ISSN: 0718-6479

FISCALIA
MINISTERIO PUBLICO DE CHILE

Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº 76 - Agosto 2019

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N° 76 - Agosto de 2019

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

Antonio Segovia Arancibia

Angelica Torres Figueroa

Colaboradores:

Carol Donoso Schwarz

Andrea González Leiva

David Opazo Meneses

Soledad Poblete Moya

La Revista Jurídica del Ministerio Público (ISSN N°0718-6479) es una publicación de la Fiscalía Nacional de la Institución, continuadora del Boletín del Ministerio Público, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y, en 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: Aquaprint Impresores

INDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Artículos

El control de convencionalidad en Chile y los efectos de la declaración de ilegalidad de la detención, a propósito del Caso "Armas" 9

Felipe Gonzalo Marchant Contreras

Sentencias Comentadas

El tipo penal del artículo 195 de la Ley N° 18.290, en las sentencias del Tribunal Constitucional (Comentario de la sentencia de inaplicabilidad Rol 2897-15-INA, del Excmo. Tribunal Constitucional) 42

Hernán Ferrera Leiva

II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

Modificaciones incorporadas por la Ley N° 21.121 al Código Penal: especial referencia al cohecho por la función, en razón del cargo o sin contraprestación 59

Angélica Torres Figueroa

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

Artículos

Los hallazgos casuales y las excepciones a las reglas de exclusión 81

Alejandro Ivelic Mancilla

VI. UNIDAD DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

Fallos

Extradición pasiva para juzgamiento. Sentencia de extradición Rol N° 20.829-2018 de 22 de abril del 2019 101

Ministra Instructora de la Corte Suprema

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

Sentencias Comentadas

Análisis crítico sobre el concepto de "grave sufrimiento" en el delito de tortura. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, de 14 de mayo de 2019 111

Sebastián Cabezas Chamorro

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

Artículos

Ocultamiento o disimulación de bienes como conducta típica: hacia la construcción de límites objetivos entre las insolvencias punibles y el delito de lavado de dinero 133

Camila Guerrero Martínez

VII. DIVISIÓN DE ESTUDIOS, EVALUACIÓN, CONTROL Y DESARROLLO DE LA GESTIÓN

Artículos

Características, alcance y finalidad del indicio a que se refiere el artículo 85 del Código Procesal Penal, a propósito del denominado control de identidad investigativo 181

Rodrigo Honores Cisterna

PRÓLOGO

Tengo el agrado de presentar la edición N°76 de nuestra Revista Jurídica, en la cual los lectores podrán encontrar un artículo que aborda los hallazgos casuales y las reglas de exclusión de la prueba, y un segundo que profundiza respecto de las características, alcance y finalidad del indicio del artículo 85 del Código Procesal Penal, a propósito del denominado control de identidad investigativo.

A su vez, también se contiene un análisis y comentario de la resolución judicial en el caso "Armas" de la Quinta Región, a propósito de la declaración de ilegalidad de una detención y el control de convencionalidad.

Ofrecemos, asimismo, el análisis de una sentencia del Tribunal Constitucional a propósito de la constitucionalidad del artículo 195 de la Ley N° 18.290, así como un segundo estudio que aborda críticamente el "grave sufrimiento" en el delito de tortura, a partir de un fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica.

En materia jurisprudencial, presentamos un fallo de un Ministro Instructor de la Excma. Corte Suprema a propósito de una solicitud de extradición pasiva y la valoración de los antecedentes fundantes del artículo 449 letra c) del Código Procesal Penal.

Finalmente, publicamos en esta edición un artículo que profundiza respecto de las modificaciones incorporadas por la Ley N° 21.121 al Código Penal, con especial referencia al cohecho por la función del cargo, y otro que aborda el ocultamiento o disimulación de bienes como conducta típica, en la búsqueda de límites objetivos entre las insolvencias punibles y el delito de lavado de dinero.

JORGE ABBOTT CHARME
Fiscal Nacional

MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CHILE Y LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN, A PROPÓSITO DEL CASO "ARMAS" *

Felipe Gonzalo Marchant Contreras[1]

Resumen

El presente trabajo aborda la pregunta que inquiere acerca de si un juez de garantía, al declarar la ilegalidad de la detención de un imputado, y bajo el argumento de ejercer un "control de convencionalidad", puede decretar su inmediata libertad e impedir al Ministerio Público formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes. Analizadas las normas y doctrinas pertinentes, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el autor responde negativamente dicha interrogante.

Palabras Claves

Corte Interamericana de Derechos Humanos – Control de convencionalidad – Efectos del control de convencionalidad – Ilegalidad de la detención – Efectos de la declaración de la ilegalidad de la detención.

Introducción

Sobre el llamado "control de convencionalidad" se ha escrito –desde las más diversas perspectivas[2]– con pluma insaciable estos últimos años[3]. Sería ocioso,

* El presente artículo corresponde al trabajo final del autor para titularse en el "Diploma de Postítulo en Derechos Humanos: Teoría y práctica para su protección", impartido por la Escuela de postgrado y el Centro de Derecho Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

1 Abogado de la Fiscalía Regional de Valparaíso, Ministerio Público.

2 Laurence Burgorgue-Larsen ilustra el punto, clasificando a los autores latinoamericanos que han incursionado sobre el tema, desde los "altamente entusiastas" hasta los más "escépticos". Así, dentro del primer grupo, examina lo que ella denomina "doctrina benevolente o escuela del constitucionalismo abierto", identificando en su seno a los "autores entusiastas" y a los "autores circunspectos". Desde el otro extremo, la autora da cuenta de la llamada "doctrina crítica", compuesta, a su vez, por la "escuela sociológica" y la "escuela liberal". Véase, BURGORGUE-LARSEN, Laurence. "Crónica de una teoría moderna en América Latina: un desglose del discurso doctrinal sobre el control de convencionalidad". En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile.* Santiago, Chile, Editorial DER, 2018, págs. 107-141.

3 La bibliografía disponible es realmente abrumadora. Con todo, sugiero tener a la vista, al menos entre nosotros, los tres libros de publicación reciente que a continuación

pues, que mis aspiraciones fueran tan lejos como para pretender ofrecer aquí una exposición detallada de la aludida doctrina. Mi propósito es más modesto, y apunta a abordar una situación concreta que se produjo tiempo atrás en las dependencias del Juzgado de Garantía de San Antonio y que causó gran revuelo en el medio jurídico-político nacional. Me refiero al –que se ha denominado– "caso Armas".

Sucede que el 29 de mayo de 2018, en la causa RUC N°1800520600-2, RIT N°3027-2018, seguida ante dicho Juzgado, el magistrado Flores, luego de declarar la ilegalidad de la detención de los imputados, ordenó la inmediata libertad de éstos, impidiendo al Ministerio Público formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares pertinentes, no obstante existir norma expresa que, en dicha hipótesis, lo faculta precisamente para ello.

Para actuar así, el mentado juez se basó en el artículo 7.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en lo que sigue, CADH o Convención)[4], disposición que hizo primar por sobre el inciso final del artículo 132 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP)[5], bajo el argumento de estar ejerciendo, en los hechos, un verdadero "control de convencionalidad".

En ese contexto, el objetivo de este trabajo consiste en resolver si el denominado control de convencionalidad encuentra verdadera acogida en Chile y si, de ser esto cierto, permite llegar al extremo de que un juez de garantía, en caso de declarar la ilegalidad de la detención, pueda actuar de la forma en que lo hizo el magistrado Flores: derechamente "inaplicar" en el caso concreto una disposición interna que se estima contraria a una norma internacional de los Derechos Humanos.

menciono: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile.* Santiago, Chile, Editorial DER, 2018; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (coords.). *Control de Convencionalidad, Corpus Iuris y Ius Commune Interamericano.* Santiago, Chile, Editorial Triángulo, 2017; y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (coords.). *Control de Convencionalidad Interno. La aplicación del corpus iuris interamericano por los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial, las jurisdicciones nacionales.* Santiago, Chile, Editorial Libromar, 2017. Estos textos, a mi parecer, dan cumplida cuenta del estado actual de la cuestión.

4 En lo pertinente, el precepto invocado dispone: *"Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales…".*

5 En lo que interesa, la norma citada establece: *"En todo caso, la declaración de ilegalidad de la detención no impedirá que el fiscal o el abogado asistente del fiscal pueda formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes…".*

Para tal efecto, el trabajo se estructurará en dos partes, además de esta introducción. En su desarrollo, se abordarán nociones generales del control de convencionalidad y de los efectos de la declaración de ilegalidad de la detención. Ello implicará dilucidar el alcance que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH" o "la Corte") y la doctrina internacional han asignado al artículo 7 (apartados 5 y 6) de la CADH, así como el alcance que el legislador y la doctrina nacional han atribuido al artículo 132 del CPP. Debido a su trascendencia, un acápite especial se reservará para analizar los efectos del control de convencionalidad en Chile, de cara al caso en examen. Las conclusiones –que poco a poco se irán adelantando en el texto– quedan naturalmente para el final.

1. Contexto I: Nociones generales del "control de convencionalidad"

El llamado control de convencionalidad (interno[6]) es una institución desarrollada en los últimos años por la jurisprudencia de la Corte IDH, a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006)[7], con el objeto de dar

6 La doctrina suele distinguir entre un control de convencionalidad *interno, nacional o doméstico* y un control de convencionalidad *externo o internacional* (llamado también *propio* u *originario*). Este último, es el que ejerce la propia Corte IDH, cada vez que, en un asunto concreto sometido a su decisión, determina que un Estado parte de la CADH, a través de uno de sus órganos o de un agente estatal, ya sea por acción u omisión, por la emisión o aplicación de normas jurídicas internas o por conductas contrarias a los Derechos Humanos asegurados por el *corpus iuris* interamericano, ha vulnerado el derecho convencional, generando con ello responsabilidad internacional. En suma, se trata del ejercicio de compatibilidad que realiza la Corte IDH entre el acto de violación estatal (en sentido lato) y las disposiciones convencionales. Sobre ello, véase, por todos, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El control de convencionalidad por las jurisdicciones nacionales". En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (coords.). *Control de Convencionalidad, Corpus Iuris y Ius Commune Interamericano.* Santiago, Chile, Editorial Triángulo, 2017, págs. 19-20; y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad". En: *Estudios Constitucionales,* Año 9, N° 2, Santiago, Chile, Universidad de Talca Centro de Estudios Constitucionales, 2011, págs. 559 y sgtes. Conviene retener desde ya que, para los efectos de este trabajo, sólo reviste importancia el denominado *control de convencionalidad interno o nacional,* y a él deben entenderse hechas todas las referencias del texto.

7 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C nº 154, párr. 124. Si bien este caso es considerado por la doctrina como el punto de partida –*el leading case*– del control de convencionalidad, reconoce, sin embargo, precedentes en votos razonados del Juez Sergio García Ramírez (Véase, por ejemplo, Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C nº 101. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 27; Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. Serie C n° 114. Voto razonado del juez

aplicación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos al ámbito interno de los Estados, a través de la verificación de la conformidad de las normas y actos nacionales, con la CADH y su jurisprudencia[8].

Concretamente, podría afirmarse que el control de convencionalidad es una doctrina pretoriana, ideada por la Corte IDH, que impone a los jueces (y demás autoridades públicas) de los distintos Estados partes de la CADH, el deber de analizar la *compatibilidad o no contradicción* entre el Derecho interno y el llamado *corpus iuris* interamericano, al momento de decidir el Derecho aplicable al caso concreto[9].

Sergio García Ramírez, párr. 3; 5. Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C nº 158., párr. 1 y sgtes., Corte IDH. Caso Vargas Areco vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C nº 155, párr. 6 y 12). Empero, como bien afirma OLANO GARCÍA, Hernán. "Teoría del control de convencionalidad". En: *Estudios Constitucionales,* Año 14, Nº 1, Santiago, Chile, Universidad de Talca Centro de Estudios Constitucionales, 2016, p. 64, lo cierto es que el juez aludido utiliza la locución "control de convencionalidad" para referirse, en esta fase germinal del concepto, al despliegue funcional de la Corte IDH como una especie de tribunal supranacional convencional; vale decir, se refiere más bien al control de convencionalidad internacional –a que he hecho referencia en la nota anterior– y no al control de convencionalidad interno o doméstico, que nace en el *pleno* de la Corte IDH, por así decirlo, formal y oficialmente, con el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006).

8 Cfr. NASH ROJAS, Claudio. "Breve introducción al control de convencionalidad". En: *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad* [en línea], versión actualizada a 2019, págs. 4 y 5. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf [fecha de última consulta: 03 de octubre de 2019]

9 Entre otros, véase: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; y NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. "El Control de convencionalidad: ¿Hacia un no positivismo interamericano?". En: *Revista Boliviana de Derecho,* N° 21, enero, Bolivia, Fundación Iuris Tantum, 2016, p. 330; y FERRER, *Interpretación conforme…,* ob. cit., págs. 562 y 582 a 586. El llamado *corpus iuris* interamericano –denominado también por algunos como el "bloque de convencionalidad"– se integra, en general, por los tratados internacionales de Derechos Humanos creados en el seno de la OEA (CADH, sus protocolos adicionales y demás instrumentos del sistema interamericano), por la jurisprudencia de la Corte IDH (pronunciada tanto en casos contenciosos como en no contenciosos) y, según algunos, por otros instrumentos internacionales, denominados de *soft law*. Un listado detallado de todos estos instrumentos puede leerse, con distintos niveles de generosidad, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "El Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (A una década de su creación: 2006-2016)". En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile.* Santiago, Chile, Editorial DER, 2017, págs. 64 a 66; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Control de Convencionalidad Interno. La aplicación del Corpus Iuris Interamericano por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial, las jurisdiccionales nacionales.* Santiago, Chile, Editorial Librotecnia, 2017, págs. 30-31; y OLANO, *Teoría del control…,* ob. cit., págs. 75-76.

A fin de ilustrar las características principales del control de convencionalidad, la doctrina suele identificar cuatro "etapas" o "tiempos" en el desarrollo jurisprudencial interamericano del mentado control[10].

El primer hito en esta evolución lo marca, según ya se ha adelantado, el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), donde la Corte IDH fijó los "aspectos generales" de la doctrina en palabra, radicando su ejercicio exclusivamente en los órganos jurisdiccionales, y aclarando que el parámetro del control de convencionalidad no está dado únicamente por la CADH, sino también por su jurisprudencia. Al efecto señaló: *"La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"*[11].

Más tarde, en el Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006), la Corte IDH precisó que el control de convencionalidad debía realizarse de oficio por la magistratura local, aunque siempre dentro del ámbito de su competencia y de los procedimientos internos establecidos para ello. La Corte dijo: *"Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En*

10 Sobre el punto, véase a modo de resumen, NASH ROJAS, Claudio. "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Año XIX, Bogotá, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2016, págs. 495-499; y GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "Control de Convencionalidad". En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile.* Santiago, Chile, Editorial DER, 2017, págs. 24-30. Un análisis exhaustivo de esta evolución puede leerse, además, en FERRER, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia…*, ob. cit., págs. 37 a 62.

11 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C nº 154, párr. 124.

otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones"[12].

Poco después de emitidas estas sentencias, la Corte IDH estimó conveniente extender el ejercicio del control de convencionalidad a otras autoridades del Estado, específicamente, a los "órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles". Así, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010), la Corte expresó: "Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"*[13].

Finalmente, en el caso Gelman vs. Uruguay (2011), la Corte IDH invistió como órgano competente para realizar el control de convencionalidad a "toda autoridad pública" (y ya no sólo a los "órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles"), en los siguientes términos: "(…) *La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos*

12 Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C nº 158, párr. 128.

13 Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C nº 220, párr. 225.

de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad", que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial"[14].

Esta doctrina ha sido luego sistematizada en diversos fallos de la Corte, especialmente, en la supervisión del cumplimiento de la sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay* (2013)[15], constatando al respecto Ferrer que, desde el año 2006 (caso *Almonacid Arellano vs. Chile*) hasta el año 2016, la Corte IDH se ha pronunciado en treinta y tres casos contenciosos sobre diversos aspectos del control de convencionalidad, y que ha hecho referencia a éste en varias opiniones consultivas, en resoluciones sobre supervisión de cumplimiento de sentencia y en resoluciones sobre la adopción de medidas provisionales[16].

A la luz de la jurisprudencia anotada, puede afirmarse que el control de convencionalidad presenta en la actualidad, a lo menos, las siguientes características:

a) Supone verificar la compatibilidad o no contradicción de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados internacionales sobre Derechos Humanos de los cuales el Estado sea parte; o sea, y en suma, contrastar la compatibilidad del Derecho interno con el llamado *corpus iuris* interamericano;

b) Compete a todos los agentes del Estado y, principalmente, aunque no exclusivamente, a los operadores de justicia (jueces[17], fiscales y defensores), y debe realizarse *ex officio,* o sea, sin necesidad de requerimiento de parte;

14 Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n° 221, párr. 239.

15 Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Sentencia de 20 de marzo de 2013, párr. 65 y ss.

16 Véase FERRER, *El Control de Convencionalidad en la jurisprudencia…,* ob. cit., págs. 43 y sgtes. Una sistematización de la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia, puede consultarse, además, en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ob. cit., págs. 5 y sgtes.

17 Cabe hacer notar que la referencia a los "jueces" debe entenderse hecha tanto a los que forman parte del poder judicial como a los que no lo integran, y que además resulta irrelevante su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización; todos están obligados a ejercerlo. Entre nosotros, ello incluiría a la Corte Suprema, a las Cortes de Apelaciones, al Tribunal Constitucional, a los jueces ordinarios, etc. Sobre el punto, véase, FERRER, *Interpretación conforme…,* ob. cit., p. 568.

c) Su ejercicio se efectúa en *"el ámbito de competencia de cada autoridad y de las regulaciones procesales correspondientes"*, de modo tal que puede significar la necesidad de interpretar las normas internas en conformidad con el bloque de convencionalidad (corpus iuris interamericano), o bien, la expulsión o inaplicación del sistema interno de normas contrarias a dicho bloque (sea vía legislativa o jurisdiccional, *en su caso*)[18].

En cuanto al *fundamento* del control de convencionalidad, existe un amplio consenso doctrinal[19], en orden a que dicho control encuentra su basamento normativo en los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH y en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados[20]. Algunos tratadistas chilenos se han esmerado, además, en darle sustento normativo a la obligatoriedad de su ejercicio en el sistema nacional[21].

18 Cfr. NASH, *Breve introducción…*, ob. cit., págs. 3-5.

19 Así, entre otros, NASH, *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales…"*, ob. cit., págs. 493-494; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. "El control de Convencionalidad: Aproximación desde el enfoque del ius constitutionale commune y la interamericanización". En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile.* Santiago, Chile, Editorial DER, 2017, págs. 493-494; y FERRER, *Interpretación conforme…*, ob. cit., págs. 588-591.

