamiento de los sistemas informáticos y de las funciones económico-sociales que de él dependen, orientan a la elección de la *seguridad de las funciones informáticas*, como objeto de tutela penal en este delito y –por qué no– en el resto de tipos que integran la categoría de los delitos informáticos³¹. Mediante este bien jurídico-penal, se desvaloraría la afectación específica que sufre el o los sujetos cuyos datos o sistemas han sido afectados y, al mismo tiempo, la relación de peligro (abstracto) que se crea para aquellos que no son directamente afectados, pero que se ven inhibidos de emplear libremente dichos sistemas ante una eventual lesión.

28 Entre nuestros autores existe consenso en torno a que el bien jurídico protegido en el delito de daños sería la propiedad o derechos patrimoniales que se ejercen sobre la cosa afectada: GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2008, Tomo IV, p. 429; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, p. 481; Balmaceda Hoyos, Gustavo. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Librotecnia, 2014, p. 279; y OLIVER CALDERÓN, ob. cit., p. 533.

29 Con esto no se quiere plantear que la protección de la información contenida en soportes informáticos tenga un mayor valor que aquella alojada en soportes materiales (piénsese en un acta histórica de independencia de algún Estado), sino que el ámbito particular de sensibilidad se explica por la gran importancia social que tienen las redes y sistemas informáticos en la mantención, gestión y acceso de la información pública y privada, más allá de la afectación de datos o sistemas particulares: DE LA MATA BARRANCO, Nolberto y HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre. “El delito de daños informáticos: una tipificación defectuosa”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, España, Universidad Santiago de Compostela, 2009, p. 329.

30 Para una completa revisión de las diversas posturas planteadas en doctrina, véase: Mayer Lux, Laura. “El Bien Jurídico protegido en los Delitos Informáticos”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44, N° 1, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017.

31 De ese parecer: POSADA MAYA, Ricardo. “Aproximación a la criminalidad informática en Colombia”. En: *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, N° 2, Colombia, Universidad de Los Andes, Julio-Diciembre de 2006, p. 22. También: GONZÁLEZ HURTADO, Jorge. *Delincuencia informática: daños informáticos del artículo 264 del código penal y propuesta de reforma*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2013, págs. 301 y sgtes.

Si bien es cierto que la utilización de sistemas informáticos lleva aparejada ciertos riesgos, la protección de la seguridad de las funciones informáticas pretende que estas actividades, de por sí riesgosas³², se desarrollen sin que generen miedo o desconfianza para quienes dependen de aquellas³³. De esa manera tal bien, de tipo colectivo, tendería a proteger un conjunto de libertades individuales, para que éstas puedan ser ejercidas, mediando un razonable nivel de seguridad y confianza, en este espacio inmaterial que es, hoy en día, indispensable para el libre desarrollo de las personas³⁴.

Pero no sólo planteamos una distancia del sabotaje respecto del delito de daño común en virtud de la incorporeidad del objeto afectado, y la existencia de un objeto de tutela distinto, sino también en base a la *inmaterialidad o incorporeidad de la conducta* que ocasiona, en la mayoría de los casos³⁵, el resultado lesivo. Pues, contrario a lo que sucede respecto a las cosas o bienes que gozan de materialidad, los datos y los sistemas informáticos se hayan expuestos a ser dañados o alterados remotamente. El soporte lógico se encuentra sometido a amenazas que, para concretarse, no requieren de un cambio perceptible en el mundo físico, siendo común que esto ocurra mediante la ejecución de programas de códigos maliciosos (*malware*).

De esto deriva que las conductas que hacen posible la producción del resultado conllevan particularidades que también justifican un tratamiento autónomo, explicado en un diverso desvalor de acción.

32 Tal situación viene explicada por el hecho de que resulta prácticamente imposible construir un sistema informático sin vulnerabilidades ocultas, que pueden ser descubiertas y explotadas; véase: SINGER y FRIEDMAN, ob. cit., p. 42.

33 Con un punto de partida similar, pero planteando la protección de la *“funcionalidad informática”*: MAYER LUX, ob. cit., p. 253.

34 En respaldo de una tutela colectiva de esta clase puede citarse lo señalado por Mirentxu CORCOY: “[e]l ciudadano, para para poder ejercer realmente su libertad precisa tener una cierta seguridad y confianza en que estos riesgos no son superiores a los que aparentan ser [...] porque la libertad no se puede ejercer realmente si no se tiene una cierta seguridad, si no se puede confiar en que no existirán injerencias extrañas en la esfera personal”: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 1999, p. 192-193. Similar: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. J.M. Barcelona, España, Bosch Editor, 1992, p. 271.

35 Debe precisarse que la constatación de que estos daños se produzcan, en la mayoría de los casos por vía remota, en forma inmaterial, no implica que esto sea una exigencia típica de la conducta a modo de un delito de medios cerrados. Todo lo contrario, puede darse satisfacción a la conducta típica de sabotaje por medio de acciones físicamente apreciables, por actos perceptibles corporalmente, que busquen el detrimento de datos o sistemas informáticos, pero no será ésta la regla general.

En estos casos, la inmaterialidad de la acción tiende a diluir las barreras que enfrentamos en el mundo físico (tiempo/espacio) –o al menos las torna más livianas–. Por un lado, el denominado *ciberespacio*³⁶, “[s]upone la contracción total del espacio (de las distancias) y, a la vez, la dilatación de las posibilidades de encuentro y comunicación entre personas”³⁷, lo que en el ámbito de la criminalidad plantea que aquellos delincuentes que deseen hacer uso de la informática, lo puedan hacer sin verse constreñidos por las barreras fronterizas y temporales, pudiendo atacar –en forma casi instantánea– un sistema informático ubicado al otro lado del globo, sin mayor dificultad. Al mismo tiempo, estas características permiten –a este hipotético delincuente informático– amplificar el número potencial de víctimas, pudiendo atacar cantidades masivas de sistemas informáticos en pocos minutos³⁸. Adicionalmente, la caída de estas barreras físicas permite, a los infractores, resguardar con mayor seguridad un actuar anónimo, planteándose una carga mayor para los organismos encargados de la averiguación de la identidad de éstos³⁹.

Es cierto, un bien que goza de corporalidad también puede verse expuesto a un resultado de daño de manera análoga a las ya detalladas, sin embargo, tratándose de los datos y sistemas informáticos tales modos de ejecución de la conducta resultan tan comunes que llegan a ser medios *necesarios*.

Volviendo al delito de sabotaje informático –entendiendo a éste como una conducta que sólo *debiere* incumbir al *software* o soporte lógico– deben distinguirse dos variantes del delito, acudiendo precisamente al objeto material afectado: aquellos daños dirigidos a afectar uno o más *datos* o *programas particulares*; o aquellas conductas dirigidas a afectar al *sistema informático* en su conjunto⁴⁰.

36 Entendemos que el ciberespacio es eminentemente un ambiente o dominio de la información, compuesto por datos digitales, que son creados, almacenados y –lo más relevante– compartidos: SINGER Y FRIEDMAN, ob.cit., p. 13. Se caracteriza por ser un espacio *virtual*, incorpóreo, pero a la vez, *físico*, pues depende de la infraestructura que le da sustento; por ser *ilimitado* (incluso infinito), por no ser susceptible de confinamiento espacial, material o temporal, y por ser *global, abierto y transnacional*: ROBLES CARRILLO, Margarita. “El Ciberespacio: Presupuestos para su ordenación jurídico-internacional”. En: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 7, N° 1, Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2016, p. 17.

37 MIRÓ LINARES, Fernando. “La oportunidad criminal en el ciberespacio”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 13, Granada, Universidad de Granada, 2011, p. 7.

38 El ciberespacio permite que un solo individuo, con conocimientos tecnológicos y equipos no necesariamente avanzados, pueda interactuar y afectar a miles de víctimas en forma simultánea; O'BRIEN, Martin y YAD, Mahir. *Criminology. The key concepts*. Londres, Reino Unido, Editorial Routledge, 2008, p. 54. También: MORÓN LERMA, ob. cit., p. 122.

39 *Ibid.*, p. 54. También: AROCENA, ob. cit., p. 953.

40 MORÓN LERMA, ob. cit., p. 108.

Algunas legislaciones han seguido tal distinción, sancionado en forma separada los ataques dirigidos a los datos informáticos de aquellos que afectan al sistema informático en su conjunto. Es el caso del Código Penal alemán, que en su art. 303 letra a sanciona la “alteración de datos”, mientras que su art. 303 letra b castiga, con una pena superior, el “sabotaje de computadoras”. Creemos que tal modelo es apropiado, puesto que, si bien la afectación de un solo dato puede significar el entorpecimiento del sistema informático, esta no es la regla general; mientras que a la inversa, la afectación del sistema informático, implica la indisponibilidad de la totalidad de los datos contenidos en él, en la mayoría de los casos. Siguiendo tal constatación, parece lógico afirmar un mayor desvalor de resultado en aquellas situaciones en las que el daño adquiere una más extensa proyección y en las que se erige como una segura vulneración del bien jurídico ya propuesto. No resulta extraño entonces que el mismo *Convenio*, haya descrito como figuras independientes a los “atentados contra la integridad de los datos” (art. 4), por un lado, y a los “atentados contra la integridad del sistema” (art. 5).

III. La gravedad del daño como alternativa legislativa

Caracterizado el injusto, corresponde analizar si acaso la inclusión de una cláusula que haga mención a *la gravedad del daño* puede ser considerada como un elemento deseable a incorporar en una futura enmienda legislativa.

Como ya se anticipó, la cláusula de reserva del *Convenio*, que permite limitar la extensión de la tipificación a conductas que comporten daños graves, no ha adquirido mayor difusión entre los Estados que han suscrito el instrumento⁴¹.

Pero más allá de la reserva, son también escasas las legislaciones que al describir el sabotaje informático contemplan la referida limitación. La legislación penal española es una de ellas⁴² y nos entrega un punto de partida para el análisis.

En dicho ordenamiento, el daño informático es sancionado por medio del art. 264, párrafo 1^o⁴³, que establece la figura base; mientras que en su párrafo 2^o la norma contempla una serie de circunstancias que califican la conducta.

41 Véase *supra* nota a pie N^o 13.

42 De acuerdo a Salvadori la cláusula fue introducida por medio de la Ley Orgánica 5/2010, que en relación a la exigencia de gravedad del daño, siguió no al Convenio de Budapest, sino que a la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo de Europa. Véase: SALVADORI, ob. cit., p. 239.

43 Artículo 264. 1. “El que por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años”.

Como puede apreciarse, no cualquier daño informático es delito en la legislación española. Esto es claro en la redacción de la figura base y es especialmente claro respecto a la figura agravada. Pero más allá de las circunstancias agravatorias del párr. 2º, nos interesa la interpretación que se ha hecho de la cláusula general, que exige la verificación de un *resultado grave*.

Para partir debe tenerse en cuenta que tal injusto se encuentra sistematizado bajo el título de los delitos contra el *patrimonio* y contra *el orden socioeconómico* y que, previo a la reforma del año 2010, se contemplaba como una figura agravada del delito de daños comunes⁴⁴.

De esa manera un criterio que ha tendido a imponerse, es aquel aplicable al delito de daños materiales, cual es que el daño deba considerarse *grave* cuando exceda la cuantificación de los 400 Euros⁴⁵. La consideración de dicho límite, no señalado expresamente por el legislador, ha generado cierto debate.

Para sus promotores, esta opción ofrecería mayor seguridad jurídica, evitaría la creación de diferencias punitivas considerables e injustificadas entre los daños comunes y los daños informáticos y permitiría garantizar la vigencia del *principio de mínima lesividad de la conducta*⁴⁶.

En la vereda opuesta, sus detractores, señalan que precisamente el legislador obvió la consideración de tal baremo pecuniario, para darle autonomía a la variante de daño informático frente a la figura común⁴⁷.

Pero más allá de esta discusión, lo cierto es que existe algún grado de consenso en entender que la gravedad debe ser valorada en términos económicos⁴⁸. Lo que equivale a sostener que el juez debe cuantificar económicamente el daño respectivo por la alteración, supresión o imposibilidad de acceder a los datos –entre otras conductas–; debiendo tener su mirada puesta en el mercado para determinar tal valor⁴⁹.