20 Los dos primeros consagran la denominada "obligación de *respeto, garantía y adecuación*" de los Estados Parte de la CADH, que se traduce en la obligación que pesa sobre éstos de respetar y garantizar, sin discriminación alguna, el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades que la Convención reconoce a las personas (artículo 1.1 de la CADH), y de adoptar en el ámbito interno las medidas necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (artículo 2 de la CADH). El artículo 29 de la CADH, por su parte, consagra las llamadas "normas de interpretación", de acuerdo con las cuales, los Estados partes deben, a través de sus respectivos ejercicios hermenéuticos, permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la CADH, lo que al mismo tiempo supone efectuar interpretaciones restrictivas, cuando se trate de limitaciones a tales derechos y libertades. En fin, el artículo 26 de la Convención de Viena sobre sobre Derecho de los Tratados, establece el principio del *pacta sunt servanda,* conforme al cual, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena de fe, al paso que el artículo 27 de la aludida Convención, prohíbe a los Estados Partes invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

21 En esta línea, principalmente NASH ROJAS, Claudio. "Control de Convencionalidad en Chile. Bases Normativas, Jurisprudencia y Críticas". En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile.* Santiago, Chile, Editorial DER, 2017, págs. 406-4011, para quien las bases jurídicas que posibilitan la aplicación del control de convencionalidad en Chile estarían dadas por los artículos 1, 5 inciso 2° y 6, todos de la Constitución Política; y NOGUEIRA, *Control de Convencionalidad Interno…*, ob. cit., págs. 117-142, para quien el basamento constitucional del ejercicio

Por último, cabe hacer notar que la no realización del control de convencionalidad por parte de las autoridades estatales, implica para el Estado incurrir en responsabilidad internacional[22].

2. Contexto II: A la luz del caso concreto

El 29 de mayo de 2018, en dependencias del Juzgado de Garantía de San Antonio, se celebró la audiencia de control de la detención de dos imputados, quienes fueron sorprendidos transportando en un vehículo sendas armas, municiones y una gran cantidad de dinero en efectivo. Luego de declarar la ilegalidad de sus respectivas detenciones[23], el magistrado Flores, quien dirigió

obligatorio del control de convencionalidad en Chile, arrancaría de los artículos 1, incisos 1° y 4°, 5 inciso 2°, 6, 7 y 54 N° 1 inciso 5°, todos de la Carta Fundamental. Contrástese ello con la tesis defendida por HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y José Ignacio NÚÑEZ LEIVA. "Control de Convencionalidad en Chile. Un soliloquio en 'el laberinto de la soledad'". En HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile.* Santiago, Chile, Editorial DER, 2017, págs. 376 y sgtes., para quienes el control de convencionalidad se encuentra en Chile "solitario en medio de un laberinto", cuya única salida consistiría en una modificación al sistema de fuentes formales del Derecho chileno. A juicio de estos autores, nuestra Constitución no cuenta con normas de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos que facilite la aplicación del control de convencionalidad, cuestión que se agravaría al considerar que el control de constitucionalidad está concentrado en el Tribunal Constitucional, que además no es un tribunal de amparo de los derechos fundamentales (se trata de la, por ellos llamada, "pared al laberinto"). En tal sentido, concluyen los autores citados que la única forma de fundar la obligación interna de ejercer el control de convencionalidad consiste en reconocer rango constitucional a los Tratados sobre Derechos Humanos, pues "sólo así los jueces podrán preferir, en ejercicio del control de convencionalidad, la aplicación de la norma internacional respecto de la norma interna".

22 Cfr. FERRER, *Interpretación conforme…,* ob. cit., págs. 590-591; y NOGUEIRA, *Control de Convencionalidad Interno…,* ob. cit., p. 144. Con todo, no debe perderse de vista que la Corte IDH llevará en esto la última palabra, ya que si el caso llega a su conocimiento, no sería suficiente que el Estado demandado alegase que la autoridad respectiva ejerció en su momento el control de convencionalidad, pues la Corte podría siempre "corregir" su aplicación. Esto no es baladí, pues, según destaca Silva, más que ejercer el control de convencionalidad, la Corte exige que se haga un *correcto* control de esta especie. Véase, SILVA ABBOT, Max. "Control de Convencionalidad Interno y Jueces Locales: Un Planteamiento Defectuoso". En: *Estudios Constitucionales,* Año 2014, N° 2, Santiago, Chile, Universidad de Talca Centro de Estudios Constitucionales, 2016, págs. 119-120.

23 El juez de garantía declaró la ilegalidad de la detención al constatar que el control de identidad efectuado a los imputados, y el consiguiente registro y revisión del maletero del móvil en que se desplazaban, así como una valija o maleta que se hallaba en su interior (y que contenía, entre otros elementos, dos revólveres, una pistola, más de 200 municiones, un kit de conversión de pistolas y la suma de $4.152.000), se practicó única y exclusivamente en atención a que dicho vehículo circulaba con vidrios polarizados,

la audiencia, decretó la inmediata libertad de los encartados, fijando una nueva fecha para efectos de formalizar la investigación y debatir la imposición de medidas cautelares[24].

Para proceder así, el mentado juez se asiló en el artículo 7.6 de la CADH, que en la audiencia invocó erróneamente, pues aludió al artículo 7.2, referencia que luego corrigió en su "informe de queja", explicando en él que lo que hizo en la especie fue ejercer un control de convencionalidad de la precitada norma, dándole primacía por sobre el artículo 132 del CPP que, según ya se ha destacado, autoriza al fiscal, no obstante haberse declarado la ilegalidad de la detención, a formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes[25].

---

cuestión que si bien pudo ser motivo para una fiscalización al amparo de la Ley de Tránsito, no constituía un indicio que habilitara el control de identidad en los términos del artículo 85 del CPP, afectándose de esta forma el debido proceso, la intimidad y la libertad ambulatoria de los encartados. Más tarde, el 04 de julio de 2018, esta resolución fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso (Rol IC N° 1178-2018, acumulada al Rol IC N° 1172-2018).

24 Es del caso reconocer que el fiscal de audiencia no efectuó ninguna alegación tendiente a combatir esta resolución judicial ni dedujo recurso alguno en su contra, pues, según expresó, esta forma de proceder del magistrado era habitual, por lo que se trataba de un criterio asentado en la referida jurisdicción. Lo que sucedió en la audiencia, según se escucha en la pista de audio pertinente (minuto 12:31 a 12:59), fue lo siguiente:
- Juez: "(…) Por todo lo anterior se declara ilegal la detención de los encartados. Estimando el tribunal que prima sobre el artículo 132 del Código Procesal Penal el artículo 7.2 (sic) de la Convención Americana de Derecho Humanos, que obliga a la libertad de los encartados si es entendida ilegal su detención, se va a proceder a ello. ¿Se fija audiencia de formalización?"
- Fiscal: "sí magistrado".
Por fin, cabe consignar que el juez Flores fue más tarde recurrido de queja ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, recurso que se rechazó el 04 de julio de 2018. Para ello, el Tribunal de Alzada tuvo únicamente presente que la resolución que determina la libertad de los detenidos y que, acto seguido, fija nueva fecha para la realización de la audiencia de formalización, no es una sentencia definitiva o interlocutoria que ponga término al juicio o haga imposible su prosecución, únicas resoluciones que hacen procedente un recurso de queja, al tenor de lo dispuesto en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, o sea, y en definitiva, el recurso se rechazó por razones de forma, sin que, en consecuencia, los Ministros hayan entrado a conocer del fondo del asunto –inconsistencia manifiesta, dicho sea de paso, pues el recurso ya había superado el examen de admisibilidad– (Rol IC N° 1172-2018, acumulado al Rol IC N° 1178-2018).

25 En palabras del propio juez recurrido (contenidas en su *informe de queja*): "Hecho lo anterior [declarada que fuera la ilegalidad de la detención], en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7 N° 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone que declarada la ilegalidad de la detención se debe proceder a disponer la libertad de los sujetos, este magistrado optó, dado el necesario control de convencionalidad –y no pudiendo compatibilizar las normas en conflicto (el artículo precitado y el artículo 132 inciso final del Código Procesal Penal)– por aplicar la disposición contenida en el Tratado Internacional, disponiendo la libertad de los

3. Síntesis de la controversia

Como ya podrá adelantarse, el problema que subyace a la elaboración del presento texto, y cuyo propósito ha sido precisamente resolver, consiste en responder la pregunta que inquiere acerca de si un juez de garantía, al ejercer un control de convencionalidad, puede o no disponer la inmediata libertad de un imputado cuya detención ha sido declarada ilegal, impidiendo con ello al Ministerio Público realizar las actuaciones procesales a que el artículo 132 del CPP lo autoriza expresamente.

En este escenario, hay dos normas que "conviven" en *aparente* tensión: por un lado, el artículo 7.6 de la CADH y, por otro, el artículo 132 inciso final del CPP, tantas veces citados.

Con el propósito de someter a un test de *plausibidad* la decisión adoptada por el juez de garantía de San Antonio y, con ello, determinar si lleva o no razón al actuar en la forma en que lo hizo, es preciso dilucidar, primero, el alcance que la jurisprudencia de la Corte IDH y la doctrina internacional han atribuido al artículo 7.6 de la CADH y, al mismo tiempo, determinar los efectos que derivan de la declaración de la ilegalidad de la detención. Acto seguido, será menester detenerse en los efectos del control de convencionalidad, para, hecho esto, aterrizar finalmente el asunto al caso chileno.

4. Sentido y alcance del artículo 7.6 de la CADH

He afirmado repetidas veces que el magistrado Flores, para ejercer un control de convencionalidad, se asiló en el artículo 7.6 de la CADH, disposición que hizo primar por sobre el artículo 132 del CPP puesto que, a su juicio, existía "una colisión frontal e insalvable" de estas dos normas[26]. En concreto, el mentado juez entendió que el aludido precepto internacional lo *"obligaba"*[27], una vez constatada la ilegalidad de la detención, a decretar la *inmediata libertad* de los imputados, y que esa norma –merced al pretendido "control de convencionalidad"– debía aplicarse con preferencia a la disposición nacional en aparente conflicto.

sujetos y fijando audiencia para efectos de formalizar la investigación y debatir cautelares, la que se agendó para el día 19 del corriente, a las 09:00 horas…". A ello agregó que, aun reconociendo que la cuestión de la aplicabilidad del Derecho nacional y del Derecho Internacional en el ámbito interno es de suyo compleja, en su concepto, es menester "dar *aplicación preferente* al Derecho Internacional", cuando existen normas de derecho interno que se contraponen a aquél, cuyo sería –a su juicio– precisamente el caso.

26 Así lo señala expresamente en su *informe de queja* (Rol IC N° 1178-2018, acumulada al Rol IC N° 1172-2018).

27 Así se escucha en la *pista de audio* más arriba transcrita (véase nota al pie nº 24).

Si bien una lectura alífera, literal y acaso impulsiva del artículo 7.6 de la CADH podría conducir a la aludida conclusión, lo cierto es que –según se demostrará– aquél razonamiento se aparta por completo del sentido que la Convención y la jurisprudencia de la Corte IDH han atribuido a la norma en referencia.

La cuestión comienza por comprender que el artículo 7.6 de la CADH no es una disposición aislada o huérfana, sino que se halla en íntima –y especial– relación con su escolta precedente, esto es, con el numeral quinto de la citada norma. El artículo 7 de la Convención, en estos dos numerales, dispone lo siguiente:

> *"5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*
>
> *6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona"*[28].

Se advertirá, pues, que el artículo 7.5 de la Convención, en su primera parte, reconoce el derecho de todo detenido o retenido a ser conducido sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, vale decir, consagra el derecho y obligación de pronta conducción ante una autoridad judicial, para que ella verifique la observancia del conjunto de garantías de la libertad personal, lo que incluye "el examen de la licitud de la privación de libertad"[29]. No es ocioso subrayar que esta conducción inmediata

28 Una sistematización reciente de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre todos los numerales del artículo 7 de la CADH, puede verse en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 8: Libertad personal* [en línea], versión actualizada a 2017, págs. 1-94. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertadpersonal5.pdf [fecha de última consulta: 03 de octubre de 2019]

29 Cfr. CASAL, Jesús María. "Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal". En: STEINER, Christian y URIBE, Patricia (coords.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada.* Primera edición, México, Fundación Konrad Adenauer y Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 195.

ante el juez u otro funcionario que desempeñe funciones judiciales, "ha de producirse no sólo para que éste verifique el estado en que aquél se encuentra, sino también para que pueda ejercerse un control judicial apropiado sobre la privación de libertad, [lo que] supone que el juez tenga la oportunidad de oír al detenido para pronunciarse sobre la continuación o cesación de la privación de libertad, *acordándose eventualmente medidas cautelares sustitutorias"*[30].

La segunda parte del precepto en análisis, consagra el derecho de toda persona detenida o retenida a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, pudiendo su libertad estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio. Este derecho, según destaca nuevamente Casal, "está referido principalmente a las personas que han sido detenidas en un proceso penal y está inescindiblemente ligado al contemplado en la primera parte de ese mismo artículo. Si alguien es detenido en virtud de alguna imputación penal, debe ser conducido sin demora ante un juez, el cual deberá examinar la licitud de la privación de libertad y decidir si puede continuar. Al hacerlo, deberá apreciar si hay razones de peso que justifiquen privar de libertad a una persona que se presume inocente (…). Si el juez determina que estas razones existen, *puede acordar la privación cautelar de la libertad,* pero ésta no debe prolongarse más allá de lo razonable"[31].

Por su lado, el artículo 7.6 de la CADH, en su primera parte, otorga a toda persona privada de libertad el derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene, si fuere ilícita, la liberación del afectado. Este derecho, siempre en palabras de Casal, "va dirigido a permitir el control judicial sobre las privaciones de libertad y se corresponde con la acción o recurso de hábeas corpus contemplado en muchos Estados del sistema interamericano, aunque contiene exigencias y conceptos autónomos de la Convención"[32].

La diferencia entre el derecho a ser trasladado sin demora ante una autoridad judicial previsto en el artículo 7.5 y el derecho "al recurso judicial" reconocido en el artículo 7.6 de la Convención, Casal la explica así: "Ya decíamos que toda persona detenida o retenida ha de ser conducida sin dilación ante una autoridad judicial para asegurar el control judicial, de acuerdo con el artículo

30 CASAL, *Artículo 7…*, ob. cit., p. 197 (el destacado es mío). Y prosigue: "De ahí que no se haya considerado suficiente la presencia de un juez al momento de la detención, pues la autoridad judicial debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, *para decidir si procede la liberación o mantenimiento de la privación de libertad"* (las bastardillas, mías).

31 CASAL, *Artículo 7…*, ob. cit., p. 199 (el destacado es mío).

32 CASAL, *Artículo 7…*, ob. cit., p. 203.

7.5, lo cual hace innecesaria la invocación del artículo 7.6, *si esa intervención judicial se produce con oportunidad de audiencia para el afectado y con observancia de las demás garantías procedimentales.* No obstante, el recurso contemplado en el artículo 7.6 subsiste como herramienta procesal en manos de cualquier persona privada de libertad, *frente a medidas que no hayan sido sometidas al control automático u obligatorio del artículo 7.5 (…)"*[33].

Fluye entonces de estas palabras que es la propia CADH la que ha separado ambos extremos del asunto en revisión: por una parte, prevé el necesario control jurisdiccional de la detención (artículo 7.5) y, por otro lado, establece un *recurso o habeas corpus* para impugnar la ilegalidad de la detención (artículo 7.6), en los casos en que no haya operado el primero. La jurisprudencia de la Corte IDH es clara, también, en diferenciar ambos aspectos[34].

33 CASAL, *Artículo 7…,* ob. cit., p. 203 (las bastardillas, mías).

34 La Corte denomina al artículo 7.5 de la Convención como el derecho al "control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva", al paso que se refiere al artículo 7.6 como el derecho "a impugnar la legalidad de la detención" (Vgr., Corte IDH. Caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 06 de mayo de 2008. Serie C nº 180, párr. 89). Ambos extremos quedan, a mi juicio, bien definidos en las siguientes palabras de la Corte Internacional: "La Corte ha entendido que, según el texto del artículo 7.6 de la Convención, el titular del "derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente [para que éste] decida sin demora sobre la legalidad de su arresto o detención" corresponde a la "persona privada de libertad", si bien "los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona". A diferencia del derecho reconocido en el artículo 7.5 de la Convención que impone al Estado la obligación de respetarlo y garantizarlo *ex officio,* el artículo 7.6 protege el derecho de la persona privada de libertad a recurrir ante un juez, independientemente de la observancia de sus otros derechos y de la actividad judicial en su caso específico, lo cual implica que el detenido efectivamente ejerza este derecho, en el supuesto de que pueda hacerlo y que el Estado efectivamente provea este recurso y lo resuelva. En situaciones de privación de la libertad como las del presente caso, el *habeas corpus* representaría, dentro de las garantías judiciales indispensables, el medio idóneo tanto para garantizar la libertad de la persona como para controlar el respeto a la vida y proteger la integridad personal del individuo. Ciertamente el nombre, procedimiento, regulación y alcances de los recursos internos que permitan revisar la legalidad de una privación de libertad pueden variar de un Estado a otro…" (Corte IDH. Caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 06 de mayo de 2008. Serie C nº 180, párrs. 114-115). No está de más recordar que la doctrina, al tratar el derecho consagrando en el artículo 7.6 de la Convención, habla siempre del *"recurso"* o de la facultad de *"recurrir"*, vale decir, se le perfila en todo caso como un mecanismo de impugnación, en su especie de recurso. Véase, por ejemplo, CASAL, *Artículo 7…,* ob. cit., págs. 203 y sgtes.; y MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial.* Chile, Centro de Estudios de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005, págs. 252 y sgtes. De hecho, según afirma esta última autora, el recurso de *hábeas corpus* previsto en el artículo 7.6 no es más que la expresión del artículo 25 de la CADH –que establece el derecho a la protección judicial, a través de un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo, que ampare a las personas

Así las cosas, es dable concluir que el *espíritu* de la CADH apunta a que el detenido sea puesto a disposición del tribunal en el más breve plazo, para que éste *controle* la legalidad de la detención, situación reglada, según se ha razonado, en el artículo 7.5 y no en el artículo 7.6 de la Convención. La primera de las disposiciones citadas, además, prevé expresamente la posibilidad de que la privación de libertad continúe, cual sería, en nuestro caso, la eventual imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, luego de formalizada la investigación, en los términos del artículo 132 del CPP.

No es ocioso aclarar aquí que, *conceptualmente*, una vez que se verifica la audiencia de control de detención, esta última –la detención–, *termina* (salvo el caso de su ampliación); cosa distinta es que la privación de libertad del imputado pueda *eventualmente prolongarse;* pero esto último ocurrirá ya no merced a la detención, como se ha visto, sino que a título de la medida cautelar más gravosa. Sobre esto, huelga destacarlo, no parece haber mayores reparos en la doctrina nacional[35].

Arrojando más luces sobre el punto, la Corte IDH, al interpretar el artículo 7.2 de la CADH, ha señalado que dicha disposición establece "la posibilidad de restringir el derecho a la libertad personal por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)"[36].

Y sucede que, como he afirmado, verificada la audiencia de control de la detención, esta última de ordinario *termina*, siendo nuestro legislador nacional el que "de antemano", en el inciso final del artículo 132 del CPP, ha previsto expresamente la posibilidad de que dicha privación de libertad "continúe", merced a la imposición de la cautelar más gravosa.

---

contra actos que violen sus derechos fundamentales– cuando lo que se protege es la libertad personal. En otras palabras, el *hábeas corpus* del artículo 7.6 de la CADH es la especie respecto del género constituido por el artículo 25 de la Convención (Véase, MEDINA, *La Convención Americana…*, ob. cit., págs. 252, 254, 365 y 366, con cita a variada jurisprudencia interamericana).

35 LÓPEZ MASLE, Julián y HORVITZ LENNON, María Inés. *Derecho Procesal Penal Chileno.* Primera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, Tomo I, p. 388: "La audiencia de control de la detención es el momento del procedimiento a través del cual se pone necesariamente fin a la detención, toda vez que, si el fiscal desea prolongar la situación de privación de libertad, debe hacerlo (…) por la vía de solicitar y obtener la prisión preventiva del imputado…". En el mismo sentido MATURANA MIQUEL, Cristián, y MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho Procesal Penal.* Segunda edición, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2012, Tomo I, p. 517.

36 Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C nº 135, párr. 196.

En consecuencia, la última disposición citada es, a mi entender, prístinamente coherente con el espíritu de la Convención y con la jurisprudencia de la Corte IDH –baremos estos, recuérdese, esenciales para ejercer un control de convencionalidad– que, al amparo del artículo 7.5 de la CADH, ha reconocido expresamente la facultad del juez para "decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad", en el contexto del control de la detención[37].

Por otro lado, y conforme he venido razonando, es dable sostener que el artículo 7.6 de la CADH está pensado como un *mecanismo subsidiario* al artículo 7.5 de la misma Convención, vale decir, para el caso en que no se verifica un *control jurisdiccional de la detención* ajustado a esta última norma o a que, en el peor de los casos, simplemente no lo haya. Cabe recordar que, según enseñaba Casal, la invocación del artículo 7.6 resulta innecesaria si la intervención judicial se produce con oportunidad de audiencia para el afectado y con observancia de las demás garantías procedimentales[38], esto es, precisamente, al alero del artículo 7.5 de la CADH, como aquí efectivamente ocurrió.

Por eso es que la garantía que concede el artículo 7.6 de la Convención es concebida por toda la doctrina como un verdadero *recurso* a favor del ilegalmente privado de libertad, cuya naturaleza, a mi entender, se aviene bien con nuestro amparo ante el juez de garantía (artículo 95 del CPP) y, mejor todavía, con la acción constitucional de amparo (artículo 21 de la Constitución Política), casos en los cuales es la propia Ley y la Constitución, respectivamente, las que, también de "antemano", autorizan para disponer la inmediata libertad del que ha sido ilegalmente privado de ella, si fuera menester, y en los casos allí previstos. Una lectura completa de la disposición internacional en palabra confirma esta interpretación[39].

37 Corte IDH. Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C n° 289, párr. 129: "(…) La parte inicial del artículo 7.5 de la Convención dispone que la detención de una persona debe ser sometida sin demora a revisión judicial. La Corte ha señalado que para satisfacer la exigencia del artículo 7.5 de 'ser llevado' sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, el detenido debe comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, *para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad…"* (el destacado es mío). En el mismo sentido, Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C n° 319, párr. 103.

38 CASAL, *Artículo 7…*, ob. cit., p. 203.

39 El texto íntegro del artículo 7.6 de la CADH es el siguiente: "Toda persona privada de libertad tiene derecho a *recurrir* ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el

Y entonces, si en alguna de estas dos disposiciones cabía subsumir el asunto en análisis, ciertamente lo era en el artículo 7.5 de la CADH y no en el artículo 7.6, norma aquélla a la cual por cierto se dio estricto cumpliendo en el caso concreto, pues los detenidos fueron puestos "sin demora" a disposición del magistrado Flores, para que éste controlara sus respectivas detenciones. Y ese mismo precepto es el que, en armonía con lo dispuesto en el artículo 132 del CPP, permite *prolongar* la privación de libertad del imputado, una vez controlada la legalidad de la detención, si bien a título de otra medida cautelar.

La pretendida consecuencia de "liberación automática" del encartado, frente a una declaración de ilegalidad de la detención, a la luz de la normativa internacional colacionada, no es, entonces, tal.

Una primera conclusión se asoma sola: el ejercicio mismo de subsunción normativa efectuado por el juez de garantía resultó errado, pues la hipótesis fáctico-procesal del caso no estaba concebida para ser aplicada al alero de la disposición internacional que aquél equivocadamente invocó. En verdad, nunca existió un conflicto de normas de derecho interno con normas del derecho internacional que, sobre este punto, hiciera meritorio ejercer un verdadero control de convencionalidad.

No desconozco que –como destaca García– es perfectamente posible que los tribunales internos, en el desempeño del control de convencionalidad, puedan formular interpretaciones propias acerca de normas de derecho internacional, cuando no exista jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la norma que los juzgadores nacionales examinan y pretenden aplicar[40].

arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a *recurrir* a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho *recurso* no puede ser restringido ni abolido. Los *recursos* podrán interponerse por sí o por otra persona" (el destacado es mío). En consecuencia, parece claro que esta disposición está pensada no para *el control de la detención* que se realiza ante el juez de garantía, sino que para otro tipo de privaciones de libertad, y siempre en el entendido de que este derecho confiere una *acción* o *recurso* distinto a la obligación que tiene el Estado de trasladar al detenido a la presencia judicial, en el más breve plazo. En general, la Corte IDH se ha pronunciado respecto de este numeral, exigiendo que la previsión del hábeas corpus sea efectivo, que a la vez judicial, reiterando así las características propias del recurso judicial establecido en el artículo 25 de la CADH –efectivo, sencillo y rápido– con lo que se corrobora la relación de género a especie existente entre estas dos disposiciones, según ya adelantaba Medina (Véase, Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C n° 319, párrs. 130 y sgtes.). Consúltese, asimismo, nota al pie nº 34.

40 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "El Control judicial interno de convencionalidad". En: *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídica de Puebla A.C.,* Vol. V, núm. 28, diciembre, México, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., 2011, p. 139.

Pero es que aquí sencillamente no había ningún control de convencionalidad que ejercer: el artículo 7.5 de la CADH es compatible con el artículo 132 del CPP. Y el artículo 7.6 de la CADH lo es también con los artículos 95 del CPP y 21 de nuestra Carta Fundamental.

5. Los efectos de la declaración de la ilegalidad de la detención

Sabido es que, antes de la reforma del 14 de marzo de 2008, a manos de la Ley N° 20.253, se ventiló entre nosotros una encendida discusión en torno a cuáles eran los *efectos* concretos que producía la declaración de la ilegalidad de la detención. En esta hipótesis, y frente al otrora silencio de la ley, algunos jueces propugnaron como consecuencia necesaria de dicha declaración de ilegalidad, la liberación inmediata del imputado, restando únicamente la posibilidad de citarlo a otra audiencia en fecha próxima, al paso que otros magistrados sostenían que, por una cuestión de eficiencia y economía procesal, el Ministerio Público podía formalizar y pedir medidas cautelares en la misma audiencia en que la referida declaración de ilegalidad se había pronunciado[41].

Esta discusión fue expresamente zanjada por la aludida Ley N° 20.253, que modificó el inciso final del artículo 132 del CPP, de la forma en que actualmente se lee.

Así las cosas, desde un punto de vista normativo interno, no parece haber dudas acerca los efectos de la declaración de la ilegalidad de la detención: impide su ampliación, pero no obsta a la formalización de la investigación ni a la petición de medidas cautelares, dentro de las cuales evidentemente se cuenta la prisión preventiva. Y como –según ya se explicó– no existe controversia alguna entre los artículos 7.5 y 7.6 de la CADH con el artículo 132 del CPP, no había motivo alguno para impedir su aplicación en el caso concreto.

Y en todo caso, si a pesar de lo dicho, alguno estimara que el juez Flores llevaba razón al constatar aquí un "conflicto irresoluble" de normas, soy de la idea que, al menos en Chile, un juez ordinario no está facultado para "inaplicar" una disposición interna, ni aún bajo el pretexto de estar ejerciendo un control de convencionalidad. Este aserto lo justifico a continuación.

41 Un resumen de la situación descrita puede leerse en SALAS ASTRAIN, Jaime. *Problemas del Proceso Penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales.* Segunda edición aumentada, Santiago, Chile, Librotecnia, 2015, págs. 367-368.

6. Efectos del control de convencionalidad: el caso chileno

Una cuestión sumamente debatida en la doctrina es la determinación precisa de los *efectos* que produce el ejercicio del control de convencionalidad en el Derecho interno de los Estados parte de la CADH.

En general, es posible constatar dos tendencias claramente diferenciadas sobre el punto: la primera, partidaria de –lo que podríamos denominar– una "máxima amplitud de los efectos del control de convencionalidad", defiende la idea de que un juez ordinario puede incluso "inaplicar" una norma interna, cuando se encuentra en oposición con una norma convencional, cualquiera sea el sistema de control de "constitucionalidad" que rija al interior del Estado parte; la segunda, más realista a mi parecer, hace depender tales efectos precisamente de esta última circunstancia y de las facultades con las que cuenta cada autoridad llamada a aplicarlo. Si la autoridad respectiva carece de competencia para inaplicar una norma que se estima inconvencional, de acuerdo a esta última postura, sus atribuciones cesan en la llamada "interpretación conforme"[42].

Nogueira, máximo representante de la primera línea de pensamiento, afirma que "si en el control de convencionalidad se determina que una norma jurídica interna (ley, reglamento, decreto, resolución) es 'inconvencional', *se genera siempre el deber jurídico del juez ordinario o especial de inaplicar la norma jurídica interna que colisiona con los atributos o garantías del derecho asegurado por la CADH, constituyendo una situación análoga a la de un control*

42 Un sector de la doctrina ha procurado resolver el problema distinguiendo entre un "control de convencionalidad *fuerte*" y un "control de convencionalidad *débil*". El primero, se traduciría en la facultad del juez nacional para inaplicar (o desplazar) la norma doméstica inconvencional, en caso de existir una antinomia total entre la disposición internacional y la norma interna, vale decir, cuando el enunciado normativo interno pugna con el estándar interamericano en todas sus posibles concreciones. El control de convencionalidad *débil*, en cambio, implica un mando de interpretación de las disposiciones internas conforme al *corpus iuris* interamericano, en caso de antinomias parciales, esto es, cuando entre la disposición internacional y la doméstica existe un espacio donde sus enunciados normativos no colisionan, lo que permitiría articular una decisión sin necesidad de declarar la invalidez de la regla nacional (Al respecto, véase CONTRERAS, Pablo. "Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: *Revista Ius et Praxis,* Año 20, N° 2, Chile, Talca, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2014, págs. 253 y sgtes.) A mi juicio, esta forma de ver las cosas deja trunco el análisis de fondo, pues construye una solución prescindiendo del marco de las *competencias específicas* con que cuenta cada autoridad nacional llamada a aplicar el control de convencionalidad, pese a ser esta última circunstancia la que se alza como coto determinante, a la hora de precisar los efectos del aludido control.

de constitucionalidad concreto que solo inaplica la norma contraria en este caso a la norma convencional, sin que ello signifique anular, derogar o expulsar la norma jurídica interna del ordenamiento jurídico, ya que eventualmente podría tener efectos jurídicos en hipótesis de aplicación distintas que no entraran en conflicto con los derechos asegurados convencionalmente"[43].

A mi juicio –y tal como lo ha destacado el ex presidente de la Corte IDH, don Sergio García Ramírez–, para resolver la cuestión es preciso partir de la base que la Corte no ha impuesto un determinado modelo de convencionalidad y que, por el contrario, ha dejado la decisión final a cargo de los Estados[44], de modo tal que las consecuencias de su ejercicio *no necesariamente* implican la facultad de cada agente estatal de "expulsar" o "inaplicar" las normas internas que resulten incompatibles con el *corpus iuris* interamericano[45].

Por ello, a la luz de la jurisprudencia de la propia Corte IDH, que desde el caso *Trabajadores cesados del Congreso* (2006) ha establecido que el control de convencionalidad debe ejercerse por las autoridades públicas *"en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes"*[46], parece más razonable sostener que la intensidad del control de convencionalidad

43 NOGUEIRA, *El control de Convencionalidad por las jurisdiccionales nacionales…,* ob. cit., p. 46 (el destacado es mío). Al profundizar esta idea, el autor puntualiza que "si el órgano que realiza el control de convencionalidad tiene, además la competencia de ejercer jurisdicción constitucional con competencia anulatoria o derogatoria de normas contrarias a la Constitución, incorporándose en el parámetro de control de constitucionalidad los derechos humanos asegurados y sus garantías contenidos en el derecho convencional internacional ratificado y vigente, dicho órgano jurisdiccional debería expulsar la norma interna contraria a tales derechos que tenga un caracter inconvencional en los casos en que no haya una interpretación conforme a dicho bloque constitucional de derechos, si ello se analiza en el contexto de un control de constitucionalidad abstracto sea este preventivo o reparador, en su caso. Si el órgano jurisdiccional interno de control de constitucionalidad sólo dispone de competencia de control concreto con efectos inter partes sólo podrá inaplicar la norma interna contraria a los derechos asegurados por el bloque constitucional de derechos" (págs. 46-47).

44 GARCÍA, *Control de convencionalidad,* ob. cit., págs. 30-31. La Corte IDH ha sido clara al respecto: "si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos [Tribunales Constitucionales] como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana *no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad …"* (el destacado es mío). Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C nº. 276, párr. 124.

45 Cfr. NASH, *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales…,* ob. cit., p. 492.

46 Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C nº 158, párr. 128.

dependerá de las *facultades* que tenga cada autoridad en concreto, y en el caso que aquí interesa, cada magistratura[47].

En este contexto, puede sostenerse que, a grandes rasgos, existen tres modelos de control jurisdiccional: aquellos modelos de "control concentrado"; de "control difuso"; y los denominados "sistemas mixtos". En los primeros, se centraliza el control en un único órgano, que está fuera del Poder Judicial y que tiene la facultad de expulsar (declarar la invalidez) de las normas con efectos generales *(erga omnes)* y, en su caso, *inter partes.* En los modelos de control difuso, todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto (pero con efecto *inter partes*); mientras que en los *modelos mixtos* es posible encontrar variantes de ambos modelos (por ejemplo, con salas constitucionales que forman parte del Poder Judicial y que a su vez permiten el control difuso por los demás jueces)[48].

Estas formas de control, diseñadas para conducir la relación entre normas domésticas de diversa jerarquía, pueden trasladarse sin mayores dificultades al ámbito de la relación entre la norma internacional y la norma interna, esto es, al terreno del control de convencionalidad[49].

Así, siguiendo a Núñez, en aquellos sistemas de control concentrado, el control de convencionalidad puede tener como efecto la expulsión (o declaración de invalidez general) o la inaplicación en el caso concreto, de aquellas normas incompatibles con el parámetro de convencionalidad, lo que representaría el mayor grado de intensidad del control de convencionalidad. En caso de que sea posible, la norma puede ser mantenida –sin que sea necesaria su

47 NÚÑEZ DONALD, Constanza. *Control de Convencionalidad: Teoría y Aplicación en Chile* (Memoria de Grado), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2014, p. 73.

48 NÚÑEZ, *Control de convencionalidad…,* ob. cit., págs. 73-75.

49 Cfr. GARCÍA, *El control judicial…,* ob. cit., p. 150; y SILVA, *Control de Convencionalidad…,* ob. cit., p. 111: "para aplicarlo [el control de convencionalidad] están obligados [los jueces locales] a seguir los cauces que existan en cada país para ejercer su propio control de constitucionalidad". No en vano Nash ha destacado que el control de convencionalidad tiene "una clara inspiración en el control de constitucionalidad" (NASH, *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales…,* ob. cit., p. 490). Zúñiga, en fin, anota que "el control de convencionalidad tiene su origen en el concepto de control de constitucionalidad que realizan los tribunales al interior del ordenamiento jurídico interno de cada Estado, en una comparación de las normas infra constitucionales con la Carta Fundamental. Así, la Corte IDH en su jurisprudencia tomó dicho concepto y lo usó para definir el control que debe realizarse en cada Estado para velar por el cumplimiento de la CADH respecto de las normas jurídicas internas" (ZÚÑIGA URBINA, Francisco. "Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Dilemas y perspectivas". En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile.* Santiago, Chile, Editorial DER, 2017 p. 493).

expulsión o inaplicación– a través de una interpretación de la norma que armonice su aplicación con las obligaciones convencionales. En el caso de los jueces que en este modelo no tengan la facultad de inaplicar normas o de decretar su expulsión con efectos generales, no existe la imposibilidad de que realicen el control de convencionalidad, ya que –en todo caso– quedan vinculados a la obligación de garantía, por lo que, a través de herramientas hermenéuticas, deben lograr aquellas interpretaciones que sean compatibles con las obligaciones internacionales. En aquellos países en que el sistema es el del control difuso, todos los jueces estarán habilitado para inaplicar normas anti convencionales en un caso concreto, por lo que el grado de control de convencionalidad resulta de mayor alcance. Este control operará sólo si no es posible una interpretación conforme a la CADH. Ambos sistemas se conjugan en los sistemas mixtos, donde, por ejemplo, existirá una mayor intensidad del control de convencionalidad ejercido por las Cortes Constitucionales (cuya declaración, expulsa la norma con efecto *erga omnes*) y una intensidad "media" respecto de aquellos jueces habilitados para realizar el control difuso, cuya inaplicación de la norma por anti convencionalidad, tiene efectos *inter partes*[50].

A la luz de dicho marco conceptual, y partiendo de la base que el ejercicio del control de convencionalidad es obligatorio para los agentes estatales, cabe ahora preguntarse: ¿cómo opera el control de convencionalidad en Chile, en que el control de constitucionalidad se encuentra radicado en el Tribunal Constitucional?