Con todo, existen posturas minoritarias que han planteado que también deben considerarse, para estos efectos, criterios extraeconómicos; tales como el *valor social* que pueda poseer el dato⁵⁰ (v.gr.: archivos y documentos históricos); y

44 SALVADORI, ob. cit., págs. 236-237.

45 GONZÁLEZ HURTADO, ob. cit., p. 201.

46 DE LA MATA BARRANCO y HERNÁNDEZ DÍAZ, ob. cit., págs. 347-348.

47 *Ibid.*, p. 348.

48 GONZÁLEZ HURTADO, ob. cit., p. 202.

49 *Ibid.*, 203.

50 RAGUÉS I VALLES, Ramón y ROBLES PLANAS, Ricardo. “La reforma de los delitos informáticos: incriminación de los ataques a sistemas de información”. En: *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Madrid, España, Editorial La Ley, 2012, p. 374.

la entidad *moral* de afectación de la víctima⁵¹, la que puede tener relevancia tratándose de datos que, a pesar de no tener un claro valor económico, sí sean personalmente relevantes para quien sufre la pérdida (v.gr.: una investigación doctoral, una novela que se está escribiendo).

Desde luego, la consideración o no de estos criterios extraeconómicos, va a depender de la interpretación que se haga acerca del bien jurídico que tutela la norma y del concepto y de la extensión que le asignemos a su vez a éste.

Pero más allá de los esfuerzos emprendidos por los autores españoles para concretar qué debe entenderse por grave daño, ha existido cierta renuencia a aceptar la utilidad de tal cláusula. Para Iván SALVADORI, la exigencia de gravedad, en los términos en que consta actualmente en el art. 264.1, ha devenido en un término “*elástico*” o “*indefinido*”, sin que el legislador haya entregado parámetros al intérprete para la correcta aplicación de esta fórmula, lo que –por cierto– ha generado dificultades relativas a la observancia del mandato de taxatividad penal⁵². De similar tenor han sido las críticas formuladas por Esther MORÓN, quien habría sostenido que mediante el mero señalamiento de la gravedad de los resultados, no sería fácil demarcar cuál es la naturaleza del interés que, de forma más directa o mediata, se ve afectado por estas conductas, como tampoco resultaría sencillo definir qué elementos serían aptos para garantizar ese *plus* de gravedad exigido⁵³.

Tales autores parecen llevar la razón. La inclusión de la cláusula “gravedad del daño” parece una mera declaración de principios, escasamente operativa, en tanto no es acompañada de elementos que permiten precisar qué clase de daños van a estimarse graves.

Llama la atención que tal distinción se lleve a cabo, en el sistema español, de forma similar a como era practicada previo a la inclusión de la exigencia de gravedad. En efecto, en tanto la versión del delito de daño informático previo a la reforma del año 2010, consistía en una variante calificada del delito de daños –lo que podía constatarse por medio de la exasperación de la pena– los autores siempre fueron proclives a entender que tal gravedad debía referirse a la apreciación económica del daño, debiéndose, para la mayoría de los autores,

51 MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 448.

52 SALVADORI, ob. cit., p. 239.

53 MORÓN LERMA, ob. cit., p. 122. Similar: Benítez Ortúzar, Ignacio. “Capítulo Decimonoveno. De los Daños”. En: *Estudios sobre el Código Penal Reformado*. MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (Ed.), Madrid, España, Editorial Dykinson, 2015, p. 604.

acreditarse la producción de un resultado lesivo que excediera la suma de los 400 euros⁵⁴.

Como puede apreciar el lector, con la introducción de la mentada cláusula en el sistema español, en nada varió el criterio para discernir qué conductas pasan a ser merecedoras de sanción. Siempre se consideró que el daño sufrido por el objeto de referencia informático no podía ser cualquiera, pero esta asunción no venía planteada por una exigencia expresa del legislador, sino que como una consecuencia del principio de mínima intervención y por la cualificación punitiva que suponía la conducta de sabotaje informático, respecto del daño común.

No parece razonable plantear que la situación en nuestro país habría de ser muy diferente. No podría esperarse que con un cambio de tal tipo la punición de las conductas se vea reorientada, puesto que –como ya se comprobó en el sistema español– una cláusula de este tipo tiene un escaso rendimiento político criminal, de forma que lo que se pretende sea un criterio que permita la aplicación racional y predecible de la norma, se transforma en un factor de incerteza de la misma.

Alternativas a la consideración de la cláusula de gravedad del daño

Hemos planteado hasta aquí que lo aconsejable es prescindir de la cláusula de gravedad del daño, o al menos no esperar que, de por sí, esta mera consagración vaya a asegurar una aplicación contenida y precisa del recurso punitivo.

Antes de presentar algunos criterios que resultan más satisfactorios en este afán legislativo, debemos prevenir que no vemos las razones que han motivado a nuestras autoridades a formular la reserva en estudio al suscribir el *Convenio*. Es más, si se atiende a la práctica judicial, la aplicación de los preceptos vigentes referidos al sabotaje informático (arts. 1 y 3 de la Ley N° 19.223) han recibido escasa aplicación⁵⁵, de modo que plantear como antesala

54 En este sentido sobre la interpretación mayoritaria, previo a la reforma, puede consultarse: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras Completas. Derecho Penal. Parte Especial*. 2ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas, 2009, Tomo III, p. 368; ORTOS BERENGUER, Miguel. “Los Daños”. En: *Derecho Penal Parte Especial*. VIVES ANTON, Tomás. (Dir.), Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2004, p. 598; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 15ª ed., Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2004, p. 476; GONZÁLEZ RUS, Juan José. “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VII)”. En: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid, España, Editorial Dykinson, 2005, p. 564.

55 Tomando, por ejemplo, el período que corre desde el inicio de la Reforma Procesal Penal (2000) hasta el 2013, las sentencias condenatorias por el delito de sabotaje (art. 1 y/o art. 3 Ley N° 19.223) sumaban los 60 casos a nivel nacional. Lo que arroja un promedio de 4,6 sentencias condenatorias por año.

la necesidad de evitar un ejercicio desmedido de estas figuras, resulta contrario a lo que ha venido siendo la práctica en nuestro sistema penal.

Pero, aun en caso de compartir tal preocupación, abstrayéndonos de lo que ha sido la práctica judicial, existen criterios que resultan más promisorios que la mera exigencia de gravedad del daño.

En términos generales, pareciera que resultan más apropiados, para asegurar una aplicación razonable del delito de sabotaje informático, aquellos principios que limitan en forma general el ejercicio del poder punitivo. Nos referimos con esto al principio de *subsidiariedad* o de *intervención mínima*⁵⁶, y –aún más– al principio de lesividad, teniendo en cuenta –de acuerdo a nuestra propuesta– la afectación de tipo patrimonial que sufren el o los sujetos cuyos datos o sistemas han sido afectados junto con la relación de peligro que crea la conducta para la seguridad del funcionamiento informático⁵⁷.

Creemos que partiendo de tales bienes jurídicos y de su necesaria afectación y/o puesta en peligro pueden extraerse algunos criterios que habrían de servir en una venidera modificación del delito de sabotaje informático.

Partamos por algo meridianamente claro, una exigencia de daño que justifique la intervención penal supone –a lo menos– la causación de un perjuicio de cierta entidad a un objeto de referencia: el dato informático o el sistema informático. Esto es lo que nos indica el Informe Explicativo del Convenio sobre Ciberdelincuencia⁵⁸.

De esa manera creemos que el problema en cuestión se resuelve una vez contestadas dos interrogantes: 1) ¿qué tipo de resultados pueden entenderse dentro de este perjuicio?; y 2) ¿qué tipo de datos deben ser amparados por esta protección para que se configure el daño serio?, ¿todos?, ¿sólo algunos datos?

Al examinar la discusión en la escena española, se pudo constatar una opinión mayoritaria que considera que debe realizarse un examen o cuantificación económica del daño. De esa forma el perjuicio que debe acreditarse debe ser de tipo *económico*. Esto implica que no cualquier pérdida va a ser típicamente relevante, por más que el dato resulte borrado o alterado, sino que lo será, aquella que sea cuantificable y relevante. La relevancia tendrá que demostrarse

56 Al respecto puede consultarse: Mir Puig, ob. cit., p. 118-119; también: RETTIG ESPINOZA, Mauricio. *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Chile, Der Ediciones, 2017, Tomo I, págs. 199-202.

57 *Supra* II.

58 Párr. N° 64 del Informe Explicativo del Convenio sobre Ciberdelincuencia. Disponible en: <<https://bit.ly/2IGqiC8>> [fecha de consulta: 7 de marzo de 2018].

según las particularidades del caso (significancia del/los dato/s para la actividad cotidiana de la víctima y eventuales repercusiones que la alteración o pérdida pueda generar en su devenir).

Para ofrecer seguridad jurídica, algunas autores optaron por exigir el monto mínimo planteado para el delito de daño común, es decir, la suma de 400 euros, monto a partir del cual consideran que el perjuicio económico ya es relevante.

No creemos que sea recomendable seguir tal modelo. En primer término, puede entenderse nuestro rechazo en razón de la identificación del bien jurídico tutelado que, para la conducta de sabotaje, se formula en este trabajo. Cualquier postura que pretenda la evaluación de la gravedad del sabotaje, en base a un límite monetario, sólo puede alcanzar un desarrollo coherente, al optar por el patrimonio como bien jurídico exclusivo protegido mediante la incriminación del sabotaje.

Adicionalmente, de plano puede señalarse la dificultad que ha de suscitar la exigencia de apreciar, con exactitud, la cuantía de un daño de este tipo⁵⁹.

Esta exigencia podría dejar de lado ciertos tipos de ataques cuyos resultados, si bien significativos en términos de funcionalidad informática, son de difícil evaluación económica. Nos referimos con esto a la posibilidad de abarcar ataques bastante usuales, tales como la denegación de servicio (DoS) que sin llegar a inutilizar el sistema distorsionan en forma significativa su funcionamiento, impidiendo que los usuarios puedan acceder a él o bien que pueda ser utilizado un tiempo más o menos prolongado. De establecerse la exigencia de comprobación de un daño que supere cierto límite monetario, la persecución de tales tipos de ataques informáticos se vería seriamente comprometida⁶⁰.

Sin perjuicio de ofrecer mayor seguridad jurídica, la fijación de un monto mínimo también puede propiciar situaciones de patente injusticia. Para aclarar esta postura, supongamos que adoptamos el límite de los 400 euros (algo así como \$ 300.000 pesos chilenos) en caso que el daño ascendiera a \$200.000 pesos o \$290.000 pesos –para acercarnos más aún al límite– la relevancia típica del perjuicio debiera descartarse de plano. La situación no parece muy dramática si pensamos que la víctima es una gran empresa, pero qué sucede si se trata de una persona natural, ubicada dentro del rango medio de ingresos. El daño parece más serio. De igual forma si el afectado es un pequeño almacenero o un proveedor de frutas, cuya lista de clientes,

59 En ese sentido: MORÓN LERMA, ob. cit., p. 119.

60 Ibid., p. 119.

almacenada en un dispositivo informático, es destruida (la cual podría valer no más de \$290.000, pero significar toda la venta de la semana). El perjuicio también parece más grave.

No creemos, por tanto, que resulte conveniente y acorde a un Estado Social y Democrático de Derecho, establecer como criterio de lesividad una suma fija de dinero.

En segundo plano –y sin abandonar el criterio económico de apreciación– creemos que no todo tipo de dato puede satisfacer la exigencia de un daño penalmente relevante. Es algo evidente que no toda información nos resulta igualmente relevante. Para una empresa, por ejemplo, no supone la misma importancia un archivo computacional que contiene todos los datos de sus fórmulas químicas para producir su producto estrella, que un archivo que detalla la fecha de los cumpleaños de sus trabajadores. Frente al segundo caso, es claro que no corresponde una reacción del poder punitivo y para tal determinación contribuye la comprobación del valor económico de la información contenida en tal dato, si bien no en términos de precisión de un valor monetario exacto.

No obstante lo hasta aquí señalado, no creemos que la única evaluación pertinente sea la económica. Existen otros tipos de intereses que también deben concurrir al evaluar la seriedad de los daños, entre ellos la *seguridad*. La seguridad, aun cuando no reporte un valor económico directo, es de vital importancia, tanto para el mundo público como el privado. Piénsese en los protocolos de acceso a determinadas bases de datos, códigos de activación de armamentos, sistemas informáticos que permiten el funcionamiento regular de sistemas de tele-vigilancia, etc. Esta información puede ser vulnerada no sólo si es accesada, sino también si es destruida, alterada, borrada, etc.