Henríquez y Núñez repasan dos tesis[51]. Recuerdan primero que Néstor Sagües[52] planteaba que en los casos en que los jueces ordinarios sean incompetentes para realizar un control de constitucionalidad, y se enfrenten a un problema de convencionalidad, deben remitir los autos al tribunal habilitado para ejercer el control de constitucionalidad –en nuestro caso, al Tribunal Constitucional–, mediante el conducto procesal correspondiente –en Chile, vía requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad–, a fin de que éste sea quien realice eventualmente la simultánea revisión de convencionalidad, es decir, verifique si la aplicación de un precepto legal en un caso concreto produce efectos contrarios al *corpus iuris* interamericano. Sin embargo, con desazón los autores constatan que la propia Magistratura Constitucional chilena ha rechazado sistemáticamente el rango constitucional de los tratados sobre Derecho Humanos, reconociéndoles expresamente un rango supra legal, y,

50 NÚÑEZ, *Control de Convencionalidad,* ob. cit., págs. 75-77.

51 HENRÍQUEZ y NUÑEZ, *El control de convencionalidad…,* ob. cit., págs. 384 y sgtes.

52 Véase, SAGÚES, Néstor. "Obligaciones Internacionales y control de convencionalidad". En: *Revista Estudios Constitucionales,* Año 8, N° 1, Santiago, Chile, Universidad de Talca Centro de Estudios Constitucionales, 2010, págs. 122 y sgtes.

en armonía con ello, concluyen que aquélla no ha considerado el bloque de convencionalidad como parámetro del control de constitucionalidad. Traen a colación la Sentencia Rol N° 2265-12, de 21 de noviembre de 2013, en donde el Tribunal Constitucional expresó: *"…como lo ha sustentado uniformemente esta judicatura constitucional, los tratados internacionales no constituyen, per se, parámetros autónomos de control de constitucionalidad, en el sentido de habilitar directamente a esta jurisdicción para contrastar su sentido y alcance con los preceptos legales que presuntamente los contrarían. Para que esta operación fuera jurídicamente válida, sería necesario que aquellos instrumentos estuvieren dotados de rango constitucional en cuanto fuentes formales de Derecho Constitucional, y no adquirirla por vía simplemente indirecta, a través de la remisión que a ellos formula el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental"*. Por esa razón, concluyen, la solución propuesta al problema por Sagües no es procedente en el sistema chileno[53].

53 Luego los autores contrastan esto con otros dos fallos del Tribunal Constitucional, Rol N° 2794-15, de 12 de mayo de 2016 y Rol N° 2874-15, de 15 de noviembre de 2016, concluyendo que estos pronunciamientos "confirman la tesis planteada, pues si bien aludieron expresamente al control de convencionalidad, no lo ejercieron por los siguientes motivos: a) La Constitución explicita que su parámetro de control de constitucionalidad es la Constitución y no el bloque constitucional de derechos fundamentales; b) los tratados de derechos humanos no tienen un rango definido en la Constitución; y c) no hay certeza del valor vinculante de la jurisprudencia interamericana en el sistema de fuentes del Derecho chileno". Véase, HENRÍQUEZ y NÚÑEZ, *Control de Convencionalidad…*, ob. cit., págs. 388-393. Cabe destacar, sin embargo, que, de acuerdo a la visión de otro sector de la doctrina, el Tribunal Constitucional sí ha considerado a los derechos consagrados en Tratados Internacionales como *parámetro de constitucionalidad* o, bien, los ha tenido en consideración como *elementos interpretativos* que guían su labor, para permitirle en ciertos casos declarar la inaplicabilidad de un precepto legal. Según esta línea de pensamiento, la idea recién indicada se plasmaría con nitidez en el fallo Rol N° 2493-2013, de 06 de mayo de 2014, en donde la Magistratura Constitucional expresó: *"Que, entonces, la significación de tales derechos* [humanos] *en los referidos instrumentos* [se refiere a la CADH y al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos] *no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política*" (C. séptimo). Según Nash, "esta interpretación reafirma que, con independencia de la tesis que se adopte acerca de la jerarquía de los derechos de fuente internacional, éstos constituyen un parámetro para realizar el control de constitucionalidad, lo que posibilita el ejercicio del control de convencionalidad por parte del TC". Puntualiza el autor que, en este escenario, considerar el bloque de constitucionalidad como parámetro de regularidad constitucional (que incorpora a la norma internacional como fundante del baremo constitucional) "permite la labor simultánea de control de convencionalidad y constitucionalidad, dotando de una fuerza normativa directa a los tratados sobre derechos humanos; mientras que la consideración del bloque como herramienta hermenéutica, permite el ejercicio de convencionalidad –si bien no como parámetro directo– sí como baremo sustantivo al dotar de contenido y alcance a los derechos

Una segunda alternativa la ofrece la propuesta de Ferrer, para quien cada juez nacional es un "juez interamericano", con independencia de que ejerza o no funciones de constitucionalidad[54]. Pero, ¿esto quiere decir que un juez ordinario, aun en un sistema de control de constitucional concentrado, puede, enfrentado a un problema de convencionalidad, anular, derogar o inaplicar una norma anticonvencional?

Ferrer formula una serie de distinciones, atendiendo al grado de intensidad del control de convencionalidad, señalando, en lo que aquí interesa, que el control de convencionalidad disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el control difuso de constitucionalidad y, en consecuencia, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto. Los que no tienen esta competencia –en nuestro caso, insístase, sólo la tendría el Tribunal Constitucional– no podrán dejar de aplicar la norma, pero pueden, en todo caso, realizar una interpretación convencional de la misma, es decir, efectuar una interpretación conforme, no sólo de la Constitución nacional, sino también de la CADH y de la jurisprudencia convencional. Concluye Ferrer que, en caso de incompatibilidad absoluta, donde no existe "interpretación convencional" posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, podrá plantear (si tiene esa competencia) "la duda de convencionalidad" ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el "control de convencionalidad" con mayor intensidad[55].

constitucionales" (NASH, *Control de Convencionalidad en Chile…,* ob. cit., págs. 430-431). Véase, asimismo, págs. 429 y sgtes., en las que el autor pasa revista a los casos en los que –a su juicio – el Tribunal Constitucional ha ejercido el control de convencionalidad, para luego concluir que el avance en la materia ha sido lento –por la todavía vigente doctrina de la infraconstitucionalidad de los tratados internacionales que sustenta dicha Magistratura– pero progresivo, por lo que vislumbra un escenario "positivo" para "avanzar hacia la plena incorporación de la doctrina del control de convencionalidad en la jurisprudencia constitucional" (p. 442).

54 Véase, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad". En: *Opus Magna Constitucional Guatemalteco,* Tomo III, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, 2011, págs. 303 y sgtes.

55 FERRER, *Reflexiones…,* ob. cit., p. 308. En sus palabras textuales: "En los llamados sistemas "difusos" de control de constitucionalidad donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la Constitución nacional, el grado de "control de convencionalidad" resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma inconvencional… Este supuesto es un grado intermedio de "control", que operará sólo si no existe una posible "interpretación conforme" de la normatividad nacional con el Pacto de San José (de sus protocolos adicionales o de algunos otros tratados internacionales…), y de la jurisprudencia convencional. A través de esta "interpretación conforme" se salva la "convencionalidad" de la norma interna. El grado de intensidad máximo del "control de convencionalidad" se puede realizar por las altas jurisdicciones constitucionales

A la luz de las explicaciones de Ferrer, Henríquez y Núñez concluyen que "el juez chileno (ordinario), no podrá anular, derogar con efectos generales o inaplicar una norma nacional inconvencional o anticonvencional. Sólo le correspondería realizar una interpretación conforme…"[56].

Así las cosas, y con entera independencia de la cuestión sobre la jerarquía normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en Chile –sobre lo cual no es del caso pronunciarse– me parece que la solución propuesta por Ferrer es la que, en efecto, corresponde aplicar al caso chileno. Es cierto que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH, incumbe a todas las autoridades estatales (y en especial a la magistratura) ejercer un control de convencionalidad; pero en un sistema de control de constitucionalidad como

(…) que generalmente tienen además la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos *erga omnes* (…). En cambio, el grado de intensidad del "control difuso de convencionalidad" disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el "control difuso de constitucionalidad" y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto (…). En estos casos es evidente que los jueces que carecen de tal competencia, ejercerán "el control difuso de convencionalidad" con menor intensidad, *sin que ello signifique que no puedan realizarlo* "en el marco de sus respectivas competencias". Lo anterior implica que no podrán dejar de aplicar la norma (al no tener esa potestad), debiendo, en todo caso, realizar una "interpretación convencional" de la misma, es decir, efectuar una "interpretación conforme (…). En caso de incompatibilidad absoluta, donde no existe "interpretación convencional" posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, podrá plantear (si tiene esa competencia) "la duda de convencionalidad" ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el "control de convencionalidad" con mayor intensidad, y si no tuviera esa competencia, estimamos que cuando menos debería "señalar" en su argumentación la inconvencionalidad de la norma que aplica. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho "control" y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconvencional, según la competencia de cada juez o tribunal". En síntesis –siempre con Ferrer–: "Así, el "control difuso de convencionalidad" si bien se ejerce por todos los jueces nacionales, tiene diferentes grados de intensidad y realización, de conformidad con *"el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes"*. En principio, corresponde a todos los jueces y órganos jurisdiccionales realizar una "interpretación" de la norma nacional a la luz de la CADH, de sus Protocolos adicionales (y eventualmente de otros tratados), así como de la jurisprudencia de la Corte IDH (…); en ese primer grado de intensidad se escogerá la interpretación conforme con los parámetros convencionales y, por consiguiente, se desecharán (controlarán) aquellas interpretaciones inconvencionales (…). En segundo término, y sólo si no puede salvarse la convencionalidad de la norma interna, el "control difuso de convencionalidad" debe realizarse con mayor intensidad, sea inaplicando la norma al caso particular, o bien declarando su invalidez con efectos generales, como resultado de su inconvencionalidad, de acuerdo con las respectivas competencias de cada juez nacional" (FERRER, *Interpretación conforme…,* ob. cit., págs. 578, 580 y 581, los énfasis vienen en el texto original).

56 HENRÍQUEZ y NUÑEZ, *Control de Convencionalidad,* ob. cit., págs. 384-388.

el nuestro, caracterizado tradicionalmente como "concentrado", no puede el juez (ordinario) llegar tan lejos como para inaplicar en el caso concreto una norma interna que se estima inconvencional. Su labor termina en la "interpretación conforme"[57].

Como enseña el propio Ferrer, el control de convencionalidad "implica, en primer término, tratar de "armonizar" la norma nacional con la convencional; lo cual significa realizar una "interpretación conforme" de la norma nacional con la CADH, sus protocolos y jurisprudencia convencional (como estándar mínimo), para desechar aquellas "interpretaciones" contrarias o incompatibles al parámetro convencional (…). Y este ejercicio de compatibilidad lo puede realizar cualquier juez dentro de sus respectivas competencias, quedando reservada la "inaplicación" o "declaración de invalidez" de la norma inconvencional, exclusivamente a los jueces que dentro del sistema nacional tengan competencia para ello"[58], o sea, y en nuestro caso, al Tribunal Constitucional[59].

CONCLUSIONES

1.- El ejercicio del control de convencionalidad supone en Chile para el juez ordinario (y desde luego, para las demás autoridades estatales), el desafío de *interpretar* las normas nacionales de un modo que resulten *compatibles* con el *corpus iuris* interamericano, en miras a lograr su mayor avenencia o armonía. Esto es lo que en doctrina se conoce con el nombre de "interpretación conforme", que el actual presidente de la Corte IDH ha definido como "la técnica hermenéutica por medio de la cual los

57 Que el eventual requerimiento de inaplicabilidad que el juez ordinario pueda plantear ante el Tribunal Constitucional tenga o no posibilidades de éxito, dependerá en definitiva de la noción que, a la sazón, dicha Magistratura ostente acerca del denominado "bloque de constitucionalidad" (véase nota al pie nº 53). Pero esta cuestión ya es harina de otro costal.

58 FERRER, *Interpretación conforme,* ob. cit., p. 535.

59 Aún más radical GARCÍA PINO, Gonzalo. "La recepción del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: sus dilemas y perspectivas". En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile.* Santiago, Chile, Editorial DER, 2017, págs. 467-468, cuando afirma que no ve "otras alternativas de control de convencionalidad interno que no sean aquellas que giren en torno a las dos facetas del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, esto es, el requerimiento particular y el judicial, ambos reconocidos por el artículo 93, numeral 6º de la constitución", agregando que, en su concepto, "no existe control de convencionalidad si no existe una pretensión que tenga por efecto la inaplicación de un precepto legal y no una mera declaración interpretativa".

derechos y libertades constitucionales son *armonizados* con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección"[60]. En suma, y de nuevo con Ferrer, "no se trata de una imposición de la norma internacional sobre la nacional [como algunos creen] sino de *un proceso interpretativo de armonización*"[61].

2.- Esta labor hermenéutica debe, sin embargo, tener algún límite. Desde un comienzo he afirmado que el control de convencionalidad no puede jamás convertirse en un "fraude de etiquetas" y, al menos entre nosotros, llegar al extremo de permitir al juez ordinario "inaplicar" una norma interna, bajo el argumento de estar ejerciendo el mentado control. A la luz de la investigación aquí realizada, fue posible constatar que no pocos autores, al tratar los *efectos* del control de convencionalidad, han intentado persuadirnos de que el juez nacional "debe siempre preferir" la norma internacional por sobre la disposición interna, en caso de existir una disconformidad o conflicto entre ellas. Pero bajo esta frase, que a veces suena a modo de estribillo constante, es perfectamente posible encubrir un conato por justificar la "inaplicabilidad" de la norma interna al caso concreto por parte del juez ordinario, proceder que, según he dicho, rechazo decididamente. Insisto en que el agente estatal debe siempre procurar que su ejercicio hermenéutico *armonice* las normas en conflicto; pero, si el intérprete se enfrenta a una contradicción insalvable

60 FERRER, *Interpretación conforme…,* ob. cit., p. 549.

61 FERRER, *Interpretación conforme…,* ob. cit., p. 550. El autor precisa, con razón, que "este tipo de control [el de convencionalidad] no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino implica además y en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una 'interpretación convencional' de la norma nacional" (págs. 577-578). Ferrer reconoce también que este proceso hermenéutico de armonización de normas puede significar, en algunas ocasiones, dar incluso preferencia a la norma nacional por sobre la internacional, si aquélla tiene un mayor alcance protector que ésta (p. 550), pues, ahora con García, "el derecho internacional de los derechos humanos es el "piso" de los derechos, no su "techo" (GARCÍA, *El control judicial…,* ob. cit., p. 139). Ahora bien, considerando que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos posee sus propias reglas de interpretación, a veces distintas a las que pueden existir en un ordenamiento jurídico local, esta "interpretación conforme" habrá de llevarse a cabo con suma precaución, procurando siempre que, merced a ella, las leyes locales no queden 'desnucleadas' de su contenido original. De ahí que resulten atingentes las prevenciones formuladas por Silva, para quien existe el serio riesgo de que, amén de este ejercicio interpretativo, el orden jurídico local se vea "tremendamente distorsionado, tanto como si se inaplicara una norma suya". Véase SILVA, *Control de Convencionalidad Interno…,* ob. cit., págs. 114 y sgtes.

de las mismas, esto es, cuando existe una incompatibilidad absoluta donde ya no sea posible realizar ningún tipo de interpretación conforme, debiera entonces aquél echar mano al mecanismo que la legislación nacional ha puesto a su disposición para tal efecto, que en nuestro caso no es otro que el de efectuar el respectivo requerimiento de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional.

3.- Puestas las reflexiones precedentes bajo el lente del caso en examen, aparece con prístina claridad que la resolución analizada resultó equivocada, por dos motivos. Primero, porque se invocó una disposición de la CADH que no venía a cuento –el artículo 7.6–, trastabillando así, desde un primer momento, en el ejercicio mismo de subsunción normativa. La disposición de la Convención aplicable a la situación en análisis era el artículo 7.5, al cual, por cierto, se dio estricto cumplimiento en la especie, en la medida que los detenidos fueron puestos sin demora a disposición del magistrado Flores, a fin de que éste controlara la legalidad de sus detenciones. Ese mismo precepto es el que, además, permite prolongar la privación de libertad de los detenidos, si fuera el caso, pero a título de una medida cautelar distinta, a saber, la prisión preventiva. En consecuencia, nada impedía al fiscal formalizar y pedir las medidas cautelares que fueran pertinentes, porque así lo autoriza, expresamente, el artículo 132 del CPP, disposición que no está en oposición, sino muy por el contrario, en armonía, con el aludido artículo 7.5 de la CADH, según ya se explicó. El artículo 7.6 opera subsidiariamente al anterior, por lo que resultaba innecesaria su invocación, además de estar concebido para una situación diversa, conforme también ya se tuvo la oportunidad de demostrar. La resolución en comento desacertó también porque, aun de haber existido la pretendida colisión insalvable de normas, en un sistema de control de constitucionalidad como el nuestro, que se dice concentrado, corresponde al Tribunal Constitucional "inaplicar" una norma interna que se estime contraria al "bloque de constitucionalidad" (y con ello, al Derecho convencional), y no a la magistratura ordinaria. La tarea del juez ordinario cesa al procurar una "interpretación conforme"; extender los brazos más allá, y por iniciativa propia "dejar de aplicar" una norma interna, no resultaba en ningún caso procedente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. "Crónica de una teoría moderna en América Latina: un desglose del discurso doctrinal sobre el control de convencionalidad". En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile,* Santiago, Chile, Editorial DER, 2018.

CASAL, Jesús María. "Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal". En STEINER, Christian y URIBE, Patricia (coord.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada.* Primera edición, México, Fundación Konrad Adenauer y Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.

CONTRERAS, Pablo. "Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: *Revista Ius et Praxis,* Año 20, N° 2, Chile, Talca, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: N° 7: Control de Convencionalidad* [en línea], actualizado a 2019. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 8: Libertad personal* [en línea], actualizado a 2017. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertadpersonal5.pdf

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad". En: *Estudios Constitucionales,* Año 9, N° 2, Santiago, Chile, Universidad de Talca Centro de Estudios Constitucionales, 2011.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "El Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (A una década de su creación: 2006-2016)". En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile.* Santiago, Chile, Editorial DER, 2017.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad". En *Opus Magna Constitucional Guatemalteco,* Tomo III, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, 2011.

GARCÍA PINO, Gonzalo. "La recepción del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: sus dilemas y perspectivas". En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile.* Santiago, Chile, Editorial DER, 2017.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "Control de Convencionalidad". En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y MORALES ANTONIAZZI Mariela (coords.). *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile.* Santiago, Chile, Editorial DER, 2017.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "El Control judicial interno de convencionalidad". En: *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídica de Puebla A.C.,* Vol. V, núm. 28, diciembre, México, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., 2011.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; y NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. "El Control de convencionalidad: ¿Hacia un no positivismo interamericano?". En: *Revista Boliviana de Derecho,* N° 21, enero, Bolivia, Fundación Iuris Tantum, 2016.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; y NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. "Control de Convencionalidad en Chile. Un soliloquio en 'el laberinto de la soledad'". En HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile.* Santiago, Chile, Editorial DER, 2017.