Otro criterio que creemos esencial es la amplificación del daño a múltiples víctimas o la *relevancia social* del daño y/o del dato. En efecto, aun en los casos en que el resultado de la afectación de una clase de dato, pueda parecer aisladamente irrelevante, consideramos que siempre que un mismo hecho ilícito provoque la afectación de varios titulares de datos, debe apreciarse el cúmulo de la afectación. Así, por ejemplo, si un sujeto creó un *malware* capaz de borrar el historial del navegador de Internet de todos los usuarios que resulten contagiados, esta destrucción de datos podría, si se considera en forma aislada, no parecer de gran relevancia. Pero si tal *malware* fue distribuido en una serie de computadores y afectó los datos de varios usuarios, creemos que el hecho deja de ser irrelevante. Creemos que igual derrotero debe seguir la hipótesis en que se dañe un solo dato, en apariencia irrelevante, pero de cuyo uso o goce dependan varias personas. Por ejemplo, parece no ser de vital importancia el sistema informativo del metro, que a través de un monitor, nos señala la proximidad del siguiente

tren y el tipo de recorrido que realizará. Sin embargo, si consideramos que la alteración de tal información –por momentánea que sea– puede afectar el normal desplazamiento de cientos de pasajeros, deja de parecer tan nimio el dato informático que contiene tal información. Lo mismo sucede si un dato tiene un valor histórico o cultural que concierne a un grupo de individuos o a la totalidad de la población.

De igual forma el uso de códigos maliciosos del tipo *gusanos*, *troyanos* y *virus*⁶¹, implican, por sus características, un elevado riesgo de difusión entre sistemas informáticos, de modo que las conductas llevadas a cabo por su intermedio también debieran estimarse como particularmente graves⁶².

Tal como ya hemos desarrollado, creemos que, en los casos relatados, la justificación de la intervención punitiva se haya en la afectación de una dimensión colectiva. Un interés general, que justifica la sanción de una conducta que, mirada en forma aislada, podría parecer banal⁶³.

Otro aspecto que también debe incidir en la determinación de la gravedad del resultado provocado, es la eventual *recuperabilidad del dato*. En efecto, los datos informáticos con un valor económico reconocido, son normalmente respaldados y en ciertos casos pueden ser restaurados sin detrimento alguno, especialmente cuando la conducta respectiva es de *alteración*. En caso que la recuperación o restauración, mediante procesos técnicos ordinarios y no excesivamente onerosos, sea posible, no vemos que se justifique la intervención penal, salvo que la indisponibilidad del dato haya significado un entorpecimiento de las tareas respectivas hasta la recuperación del mismo, caso en el cual la conducta es relevante, pero no en términos de la *integridad* del dato, sino que de *disponibilidad* del mismo.

Finalmente, no creemos que la gravedad del daño deba abrirse a acoger una valoración moral del resultado. Creemos que los conflictos suscitados por el daño de un dato informático, que para el titular poseía un valor especial

61 Los gusanos (*worms*), troyanos (*trojans*) y los virus, son especies de códigos maliciosos que explotan vulnerabilidades presentes en los sistemas informáticos y que poseen la facultad de replicarse y/o aferrarse a otros programas no malignos, lo que les permite expandirse fácil y rápidamente de sistema informático a sistema informático; véase: SCHELL, Bernadette y MARTINS, Clemens. *Cybercrime*. California, EE.UU., Ed. Abc-Clío, 2004, págs. 61-62.

62 Esta es la práctica que ha seguido el sistema holandés: Koops, Bert-Jaap. “Cybercrime legislation in the Netherlands”. En: *Netherlands Reports to the Eighteenth International Congress on Comparative Law*, VAN ERP y VAN VLIET (Eds.), Antwerp, Bélgica, Ed. Intersentia, 2010, p. 602.

63 Con detalle *supra* II.

de tipo afectivo, no económico –tampoco de seguridad, ni social, como ya se ha explicitado– puede ser solucionado por medio de otras ramas del derecho, especialmente la civil. Debe recordarse el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal⁶⁴.

V. Consideraciones finales

Aun cuando la formulación de la reserva pueda percibirse como una decisión acertada, no es –de manera alguna– garantía de la razonable aplicación de aquella futura norma que pase a reemplazar a la Ley N° 19.223.

No se ven razones para aducir que en nuestro sistema la mera incorporación de la exigencia de gravedad del daño pueda significar una limitación precisa para una aplicación racional de las penas. La experiencia española nos guía a afirmar todo lo contrario, la introducción de tal cláusula no ha variado los términos en que se ha desarrollado el debate para precisar qué conductas deben considerarse como sabotaje informático y, lejos de ayudar, ha introducido ciertas incertidumbres.

Si bien los criterios económicos de valoración pueden contribuir, de algún modo, a desprender la gravedad de la conducta –desde luego no a través de la fijación de un límite mínimo, por las razones ya expresadas–, no debe ser éste el único baremo al que pueda recurrirse a la hora de efectuar tal determinación, especialmente si lo que se adscribe es a la protección de un bien jurídico distinto al patrimonio individual.

Creemos que la acertada solución parte por determinar con precisión el contenido y la extensión de aquello que pretende proteger el delito, para luego regular elementos y criterios abstractos que permitan afirmar relaciones de lesividad.

En este trabajo se ha efectuado una propuesta que busca satisfacer tal propósito y se han presentado criterios que, según se pretende, puedan mejorar la descripción legal, teniendo para esto en cuenta los principios de intervención mínima y de subsidiariedad, como también el deseo que el injusto se muestre suficientemente flexible y capaz de abarcar aquellas conductas que amenazan un objeto de tutela en el cual reposa buena parte de nuestra vida en sociedad: la seguridad del funcionamiento informático.

Sostenemos, entonces, que es en relación a tal bien jurídico que deben expresarse, en una futura enmienda, los criterios que hayan de servir para determinar cuándo un daño ha sido, o no, grave.

64 RETTIG ESPINOZA, ob. cit., págs. 199-200.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN
RESPONSABILIDAD PENAL
ADOLESCENTE Y DELITOS
VIOLENTOS

JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL JUVENIL: UNA JUSTICIA POSIBLE EN CHILE, LA EXPERIENCIA PILOTO DE LA FISCALÍA, DEFENSORÍA Y DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Luz María Fernández Saldías¹

1. Introducción

Este artículo obedece al propósito de dar a conocer a los operadores jurídicos del sistema criminal nacional, particularmente abogados, fiscales, defensores, y jueces, una visión general del paradigma de la justicia restaurativa como una verdadera forma de justicia, sus orígenes y diferencias con el paradigma tradicional de la justicia retributiva, las diversas modalidades que comprende, entre ellas especialmente la mediación penal; y los resultados obtenidos por los estudios de evaluación. Por último, pretende también difundir la implementación del Convenio de Colaboración para la Derivación a Mediación Penal Juvenil, suscrito el año 2016, entre el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que constituyó una experiencia piloto destinada a probar un modelo de mediación que cumpliera los estándares internacionales en la materia, y sus auspiciosos resultados, lo que nos permite aseverar que la mediación penal juvenil es en Chile, no sólo una forma de justicia restaurativa viable, sino también en muchos casos más adecuada, ya que posibilita una justicia de mejor calidad tanto en cuanto al cumplimiento de los objetivos de reparación a la víctima desde sus propias y particulares necesidades, como al objetivo de responsabilización y formación del joven ofensor de cara a su reinserción social.

Más relevante aún, la justicia restaurativa constituye un instrumento con el potencial de sembrar un cambio cultural hacia nuevas formas de afrontar los conflictos, y con ello de pacificación y reconstitución del tejido social, al concebir y tratar a los involucrados como sujetos morales, dignos de respeto, capaces de convertirse en los protagonistas de la solución del conflicto relacional subyacente generado por el delito, a través del diálogo.

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

Lo antes dicho ha cobrado especial relevancia y contingencia en este momento en que se han cumplido diez años desde la publicación de la Ley N° 20.084 que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la ley penal en nuestro país, lapso suficiente para evaluar su implementación, diagnosticar aciertos y falencias y permitir la formulación de las modificaciones necesarias para mejorar el sistema en su conjunto asegurando el cabal cumplimiento de los objetivos que en su origen se tuvieron en mira, de los cuales varios aún han quedado al debe. De lo anterior da cuenta el Proyecto de Ley iniciado por Mensaje del Ejecutivo, actualmente en primer trámite constitucional, que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes, y a otras normas que indica, (Boletín 11174-07), el cual contempla entre las modificaciones a la Ley N° 20.084, la incorporación por primera vez en Chile, de la mediación en el ámbito penal como una alternativa restaurativa.

Adicionalmente, se puede vislumbrar que el tema de la protección de la infancia, en que la respuesta de la justicia a los jóvenes infractores se erige en una pieza clave, cobra cada vez un mayor sentido de urgencia frente a la impactante realidad de vulneración de derechos de niños y jóvenes bajo la custodia del Estado, ya como infractores, ya como sujetos en situación de vulnerabilidad, de la que hemos sido testigos a través de dramáticos casos acaecidos en los últimos años y ampliamente divulgados en los medios de comunicación social. Así, desde hace algunos años nuestro país inició un proceso de transformación de sus políticas de infancia, desarrollando una Política Nacional para la Niñez y Adolescencia para el período 2015-2025 que concibe a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, protagonistas del propio desarrollo, lo que ha llevado a impulsar diferentes iniciativas en dicho sentido, tales como el Proyecto de Ley de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez², presentado al Congreso el año 2015, que busca implementar un sistema coordinado de dispositivos legales, institucionales, políticos y sociales orientados a asegurar la efectividad de los derechos de los niños y a velar por su pleno desarrollo físico, mental espiritual, moral y social, que se encuentra en segundo trámite constitucional; la creación de la Defensoría de la Niñez, iniciativa que se concretó con el nombramiento de la primera Defensora de la Niñez, anunciada el mes de abril pasado; la reciente convocatoria por parte del gobierno de una Comisión por la Infancia y, por supuesto, el antes referido proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084,

2 Mensaje N° 950-363 de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un Proyecto de Ley de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, de 21 de septiembre de 2015.

sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes, entre otras, todo lo cual nos sitúa en un escenario auspicioso para la concreción de modificaciones legales que apunten a mejorar los sistema de protección y resguardo del respeto de los derechos de niños, niñas y adolescentes incorporando avances que en otras latitudes llevan un camino recorrido con resultados significativos, como es precisamente el enfoque de la justicia restaurativa en el ámbito de la administración de justicia penal juvenil.

2. Orígenes, concepto y características del paradigma de la justicia restaurativa

En primer término, para un entendimiento común, debemos tratar de responder brevemente a las interrogantes sobre el surgimiento de la justicia restaurativa y sobre qué es lo que generalmente se entiende cuando nos referimos a dicho concepto, como asimismo cuáles son sus características esenciales y distintivas.

La justicia restaurativa surge hacia los años 70, como un movimiento en el marco de la justicia criminal, a partir de la crítica al sistema de justicia tradicional, particularmente basada en que este último se caracteriza por expropiar el conflicto a las partes, centrándose en el interés público que supone la persecución y castigo de la infracción de las leyes penales y en la necesidad de retribución como única manera de solución del mismo, desdibujando y omitiendo completamente las necesidades de las partes y especialmente de la víctima, eludiendo también con ello el abordaje del conflicto relacional que subyace al conflicto penal.

Según diversa literatura especializada, las primeras experiencias de justicia restaurativa se originan en países anglosajones, principalmente en Estados Unidos y Canadá. Mac Cold refiere que quizás el primer uso sistemático de la mediación como respuesta restaurativa a un comportamiento delictivo data de 1971, año en que el Centro de Restitución de Minnesota realizó mediaciones de restitución en reuniones directas entre ofensores y sus víctimas en un programa alternativo para varones adultos que hubiesen cometido delitos contra la propiedad y fueran condenados a prisión³. Otros autores refieren que la primera experiencia de justicia restaurativa tuvo lugar en el año 1974, en Kitchener, Ontario, Canadá, en que el Comité Central Menonita introdujo la mediación para abordar ciertos casos con la colaboración del Departamento

3 MCCOLD, Paul. La historia reciente de la justicia restaurativa: Mediación, círculos y conferencias [en línea]. Delito soc., Santa Fé, v. 22, n. 36, págs. 9-44, dic. 2013. Disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2468-99632013000200001&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 22 mayo 2018].

Legal de Libertad Condicional⁴. Una parte de los estudiosos del tema sostienen, en cambio, que estas prácticas tienen su origen en los sistemas de resolución de conflictos de culturas originarias pre-modernas.