LÓPEZ MASLE, Julián y HORVITZ LENNON, María Inés. *Derecho Procesal Penal Chileno.* Primera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, Tomo I.

MATURANA MIQUEL, Cristián, y MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho Procesal Penal.* Segunda edición, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2012, Tomo I.

MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial.* Chile, Centro de Estudios de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. "El control de Convencionalidad: Aproximación desde el enfoque del ius constitutionale commune y la interamericanización". En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile.* Santiago, Chile, Editorial DER, 2017.

NASH ROJAS, Claudio. "Breve introducción al control de convencionalidad". En: *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad* [en línea], actualizado a 2019, Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf

NASH ROJAS, Claudio. "Control de Convencionalidad en Chile. Bases Normativas, Jurisprudencia y Críticas". En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile.* Chile, Editorial DER, Santiago, 2017.

NASH ROJAS, Claudio. "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Año XIX, Bogotá, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2016.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El control de convencionalidad por las jurisdicciones nacionales". En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (coords.). *Control de Convencionalidad, Corpus Iuris y Ius Commune Interamericano.* Santiago, Chile, Editorial Triángulo, 2017.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Control de Convencionalidad Interno. La aplicación del Corpus Iuris Interamericano por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial, las jurisdiccionales nacionales.* Santiago, Chile, Editorial Librotecnia, 2017.

NÚÑEZ DONALD, Constanza. *Control de Convencionalidad: Teoría y Aplicación en Chile* (Memoria de Grado), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2014.

OLANO GARCÍA, Hernán. "Teoría del control de convencionalidad". En: *Estudios Constitucionales,* Año 14, N° 1, Santiago, Chile, Universidad de Talca Centro de Estudios Constitucionales, 2016.

SAGÚES, Néstor. "Obligaciones Internacionales y control de convencionalidad". En: *Revista Estudios Constitucionales,* Año 8, N° 1, Santiago, Chile, Universidad de Talca Centro de Estudios Constitucionales, 2010.

SALAS ASTRAIN, Jaime. *Problemas del Proceso Penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiale*s. Segunda edición aumentada, Santiago, Chile, Librotecnia, 2015.

SILVA ABBOT, Max. "Control de Convencionalidad Interno y Jueces Locales: Un Planteamiento Defectuoso". En: *Estudios Constitucionales,* Año 2014, N° 2, Santiago, Chile, Universidad de Talca Centro de Estudios Constitucionales, 2016.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco. "Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Dilemas y perspectivas". En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago Chile, Editorial DER, 2017.

JURISPRUDENCIA CITADA

Jurisprudencia de la Corte IDH

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C nº 154.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C nº 158.

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C nº 220.

Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n° 221.

Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Sentencia de 20 de marzo de 2013.

Corte IDH. Caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 06 de mayo de 2008. Serie C nº 180.

Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C nº 135.

Corte IDH. Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C n° 289.

Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C n° 319.

Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C nº 276.

Jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso y del Tribunal Constitucional

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 04 de julio de 2018, pronunciada en causa Rol N° 1172-2018 (acumulada a causa Rol N° 1178-2018).

Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 21 de noviembre de 2013, dictada en causa Rol N° 2265-2012.

Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 06 de mayo de 2014, pronunciada en causa Rol N° 2493-2013.

Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 12 de mayo de 2016, dictada en causa Rol N° 2794-2015.

Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 15 de noviembre de 2016, pronunciada en causa Rol N° 2874-2015.

EL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 195 DE LA LEY N° 18.290, EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(Comentario de la Sentencia de inaplicabilidad Rol 2897-15-INA, del Excmo. Tribunal Constitucional)

Hernán Ferrera Leiva[1]

Introducción

La modificación de la Ley N° 18.290 que tuvo lugar en 2014 por la Ley N° 20.770, reconfiguró el actual artículo 195 de la Ley de Tránsito. El tipo penal ahora consagrado en aquel precepto, castiga penalmente el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 176 de la Ley de Tránsito, consistentes en detener la marcha, prestar la ayuda que fuese necesaria y dar cuenta a la autoridad policial más inmediata, en todo accidente del tránsito en que se produzcan lesiones.

La sanción penal en el caso aludido ya estaba contemplada por la Ley de Tránsito desde el año 2005, cuando la Ley N° 20.068 agregó el artículo 196 D 1 a la Ley N° 18.290, que más tarde fue el artículo 195 de este cuerpo legal.

Históricamente, entonces, el tipo a que se refiere este trabajo ha tenido el siguiente desarrollo:

Artículo 196 D 1 de la Ley N° 18.290, Ley N° 20.068:

"Artículo 196 D 1.- El incumplimiento, a sabiendas, de lo señalado en el artículo 173 será sancionado con multa de 3 a 7 unidades tributarias mensuales y con la suspensión de su licencia hasta por un mes. El incumplimiento, a sabiendas, de lo señalado en el artículo 183 será sancionado con la suspensión de la licencia de conducir por un plazo máximo de 12 meses y si el juez así lo estimare, presidio menor en grado mínimo a medio, salvo que las lesiones producidas tengan el carácter de leves, en cuyo caso se aplicará la sanción del inciso primero del artículo 196 C".

Artículo 195 de la Ley N° 18.290, antes de la Ley N° 20.770:

"Artículo 195.- El incumplimiento, a sabiendas, de lo señalado en el artículo 168 será sancionado con multa de tres a siete unidades tributarias mensuales y con la suspensión de su licencia hasta por un mes. El incumplimiento, a sabiendas, de lo señalado en el artículo 176 será sancionado con la suspensión de la licencia de

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

conductor por un plazo máximo de doce meses y si el juez así lo estimare, presidio menor en grado mínimo a medio, salvo que las lesiones producidas tengan el carácter de leves, en cuyo caso se aplicará la sanción del inciso primero del artículo 193".

Artículo 195 de la Ley N° 18.290, después de la Ley N° 20.770:

"Artículo 195.- El incumplimiento de la obligación de dar cuenta a la autoridad de todo accidente en que sólo se produzcan daños, señalada en el artículo 168, será sancionado con multa de tres a siete unidades tributarias mensuales y con la suspensión de la licencia hasta por un mes.

El incumplimiento de la obligación de detener la marcha, prestar la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad de todo accidente en que se produzcan lesiones, señalada en el artículo 176, se sancionará con la pena de presidio menor en su grado medio, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y multa de siete a diez unidades tributarias mensuales.

Si en el caso previsto en el inciso anterior las lesiones producidas fuesen de las señaladas en el número 1º del artículo 397 del Código Penal o se produjese la muerte de alguna persona, el responsable será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica, multa de once a veinte unidades tributarias mensuales y con el comiso del vehículo con que se ha cometido el delito, sin perjuicio de los derechos del tercero propietario, que podrá hacer valer conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal. Para los efectos de determinar la pena prevista en este inciso, será aplicable lo dispuesto en los artículos 196 bis y 196 ter de esta ley.

Las penas previstas en este artículo se impondrán al conductor conjuntamente con las que le correspondan por la responsabilidad que le pueda caber en el respectivo delito o cuasidelito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal".

El Tribunal Constitucional ha debido resolver numerosos cuestionamientos acerca de la aplicación de reglas introducidas por la Ley N° 20.770, siendo una de ellas la del artículo aquí analizado, aunque en una cantidad menor a los que registran otras disposiciones como las contenidas en los artículos 196 bis de la Ley N° 18.290, que establece un conjunto de reglas especiales para la determinación de penas, y 196 ter de ese mismo cuerpo legal, en la parte que establece un período de un año de cumplimiento efectivo de la pena, ambas reglas aplicables al manejo en estado de ebriedad causando lesiones graves gravísimas o la muerte de una persona del artículo 196 inciso tercero de la Ley de Tránsito, y además a la hipótesis del inciso cuarto del mismo precepto en lo relativo a las normas sobre determinación de la sanción[2].

2 Desde el 01 de enero de 2019 al 31 de agosto del mismo año, han ingresado al Tribunal Constitucional 56 requerimientos de inaplicabilidad dirigidos contra una o varias de las reglas mencionadas.

En el presente trabajo se revisan tres aspectos del actual artículo 195 de la Ley N° 18.290, que han sido objeto de análisis y resolución por parte de la Magistratura Constitucional, particularmente en la sentencia Rol 2897-15 INA. Dichos aspectos son la consagración de un tipo de omisión propia y su encuadre en el marco del principio de legalidad penal, la función del resultado de muerte o lesiones del artículo 397 N° 1 del Código Penal frente a la prohibición de castigar dos veces el mismo hecho, y la exigencia de informar del accidente a la autoridad ante la prohibición constitucional de forzar a cualquier persona a declarar contra sí mismo.

Decisiones previas del Juez Constitucional

Como ya se adelantó, el Excmo. Tribunal Constitucional ha revisado y emitido a estas alturas diversos veredictos sobre requerimientos de inaplicabilidad del artículo 195 de la Ley N° 18.290, especialmente dirigidos contra los incisos segundo y tercero de dicho precepto.

La sentencia fundamental en esta materia es la recaída en el requerimiento Rol N° 2897-15-INA, de cuatro de julio de dos mil diecisiete, que analiza extensamente el precepto legal trazando líneas argumentativas que en esencia se conservan en los fallos posteriores sobre la misma materia. La mencionada decisión, así como las que le han seguido, se acordó en votación dividida imponiéndose el rechazo de la inaplicabilidad solicitada, razón por la que es preciso consignar también los argumentos centrales de los Jueces que estuvieron por hacer lugar al requerimiento.

El tipo de omisión propia en el marco del principio de legalidad penal

El primer aspecto que resalta en el examen que tuvo lugar en el mencionado requerimiento, es la constitucionalidad de los delitos de omisión, en general, frente a la cláusula que prohíbe establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella, de acuerdo al artículo 19 N° 3 de la Carta Política.

Sobre este aspecto los Ministros que conformaron la mayoría para rechazar el requerimiento, expusieron un conjunto de razones para afirmar, finalmente, que no se avizora ninguna razón constitucional para proscribir la punibilidad de los delitos de omisión *per se*[3].

3 Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional de cuatro de julio de dos mil diecisiete, Rol 2897-15 INA, Considerando Vigesimoprimero.

Los considerandos salientes de esta parte de la sentencia son los siguientes:

*"**DECIMOQUINTO:** Que, por lo demás, un tal razonamiento puramente literalista sería sencillamente insostenible, por diversas razones. Desde luego, en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional transcrita no hay una sola palabra o antecedente que aborde la temática de los delitos de omisión, sino que da cuenta de la discusión que se centró únicamente en las llamadas leyes penales en blanco, tocante al grado de detalle exigible para la descripción legal de la **conducta** prohibida, pero –repetimos– nada se discutió sobre la eventual inconstitucionalidad de los delitos de omisión, per se, en razón de no ser "conducta... descrita en ella [la ley]", según manda la Constitución.(Lo destacado es nuestro. Véase, por todos, EVANS DE LA CUADRA, Enrique, Los derechos constitucionales, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 2004, pp. 150-158). La cuestión no es del todo hipotética, ya que el profesor argentino y ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ZAFFARONI, sostiene derechamente la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión. (Cfr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Tomo III, EDIAR, pp. 463 y sigs., 1981, aunque sin mayor desarrollo). La misma idea fue sostenida antes con buenos fundamentos por ARMIN KAUFFMANN ("Pues entonces la prohibición de obrar no puede referirse a estas omisiones") y HANS WELZEL, en el ámbito del Derecho Penal alemán (véase, por todos, KAUFMANN, Armin, Dogmática de los delitos de omisión, traducción de la segunda edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2006, p.265, y la doctrina allí citada). Además, un tal predicamento de falta de sustento constitucional de los delitos de omisión echaría por tierra todo el régimen jurídico penal chileno que, a partir del artículo 1°, inciso primero, del Código Penal (en adelante: CP), define al delito como **"toda acción u omisión voluntaria penada por la ley".** Lo que armoniza con el artículo 492 del CP, que sanciona la omisión culposa, con infracción de reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, aunque restringida a delitos en contra de las personas; sin perjuicio de las variadas técnicas legislativas que se utilizan para construir delitos de omisión y de la gran cantidad de ellas que se penalizan como faltas, en el Libro Tercero del CP, de todo lo cual da cuenta CURY (véase, por todos, CURY, Enrique, Derecho Penal, Parte General, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011, p.678). A todas las cuales figuras penales omisivas aludidas cabría agregar la impugnada en autos, que parece ser el más relevante delito omisivo contemplado actualmente en la legislación chilena;*

***DECIMOSEXTO:** Que, en ese orden de ideas, el problema de la constitucionalidad de los delitos de omisión en Chile, en general, aunque bajo la Constitución Política del Estado de 1925 (en adelante, CPE 25) fue doctrinariamente resuelto ya en el año 1966 en una famosa publicación de los profesores Juan BUSTOS, Claudio FLISFISCH y Sergio POLITOFF, quienes sostuvieron que: "Del mismo modo como en una pieza musical tanto son hechos las notas como los silencios puestos por el compositor, en cuanto los silencios pasan a tener realidad al formar parte*

de un contexto significativo, así, en la vida social no sólo juegan un papel las conductas activas, sino también las omisivas, y unas y otras son hechos, y pueden llegar a ser jurídicamente relevantes." Más adelante agregan los profesores: "Al contestarse afirmativamente a lo anterior sólo se ha resuelto el problema de las omisiones legalmente descritas, ***en relación con su constitucionalidad…****", optando ulteriormente por un concepto normativo de omisión (Cfr. BUSTOS, FLISFISCH y POLITOFF, Omisión de socorro y homicidio por omisión, en Revista de Ciencias Penales, Tomo XXV, N°3, 1966, p.106. Lo destacado es nuestro). Todo ello, dentro de un contexto constitucional positivo más laxo que el actual, puesto que el artículo 11 de la CPE 25 disponía concisamente que: "Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del* ***hecho*** *sobre que recae el juicio."(Lo destacado es nuestro). Vale decir, ni la voz "hecho", ni la voz "conducta", utilizadas en la CPE 25 y CPR 80, respectivamente, han pretendido privar de validez a los delitos de omisión per se, no obstante los problemas de constitucionalidad que suscitan, especialmente, los delitos de omisión impropia".*

Como se puede leer en lo transcrito, si bien el problema aquí tratado es especialmente discutido en el ámbito de los delitos de omisión impropia (comisión por omisión), las reflexiones antes destacadas se refieren a los delitos de omisión, en general. Sobre este punto, por lo demás, la sentencia que se analiza pone el ilícito del artículo 195 de la Ley N° 18.290 en la categoría de delito de omisión propia, como se desprende de las consideraciones decimotercera y vigesimotercera. En ese marco, como ya se ha destacado, los sentenciadores terminan sus reflexiones en los siguientes términos:

"VIGESIMOPRIMERO: *Que, siendo el señalado el estado del arte en apretada síntesis, no divisamos ninguna razón constitucional para proscribir la punibilidad de los delitos de omisión per se, los que son en principio constitucionalmente inconcusos, cualquiera sea el concepto que se tenga respecto de su naturaleza y estructura o composición. Aunque es probable que los redactores del texto constitucional citado hayan tenido una aproximación o enfoque más bien causalista (la voz conducta, como inclusiva de la acción y la omisión, al modo de COUSIÑO y NOVOA MONREAL, en general, es más bien propia de la vieja escuela, con excepciones), que de algún modo pudo haber influido en ellos en este punto. Sin embargo, ello no significa que tales diferencias de concepción acerca del delito omisivo sean por completo irrelevantes constitucionalmente. Y ello, especialmente, tocante a la posición del resultado en los delitos omisivos;".*

Como se verá más adelante, esta última referencia a la posición del resultado tendrá consecuencias importantes para la resolución de las demás cuestiones aquí tratadas, pues en la tesis seguida por la sentencia el resultado no forma parte de estructura del tipo omisivo –propio–.

Función cumplida por el resultado de muerte o lesiones del artículo 397 N° 1 del Código Penal frente a la prohibición de castigar dos veces un mismo hecho

De acuerdo al precepto contenido en el artículo 195 de la Ley N° 18.290, la pena correspondiente está asociada a las consecuencias producidas, lesiones o muerte, por el accidente a que alude el artículo 176 del mismo cuerpo legal, de manera tal que si las lesiones producidas son las del artículo 397 N° 1 del Código Penal o la muerte de alguna persona, la pena será el presidio menor en grado máximo.

La cuestión que en esta parte se analiza es la objeción apoyada en la denuncia de doble consideración de la muerte de la víctima, pues por una parte se utilizaría en el marco del manejo en estado de ebriedad y, por la otra, en la sanción del incumplimiento de las obligaciones de detener la marcha, prestar la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad, a las que se refiere el artículo analizado. Lo anterior está anudado al caso concreto por cuanto se formuló acusación tanto por el manejo en estado de ebriedad causando la muerte de una persona, como por el ilícito del artículo 195 de la Ley N° 18.290, en la hipótesis que recoge su inciso tercero en atención al fallecimiento acaecido.

En este punto los Jueces razonan desde la afirmada caracterización del delito como de omisión propia, para luego hacer hincapié en que el resultado no forma parte de la estructura de ese tipo de ilícitos, en los siguientes términos:

*"**VIGESIMOTERCERO:** Que, desde ya, sostenemos que jurídicamente el resultado no forma parte de la estructura típica de los delitos de omisión propia (cual es el caso de autos), y ello es así por una sola y evidente razón: **en los delitos de omisión en general, no hay relación o nexo de causalidad** entre la omisión en que incurrió el omitente y el resultado producido, que no es su consecuencia. ¿Por qué? Desde luego, por una razón lógico-formal: de la negación, no puede surgir una afirmación. No hacer algo, no puede ser causación de algo, en sentido físico-mecánico. A partir del negativo (-), no puede surgir el positivo (+).Es evidente que puede haber un resultado, pero éste no puede haber sido **causado** por la omisión en sí, sino tal vez pudo haber sido si acaso **evitado** por la acción omitida, que no interrumpió el curso causal que realmente (ese sí) produjo el resultado. Pero ni en el origen ni en la dinámica de ese curso causal está la omisión, precisamente por ser tal omisión: una carencia o déficit, algo que falta, que no concurre. Sólo en el Derecho Penal decimonónico y de principios del siglo XX, trató de buscarse la causa del resultado en la omisión misma, con resultados infructuosos, incluso burlescos: BINDING criticó la posición de LUDEN, quien pretendía que la acción realizada como alternativa (**aliud agere,** otro hacer) en lugar de la acción debida era la causa del resultado, colocando el siguiente*

ejemplo sarcástico (variación de un clásico caso propuesto por CARRARA): si la madre que dejó morir de hambre a su hijo lactante, hacía calceta en el momento que la criatura falleció, habría que concluir que la causa de la muerte era el hacer calceta (¡!);".

Bajo los parámetros utilizados en el considerando transcrito, el resultado –en el caso que aquí interesa, que es la muerte de una persona– no está integrado al tipo omisivo, conclusión que hacía necesario, todavía, atribuir al mentado resultado una función dentro de la estructura de la norma analizada, aspecto que se zanja al estimarle como condición objetiva de punibilidad.

En efecto, en la siguiente consideración se exponen las razones que conducen a dicha conclusión.

***"VIGESIMONOVENO:** Que, por último, en este punto cabe señalar, concisamente, que estando el resultado fuera del tipo, queda por tanto fuera del delito mismo y se comporta, solamente, como una condición objetiva de punibilidad, cuya función es precisamente la inversa a la fundamentación de la incriminación: aun cuando el delito esté perfecto, sólo se sanciona, o se sanciona en grados diversos, según la entidad del evento nocivo producido (en la especie, la muerte del ciclista) no conectado causalmente de manera directa con la omisión tipificada (detener la marcha del vehículo, prestar la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad), todas omisiones posteriores a la causación en sí, en donde no es evidente, con una probabilidad rayana en la certeza, que las acciones omitidas hubiesen podido evitar el resultado de muerte. De allí entonces que la relación concursal real con el delito de conducción en estado de ebriedad con resultado de muerte, no importe de modo alguno una doble consideración con el resultado de muerte, puesto que tal se hace sólo como condición objetiva de punibilidad severa de la omisión de socorro en accidente de tránsito (el criterio ha sido expuesto en abstracto por el penalista japonés MASUDA, Yakata, citado por SCHÖNE, Wolfang, Sobre la posición del resultado en los delitos cuasidolosos de omisión, en: Nuevo Pensamiento Penal, Buenos Aires, Depalma, 1974, 191-205), es decir, para restringir y no para fundamentar la punibilidad, que bien pudo establecerse sin atender a resultado alguno, para ningún efecto. Por todo lo cual el requerimiento deberá ser rechazado a este respecto".*

En definitiva, los Jueces que suscriben la sentencia desestimatoria del requerimiento afirman, primero, que el tipo delictivo del artículo 195 de la Ley N° 18.290 es de omisión propia, luego, que en esas condiciones el resultado no hace parte de la estructura típica, y por último, que dicho resultado es en definitiva una condición objetiva de punibilidad con lo que queda excluido como fundamento de la incriminación, actuando como un delimitador de la punibilidad al conjunto de casos a los que se refiere, todo lo cual impide estimar en la existencia de una transgresión de la prohibición de doble incriminación.

A riesgo de salir del curso de esta exposición, es preciso consignar que en sentencia Rol 5782-2018[4], de cuatro de septiembre de dos mil diecinueve, el rechazo de la objeción que se viene tratando siguió otra línea de argumentos apoyada, esta vez, en el trabajo publicado por el profesor Luis Emilio Rojas acerca del delito contemplado en el artículo 195 de la Ley de Tránsito[5], que se cita en el cuerpo del veredicto.

En la aludida sentencia se insertan los siguientes razonamientos:

"DÉCIMOCUARTO. *Que la norma del inciso 3° tiene como característica principal, al decir de Rojas: "El precepto del inciso 3° establece una figura agravada del tipo base del art. 195 inc.2°, en la medida en que su aplicación se supedita al inciso precedente: "si en el caso previsto en el inciso anterior...". En este sentido, la configuración de la figura agravada presupone la realización del tipo base descrito en el inciso precedente. No se trata, entonces, de una "figura calificada por el resultado". Una interpretación que satisfaga las exigencias derivadas del principio de culpabilidad, en particular de imputación objetiva y subjetiva, discurre sobre la base de entender que el supuesto fáctico de esta figura agravada radica en una situación de peligro originada en las lesiones corporales provocadas por el accidente, descrito en los términos del inciso 2°. Así cabe interpretar la frase "si en el caso previsto en el inciso anterior las lesiones producidas fuesen de las señaladas en el número 1º, del artículo 397 del Código penal o se produjese la muerte de alguna persona, el responsable será...", es decir, en el sentido de que las lesiones corporales provocadas por el accidente originaron un peligro de daño mayor, cuya realización no fue evitada por el sujeto obligado. Para decirlo con palabras más técnicas, las lesiones corporales produjeron un resultado intermedio consistente en un peligro de lesiones gravesgravísimas o muerte, cuya realización se habría evitado de haber cumplido el sujeto obligado con el deber de prestar la ayuda posible. En este sentido, presupuesto de la configuración de esta hipótesis agravada es, por una parte, el abandono del lugar del accidente con la consecuencia de incumplimiento de la obligación de dar cuenta a la autoridad policial del suceso. Por otra parte, exige la infracción del deber de prestar la ayuda posible frente al peligro previamente constatado, a la cual puede imputarse objetivamente el resultado de lesiones graves-gravísimas o de muerte" (op.cit. Revista lus et Praxis, Año 24, N°2, 2018, pp. 129 y ss);*

DÉCIMOQUINTO. Que la configuración de una hipótesis agravada como la que describe el inciso tercero del artículo 195 establece la presencia de un accidente de tránsito con lesiones corporales, del cual surge un peligro de daño mayor a la salud

4 Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional de cuatro de septiembre de dos mil diecinueve, Rol 5872-18 INA, considerandos séptimo y siguientes.

5 ROJAS A., Luis Emilio. "Fundamento y estructura del delito contemplado en el art. 195 de la Ley de Tránsito". En: *Revista Ius et Praxis,* Año 24, N° 2, Chile, Talca Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2018, págs. 97 - 138.

que obliga al sujeto activo a prestar la ayuda posible, si el peligro se traduce en lesión de mayor intensidad, incluyendo la posibilidad de la muerte de la víctima;".

En la óptica recogida en el citado veredicto, la hipótesis agravada vendría de la mano del incremento del riesgo en el escenario de un accidente de tránsito en el que se produzcan lesiones, debiendo considerarse una figura agravada antes que un delito calificado por el resultado.

Asimismo, la denunciada infracción de la prohibición de castigar dos veces el mismo hecho, que en este caso se hacía derivar de lo dispuesto en el artículo 195 inciso cuarto de la Ley N° 18.290, que somete a la regla del artículo 74 del Código Penal la determinación de las penas correspondientes al manejo en estado de ebriedad y al ilícito del artículo 195 de la Ley de Tránsito –en las hipótesis que aquí se han venido aludiendo, ciertamente–, la sentencia consultada expresa lo siguiente:

"DÉCIMOSEXTO. *Que la hipótesis del inciso cuarto del artículo 195 constituye una mera configuración de responsabilidad penal, pues invoca que al conductor se le impondrán de manera conjunta las penas respectivas, luego de delimitar si se está en presencia de un delito doloso o de un delito culposo de conformidad al artículo 74 del Código Penal, regla que determina el concurso real de delitos, de forma tal que no es una tipificación propiamente tal, sino que se trata de una forma de aplicación concursal de las penas;".*

Volviendo ahora a la sentencia Rol N° 2897-15-INA, los disidentes afirman la existencia de la transgresión constitucional, esgrimiendo las siguientes razones:

"20. DOBLE VALORACIÓN DEL RESULTADO DE MUERTE. *Que, es importante tener en cuenta que, no se objeta, en sí mismo, el tipo penal del artículo 195 (sin perjuicio de lo que ya se ha señalado con respecto al principio que prohíbe la autoincriminación). Dicha conducta puede atribuírsele a un tercero como, también, a quien provocó la circunstancia que hace exigible la obligación de socorro. Efectivamente, podría considerarse que quien está en condiciones de prestar ayuda tiene una obligación aun mayor cuando su acción puede evitar un resultado muy dañoso. Obvio en el caso de un tercero. Sin embargo, cuando se trata del conductor que ha provocado con su actuar la muerte de la persona, el disvalor del resultado de muerte se encuentra absorbido (y con un incremento significativo del efecto punitivo) en el tipo penal del artículo 196.*

No se discute la posibilidad de que pueda coexistir el delito de manejo en estado de ebriedad (con resultado de muerte) con el delito de omisión de socorro. De hecho, podría legítimamente llegar a imponerse dos sanciones penales (una por cada delito). Lo que se rechaza es que una misma circunstancia fáctica (la muerte por atropello de una persona) se valore dos veces, dando lugar, por lo tanto, no sólo a un

incremento de la pena para quien ha conducido un vehículo en estado de ebriedad, sino también para quien ha omitido socorrer al accidentado.

Reiteramos, nuevamente, que es constitucionalmente legítimo sancionar penalmente ambos delitos. Pero, es contrario a la Constitución elevar la sanción por el segundo delito en base, exclusivamente, al acaecimiento exactamente del mismo hecho, el que también tiene un efecto punitivo incremental;

21. LA NORMA LEGAL QUE OBLIGA AL JUEZ A SUMAR LAS PENAS POR AMBOS DELITOS VULNERA EL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM Y, POR CONSIGUIENTE, LA CONSTITUCIÓN. Que hay que tener presente que el problema detectado se produce, específicamente, por la regla contenida en el último inciso del artículo 195 de la Ley del Tránsito, la cual obliga al juez a sumar las penas por ambos delitos, imposibilitándolo a remediar, por aplicación de las reglas sobre concurso de delitos del Código Penal, la violación al principio de prohibición de valoración y sanción múltiple de una misma circunstancia fáctica relevante que se ha detectado.

En efecto, el artículo 195, inciso final, de la Ley de Tránsito señala que "[l]a pena prevista en el inciso anterior se impondrá al conductor conjuntamente con la que le corresponda por la responsabilidad que le pueda caber en el respectivo delito o cuasidelito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.".

Es la aplicación de esta norma la que obliga a que el concurso de delitos se trate como uno real, y se aplique, por consiguiente, la acumulación material de penas. En el caso concreto, esto significa que la pena de hasta cinco años de cárcel solicitada por el Ministerio Público por el delito del artículo 195 se sumará a la pena de hasta cinco años de cárcel por el delito del artículo 196, en caso de ser condenado por ambos casos;".

Al apuntar al artículo 74 del Código Penal, como punto específico de crítica en la perspectiva del *ne bis in ídem,* queda abierta la pregunta en torno a las alternativas para resolver la cuestión concursal, desde que las alternativas imaginables no dejan de producir dificultades.

La exigencia de informar del accidente a la autoridad ante la prohibición constitucional de forzar a cualquier persona a declarar contra sí mismo

Un tercer y último aspecto que interesa resaltar de la sentencia, corresponde a la denunciada infracción de la prohibición de forzar a una persona a declarar contra sí mismo, relacionada específicamente con la obligación de dar aviso a la autoridad de todo accidente en que se provoquen lesiones, contenida en el artículo 176 de la Ley N° 18.290 y reiterada en el artículo 195 del mismo cuerpo legal.

Aquí el veredicto apela fundamentalmente a la forma en que se construye la regla del artículo 176 antes mencionado, desde que este último hace recaer la aludida obligación sobre el *conductor que participe en los hechos,* como se resalta en el considerando trigesimoprimero del fallo, que dice:

***"TRIGESIMOPRIMERO:** Que, en verdad, las premisas legales sobre cuya base se intenta construir esta causal del requerimiento en análisis, no son efectivas. Ante todo, cabe resaltar que el resultado no es imputable objetivamente al omitente, puesto que no hay ni puede haber relación de causalidad en la omisión, sino tal vez en la acción precedente, de la manera expuesta supra, letra B. Por ende, no es cierto que exista una obligación de auto-denuncia, para el causante del resultado. Mucho menos la habrá si las tres obligaciones cuyo incumplimiento penaliza el artículo 195 de la LT, por omisión propia, están previamente establecidas en el artículo 176 de la misma LT, para "el conductor que participe en los hechos" (lo destacado es nuestro), es decir, para todo aquel conductor que de alguna manera esté involucrado o haya intervenido en la dinámica del accidente, en los hechos mismos, aunque no tenga participación criminal ni responsabilidad penal en sentido estricto, como imputado. Vale decir, en otras palabras, lo que se exige es dar cuenta o noticia a la autoridad de lo acontecido, dar razón o explicación de lo ocurrido, de su desempeño en el evento investigado, pero no se exige legalmente auto-denunciarse ni mucho menos confesar o auto-incriminarse, necesariamente;".*

La afirmación contenida en la sentencia combina las reflexiones acerca de la función del resultado, expuestas en la sección precedente, con la referencia que la regla hace al *conductor que participe en el accidente* –no necesariamente el autor de un delito–, aspecto este último que ha sido reforzado por una sentencia de la Excma. Corte Suprema[6] y que aleja al conductor que es destinatario de la obligación que consagra la norma, de la condición de imputado por un delito.

6 Sentencia Corte Suprema de veinte de septiembre de dos mil diecisiete, Ingreso N° 35.715-17, considerandos quinto y sexto: *"**Quinto:** Que como se desprende de las disposiciones antes transcritas, la ley no sanciona en estas normas el hecho causante de las lesiones o la muerte ni la conducción en estado de ebriedad, bajo los efectos del alcohol o de sustancias psicotrópicas o estupefacientes, pues se trata de un tipo penal autónomo, inteligencia que surge del tenor literal del inciso final del artículo 195, que regula aquellos casos en que se produzca un concurso de delitos, en que un mismo sujeto sea responsable de la muerte, lesiones y/o manejo en estado de ebriedad y, además, por el hecho típico independiente, como en este caso, consistente solo en el incumplimiento de la obligación de detener la marcha, prestar la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad. **Sexto:** Que, en efecto, el tipo penal que se cuestiona no contempla dentro de sus requisitos que el que intervenga en el evento sea, al mismo tiempo, el responsable, pues la expresión "participe" que utiliza la norma del artículo 176 no atiende a esa condición. La misma nomenclatura se contiene en el artículo 168 de la indicada normativa, al referirse a "participantes" de un accidente de tránsito, concepto que difiere de "responsables" del mismo. Así, la comprensión adecuada ciertamente lleva a sostener que las obligaciones que impone el* artículo 176 tienen como destinatarios todos quienes formen parte de un accidente como conductores, independiente de sus posteriores y eventuales responsabilidades".

Interesante resulta igualmente consignar otras reflexiones en torno a la garantía que se denunciaba amagada, ancladas en consideraciones procedimentales y constitucionales como las que se destacan a continuación:

"TRIGESIMOCUARTO: *Que, desde luego, corresponde destacar que esta garantía opera entonces a partir del primer acto del procedimiento, policial o judicial, dirigido en contra de la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible, en condición procesal de imputado (conforme al artículo 7° del CPP), sea o no formalizado, o del acusado, ulteriormente. Por lo que es procesalmente imposible que se oponga tal garantía por y en favor de la misma persona que formula dicha denuncia, puesto que –conforme al referido artículo 7°, inciso primero, del CPP (Código Procesal Penal) – las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, ese Código y otras leyes reconocen al imputado, pueden hacerse valer por la persona a quien se atribuyere responsabilidad, "desde la primera actuación de procedimiento dirigido en su contra", lo que presupone que otro distinto al mismo imputado, proceda a su respecto penalmente (¡No podría entenderse el derecho a guardar silencio ante sí mismo!). Tan cierto es ello que, lejos de ser inconstitucional, auto-denunciarse y confesar un delito (cuando ello efectivamente ocurre) no se satisface con la mera* ***notitia criminis*** *y, por otro lado, puede llegar a configurar la atenuante genérica del artículo 11, N° 8°, del Código Penal, cual es "… [S]i pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito." Lo que cabría relacionar también con múltiples figuras de delación compensada, en el ámbito de la defensa de la libre competencia, del tráfico de estupefacientes y del terrorismo, que reconoce la legislación chilena y comparada, cuyo detalle no cabe desarrollar aquí; en virtud de las cuales se estimula la auto-denuncia y colaboración eficaz con la investigación, muchas veces a cambio de atenuación de la pena o, incluso, de inmunidad de jurisdicción dentro del ámbito predefinido por el legislador y aplicado por la entidad titular de la acción penal pública o, incluso, por el juez;*

TRIGESIMOQUINTO: *Que, por consiguiente, la cuestión de la constitucionalidad de una auto-denuncia o auto-incriminación, cuando es realmente tal, no radica tanto en la posibilidad jurídica misma de formularla, cuanto en su* ***voluntariedad,*** *es decir, las circunstancias bajo las cuales se hace, resulta ser lo decisivo. Existe el derecho constitucional a no auto-incriminarse (dentro de cierto marco), pero no la obligación constitucional de no auto-incriminarse. Por lo mismo, se trata de un derecho renunciable, relativo y, por ello, modulable por el constituyente y el legislador, mediante estímulos y sanciones, que en esta materia no hacen otra cosa que recoger una muy extensa y valiosa tradición judicial en el Derecho occidental, particularmente de origen inglés y norteamericano, que ha irradiado a todo el derecho procesal penal comparado. Tal como señala CORWIN (CORWIN, Edward S., La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual, Argentina, Editorial Faterna S.A., 1987, primera edición en español, p. 486), "…la determinación del carácter voluntario o no de una confesión dada debe realizarse caso por caso. Y si bien la Corte nunca adoptó la posición de que los ardides policiales por sí mismos*

resuelven el problema del ejercicio de la libre decisión de[l] sospechoso, algunos factores pueden determinar que se afirme que la conducta policial probablemente manifiesta coerción: la demora irrazonable en formular la acusación, la ausencia de un abogado después que se ha puesto en custodia al sospechoso, el interrogatorio prolongado y, ciertamente, ***el ofrecimiento de un quid pro quo.****";".*

Bajo tales argumentos es desestimado también el capítulo relacionado con la mencionada garantía constitucional, partiendo del examen del destinatario de la obligación, separado de la imputación por un ilícito penal, pasando para con ese propósito por la revisión de la calidad de imputado reglada en el código procedimental penal, adentrándose finalmente en las notas salientes de la regla constitucional.