Es interesante señalar que la justicia restaurativa nace de la práctica, de diversas experiencias orientadas a la solución de conflictos en que es esencial el protagonismo de las partes involucradas y/o de la comunidad, y se observan también distintos desarrollos, con diferentes énfasis en sus objetivos, los que luego originan y alimentan la teoría. Así lo expresa Mac Cold, quien escribe: “En la evolución de la justicia restaurativa, la práctica ha precedido a la teoría. La mediación, los círculos y las conferencias fueron utilizados para responder a las causas penales antes que se entendiera que estas prácticas correspondían a la Justicia Restaurativa. Cada práctica se desarrolló de forma independiente y cada una de ellas, eventualmente, influyó en las demás”⁵.

Como se aprecia, en el avance del movimiento de justicia restaurativa aparecen diversas experiencias que expresan también diferentes tendencias en la materia, de modo que el término está lejos de ser unívoco, dada la variedad de programas que se agrupan bajo dicha etiqueta, por lo cual no es extraño que las definiciones también varíen⁶. No obstante lo dicho, encontramos varias definiciones que arrojan luz sobre la materia.

Así, la definición más ampliamente reproducida de justicia restaurativa es la de Tony Marshall, autor para el cual “La justicia restaurativa es un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas en un delito resuelven de manera colectiva la forma cómo lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”⁷.

Para Howard Zher, la justicia restaurativa se trata de “un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivadas de esa ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible... en forma tanto concreta, como simbólica”⁸.

4 MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra. “Justicia Restaurativa y Proceso Penal Garantías Procesales: Límites y Posibilidades”. En: *Revisa Ius et Practice*, Vol. 15, N°2, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2009, p. 169.

5 MAC COLD, ob. cit., p. 11.

6 MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, ob. cit., p. 169.

7 Citado por MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, ob. cit., p. 170.

8 ZHER, H. citado por EIRAS, Ulf Christian. *Mediación Penal. De la Práctica a la Teoría*. 2ª. ed., Buenos Aires, Argentina, Edit. Histórica Emilio J. Perrot, 2010, p. 30.

Otra definición de referencia es la contenida en el artículo 2 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, que en su número 1 letra d) señala que justicia reparadora, es “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial⁹.”

Por su parte, de modo muy coincidente con la definición de la Directriz de la Unión Europea, encontramos la de Los Principios Básicos sobre el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en materia Criminal, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas del año 2002, que es adoptada también en el Manual de Naciones Unidas sobre Programas de Justicia Restaurativa, documentos que explican que “por programa de justicia restaurativa se entiende cualquier programa que usa procesos restaurativos y busca lograr resultados restaurativos”. Luego define el proceso restaurativo como “todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador”¹⁰.

Cabe aclarar que bajo el concepto de Justicia Restaurativa se engloban diferentes metodologías, entre las cuales se encuentran principalmente, la mediación víctima ofensor, las conferencias familiares y comunitarias y los círculos de sentencia, en todas las cuales, sin embargo, es posible reconocer una serie de características y valores comunes, que son identificables en la denominada justicia restaurativa y que ayudan a reconocerla como tal.

El Manual de Naciones Unidas sobre Programas de Justicia Restaurativa¹¹, enumera una serie de características esenciales de estos programas, entre las que destacamos las siguientes: a) ofrecen una respuesta flexible, adecuada a las circunstancias del delito, el delincuente y la víctima, que permite que

9 DIRECTIVA 2012/29/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo [en línea]. Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>.

10 Resolución 2002/12, del 24 de julio del año 2002, del Consejo Económico Social de las Naciones Unidas, sobre Principios Básicos sobre el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en materia Criminal, del año 2002 [en línea]. Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/5add1s.pdf> [fecha de consulta: 22 mayo 2018].

11 Manual de Naciones Unidas sobre Programas de Justicia Restaurativa, Serie de Manuales, Nueva York, EE. UU. 2006 [en línea]. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf.

cada caso sea considerado individualmente; b) constituyen una respuesta al crimen que respeta la dignidad y la igualdad de cada una de las personas, desarrollando el entendimiento y promoviendo la armonía social a través de la reparación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades; c) están dirigidos a la solución de los problemas y a abordar las causas subyacentes del conflicto; d) son una metodología orientada a la reparación de los daños y a la atención de las necesidades de las víctimas y que permiten y motivan al ofensor a comprender las causas y efectos de su comportamiento y a asumir su responsabilidad de una manera significativa.

Desde el punto de vista del rol de la justicia restaurativa, el Manual de Naciones Unidas también destaca que los programas que la constituyen, en muchos casos, ofrecen una alternativa al sistema de justicia penal formal y a sus efectos estigmatizantes sobre quienes delinquen, es decir, pueden funcionar como una forma de diversificación del sistema penal, lo que implica un mecanismo de solución del conflicto penal que evita los procedimientos y sanciones propios del sistema criminal, aunque del mismo modo pueden estar insertos y ser complementarios con los procesos y las sanciones de la justicia penal tradicional. Lo anterior es relevante ya que muchas veces se entiende que estos procesos no son adecuados para determinados delitos de mayor o especial gravedad o respecto de determinados perfiles de ofensores, por ejemplo reincidentes, porque se identifica la mediación u otras formas de justicia restaurativa necesariamente con un mecanismo de diversificación de la justicia tradicional, y esto no es así. Los programas de justicia restaurativa pueden cumplir dicho rol, el que es deseable en muchos casos, pero también pueden ser complementarios a los procedimientos y sanciones de la justicia penal, por ejemplo, darse con posterioridad a un juicio y antes de dictarse sentencia, en la que puede tenerse en cuenta el proceso de mediación y sus resultados, e incluso darse en etapa de ejecución con posterioridad a la sentencia y condena.

Resalta también como característica de la Justicia Restaurativa, que se trata de una metodología flexible y variable que puede adaptarse a las circunstancias, la tradición legal, y los principios y filosofías de los diversos sistemas nacionales de justicia penal ya establecidos y que es adecuada para lidiar con muchos tipos diferentes de ofensas y delincuentes, incluyendo delitos muy serios, puesto que como se explicó puede ser un proceso complementario al procedimiento criminal y a la sentencia.

Asimismo, en el Manual se hace especial énfasis a que se trata de una respuesta al delito que es particularmente apropiada para situaciones en que están involucrados jóvenes infractores de ley, ya que en ellas un objetivo importante de la intervención es formativo, buscando enseñar a los ofensores valores y habilidades nuevas.

La evolución del movimiento de justicia restaurativa en el ámbito penal corrobora lo expresado, ya que generalmente éste se inicia inserto en la justicia juvenil para luego extenderse o ampliarse a la justicia de adultos, lo que se explica, no sólo porque sus objetivos son muy adecuados y convenientes a los objetivos pedagógicos o formativos de la justicia juvenil, precisamente en atención a las características del desarrollo evolutivo de los infractores y al énfasis en su responsabilización y resocialización, sino también porque la sociedad en general, los operadores del sistema criminal y los propios involucrados en el conflicto presentan una mayor apertura a esta forma de justicia cuando se trata de adolescentes y jóvenes.

Por último, se señala que la justicia restaurativa es una respuesta que reconoce el papel de la comunidad como principal actor para prevenir y responder al delito y al desorden social, y este rol se expresa concretamente en las prácticas restaurativas, al incorporar en ellas la participación del entorno cercano de la víctima y del ofensor y a representantes de la comunidad afectada por el delito.

En síntesis, el proceso restaurativo opera sobre la base de ciertos supuestos recogidos en el Manual de Naciones Unidas, que se señalan a continuación y que son clarificadores de sus objetivos: a) la respuesta al delito debe reparar lo más que pueda el daño sufrido por la víctima; b) el ofensor debe llegar a entender que su conducta no es aceptable y que ha tenido consecuencias reales para la víctima y la comunidad; c) el ofensor puede y debe aceptar responsabilizarse por sus actos; d) las víctimas deben tener la oportunidad de expresar sus necesidades y participar en la determinación de la mejor manera en que el ofensor repare los daños; y e) la comunidad tiene una responsabilidad en contribuir en este proceso restaurativo.

Respecto de los valores del proceso de la justicia restaurativa, el Manual de Naciones Unidas, señala los siguientes: a) participación y empoderamiento de los participantes; b) respeto de todos los participantes; c) preferencia por resultados consensuados sobre resultados impuestos; y d) flexibilidad del proceso y de los resultados, que deben ser adecuados a las necesidades y circunstancias específicas de las partes involucradas y del caso concreto y, e) compromiso genuino de los participantes de cumplir el acuerdo que lograron en el proceso.

Cabe señalar también que, dadas las características y objetivos de la justicia restaurativa, para que pueda tener lugar un proceso restaurativo es necesario que se den ciertas circunstancias: a) que exista una víctima identificable; b) la participación voluntaria de víctima y ofensor, y c) un ofensor que acepte la responsabilidad de su comportamiento. Sin estos elementos no es posible llevar adelante un proceso restaurativo. Es indispensable para participar de un proceso restaurativo que el ofensor acepte participación y un grado de responsabilidad en los hechos, lo cual no implica necesariamente aceptar

culpabilidad en términos penales, pero un ofensor que niega cualquier participación en los hechos delictivos impide el proceso de responsabilización esencial al proceso restaurativo. En todo caso, es importante puntualizar que todo el contenido de lo tratado en los encuentros entre víctima y ofensor están protegidos estrictamente por el principio de confidencialidad y no puede ser usado ni a favor ni en contra del ofensor en caso que, de frustrarse el proceso restaurativo, deba volver a la justicia criminal tradicional.

La mayoría de los métodos restaurativos tratan de lograr una dinámica interactiva específica entre las partes involucradas, en que los intereses de la víctima y ofensor, de la comunidad y de la sociedad puedan ser escuchados y atendidos, por lo cual el proceso debe caracterizarse por brindar un ambiente seguro, que no constituya una amenaza para ninguna de las partes, en el que se vela por un trato respetuoso hacia y entre ellas y que favorece los resultados consensuales, generando un genuino compromiso de cumplir con el compromiso alcanzado.

Las metas de un proceso restaurativo incluyen que las víctimas que voluntariamente aceptan estar involucradas en él, lo hagan de manera segura y que lo concluyan sintiéndose de alguna manera reparadas y satisfechas con el proceso; por su parte, respecto de los ofensores la meta es que entiendan cómo su acción afectó a la víctima y a otras personas y que asuman su responsabilidad en las consecuencias de sus actos y se comprometan a reparar los daños, reparación que puede o no ser económica; que los acuerdos que se alcancen por las partes contengan medidas flexibles que enfatizen la reparación del daño y, de ser posible, también se ocupen de las razones de la infracción; se pretende lograr que los ofensores respeten los compromisos adquiridos para reparar el daño, así como su intención de resolver los factores que provocaron su comportamiento; y la comprensión, tanto de la víctima como del ofensor, de la dinámica que llevó al incidente específico, y la obtención de un sentido de cierre y de reintegración a la comunidad.

También resulta muy ilustrativo para comprender el paradigma de la justicia restaurativa reseñar esquemáticamente las principales diferencias que presenta con el de justicia penal tradicional, expresadas en tres simples aspectos que reflejan dos miradas completamente diferentes. Así, para la justicia criminal tradicional el delito es una violación de la ley del Estado, mientras que para la justicia restaurativa, en cambio, el delito es una vulneración, un daño en contra de las personas y de las relaciones interpersonales. Para la justicia tradicional el delito genera responsabilidad basada en la culpa, frente a la cual debe imponerse en retribución, una pena, un castigo que causa sufrimiento; en tanto para la justicia restaurativa el

delito genera obligaciones, de las cuales la principal es la reparación de la víctima, e involucra a la víctima, al ofensor y a la comunidad en un esfuerzo común por corregir las situación. Para la justicia criminal tradicional el foco central de su labor es que los delincuentes tengan la pena que merecen, mientras que el foco de la justicia restaurativa son las necesidades de la víctima y la responsabilización del ofensor de reparar el daño causado por el delito.

Sintetizando, las preguntas que la justicia tradicional y la restaurativa pretenden resolver son diferentes. La justicia penal tradicional pretende resolver las siguientes: ¿Qué leyes se han violado? ¿Quién lo hizo? Y por último, ¿qué castigo merece? Las preguntas que pretende resolver la justicia restaurativa, en cambio, son completamente diversas: ¿Quién ha sido dañado? ¿Cuáles son sus necesidades? ¿De quiénes son esas obligaciones?

Como se aprecia, se trata de un verdadero cambio de paradigma que involucra necesariamente un giro radical en el enfoque de la respuesta social al delito, el cual pasa por un cambio no sólo de la cultura jurídica, sino de la sociedad en su conjunto, planteando su implementación un desafío mayor concordante con la magnitud del cambio que exige respecto de los fundamentos, objetivos, valores y protagonistas de la intervención y de la respuesta estatal y social frente al delito.

3. Formas de justicia restaurativa y la mediación penal

El concepto de justicia restaurativa, como se ha dicho, abarca diversas modalidades o metodologías, entre las que se cuentan la mediación, las conferencias restaurativas y los círculos de sentencias, entre las más reconocidas. Resulta útil a modo de tener una idea general que permita visualizar las diferencias entre ellas, describir las principales características y funcionamiento de las mismas, para luego detenernos en la mediación penal, que es la metodología que se ha aplicado en diferentes experiencias en Chile y que es la que está siendo objeto de aplicación práctica en la experiencia piloto desarrollada entre la Defensoría Penal Pública, el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, coordinada por este último.

3.1. Las conferencias restaurativas comunitarias o conferencias de grupo familiar

Son una forma de facilitación en la que además de agresor y la víctima participan personas del entorno familiar, escolar y social, en que los participantes hablan sobre el daño producido y cómo se puede éste reparar. Este tipo de conferencias se pueden realizar en centros comunitarios, colegios, centros policiales o de protección de menores, y por lo general no tienen relevancia procesal, es decir, no ingresan al sistema de justicia criminal y los

tribunales no participan. Este modelo reconoce su origen en Nueva Zelanda y es también utilizado en Estados Unidos en asuntos criminales menos graves como robos en tiendas¹².

La profesora Alejandra Mera describe con mayor detalle el sistema en el que se encuentra inserto y el proceso mismo en Nueva Zelanda. Así, señala que se trata de uno de los sistemas más característicos del movimiento de justicia restaurativa, que surgió como pieza clave del nuevo sistema de justicia penal juvenil creado en ese país en 1989. En este sistema la policía adopta medidas leves siempre que sea posible, de manera más o menos informal. Si la ofensa es menor la policía termina el asunto en la calle o con una advertencia inmediata. Si es necesario tomar otra medida se deriva al joven a la sección policial de ayuda a la juventud, donde en presencia de los padres se entrega una advertencia o se le impone con su consentimiento una sanción adicional como trabajo comunitario. Cuando se trata de una ofensa de mayor gravedad o el procedimiento anterior no ha surtido efecto, se deriva al joven a una conferencia familiar. También puede derivarlo la Corte si el joven ha sido arrestado. Un coordinador de justicia juvenil, que es un funcionario público se encarga de la organización de todo el proceso. En la conferencia debe estar presente el joven, el coordinador, la víctima o un representante de ella, un representante de la policía y otras personas significativas, en ciertos casos también el abogado del joven, y un asistente social. El proceso es flexible, pero generalmente el coordinador da la bienvenida a los participantes, los presenta y expone los objetivos de la conferencia. La policía lee un resumen de los hechos relevantes, los que al menos no deben ser negados por el joven para continuar, si ello es así, entonces la víctima expresa cómo se siente respecto al delito y las consecuencias que ha sufrido. Luego hay una discusión abierta sobre la ofensa y las circunstancias que la originaron. Luego el ofensor y su familia se retiran para discutir en una reunión privada una propuesta de reparación y las condiciones para prevenir la reincidencia, el que una vez definido es expuesto de vuelta en la conferencia, donde se discute y si se llega a un acuerdo, el proceso concluye. Las medidas de reparación propuestas son diversas, pueden incluir disculpas, trabajos comunitarios, reparación económica, participación en programas, supervisión, etc.

3.2. Los círculos de sentencia

Los círculos de sentencia son una metodología similar a las conferencias familiares, con la diferencia que en éstos participa el órgano jurisdiccional, quien deriva y monitorea los casos y el cumplimiento de las reglas que los

12 SOLETO MUÑOZ, Helena. “Justicia restaurativa en Europa: sus orígenes, evolución y la Directiva de la Unión Europea 2012/29 sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos” [en línea]. En: *Acesso a justiça, jurisdição* (in)eficaz e mediação. Curitiba, Multideia, 2013, págs. 125 y 126. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/24040>. [fecha de consulta: 22 mayo 2018].

rigen, como asimismo plasma en la sentencia los acuerdos logrados, pudiendo participar más activamente cuando el acuerdo no es logrado¹³. En los círculos sentenciadores participan el ofensor, la víctima y personas significativas o pertenecientes a su entorno, representantes de la comunidad y también sus respectivos defensores, los fiscales, el juez, los policías, y generalmente se llevan a cabo en los tribunales. Todos los actores pueden hablar con el fin de encontrar un entendimiento sobre lo que ha ocurrido y la mejor forma de reparar a la víctima y de prevenir la ocurrencia de hechos similares. Lo interesante es que son procesos dirigidos por la comunidad que se asocian con el sistema de justicia penal para llegar a un consenso sobre un plan de sentencia¹⁴.

Este modelo se ha utilizado en Estados Unidos en casos de delitos cometidos por jóvenes o adolescentes, y también por adultos, respecto de toda clase de delitos¹⁵.

3.3. La mediación penal

En la mediación penal un tercero neutral facilita el diálogo entre la víctima y el ofensor, quienes hablan sobre cómo los afectó el delito, intercambian información y desarrollan un acuerdo escrito de restitución mutuamente satisfactorio y un plan de seguimiento¹⁶. En la mediación es relevante la figura neutral del mediador, quien facilita el diálogo entre las partes para que sean ellas quienes logren un acuerdo, el facilitador no tiene un poder decisión, tal poder radica en las partes.

Si bien en principio el concepto de mediación se identificaba con el de Justicia Restaurativa, hoy es claro que la Justicia Restaurativa es el género y la mediación es una especie de aquélla.

La práctica de la mediación restaurativa evolucionó hacia tres modelos generales: la mediación comunitaria basada en la legalidad, que fue el movimiento de primera generación en los EEUU a comienzos de los años 70, los programas de reconciliación basados en la buena fe entre el ofensor y la víctima (Victim-Offender Reconciliation Program, VORP), que inició una segunda etapa de programas restaurativos a comienzos de la década de los 80, y la mediación víctima ofensor basada en el trabajo social (Victim-Offender Mediation, VOM), que surge con fuerza en una tercera etapa en los años 90.

La mediación comunitaria se ocupó de conflictos vecinales, civiles, laborales y su objetivo fue eminentemente repositivo, fue un modelo exitoso que se replicó

13 SOLETO MUÑOZ, ob. cit., p. 126.

14 MAC COLD, ob. cit., p. 18.

15 SOLETO MUÑOZ, ob. cit., p. 126.

16 MAC COLD, ob. cit., p. 11.

en los EEUU y extensamente en otras partes del mundo, diversificando también los ámbitos de resolución de conflictos a los que se aplicaba. En cuanto a la mediación, identificada por las siglas en inglés VORP, parte de una perspectiva religiosa, cristiana, en la cual la mediación tiene como propósito la reconciliación entre víctima y ofensor y la restauración de las relaciones dañadas por el acto delictivo. Por su parte, la mediación Víctima-Ofensor (VOM), plantea una secularización de los conceptos de la mediación, destaca que se encuentra orientada al logro de una solución, de la sanación de la víctima, de la responsabilización del infractor y la reparación de los daños¹⁷.

Existen numerosas experiencias de programas de mediación penal, tanto en Europa como en América, en ellos se emplean diversos modelos que implican diferencias en la intervención¹⁸.

El modelo o enfoque de la mediación penal es relevante a la hora de implementar un programa, porque determina los objetivos y las características de la intervención.

17 MAC COLD, ob. cit., p. 14 y sgtes.

18 Existen tres modelos de mediación reconocidos en la doctrina, que se diferencian según la concepción del conflicto y la metodología para superarlo: el modelo Harvard basado en el método de negociación colaborativa, el modelo circular narrativo y el modelo transformativo. Explicados muy sintéticamente, se puede señalar que el modelo de negociación colaborativa entiende el conflicto como un desacuerdo en los contenidos, oposición de voluntades, cada una de las cuales compete por imponerse a la otra buscando exclusivamente la satisfacción de su interés particular. La forma de solucionar el conflicto para este modelo es el re encuadre del mismo, desde las posiciones de las partes a los intereses de las mismas, esto es, a las necesidades o motivaciones que sustentan las diferentes posiciones, buscando los intereses comunes y los que difieren, para luego integrarlos en una solución que satisface ambos intereses. El modelo circular narrativo, entiende el conflicto como una experiencia que tiene la estructura de las narrativas y se caracteriza por la presencia de narrativas cerradas, que se relacionan en una polarización que mantiene la estabilidad y rigidez del sistema conflictivo. Para este modelo el re encuadre que permite superar el conflicto es el cambio de significado de las narrativas cerradas de las partes a partir de su desestabilización para la construcción de una historia alternativa que es funcional a la modificación de la relación para el logro del acuerdo. Por último, el modelo transformativo se aparta de las propuestas teóricas de mediación desarrolladas, puesto que su objetivo final no es la resolución del conflicto o lograr un acuerdo, sino promoviendo un cambio en las personas a través de la oportunidad que plantea el conflicto para lograr un avance en su desarrollo moral. El éxito del modelo se mide por el avance en las dos dimensiones del desarrollo moral, que son la capacidad de fortalecer el yo y de superar los límites del yo mediante el relacionamiento consciente con los otros, esto es, respecto de la revalorización de cada una de las partes, definida como la conciencia de su propia valía y de sus capacidades para resolver dificultades; y respecto del reconocimiento, entendido como la capacidad de reconocerse y mostrarse mutuamente sensibles a las situaciones y cualidades humanas comunes del otro, objetivos que de lograrse permiten la puesta en marcha de soluciones creativas. Ver: ANTIVILO, Andrés, BOLÍVAR, Daniela y Otros. "Estudio Proyecto de Capacitación Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil. Informe Final". Santiago, Chile, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, año 2017, p. 74 y sgtes.

4. La expansión de la justicia restaurativa y sus efectos

La justicia restaurativa se ha expandido vertiginosamente en las últimas décadas, implementándose iniciativas en diversos países, particularmente en el ámbito de la justicia penal juvenil, las que han sido impulsadas como consecuencia de los pobres resultados que muestran los sistemas de justicia juvenil tradicional respecto de sus objetivos fundamentales, reinserción y desistimiento. También se han visto alentadas dichas iniciativas por los auspiciosos resultados que exhiben las evaluaciones de las experiencias restaurativas juveniles de otras latitudes, y por la reiterada promoción que de ellas hacen diversos instrumentos internacionales especializados en justicia criminal o en derechos de la infancia como una alternativa necesaria en el sistema de justicia penal juvenil.

Resulta interesante detenerse en los resultados de las experiencias comparadas de justicia restaurativa, puesto que es posible observar que la ciudadanía y una mayoría de operadores jurídicos no están familiarizados con el concepto aplicado al ámbito penal, desconociendo como opera o sus resultados, por lo cual se aproximan a ella con una cierta reticencia, tal vez con preconceptos que la asocian exclusivamente con una manera de beneficiar al joven infractor, si no derechamente con un mecanismo que produce impunidad, perjudicando los objetivos de seguridad ciudadana y prevención del delito, ideas que se encuentra alejadas de la realidad que muestran las experiencias de los países que en este ámbito tienen una dilatada trayectoria.

En efecto, es posible señalar que existe variada evidencia a nivel internacional sobre los beneficios de los programas de justicia restaurativa para sus participantes, particularmente si se comparan con los efectos del sistema de justicia tradicional, como se verá a continuación. Así, en general se observa una mayor satisfacción de los participantes con el proceso de justicia restaurativa, incluidas las víctimas, cuestión que es relevante considerando la deteriorada percepción del sistema de justicia criminal que se advierte en la sociedad. Al respecto mencionamos que quienes participan de procesos restaurativos, tanto víctimas como ofensores, encuentran el proceso más justo, terminan más satisfechos y valoran la oportunidad de contar su historia, de ser escuchados y de que se tomen en cuenta sus opiniones¹⁹.