A su turno los disidentes en la sentencia Rol N° 2897-15-INA, atienden concretamente a la hipótesis consistente en que el obligado sea en definitiva el destinatario de la imputación penal, exponiendo, en síntesis, las siguientes razones:

"12. Que el deber de dar cuenta a la autoridad del accidente ocasionado por quien sería su autor (la cual constituye la tercera exigencia impuesta en el tipo penal), significa coaccionar a quien ha de defenderse de la imputación penal a actuar de una manera que lo implica de manera determinante como responsable de un ilícito, cuya consecuencia es su privación de libertad. Parece difícil justificar cómo no constituyen una poderosa coacción las sanciones contempladas en el artículo 195, inciso tercero: una pena de presidio menor en su grado máximo (de tres años y un día a cinco años), junto con una multa de once a veinte unidades tributarias mensuales ($508.013 a $923.660 pesos al mes de diciembre de 2016), la inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y el comiso del vehículo. Debe considerarse, además, que dar cuenta de un accidente en vehículo con resultado de muerte a la autoridad policial significa, en la práctica, el inicio de un proceso penal en que el denunciante puede tener algún grado de participación; en el caso concreto, como autor del delito;

13. Que se ha sostenido que el victimario que cumple con lo exigido en el tipo penal no se encuentra constreñido a autoincriminarse, ya que puede guardar silencio. Sin embargo, así como el derecho a guardar silencio en una causa criminal en que sea imputado tiene como objetivo no ser obligado a aportar antecedentes que permitan probar su responsabilidad penal, el deber de, mientras socorre a la víctima, avisar a la autoridad de las consecuencias del acto punible basal, con presencia de todos los antecedentes fácticos que permitirían inculparlo, tiene el mismo efecto. De hecho, la justificación misma para la existencia del delito de omisión comentado consiste, también, en poder probar la comisión del delito basal de manejo en estado de ebriedad con un resultado lesivo –en este caso, de muerte. Si lo que se pretende es evitar que quien conduce en estado de ebriedad huya y aparezca, después, sin rastros de alcohol en la sangre, es posible inferir que el deber que contempla el tipo penal del artículo 195 de la Ley del Tránsito no es inocuo para efectos probatorios y, por ende, inculpatorios para el conductor;".

Conclusiones

La configuración de un tipo de omisión propia identificado con deberes de solidaridad ha hecho surgir múltiples conflictos en su aplicación, tanto en las distintas instancias de conocimiento de las causas penales como ante la Magistratura Constitucional, que ha realizado una focalizada observación en el marco de la prohibición de castigar dos veces un mismo hecho y la protección de la regla de no-autoincriminación sin perjuicio, naturalmente, del primer aspecto tratado en este trabajo acerca de la inserción constitucional del tipo omisivo, en general. Sobre estos focos de observación la sentencia analizada entrega un conjunto de reflexiones que si bien se han mantenido en sus aspectos centrales en veredictos posteriores - con algunas variaciones como las apuntadas en el cuerpo de esta texto -, en todos los casos fueron sostenidas por mayoría, de suerte que es este un examen que requiere de la verificación, en el futuro, de la persistencia o la variación de los diversos argumentos presentados sobre dichas materias.

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

MODIFICACIONES INCORPORADAS POR LA LEY N° 21.121 AL CÓDIGO PENAL: ESPECIAL REFERENCIA AL COHECHO POR LA FUNCIÓN, EN RAZÓN DEL CARGO O SIN CONTRAPRESTACIÓN

Angélica Torres Figueroa [1-2]

INTRODUCCIÓN

Con fecha 20 de noviembre de 2018 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.121, que modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción. La publicación de esta ley fue el punto culmine de un proceso iniciado años atrás, con la presentación de dos proyectos de ley, uno de ellos iniciado por Mensaje Presidencial, recogido en el boletín N° 10.155-07 de fecha 18 de junio de 2015, que "Tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a delitos funcionarios"; y el otro, iniciado por moción parlamentaria de los Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, recogida en el boletín N° 10.739-07, de fecha 08 de junio de 2016, que "Modifica el Código Penal en lo relativo a los delitos de cohecho y soborno, aumentando las penas, tipifica los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal; y la Ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica". Ambos proyectos tomaron en consideración las recomendaciones del "Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción", las que daban cuenta de la baja entidad de las sanciones de los delitos de corrupción contemplados en el Código Penal y de la ausencia de tipos penales sugeridos en Convenciones Internacionales en contra de la corrupción, como por ejemplo, la corrupción entre privados.

Como resultado de este proceso, la Ley N° 21.121 introdujo modificaciones que pueden agruparse y sintetizarse de la siguiente forma:

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

2 Agradezco especialmente a Nicolás Sobarzo Bascuñán y María Belén Tomic Pérez, alumnos en práctica de la Unidad Especializada Anticorrupción, que colaboraron en la búsqueda de legislación, doctrina y jurisprudencia utilizada en la elaboración de este trabajo.

- Creación de tipos penales:

Los nuevos tipos penales corresponden a administración desleal, corrupción entre particulares y cohecho por la función, sin contraprestación o en razón del cargo.

- Modificaciones a tipos penales del Código Penal:

Algunos tipos penales sufrieron modificaciones en la descripción de la conducta típica, o en el objeto material, o en el sujeto activo. Dentro de estos tipos penales se encuentra la prevaricación judicial, negociaciones incompatibles, tráfico de influencias, cohecho pasivo propio, cohecho pasivo impropio, cohecho agravado, cohecho activo o soborno, cohecho a funcionario público extranjero.

- Aumentos y modificaciones de penas privativas de libertad, privativas de derechos y multas:

Estas modificaciones se encuentran en los delitos de malversación de caudales públicos, distracción de caudales públicos, fraude al Fisco, exacciones ilegales, cohecho pasivo propio, cohecho pasivo impropio, cohecho agravado, cohecho activo o soborno, cohecho a funcionario público extranjero y negociaciones incompatibles.

- Otras modificaciones al Código Penal:

Otras modificaciones relevantes son la incorporación de una norma referida a regalos y donativos en el artículo 251 sexies, la incorporación de una regla de determinación de penas para exacción ilegal y cohecho en el artículo 251 quinquies, la creación de una nueva pena privativa de derechos en el artículo 251 quáter, la incorporación de una norma especial de prescripción en el artículo 260 bis, la creación de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, una agravante en el artículo 260 ter y una atenuante en el artículo 260 quáter.

- Modificaciones a leyes especiales:

Se incorporaron modificaciones en dos leyes especiales, la Ley N° 20.393, que establece responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica, y la Ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.

El presente artículo tiene por objeto analizar la creación del tipo penal de cohecho por la función, en razón del cargo o sin contraprestación, toda vez que, al no existir doctrina reciente en el ámbito nacional referida a la materia, será necesario contar con algún criterio orientador.

COHECHO POR LA FUNCIÓN, EN RAZÓN DEL CARGO O SIN CONTRAPRESTACIÓN

El artículo 1° N° 10 de la Ley N° 21.121 establece la creación de un nuevo tipo penal, el que se incorpora a las ya existentes modalidades de cohecho. La nueva figura se encuentra en el artículo 248 inciso primero del Código Penal, que establece:

El empleado público que en razón de su cargo solicitare o aceptare un beneficio económico o de otra naturaleza al que no tiene derecho, para sí o para un tercero, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporal en su grado mínimo y multa del tanto del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de veinticinco a doscientos cincuenta unidades tributarias mensuales.

Como contrapartida, el artículo 1° N° 13 de la Ley N° 21.121 incorpora una nueva modalidad de cohecho activo o soborno:

Artículo 250 incisos 1° y 2°

El que diere, ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, en razón del cargo del empleado en los términos del inciso primero del artículo 248, o para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, inciso segundo, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.

Tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en razón del cargo del empleado público en los términos del inciso primero del artículo 248, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido.

a.- Historia de la Ley

Dentro de la discusión legislativa, se precisó que, la legislación vigente a esa época no daba espacio "a la punición de la entrega u oferta de beneficios hecha con el propósito genérico de congraciarse con un empleado público, de ganarse su favor o "buena voluntad", aunque no se haga por puro altruismo sino por calculado interés"[3].

3 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 21.121* [en línea]. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7597/ [fecha de consulta: 09 septiembre 2019], p. 61. El comentario corresponde a minuta remitida por el profesor Sr. Héctor Hernández Basualto.

Respecto a la incorporación del tipo penal en cuestión, afirmaba Hernández que "la idea capital del cohecho consiste en la presentación y admisión de dádivas o promesas a un empleado público, en consideración de su empleo. Siempre que esto se verifica, hay hecho punible; mas en el cual pueden encontrarse tres grados. Primero, de menor a mayor, el de la admisión de regalos sin objeto determinado ostensible; segundo, el de la admisión de los mismos regalos, para hacer lo que se debía o podía hacer; tercero, el de igual admisión, para cometer un delito, un abuso"[4].

En cuanto a la presentación y admisión de dádivas en consideración simplemente al cargo, se añade que "la ausencia de motivos plausibles o, al menos, la inevitable equivocidad de los mismos, hace que el hecho constituya la "compra" del favor del funcionario, con lo que se afectan los presupuestos de lo que la ley pretende proteger, como es la garantía de una función pública imparcial. La diferencia con la "compra" de un acto determinado es, en el mejor de los casos, sólo de grado, sin contar con que la falta de conexión con actos determinados puede incluso sugerir algo más grave, como es la "compra" del funcionario en cuanto tal, esto es, genéricamente, para "todo servicio"[5].

b.- Breve análisis del tipo y posibles problemas interpretativos

i.- Análisis

Artículo 248 inciso 1°

El tipo penal sigue la misma estructura que las antiguas modalidades de cohecho, es decir, el sujeto activo es un funcionario público, la conducta consiste en aceptar o solicitar un beneficio, no siendo necesario que éste se concrete, toda vez que se trata de un delito de mera actividad. En cuanto al beneficio que puede aceptarse o solicitarse, éste puede ser económico o de otra naturaleza, lo que en principio podría significar una diferencia con las otras modalidades de cohecho; sin embargo, una de las modificaciones incorporadas por la Ley N° 21.121, tanto en la figura básica así como en las figuras agravadas de cohecho pasivo y en el cohecho activo o soborno, fue precisamente la ampliación del beneficio, considerando en todas las hipótesis que el beneficio sea económico o de otra naturaleza, como por ejemplo, un beneficio de carácter sexual. Sea que se trate de un beneficio económico o de otra naturaleza, el funcionario público no debe tener derecho a él. Por otra parte, al igual como ocurre en las demás modalidades, el beneficio puede ser para sí o para un tercero.

4 Ibíd.

5 Ibíd., p. 62.

La diferencia entre el tipo penal incorporado en el artículo 248 inciso 1° y las otras modalidades de cohecho radica, como ya se ha precisado al hacer referencia a la historia de la ley, en que la solicitud o aceptación del beneficio económico o de otra naturaleza ya no se vincula con la ejecución u omisión de una determinada conducta pasada o futura, sino que simplemente se realiza en razón del cargo que ostenta el funcionario público.

Artículo 250 inciso 1° y 2°

En este caso, el tipo penal sigue la estructura del delito de soborno, es decir, no se exige calidad especial al sujeto activo, la conducta consiste en dar, ofrecer o consentir en dar un beneficio, no siendo necesario que éste se concrete, toda vez que se trata de un delito de mera actividad. En cuanto al beneficio ofrecido o consentido, éste puede ser económico o de otra naturaleza, en provecho de un funcionario público o de un tercero, siempre que haya sido ofrecido o consentido simplemente en razón del cargo del empleado público.

ii.- Posibles problemas interpretativos

Si bien es cierto este nuevo tipo penal contempla una hipótesis de enorme relevancia, es posible vislumbrar la existencia de a lo menos un problema interpretativo concreto, que dice relación con la delimitación de las conductas que deben considerarse típicas y aquellas que no, tanto para evitar infringir principios como la lesividad y última ratio, así como para evitar que conductas que son realmente típicas, permanezcan sin sanción. Para intentar resolver este problema interpretativo, se recurrirá a la búsqueda de criterios orientadores, los que serán analizados en el siguiente apartado.

c.- Criterios esbozados a nivel nacional

Los criterios a analizar girarán en torno a dos ejes centrales: la entidad del beneficio y el significado de la expresión "en razón de su cargo".

i.- Doctrina penal

Rodriguez y Ossandón, a propósito del análisis de la figura de cohecho descrita en el artículo 248, antes de la modificación incorporada por la Ley N° 21.121, señalan que a pesar que el Código Penal (en esa época) no hace referencia a la adecuación social, este es un criterio que debe ser tomado en consideración, toda vez que no tendría sentido que la ley castigara comportamientos que la propia sociedad estima como adecuados, como por ejemplo la recepción de regalos que con ocasión de la celebración de Navidad

reciben ciertos funcionarios públicos[6]. De todas maneras, añaden que este criterio debe ser analizado caso a caso, toda vez que el hecho de entregar un regalo para la celebración de Navidad podría escapar a la adecuación social, por ejemplo, "si el obsequio excede con creces lo que se considera normal en tales circunstancias"[7]. Respecto a la insignificancia, estiman los referidos autores que es un criterio que no puede tomarse en consideración. Se trataría de beneficios económicos solicitados o aceptados en situaciones que no se consideran socialmente adecuadas o toleradas. El criterio de la insignificancia no podría tenerse en cuenta por dos razones: en primer lugar, porque en situaciones de apremio económico un funcionario público podría acceder a los requerimientos de un particular aun frente a ofrecimientos de baja cuantía; y en segundo lugar, porque una adecuada protección del bien jurídico tutelado por el tipo penal, no daría cabida a este criterio, ya que el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos implica, por ejemplo, que no se paguen sumas indebidas, sin importar su cuantía[8].

ii.- Legislación penal

A nivel nacional, en materia penal resulta relevante la incorporación del artículo 251 sexies al Código Penal, referido a donativos, que introduce lineamientos desde la perspectiva de la entidad del beneficio:

No será constitutivo de los delitos contemplados en los artículos 248, 250, incisos segundo y tercero, y 251 bis aceptar, dar u ofrecer donativos oficiales o protocolares, o aquellos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación.

Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará respecto del delito contemplado en el artículo 251 bis cuando se ofreciere, prometiere, diere o consintiere en dar a un funcionario público extranjero un beneficio, para que omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo.

Esta norma establece una restricción a la tipicidad de la figura en estudio, limitando el tipo de beneficio cuya solicitud, aceptación, ofrecimiento o consentimiento puede ser considerada típica.

Cabe destacar que la restricción sólo rige respecto del soborno y cohecho por la función, del soborno y cohecho pasivo propio, y del soborno a funcionario

6 RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena. *Delitos contra la Función Pública.* 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2015, p. 335. En el mismo sentido OLIVER, Guillermo. "Aproximación al delito de cohecho". En: *Revista de Estudios de la Justicia,* N° 5, Chile, Editorial Jurídica, 2004, págs. 83-115.

7 Ibíd., págs. 335 y 336.

8 Ibíd., p. 336.

público extranjero, salvo cuando el beneficio se vincule a la omisión o ejecución de actos con infracción a los deberes de su cargo. No rige, por tanto, para las hipótesis de soborno y cohecho pasivo agravados.

Por lo tanto, un primer criterio a tener en consideración es el otorgado por el propio Código Penal: deben excluirse los donativos oficiales o protocolares, o aquellos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación.

En principio, pareciera tratarse de un criterio lo suficientemente claro como para resolver situaciones dudosas; sin embargo, tanto en el caso de donativos oficiales o protocolares, así como en donativos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación, pueden suscitarse dudas. Por ejemplo, en el primer caso, respecto a si un donativo oficial o protocolar puede siempre y en todo caso quedar excluido o si hay casos en que su valor económico u otro criterio aconseje incorporarlo dentro de los beneficios abarcados por la conducta típica. Más dudosa resulta la situación de los donativos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación, al no existir claridad respecto a qué es lo autorizado por la costumbre, o cuándo se está en el contexto de cortesía y buena educación o fuera de él.

iii.- Legislación administrativa

El contenido del artículo 251 sexies del Código Penal no es desconocido en la legislación chilena. En efecto, el artículo 62 de la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado establece en su numeral 5°:

Artículo 62.- Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas:

5. Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza.

Exceptúanse de esta prohibición los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación[9].

9 Es posible vincular esta norma con lo dispuesto en el artículo 8° N° 3 de la Ley N° 20.730 que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios:
Artículo 8°.- Los registros de agenda pública establecidos en el artículo anterior deberán consignar:
3) Los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación, que reciban los sujetos pasivos establecidos en esta ley, con ocasión del ejercicio de sus funciones.
En dichos registros deberá singularizarse el regalo o donativo recibido, la fecha y ocasión de su recepción y la individualización de la persona natural o jurídica de la cual procede.

Más allá de las dudas que pueda suscitar el contar con una norma exactamente igual en sede penal y administrativa –aspecto al que no se hará referencia en este trabajo, por exceder el contenido del mismo–, es factible tener en consideración esta norma para observar la interpretación que respecto de la misma se ha realizado en sede administrativa.

iv.- Jurisprudencia administrativa

Es posible hacer referencia a tres dictámenes de la Contraloría General de la República que se han pronunciado respecto a este tema, fijando algunos criterios orientadores.

- Dictamen N° 1.869 de fecha 19 de enero de 201710

El señor Ministro de Relaciones Exteriores solicita un pronunciamiento sobre el sentido y alcance de lo dispuesto en el número 5 del artículo 62 de la ley N° 18.575, en lo relativo a la aceptación de donativos oficiales y protocolares y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación. Lo anterior, toda vez que con ocasión de la pasada Navidad, el Embajador de Emiratos Árabes Unidos le envió como regalo un reloj marca Longines, de alto valor comercial (…) A juicio de la Contraloría General el referido regalo no puede considerarse como un donativo oficial o protocolar, ni tampoco cabe dentro de aquellos que autoriza la costumbre, en primer lugar, por su elevado valor comercial, y en segundo término, por tratarse de un objeto de estricto uso personal, circunstancias que no permiten clasificarlo dentro de las categorías antes referidas.

- Dictamen N° 14.840 de fecha 26 de abril de 2017[11]

Se ha dirigido a esta Contraloría General el Ministro de Relaciones Exteriores, con ocasión de la emisión del oficio N° 4.649, de 2017, de este origen, mediante el cual se tomó conocimiento de la oportuna devolución que hizo del regalo que le fue enviado por el Embajador de Emiratos Árabes Unidos en Chile durante las fiestas de fin de año, en razón de las consideraciones expresadas en el dictamen N° 1.869, de igual año y procedencia.

Al respecto, corresponde puntualizar que, de propia iniciativa, la referida autoridad acudió ante esta Entidad Contralora para manifestar su parecer en cuanto a que el presente en cuestión era de elevado costo, lo que afectaba la posibilidad de aceptarlo

10 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Dictamen N° 1.869 de 19 de enero de 2017* [en línea]. Disponible en: https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/001869N17/html [fecha de consulta: 24 junio 2019].

11 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Dictamen N° 14.840 de fecha 26 de abril de 2017* [en línea]. Disponible en: https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/014840N17/html [fecha de consulta: 24 junio 2019].

(…) En esta ocasión, reitera su opinión en el sentido que debiera recomendarse un monto máximo de valor de los regalos que pueden aceptar las autoridades públicas.

Al respecto, cabe manifestar que actualmente no se observa que la normativa legal que regula esta materia establezca un límite como el que se plantea para la aceptación de donativos oficiales y protocolares y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación, como tampoco que determine elementos o criterios para fijar una cuantía determinada, por lo que dicho análisis deberá efectuarse caso a caso.