Los resultados de las conferencias familiares en Nueva Zelanda documentados por una evaluación realizada por Maxell y Morris, citado por la profesora Mera, indican una evaluación positiva por parte de los involucrados tanto víctimas como ofensores, de manera tal que la mitad de los jóvenes se sintieron involucrados en el proceso de llegar a una decisión, lo que implica un involucramiento mayor que el que alcanzan en la Corte donde permanecen

19 POULSON, citado por ANTIVILO, BOLIVAR y Otros, ob. cit., p. 48.

pasivos y son representados por sus abogados, mientras que el 60% de las víctimas que participaron evaluaron el proceso como positivo y de gran ayuda²⁰.

En la misma línea apuntada, un estudio realizado con víctimas de delitos violentos que participaron en procesos de mediación, conferencias o encuentros con ofensores en Canadá y Bélgica, demuestra que ellas evalúan la experiencia como satisfactoria, no sólo por factores de justicia procedimental, tales como la confianza, neutralidad, respeto, tener voz, ser escuchada, que determinan la percepción de un proceso justo, influyendo en la satisfacción con el mismo, más allá de sus resultados; sino que también debido a otras características del proceso restaurativo, como su flexibilidad, estar centrado en el diálogo, brindar cuidado y por motivaciones de bien común o social, concluyendo que las prácticas restaurativas se diferencian de otras intervenciones de justicia procedimental, proporcionando una manera única de satisfacción a las víctimas²¹.

También se ha documentado que el proceso restaurativo puede tener efectos psicológicos positivos en las víctimas, disminuyendo sentimientos de ansiedad causados por el delito y contribuyendo a recuperar la autoestima de las personas dañadas por el delito, incluso a disminuir síntomas de estrés postraumático²².

Otro aspecto importante de considerar es la real posibilidad de que la víctima obtenga alguna forma de reparación material o simbólica a través de un proceso de justicia restaurativa, lo que es poco frecuente en el contexto de un procedimiento penal tradicional.

Si bien varios autores sostienen que el objetivo principal de la justicia restaurativa no debe situarse en evitar la reincidencia o promover el desistimiento de los jóvenes ofensores, puesto que de lo contrario se corre el riesgo de centrarse excesivamente en el ofensor produciendo un desequilibrio en la igual consideración de las necesidades de víctima y ofensor; es muy interesante conocer que variados estudios indican que la justicia restaurativa tiene un efecto en la disminución de la reincidencia.

Para mencionar algunos datos en el sentido apuntado, referimos el estudio de Bontá, Wallace-Capretta y otros, del 2003, realizado en Canadá que consistió en la revisión de 46 estudios que abarcaban casi 23.000 participantes, que

20 MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, ob. cit., págs. 173, 174 y 175.

21 VAN CAMP T. y WEMMERS, J. "Victim satisfaction with restaurative justice. More than simply procedural justice" [en línea]. En: *International Review of Victimology*, 19 (2), Estados Unidos, SAGE Publications, 2013, págs. 117-143. Disponible en: http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj47Yq-pZ3bAhWBj5AKHftAD_MQFgggMAA&url=http%3A%2F%2Fjournals.sagepub.com%2Fdoi%2F10.1177%2F0269758012472764&usg=AOvVaw0ABODnFNj0sit7r0ytW1GK [fecha de consulta: 22 mayo 2018].

22 ANTIVILO, BOLIVAR y Otros, ob. cit., p. 49.

muestra que los procesos de justicia restaurativa estudiados producen en promedio una disminución de la reincidencia del 8% en adultos y del 2% en jóvenes, y que proveer alguna forma de reparación a la víctima fue la actividad mayormente asociada a la reducción de la reincidencia del ofensor. Además, la evaluación del programa de justicia restaurativa de Winnipeg, hizo un seguimiento de los ofensores por tres años después de completar el programa, comparando la reincidencia con un grupo de control con características similares, encontrando que los participantes del programa de justicia restaurativa tenían menor reincidencia que el grupo de control, diferencia que aumentaba más, en cada año que pasaba. Así la diferencia de reincidencia entre participantes del programa versus no participantes fue la siguiente: 15% vs. 38% el primer año, 28% vs. 54% el segundo año y 35% vs. 66%, el tercero. La diferencia es significativa, aunque debe considerarse que ella puede ser atribuida en parte a la existencia de un programa de tratamiento a los ofensores²³. Igualmente los resultados del estudio de Bouffard, Cooper y Bergseth, de 2016, indican que todas las intervenciones restaurativas estudiadas tienen un efecto positivo en disminuir la reincidencia en comparación con el sistema tradicional de justicia juvenil²⁴⁻²⁵⁻²⁶.

-
- 23 BONTA, J.; WALLACE-CAPRETTA, S. et Al; An outcome evaluation of restorative justice alternative to incarceration [en línea]. En: Contemporary Justice Review, 5, Reino Unido, Taylor and Francis, 2002, p. 319-338. Disponible en: http://c.ymcdn.com/sites/nafcmsite-ym.com/resource/resmgr/Research/Outcome_Evaluation_of_a_RJ_A.pdf [fecha de consulta: 22 mayo 2018].
- 24 BOUFFARD, J.; COOPER, M. y BERGSETH, K. The Effectiveness of Various Restorative Justice Interventions on Recidivism Outcomes Among Juvenile Offenders [en línea]. En: Youth Violence and Juvenile Justice, 15, Estados Unidos, 2017, págs. 1-16. Disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/172f/87147cf94a75695960a6bdcee37a837d8ff8.pdf> [fecha de consulta: 22 mayo 2018].
- 25 Lo propio ha sido demostrado por otros estudios, al respecto ver: K.J. BERGSETH, J.A. BOUFFARD, "Long-term impact of Restorative Justice Programming for Juvenile Offenders" [en línea]. En Journal of Criminal Justice, 35 (2007) 433-451 Disponible en: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.491.2098&rep=rep1&type=pdf>; ; J. BERGSETH, J.A. BOUFFARD "Examining the Effectiveness of a Restorative Justice Program for Various Types of Juvenile Offenders" [en línea]. Disponible en: International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, Vol 57, Issue 9, pp. 1054 - 1075, First Published July 18, 2012. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0306624X12453551>; BONTA, J & JESSEMAN, REBECCA & RUGGE, T & CORMIER, R. (2006). Restorative justice and recidivism: Promises made, promises kept?. Handbook of Restorative Justice. 108-120 [en línea]. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/286684699> PAUL MCCOLD, & BENJAMIN WACHTEL, Restorative Policing Experiment. The Bethlehem Pennsylvania Police Family Group Conferencing Project, Community Service Foundation Pipersville, PA Mayo de 1998 [en línea]. Disponible en: <http://www.iirp.edu/pdf/BPD.pdf> ?.
- 26 Ver ANTIVILO, BOLIVAR y Otros, ob. cit., págs. 50 y sgtes.

Más allá de lo dicho en cuanto a los beneficios de las prácticas restaurativas para víctima y ofensor, existe otro aspecto de igual o tal vez de mayor relevancia en cuanto a su efecto social, cual es el aspecto preventivo de las mismas, su enorme potencial pedagógico social. En palabras de Ulf Eiras, “la mediación en el proceso penal puede ser asumida como un modelo preventivo de sanación social. Así como la pena tiende a cumplir una finalidad de prevención general, la aplicación de estos distintos métodos de resolución (...), también pueden servir para difundir en la comunidad una nueva manera de solucionar sus conflictos”, acotando a continuación que “La mediación en todos sus ámbitos es una instancia de aprendizaje profundo en torno a la cooperación y a la comunicación”²⁷. Es por ello que se concibe como una práctica pacificadora, que contribuye a la reconstitución del tejido social.

La evidencia reseñada en relación a la mayor satisfacción de los participantes, especialmente de la víctima y la potencial incidencia en la disminución de la reincidencia juvenil como un objetivo secundario, y su potencial pedagógico social, parecen suficientes para considerar los procedimientos restaurativos como una valiosa política pública para la justicia penal y especialmente para la justicia juvenil.

5. Las primeras experiencias de mediación penal en Chile

Las primeras experiencias de mediación, referidas principalmente a conflictos familiares, civiles y vecinales, surgieron en Chile hacia 1996, en la Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso, recibiendo el primer reconocimiento legal sólo en el año 2004, a través de la Ley N° 19.968 que crea los Juzgados de Familia. Las experiencias de mediación penal, en cambio, fueron posteriores y datan aproximadamente del año 2000, según da cuenta el Informe sobre Experiencias Nacionales de Mediación Penal y Justicia Restaurativa del Ministerio de Justicia²⁸, que documenta que desde el año 2000 a 2015 se implementaron al menos 20 iniciativas de mediación penal, de las cuales sólo tres se orientaron al ámbito de la justicia juvenil. En todas las iniciativas participó activamente como derivador de los casos el Ministerio Público y, más acotadamente, la Defensoría Penal Pública y el Poder Judicial, lo que se explica tal vez porque la mayoría de los casos derivados, que sumaron más de 4.764, lo fueron en etapa previa a la formalización o judicialización.

27 EIRAS, ob. cit., p. 37.

28 DÍAZ, Alejandra y NAVARRO, Iván. Informe sobre Experiencias Nacionales de Mediación y Justicia Restaurativa en Chile [en línea]. Santiago, Chile, Ministerio de Justicia de Chile, 2015. Disponible en: www.minjusticia.gob.cl/.../Informe-Experiencias-de-mediacion-penal-en-Chile-MINJ [fecha de consulta: 22 mayo 2018].

Los delitos mayoritariamente derivados, según el informe, fueron daños, amenazas, lesiones leves, menos graves, hurtos y cuasidelitos de lesiones, que corresponden a delitos menores o de bagatela. A pesar de que no se pudo obtener información acerca de todas las iniciativas identificadas, el estudio concluye que el 60% de los casos derivados fueron mediados y que del total de casos mediados, el 59% alcanzó un acuerdo. Por su parte, los casos mediados que lograron un acuerdo fueron homologados a través de términos tales como el acuerdo reparatorio o la suspensión condicional y, en menor medida, a través de un término facultativo del fiscal.

El informe rescató importantes aprendizajes, identificando las dificultades enfrentadas por los programas de mediación penal. De esta manera, se señala como un aspecto relevante la necesidad de establecer desde el inicio una coordinación entre los actores involucrados, considerando la falta de regulación legal de la mediación y su inserción en un sistema de lógica adversarial y formal, que se contraponen a la lógica colaborativa e informal de la mediación. El informe advierte también la dificultad que plantea la mala calidad de los datos de contacto de las partes que son entregados al centro de mediación, retardando o impidiendo la comunicación y con ello el proceso de mediación. Asimismo, visibiliza la debilidad de los protocolos de actuación entre los derivadores y los centros de mediación y/o los problemas en su implementación, los que repercutieron en el escaso o fluctuante volumen de derivación de casos, en la mala calidad de los datos de contacto y en la lentitud del contacto a la víctima por parte de la Fiscalía, todo lo que dilataba el proceso, constituyendo un desincentivo para la derivación de casos por parte de los fiscales. Por último, el estudio apunta a una dificultad de fondo, cual es que una cantidad significativa de los casos derivados se trataban de casos que estaban archivados provisionalmente, o bien estaban en vías de serlo, situación que configuraba una transgresión a los estándares internacionales y garantías del debido proceso establecidos por la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas sobre “Principios Básicos para la Aplicación de Programas de Justicia Restitutiva en materia penal”, que dispone en su numeral II. 7 que estos procesos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al imputado u ofensor. Esta situación además pudo constituir un factor de desvalorización de la metodología por parte de la Defensoría y un desincentivo a participar de ella”²⁹⁻³⁰.

29 Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, ob. cit.

30 Sobre las experiencias en mediación penal en Chile ver también: GONZÁLEZ, Isabel y FUENTEALBA, María Soledad. “Mediación Penal como Mecanismo de Justicia Restaurativa en Chile” [en línea]. En: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*. Vol. 4 N°3, Santiago, Chile, 2013, págs. 175-210. Disponible en: <http://derechocienciapolitica.cl/index.php/RDCP/article/view/639/pdf> [fecha de consulta: 22 mayo 2018].

Como se observará a continuación, estas primeras experiencias y sus aprendizajes fueron recogidos en el diseño e implementación de las siguientes.

6. La experiencia de mediación penal juvenil en Chile

6.1 Antecedentes del Convenio de Colaboración para la derivación de casos a mediación penal juvenil y Estudio Práctico

Tomando como punto de partida los aprendizajes de las experiencias previas en mediación penal y con el firme objetivo de posicionar la temática de la justicia restaurativa y de la mediación penal juvenil como prioridad en la revisión del sistema de justicia juvenil, inserto en el contexto más amplio de las políticas de infancia, antes reseñado, el año 2015 el Ministerio de Justicia inició el debate sobre las reformas a la Ley N° 20.084, a través de diversas mesas de trabajo, una de las cuales abordó la mediación penal, con la participación de la Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente de la Fiscalía Nacional, de la Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Penal Pública, de la División de Estudios de la Corte Suprema y de integrantes del mismo Ministerio de Justicia, mesa que sentó las bases para el desarrollo de la experiencia piloto en mediación penal juvenil, llamada también Estudio Práctico, que se concretó luego a través de un Convenio a dicho efecto, mismo trabajo que ilustró también las modificaciones legales a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, que incorpora y regula la mediación penal juvenil, y el servicio de mediación³¹.

El primer paso para la implementación del piloto fue, entonces, lograr un acuerdo sobre el contenido esencial del Convenio, proceso que tomó tiempo, ya que fue necesario incorporar los objetivos del paradigma restaurativo como una meta convergente para ambas instituciones, Defensoría y Fiscalía, superando la lógica adversarial de los roles, persecutor o defensor, generando paulatinamente un entendimiento común y las confianzas institucionales necesarias para abrir un espacio de viabilidad a la experiencia piloto, proceso en el que fue central la coordinación del Ministerio de Justicia.

La propuesta de la experiencia piloto, desde sus inicios fue muy clara en cuanto a la necesidad de innovar dirigiendo la aplicación del proyecto a la derivación a mediación penal de delitos de cierta gravedad, cuyo destino fuese probablemente la judicialización, condición que permitiría aplicar y probar un modelo en un campo donde no había experiencia previa en el país, con

31 ANTIVILO, Andrés; BOLIVAR, Daniela y otros. “Estudio Proyecto de Capacitación Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil. Resumen Ejecutivo”. Santiago, Chile, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, año 2017, p. 2.

el objetivo de servir en su futura incorporación legal en el sistema de justicia penal juvenil que estaba siendo revisado. Por lo dicho, este fue uno de los aspectos que fue objeto de mayor análisis, conjuntamente con aspectos tales como las etapas del proceso en que era viable hacer la derivación a mediación y las formas de homologación posibles según las diversas circunstancias jurídicas del caso. Asimismo, fue muy relevante clarificar las actividades y responsabilidades de cada una de las partes en el nivel operativo para la selección y derivación de casos, el contacto con víctima y ofensor y con el centro de mediación, etc.

Este trabajo conjunto entre las instituciones para lograr un entendimiento común del proyecto, se concretó en la suscripción por las máximas autoridades institucionales del Convenio de Colaboración para la Derivación de Casos a Mediación Penal Juvenil y Estudio Práctico, que constituyó un factor relevante en el funcionamiento del proyecto, al prever con claridad los aspectos centrales de la experiencia piloto o Estudio Práctico, otorgando además un respaldo del más alto nivel institucional para su desarrollo en el nivel operativo.

6.2. El Convenio de Colaboración para la derivación de casos a mediación penal juvenil y Estudio Práctico

Describiremos brevemente los principales contenidos del Convenio de Colaboración, suscrito el 26 de diciembre de 2016, que sentó las bases para el desarrollo de la experiencia piloto en mediación penal juvenil.

6.2.1. Objetivos y Principios

El objetivo general del Convenio fue establecer los protocolos de trabajo entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio Público y Defensoría Penal Pública para promover la gestión de conflictos de relevancia penal a través de prácticas restaurativas, con el objeto de obtener la reparación del daño sufrido por las víctimas y los niveles de responsabilización del ofensor, a través de la colaboración en la realización de un estudio práctico de casos penales con imputados adolescentes derivados a mediación, enfatizando el enfoque del estudio práctico en los procesos de mediación orientados a gestionar los conflictos que subyacen a los hechos delictivos, invitando a las personas involucradas a identificar las distintas dimensiones del conflicto que ha ocasionado un daño, el grado de participación y responsabilidad en el mismo y a explorar y proponer medidas para su reparación.

El Convenio enmarcó explícitamente el desarrollo de la experiencia en la observancia de ciertos principios propios de la mediación, que configuran estándares internacionales en la materia que deben observarse en resguardo de la calidad del servicio que se ofrece, entre ellos los siguientes: **Confidencialidad de la mediación**, en términos que ninguno de los

antecedentes, ni intervenciones realizadas en esa instancia pueden ser difundida a terceros, sin previa autorización de las partes, y que en los casos que no se logre un acuerdo o sean cerrados por incumplimiento del mismo, estos no se pueden aportar ni usar de manera alguna en una instancia judicial posterior. **Voluntariedad:** esto es, ninguna de las partes puede ser obligada a participar o continuar en un proceso de mediación. **Imparcialidad e Igualdad de las Partes:** consistente en que el equipo del centro de mediación debe mantener, en todo momento, un trato neutral, igualitario y equidistante con los participantes del proceso y velar por proveer a todos ellos iguales posibilidades de participación. **Especialización de los profesionales** del centro de mediación, quienes deben contar con conocimientos especializados para trabajar con adolescentes infractores de ley. **Interés superior del adolescente,** que implica tener especial consideración de dicho interés en los procesos de mediación, adoptando medidas especiales para la atención del joven cuando ello sea necesario. **Diversificación de la respuesta penal dentro del marco jurídico vigente,** esto es, la aplicación de prácticas restaurativas que luego se traduzcan preferentemente, en términos tempranos de las causas penales. **Reparación del daño,** que implica que la mediación esté orientada a favorecer acuerdos que contemplen medidas o acciones para su reparación, real o simbólica.

6.2.2. Cobertura, casos derivables y oportunidad de la derivación

El piloto se aplicó a jóvenes imputados de la comisión de una infracción penal regida por la Ley N° 20.084 y a las víctimas de dichas infracciones cuya investigación correspondiera a la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, dado que el centro de mediación que formaba pieza clave del proyecto tenía dicha competencia territorial en Renca, sin embargo, este centro después de cuatro meses de funcionamiento se cambió a Quinta Normal.

En cuanto a los criterios de derivación de casos a mediación, se optó por enumerar aquellos casos de crímenes y simples delitos excluidos de la mediación, permitiendo así una mayor amplitud de casos derivables, dentro del marco de lo que resultaba inicialmente aceptable de ser diversificado del proceso penal en el contexto legal y de acuerdo a criterios generales de persecución penal de los mismos. Así, se excluyeron los crímenes o delitos dolosos contra la vida, contra la libertad ambulatoria, contra la libertad sexual, salvo casos de relaciones mutuamente consentidas en que, de acuerdo a los antecedentes de la investigación, se hubiese establecido la existencia de una relación de pareja previa entre la víctima y el agresor, que no se encontraba cubierta por excusa legal y, en principio, delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, pudiendo evaluarse su derivación en el transcurso del proyecto. También se excluyeron delitos en que no existe víctima determinada como los delitos de la Ley 20.000.

En el caso de crímenes, se excluyeron además aquellos que involucran el uso de armas y/o violencia en las personas y los casos en que el infractor tuviera condenas previas, no se encontrare escolarizado o no estuviese dispuesto a hacerlo como condición para la derivación o como parte de una condición de una suspensión condicional del procedimiento posterior a la mediación.

En cuanto al perfil del ofensor, sólo se excluyó el infractor con un consumo problemático de drogas, por considerar que era más apropiado su derivación a Tribunal de Tratamiento de Droga.

El Convenio contempló una amplia posibilidad de derivación en cuanto al estado del proceso, incluyendo casos en etapa pre judicial, judicializados o de dictación de sentencia, en el caso de las sanciones de trabajos en beneficio de la comunidad o reparación del daño causado e, incluso, la derivación de casos en etapa de ejecución de sanciones para los efectos de la sustitución o remisión de ella.

6.2.3. Metodología de trabajo

El Convenio delineó claramente la metodología de trabajo estableciendo un protocolo operativo con el fin de evitar falencias que en experiencias anteriores resultaron ser obstaculizadores en su funcionamiento. Así, se enunciaron las actividades que implicaban para cada actor el proyecto y las responsabilidades de cada institución en ellas. Entre las más críticas se regularon la selección de casos, la derivación de los mismos al centro de mediación, el primer contacto con la víctima y el ofensor, la invitación a la mediación, las entrevistas individuales, las entrevistas conjuntas, el acuerdo y las formas de homologación.

Respecto de la selección se estableció que en los casos no judicializados, la selección sería realizada por la Fiscalía, mientras que en la selección de casos judicializados, podrían seleccionar la Fiscalía o la Defensoría, requiriéndose el acuerdo de ambas instituciones para la derivación.

En cuanto al primer contacto con las partes, previo a la derivación, la Fiscalía quedó encargada del contacto con la víctima y la Defensoría del contacto con el ofensor, el que tendría por objeto informarles de la existencia de la mediación como una vía de solución del conflicto, el carácter voluntario de la participación, la confidencialidad del proceso, el derecho a ser asistidos por un abogado y que eventualmente podrían tener un encuentro personal con la otra persona, advirtiéndole que los adolescentes deben asistir acompañados de un adulto responsable a la primera entrevista con el mediador.

El centro de mediación, luego de recibida la derivación, debía comunicarse primero con el ofensor para informarle las características del proceso de mediación e invitarle a participar de una entrevista con un mediador. En

este contacto se estableció que se priorizaría la visita personal al ofensor en su domicilio por parte de un facilitador del centro de mediación. Sólo en caso que el mediador evaluase positivamente la disposición y condiciones personales del adolescente, se comunicaría con la víctima para invitarle a participar de una entrevista individual, donde igualmente realizaría una evaluación personalizada y técnica.

Se estableció que siempre el mediador debía realizar una evaluación general de los antecedentes recabados, para determinar la realización de una o más sesiones conjuntas de mediación, o bien cerrar el caso sin mediación, si ella no resultaba adecuada o viable. También podía evaluar la realización de una mediación indirecta, esto es, sin contacto presencial entre víctima y ofensor, en que el mediador facilita la comunicación entre las partes a través de cartas, videos, etc. También se contempló que en las sesiones conjuntas podrían contar con la participación de terceros interesados en los hechos denunciados, o bien, personas significativas para los adolescentes o para las víctimas, en la medida que favorezcan el desarrollo del proceso de mediación y que sea autorizado por las partes.

En caso de llegarse a un acuerdo en mediación, debe levantarse un acta que es suscrita por todos los participantes y por el mediador. En los casos con acuerdo, de no estar judicializados, solamente se enviará copia del mismo al Ministerio Público. En aquellos casos judicializados se enviará copia del acuerdo a la Fiscalía y a la Defensoría.

Un aspecto muy importante para la legitimación de la mediación fue garantizar el cumplimiento de los acuerdos del proceso de mediación, razón por la cual el Convenio estableció que en caso de llegarse a un acuerdo, éste debe ser cumplido en el mismo acto de la firma del documento preparado por el mediador, y en caso de ser necesario un período de tiempo posterior para su cabal cumplimiento, el centro de mediación debe realizar una supervisión del cumplimiento y sólo una vez cumplido íntegramente el acuerdo, el centro certifica el resultado y envía copia del acta de acuerdo al derivador para que adopte una decisión respecto del término de la causa, cuando corresponda.

Por último, el Convenio dispuso una coordinación interinstitucional en tres niveles, nacional, regional y operativo, y un mecanismo de seguimiento estrecho de la experiencia, los que resultaron importantes facilitadores de la implementación del piloto.

6.2.4. Homologación de los Acuerdos de Mediación

En atención a que la experiencia de mediación se da en un contexto de falta de regulación legal, era necesario acordar las formas de término en que se traduciría el proceso de mediación con acuerdo logrado. El Convenio dispuso que una vez que el mediador remitiera el acuerdo de mediación

íntegramente cumplido al derivador, éste adoptaría una decisión respecto de su homologación, esto es, sobre la manera de integrarlo o traducirlo en una forma de término del proceso penal. Al respecto el Convenio establece que los acuerdos de casos derivados en etapa pre judicial se podrán homologar a través del archivo, principio de oportunidad, suspensión condicional del procedimiento, acuerdo preparatorio, según el marco jurídico vigente y las circunstancias de cada caso, mientras que los acuerdos de casos derivados en etapa judicial, se podrán homologar sólo a través de suspensión condicional del procedimiento, acuerdo reparatorio y principio de oportunidad, según el marco jurídico vigente y las circunstancias de cada caso.

6.3. La implementación del Estudio Práctico y sus principales resultados

La implementación del piloto, luego de una fase inicial de reuniones de coordinación, sensibilización y capacitación de los encargados y operadores en los niveles regional y local, se inició con el proceso de selección y derivación de casos en enero de 2017. Este proceso fue complejo, ya que implicaba que abogados asesores y fiscales identificaran preferentemente desde el ingreso, las causas que cumplieran los requisitos de derivación y fueran idóneas para mediación, lo que al principio generaba dudas, tal vez porque aún no había un cabal entendimiento del proceso de mediación y sus objetivos.

En esta fase se contó con la supervisión y apoyo en terreno de los encargados regionales y, principalmente, del equipo del Ministerio de Justicia. Luego de identificado un caso, el proceso de lograr acuerdo entre Defensoría y Fiscalía para su derivación también ofreció alguna dificultad ya que resultó engorroso y lento. Otro problema detectado fue, al igual que en las experiencias previas, la mala calidad de datos para el contacto de las partes. El primer contacto con las partes de parte desde la Defensoría y Fiscalía también fue demorado y, dada la dificultad, se optó por cambiar el proceso encargando este contacto al centro de mediación, lo que resultó más expedito.

Por lo explicado, inicialmente la derivación fue lenta y, si bien el piloto nunca estuvo orientado a abordar una gran cantidad de casos, sino más bien a probar el funcionamiento y el modelo mismo de mediación, fue necesario adoptar medidas para agilizar el proceso y aumentar los casos derivados, por lo cual el Ministerio de Justicia incorporó los Programas de Medidas Cautelares de organismos colaboradores del SENAME para que cooperaran en la detección de casos.

En la mediación propiamente fue muy relevante el papel de la mediadora especialmente contratada para el proyecto, su experiencia y despliegue en terreno.

El estudio práctico o piloto cumplió cabalmente sus objetivos, ya que logró su puesta en marcha y funcionamiento, se evaluó positivamente la calidad

del servicio de mediación, en relación al cumplimiento de estándares internacionales, como asimismo la satisfacción de los usuarios, y se formularon recomendaciones a partir de la identificación de elementos facilitadores y obstaculizadores levantados en el proceso.

En efecto, los resultados más relevantes de la experiencia piloto son cualitativos y, sin perjuicio que la metodología del estudio, detalle de la implementación y de los resultados se encuentran descritos detalladamente en el Informe Final del Estudio “Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil”, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile, ellos pueden sintetizarse en los que señalaremos a continuación.

Al finalizar la primera etapa operativa de la experiencia, desde enero a octubre de 2017, se contabilizó la selección de 97 casos, de los cuales pudieron derivarse efectivamente a mediación 27. La explicación del alto descarte se encuentra en varias razones, principalmente razones técnicas, esto es, tratarse de delitos de poca relevancia jurídica o casos inadecuados para mediación y no cumplir los criterios de derivación acordados en el Convenio, situación que luego de un período de aprendizaje fue superándose, lográndose una selección más efectiva.

Los casos efectivamente derivados a mediación fueron principalmente lesiones, que representaron un 44,4% del total de delitos derivados, seguida de robos, con un 18%, robos no violentos, con un 11,5%, cuasidelitos y hurtos con un 7,4% cada uno, finalizando con otros delitos contra la propiedad, delitos contra la libertad e intimidad de las personas y otros delitos, representando cada una de dichas categorías un 3,7%.

De los 27 casos derivados, 13 no pudieron ser objeto de mediación porque la víctima o el ofensor no fueron ubicados, la víctima rechazó participar, o bien el caso no era adecuado para mediación.

De los casos mediados, hasta octubre de 2017, seis finalizaron la mediación con acuerdo, siete se encontraban aún en proceso de mediación vigente y uno debió ser cerrado por no haberse podido ubicar al ofensor, una vez iniciada la mediación.

El Estudio constató que el piloto logró cumplir con los estándares internacionales de voluntariedad, confidencialidad y neutralidad, sin embargo se observó también que los usuarios no lograron entender a cabalidad el alcance operativo de la confidencialidad; que se percibió el proceso de mediación más orientado al ofensor, y que los operadores visualizaron la mediación principalmente como mecanismo alternativo y de diversificación aplicable. Lo anterior obliga a enfatizar la capacitación de los operadores, para aplicar la experiencia de mediación y a mejorar la información entregada a los usuarios.

Los usuarios entrevistados indicaron altos grados de satisfacción en el proceso. Ellos comprendieron el objetivo del proceso y lo valoraron, expresando motivaciones instrumentales para participar, esto es, la satisfacción de un interés personal, pero también manifestaron motivaciones relacionales, tal como el beneficio de resolver los problemas dialogando, lo que fue observado tanto en usuarios que concluyeron el proceso de mediación como aquellos que no.

Los participantes, víctimas y ofensores, expresaron su percepción de que se había hecho justicia, es decir, evaluaron el proceso como justo.

El estudio también constató que los participantes lograron reducir los prejuicios respecto de la otra parte, reconstruyendo el daño interpersonal generado por el delito.

Las víctimas que terminaron el proceso plantearon que el daño había sido reparado, ya materialmente, ya simbólicamente. Una de las víctimas sólo fue reparada parcialmente, ya que hubo dos ofensores, uno de las cuales no cumplió, lo que lleva a concluir la importancia de reconocer la vinculación entre reparación y responsabilización, debiendo expresarse por tanto en un proceso individual de cada ofensor con la víctima.

Otro aspecto relevante es que los profesionales involucrados en el proyecto valoraron la experiencia de mediación como un mecanismo que ofrece una solución de calidad, y que es capaz de responder de mejor manera a las necesidades de los usuarios, en comparación al sistema penal tradicional, lo que se logró al conocer directamente los casos mediados y sus resultados.

El estudio da cuenta, sin embargo, de que el objetivo de responsabilización del joven fue menos logrado, reflexionando sobre la necesidad de invitar a los ofensores a la mediación con menos énfasis en motivos instrumentales, tales como no quedar con antecedentes penales, como asimismo de encuadrar el rol de la familia y adultos responsables en la mediación de modo que no limiten el proceso de responsabilización del joven.

Es importante señalar que el Estudio también identifica desafíos para una próxima etapa, entre los más importantes:

Reducir algunas restricciones de casos derivables, que en la propia experiencia se visualizó que limitaban injustificadamente esta posibilidad, ampliando la posibilidad de mediación, particularmente para incluir casos de delitos serios, que, por sus circunstancias, resultarían idóneos para la mediación, según visualizaron los propios operadores del sistema.

Ampliar la experiencia de mediación a etapas procesales y a casos en que el objetivo de la misma no es la diversificación del proceso o de la sanción, sino en que pueda operar complementariamente a ellas, tales como casos en

una etapa previa a la sentencia en que la participación en la mediación, su resultado y el eventual acuerdo puedan ser tomados en consideración para determinar el contenido de la sentencia, por ejemplo respecto de las sanciones de reparación del daño y servicio de beneficio a la comunidad; como también casos de mediación posterior a la sentencia en la fase de ejecución, en que sus resultados puedan considerarse como antecedentes para apoyar la solicitud de sustitución de condena en los casos en que ella proceda, experiencias que no fueron exploradas en esta ocasión.

Por último, mejorar los mecanismos de selección y derivación de casos desde Defensoría y Fiscalía; mejorar la información que se transmite a víctima y ofensores para participar, enfatizando no sólo aspectos instrumentales, avanzar en la capacitación y sensibilización de los operadores sobre la mediación como medio no sólo de atender necesidades de resocialización del ofensor, sino igualmente importante como mecanismo orientado a la satisfacción de necesidades y reparación de la víctima; en desarrollar un sistema de supervisión periódica al equipo de mediación.

7. Conclusiones

La actualidad muestra un escenario favorable para avanzar hacia la construcción de una institucionalidad de protección de los derechos de la infancia y en el perfeccionamiento del sistema de justicia juvenil a través del Proyecto de Ley, actualmente en trámite, que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes, y a otras normas que indica, (Boletín 11174-07), el cual contempla entre las modificaciones a la Ley N°20.084, la incorporación por primera vez en Chile, de la mediación en el ámbito penal como una alternativa restaurativa.

La justicia restaurativa penal, entendida como “un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas en un delito resuelven de manera colectiva la forma cómo lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”, constituye una forma de justicia que puede ser mucho más adecuada incluso que la respuesta de la justicia tradicional.

La justicia restaurativa, en su diversas modalidades, conferencias de grupo familiares, círculos de sentencia, mediación penal víctima-ofensor, son experiencias que han sido objeto de múltiples estudios en los países en que las han aplicado, existiendo evidencia suficiente sobre su buena evaluación, tanto respecto de la satisfacción y reparación de las víctimas, como de la resocialización de los jóvenes infractores, mostrando incluso tener un potencial efecto en la disminución de la reincidencia juvenil, todo lo cual reafirma su implementación en Chile como política pública de justicia penal juvenil.

A la luz de la experiencia del proyecto piloto aplicado por la Fiscalía, la Defensoría y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en la zona Norte de Santiago durante el año 2017, es posible afirmar que el modelo de mediación penal juvenil diseñado para el proyecto piloto es viable, incluso en un contexto en que no se encuentra regulado procesalmente, aunque evidentemente con mayores dificultades y limitaciones, las que fue posible superar con un despliegue de gestión para la sensibilización y capacitación de los operadores, como asimismo de coordinación interinstitucional.

El Convenio Interinstitucional, y el Protocolo Operativo que éste contiene, resultó idóneo para la implementación del piloto, debiendo mejorarse algunos aspectos de la regulación, como aspectos operativos, tales como revisar algunas restricciones de derivación de casos, el proceso de selección de casos, mejorar la entrega de información a usuarios, enfatizando no sólo aspectos instrumentales, y transmitiendo que se trata de un metodología orientada a atender necesidades y reparación de la víctima y no sólo, ni principalmente, del ofensor.

Cabe señalar que en el éxito de la experiencia fue muy importante la calidad de la mediación, capacitación y compromiso de la mediadora encargada, de la misma manera que el modelo ecléctico que equilibra las necesidades de todas las partes involucradas.

Dado que la implementación de la justicia restaurativa impone el desafío de introducir un cambio de paradigma que implica un cambio cultural capaz de romper con el concepto de que la única forma de resolver el conflicto penal es la pena retributiva, abriendo camino al protagonismo de las partes en su solución a través del diálogo, y la reparación de la víctima y la responsabilización del ofensor, es enfatizar la difusión de la mediación como un elemento clave en un mayor acceso a la justicia y en la justicia juvenil, partiendo por los operadores jurídicos y extendiéndose a la comunidad.

Considerando que la mediación puede aplicarse a diversos delitos y ofensores, se debe avanzar en su aplicación no solo como una alternativa de diversificación de la justicia tradicional, sino también como complementaria a los procedimientos y sanciones del sistema penal tradicional, por ejemplo, previamente a la sentencia e incluso con posterioridad a ella, en la fase de ejecución, experiencia que no fue explorada en esta ocasión.

Por último, para la implementación de cualquier programa de mediación o de justicia restaurativa, es central la estructuración del sistema o servicio de mediación, el modelo de mediación; la experiencia y capacitación de los mediadores, y el seguimiento de los casos.

CONTENIDOS

Artículos

Abono en causa diversa (Debates y decisiones judiciales en torno del abono a la pena del tiempo de detención, prisión preventiva o privación de libertad del artículo 155 letra a) del Código Procesal Penal, impuestas en una causa diversa)
Hernán Ferrera Leiva

Análisis del delito de obstrucción a la investigación
Hernán Fernández Aracena

El tipo subjetivo del delito de tráfico de precursores
Nicolás Oxman Vilches

Los equipos conjuntos de investigación como herramienta de cooperación internacional
Antonio Segovia Arancibia

La muerte de personas bajo cuidado, custodia o control del Estado: una aproximación desde la perspectiva del Ministerio Público
María Jesús Fernández Gumucio

Evidencia digital. El Convenio de Budapest y sus desafíos en el Derecho Procesal Penal
Camila Bosch Cartagena

Sabotaje informático: ¿la exigencia de daño grave como elemento del injusto?
Samuel Malamud Herrera

Justicia Restaurativa y Mediación Penal Juvenil: Una justicia posible en Chile, la experiencia piloto de la Fiscalía, Defensoría y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Luz María Fernández Saldías

Fallos

Recurso de nulidad rechazado. Actuaciones autónomas de la policía. Ingreso a red social Facebook. Inviolabilidad de las comunicaciones privadas
Corte Suprema