- Dictamen N° 3.656 de fecha 02 de febrero de 201712

Se ha dirigido a esta Contraloría General Grifols Chile S.A., laboratorio dedicado al diagnóstico y tratamiento de enfermedades hematológicas y proveedor de equipos de esa naturaleza a hospitales públicos y privados, quien consulta si infringe el principio de probidad la aceptación de donaciones por parte de los servicios de salud, consistentes en el pago de los gastos de asistencia y traslados de profesionales de tales reparticiones para participar en actividades de capacitación como seminarios, congresos y programas de perfeccionamiento.

Añade que el carácter altamente especializado de los tratamientos hematológicos exige una permanente investigación y desarrollo de nuevos productos y terapias, con la consecuente necesidad de contar con una constante actualización en la comunidad médica.

Finalmente señala que dichas donaciones bajo ningún respecto implican o tienen como contraprestación la obligación del establecimiento de salud respectivo de adquirir los bienes o servicios que comercializa, ni tampoco constituye un incentivo adicional para el beneficiario.

En este caso la Contraloría General de la República tuvo en consideración el artículo 4° de la Ley N° 19.896, que otorga a los órganos y servicios públicos incluidos en la Ley de Presupuestos la facultad de aceptar y recibir donaciones. Por otra parte, en relación a una posible infracción a los deberes de probidad, invoca el artículo 8° de la Constitución Política, el inciso primero del artículo 52 de la Ley N° 18.575, el artículo 62 N° 5 de la misma ley, el inciso tercero del artículo 1° de la Ley N° 20.880 y el artículo 11 de la Ley N° 19.880, para concluir que *la prohibición de aceptar donativos está dirigida a los funcionarios de la Administración sin afectar la potestad de que gozan las instituciones públicas para recibir donaciones, ya que ambas normas tienen un ámbito de acción diferente*

12 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Dictamen N° 3.656 de fecha 02 de febrero de 2017* [en línea]. Disponible en: https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/003656N17/html [fecha de consulta: 24 junio 2019].

y pueden coexistir sin afectar la finalidad de la otra, según lo señaló el dictamen N° 30.441, de 2016, de este origen.

Luego, el órgano contralor señala que llegado a ese punto, corresponde que el servicio de salud beneficiario pondere si la actividad objeto del ofrecimiento de la empresa recurrente se relaciona con las funciones del establecimiento y si resulta necesaria o conveniente al mejor desarrollo de sus tareas. Cumpliendo con esas dos condiciones, deberá velar *para que la selección del profesional que deba asistir a la conferencia sea objetiva y obedezca a criterios técnicos, no pudiendo beneficiar al personal que debe participar en los procesos de contratación de servicios y adquisición de bienes, para asegurar la imparcialidad en el ejercicio de las funciones de éstos. Además, quien resulte seleccionado deberá abstenerse de participar en procesos de adquisición de esa clase de bienes y servicios.*

Del mismo modo, el jefe de servicio deberá velar para que este tipo de donaciones sean aceptadas de manera excepcional, y ponderar su conveniencia, especialmente cuando provengan de personas o empresas que se dedican a prestar servicios o vender productos que comúnmente sean adquiridos por esa clase de organismos, a fin de evitar que ello se transforme en una práctica que pueda afectar la objetividad con que esos centros de salud deban decidir sus contrataciones.

d.- Criterios en el derecho comparado. El caso de España

i.- Legislación penal

El Código Penal español de 1995 establece en su artículo 422:

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años[13].

ii.- Doctrina penal

La doctrina española ha reconocido que los problemas interpretativos pueden surgir debido a la ausencia de criterios claros para determinar si un regalo es delictivo o no.

13 AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Legislación consolidada. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [en línea]. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con [fecha de consulta: 10 septiembre 2019].

Así por ejemplo, Blanco Cordero[14] reconoce que el Código Penal español no ofrece ningún criterio que permita limitar el amplio alcance del tipo penal del artículo 422[15]. Añade que una interpretación textual del precepto permite el castigo de la aceptación por el funcionario de cualquier obsequio. A partir de ahí, reconoce que esa amplitud requiere el establecimiento de límites.

El punto de partida para establecer estos límites, de acuerdo con el autor, debe ser una interpretación que tenga en cuenta el bien jurídico protegido por el precepto, el significado de la expresión "en consideración a su función" y el criterio de la adecuación social[16].

En cuanto al bien jurídico protegido, plantea la existencia de dos alternativas: el principio de imparcialidad, o bien, la confianza de los ciudadanos en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la Ley. Si el bien jurídico es el principio de imparcialidad, el regalo sólo es punible cuando genere un peligro para la correcta valoración de los intereses en conflicto, propia de todo procedimiento administrativo[17]. En Chile Rodríguez y Ossandón[18] recogen la imparcialidad del ejercicio de la función pública como bien jurídico protegido por los delitos de cohecho y soborno.

Si el bien jurídico es la confianza de los ciudadanos, como parece entenderlo la jurisprudencia española, se trata de un delito de peligro abstracto que adelanta la barrera punitiva para evitar hipotéticos actos posteriores del funcionario a cambio de recompensas.

Por otra parte, la expresión "en consideración a su función" hace referencia a la conexión entre la invitación y el cargo o función. Sólo es punible el regalo que lleva a cabo el empleado público "en consideración a su cargo o función". La jurisprudencia exige que exista necesariamente una conexión causal entre la entrega de la dádiva y el oficio público del funcionario, "de forma que la única explicación plausible del regalo o dádiva sea la condición de tal del sujeto". La conexión causal supone que el motivo de la entrega de la dádiva ha de ser la especial posición que ostenta el cargo público, pues de lo contrario el particular no se hubiera dirigido a él ofreciéndole el obsequio. Esto es lo que mueve realmente al particular a ofrecer y entregar dicho obsequio, que

14 BLANCO CORDERO, Isidoro. "Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos". En: *La Ley Penal,* N° 113, Sección Estudios, Marzo-Abril 2015, Editorial La Ley, p. 6. [en línea]. Disponible en: https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/dossieres-legislativos/Blanco%20Cordero%2C%20I.pdf [fecha de consulta: 24 junio 2019].

15 Ibíd.

16 Ibíd., págs. 6 y sgtes.

17 Ibíd., p. 6.

18 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 335.

de no ser por tal condición no se lo habría entregado. A sensu contrario, el comportamiento no será típico si el regalo se ofrece y se entrega por otros motivos, por ejemplo relaciones de amistad o familiares. Más complicado es determinar cuándo se entrega por un motivo o por otro, para lo que habrá que examinar el caso concreto[19].

Respecto a la naturaleza y el valor de la invitación, la adecuación social y la insignificancia, señala el autor que es complejo usar límites cuantitativos, ya que debe analizarse la situación económica particular del funcionario. Por otra parte, reprochar todo lo que escape a usos y adecuación social también es inseguro, porque lo socialmente admitido es muy variable y está sujeto a cambios constantes[20].

El autor propone algunos criterios, tomando como base que el bien jurídico protegido es la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas. A partir de ahí, sugiere que el análisis se realice en diversos niveles de intervención:

En primer lugar, desde la perspectiva del derecho disciplinario y derecho penal, aquellas invitaciones o regalos que se enmarcan en lo que la ley española denomina "usos habituales, sociales y de cortesía", y que a nivel penal se equipara con el criterio de la adecuación social. Estas invitaciones quedan fuera de todo tipo de intervención, tanto disciplinaria como penal. En segundo lugar, aquellas invitaciones o regalos que superan el canon de la cortesía o los usos sociales, que han de ser reconducibles a la infracción disciplinaria constitutiva de falta grave (o de otro tipo de acuerdo con lo previsto en la legislación autonómica al respecto). Y en tercer lugar, aquellas que son socialmente inadecuadas y que son idóneas para menoscabar el bien jurídico protegido de la imparcialidad en los procesos administrativos, que serán susceptibles de ser reconducidos a la vía penal.

Por otra parte, al analizar la consideración a su cargo o función hace referencia al ejercicio de las funciones de representación, precisando que los tribunales alemanes han entendido que existe cohecho (porque se trata de influir en empleado público) cuando la participación del funcionario público excede de las tareas de representación. Así, por ejemplo: "va más allá de las labores de representación del primer alcalde de la ciudad de Leipzig la estancia de seis días en Berlín durante los que se celebraba una carrera ciclista (durante los años 2001 y 2002) pagados por una empresa cervecera por valor de 1348 euros"[21].

19 Ibíd., p. 7.

20 Ibíd., p. 8.

21 Ibíd., p. 11.

Otros criterios propuestos por el autor son los siguientes:

No deberían dar lugar a la aplicación del tipo penal aquellas invitaciones de pequeño valor a empleados públicos en el ámbito del patrocinio de actividades deportivas, culturales o de otro tipo entregadas por empresarios con los que no existe ninguna relación. La situación cambia si existe algún tipo de relación oficial entre quien invita y el empleado público, lo que implica una conexión con la gestión de intereses potenciales del particular. Aquí estamos en presencia de un indicio importante de la eventual puesta en peligro de la imparcialidad de los procedimientos administrativos, porque el empleado público que acepta la invitación mantiene así una relación económica con el particular al margen de la ley. Lo primero que habrá que ver es el carácter de la relación oficial que les vincula y su relevancia. Luego, si existe una conexión relevante entre los intereses del empresario y empleado público, y la actuación de este va más allá de sus funciones de representación, la invitación se realiza "en atención al cargo o función". El hecho de que un equipo invite a un partido de fútbol al juez de lo penal (o al fiscal, si se tratara de un caso chileno) que está tramitando un proceso por delito fiscal en el que está implicado dicho equipo como persona jurídica implica una relación entre empresario y empleado público que no es de recibo. El autor sugiere tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto (cuantía de la invitación, reiteración en las invitaciones, la posición jerárquica del funcionario público) para verificar si encajan en el fin de protección del artículo 422 CP, es decir, la imparcialidad en los procedimientos administrativos. Habrá que valorar, entre otras cosas, como por ejemplo si existe alguna relación previa entre el funcionario y el particular, en el sentido de que el empleado público tenga capacidad de influir en asuntos administrativos del particular que se encuentren pendientes de resolución. También será necesario tener en cuenta la reiteración en el tiempo de las invitaciones y regalos, y si cada vez son más frecuentes e incluso más valiosos. Asimismo es conveniente tener en cuenta si la entrega de la invitación se hace de manera oculta, con opacidad. Si bien el tipo penal actual permite castigar la fase inicial de tanteo, castigando la primera invitación que normalmente persigue probar si se trata de un empleado público receptivo y poder así identificar al sujeto a corromper, parece que estos casos no generan un riesgo relevante para el bien jurídico merecedor de sanción penal[22].

Por su parte, María del Carmen Gómez Rivero[23] refuerza la idea de la inexistencia de criterios unívocos y propone algunos criterios restrictivos,

22 Ibíd., págs. 11-13.

23 GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. "Derecho Penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido" En: *Estudios penales y criminológicos,* Vol. 37, págs. 249-306 [en línea]. Universidad de Santiago de Compostela, 2017. Disponible en: http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/3928 [fecha de consulta: 01 julio 2019].

como por ejemplo que la entrega se realice en consideración al cargo o función, siendo relevante el bien jurídico y la lesividad de la conducta.

Dentro de las líneas de solución para establecer la atipicidad de la conducta, sugiere la adecuación social e insignificancia, teniendo en consideración la entidad, cualidad del funcionario, y la relación entre ambos sujetos[24].

Respecto a la entidad de la ventaja, estima que no basta la sola entidad. Debe relacionarse, por ejemplo, con momento y periodicidad (así por ejemplo, podría quedar contemplado dentro del cohecho un beneficio económico de bajo monto, pero que se otorga de manera permanente). Sostiene la autora, además, que la relación entre sujeto activo y pasivo debe entenderse agotada al finalizar la prestación asistencial, porque ya no se generaría el peligro que busca evitar el artículo 422. Por otra parte, debe determinarse el sujeto del que procede y las condiciones. Así por ejemplo, no daría lo mismo la compra específica de un objeto de plata para regalarlo a un funcionario público, que regalar un objeto de plata disponible dentro de un stock de ellos[25]. También debe considerarse el valor del regalo para el funcionario concreto. Por ejemplo, si se considera que una estampilla puede tener un valor objetivamente bajo, pero un elevado valor para un coleccionista, si esa estampilla era difícil de encontrar para él[26]. Además, la referida autora añade la distinción entre el regalo "aceptado" y regalo "solicitado", considerando que los casos de regalo solicitado dudosamente podrían quedar fuera del tipo penal[27].

En cuanto a la calidad del funcionario, señala que existe diferencia entre cargos políticos altos, que pueden tener gastos de representación, y funcionarios administrativos, respecto de quienes esa posibilidad no existe.

Además, estima relevante considerar algunos criterios jurisprudenciales que observan si el regalo sólo se explica por la función, o por otro tipo de relaciones personales entre el particular y el funcionario público. A ese respecto, considera que lo relevante en esta restricción es determinar si existe un interés subyacente, presente o futuro, que permita la afectación del bien jurídico, al influir en la toma de decisiones del funcionario público, aunque sea en términos de peligrosidad[28].

Finalmente, otro elemento que menciona la autora es el de la "creación de un clima de corrupción". En este sentido, señala que suele afirmarse

24 Ibíd., p. 297.

25 Ibíd., p. 296.

26 Ibíd.

27 Ibíd., p. 297.

28 Ibíd., págs. 298 y 299.

que el tipo penal del artículo 422 sanciona la creación de una suerte de clima que "propicia el riesgo de atraer hacia el oferente la simpatía de la autoridad o funcionario y, con ello, de que en un futuro hipotético aquél pudiera llegar a recibir un trato de favor, clima que parece colmarse con la admisión del ofrecimiento en cuestión"[29]. Por lo tanto, para ella este criterio permite solucionar casos en que el valor del regalo es escaso, o cuando la oportunidad de la entrega del beneficio no permitiría "crear" ese clima, porque la relación ya se encuentra agotada, incluso en casos que el regalo sea de una elevada cuantía. Así por ejemplo, estima que "pueden delimitarse ciertos casos amparados por las costumbres sociales. Absurdo parecería en este sentido criminalizar, por ejemplo, a la mujer que regala un jamón al médico de la Seguridad Social que la ha atendido en el parto. Etiquetar actos de este tipo como corruptos llevaría a un insoportable clima de desafección en las relaciones sociales"[30]. Ahora bien, a pesar que el criterio otorga un elemento de análisis interesante, en Chile sólo podría aceptarse de manera parcial, en el entendido que los tipos penales contemplados en el Código Penal permiten ofrecer o consentir en dar un beneficio, para realizar o "por haber realizado" alguna de las conductas descritas en los artículos 248, 248 bis y 249, por lo que, incluso en los casos en que la prestación haya finalizado, puede darse cabida al tipo penal. Es más, nada impide pensar que incluso una vez agotada la relación o prestación, el regalo pueda servir para la creación de un clima de corrupción para una prestación futura, por lo que el argumento también perdería fuerza en ese sentido.

Por otra parte, Fernando Vásquez, analizando criterios jurisprudenciales en España, referidos a la admisión de regalos y a los fundamentos para sancionar este tipo de conductas, da cuenta de tres líneas interpretativas[31]:

Una primera línea ciñe su aplicación a aquellas conductas "de las que se deduzca un mínimo de contenido de injusto para el bien jurídico: el correcto, imparcial y objetivo desarrollo de la función pública encomendada a quien recibe la dádiva"[32]. Los principios descritos por la Constitución y

29 Ibíd., p. 280.

30 Ibíd., p. 295.

31 VÁSQUEZ, Fernando. "Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado "cohecho de facilitación" (Art. 422 CP)" [en línea]. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 3ª Época, N° 6 (2011), Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), España, [págs. 151-180], p. 158. Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2011-6-5060&dsID=Documento.pdf [fecha de consulta: 24 de junio de 2019].

32 Ibíd., p. 159.

el ordenamiento jurídico servirían como criterios de selección (normativo-valorativos) de los supuestos que deben subsumirse en el tipo[33].

La segunda línea interpretativa no abandona la referencia a la función pública, pero considera otras resoluciones que vinculan la existencia de esta figura a la conveniencia de reforzar la vigencia de determinados criterios ético-morales en su desarrollo o, incluso, en su prestigio. Así por ejemplo, cita una resolución que afirma que lo que se aprecia en el contenido de injusto del delito es "el incumplimiento de la obligación de los funcionarios públicos de ser ejemplo de "máximo decoro e integridad"; una obligación que dimanaría tanto de la lealtad debida a la Administración Pública, como del hecho de que ejercen funciones en favor de la comunidad social"[34]. En el mismo sentido, otras sentencias que afirman que el cohecho protege, en todas sus modalidades, "el prestigio y eficacia de la Administración Pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos" o que con la admisión de regalos "no se trata sólo de asegurar la rectitud de la función pública, sino siempre de garantizar la incolumidad del prestigio de la función y de los funcionarios, a quienes hay que mantener siempre a salvo de cualquier injusta sospecha de interesada y voluntaria transgresión de sus deberes"[35].

Por último, una tercera corriente jurisprudencial expresa la necesidad de preservar valores como la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado, la apariencia de imparcialidad, neutralidad y sujeción a la ley en el desarrollo de la función o la confianza pública en su ejercicio recto y objetivo[36].

iii.- Jurisprudencia

STS 14/2015[37]

Afirma que es preciso que concurran una serie de elementos para la afirmación del tipo: a) el ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo; b) la aceptación por éste de dádivas o regalos; c) una conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y el oficio público del funcionario.

La expresa utilización del término dádiva, añadido al vocablo regalo, es bien elocuente del deseo legislativo de despejar cualquier duda acerca de la innecesariedad

33 Ibíd.

34 Ibíd.

35 Ibíd.

36 Ibíd., págs. 159 y 160.

37 TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de fecha 26 de enero de 2015, 14/2015, considerando segundo.

de un significado retributivo, por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se quiere obsequiar al funcionario receptor. De ahí que no falten voces en la doctrina que adjudican al art. 426 la naturaleza de delito de peligro abstracto, idea presente en algunos de los pronunciamientos de esta Sala, como la STS 361/1998, 16 de marzo, en la que se afirma que mediante la incriminación de esa conducta se "...protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley".

La necesidad de un enlace causal entre la entrega de la dádiva y el carácter público del receptor, también ha sido expresada por la jurisprudencia. Bien elocuente es la STS 30/1994, 21 de enero, cuando precisa que "... el término «en consideración a su función» debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla".

Respecto a la relevancia típica de las conductas, específicamente dádiva, su conexión causal con el cargo y las dudas que puedan surgir con los regalos socialmente adecuados: *No es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales.*

En el caso enjuiciado, ni siquiera se ha formulado ese planteamiento, puesto que la cantidad mensual de tres mil euros para su esposa, sin contrapartida alguna, es sobradamente constitutiva de tipicidad. Aquí no existe fórmula alguna de adecuación social. Por lo demás, el obsequio se produce en atención al cargo que ostentaba el acusado como Presidente del Gobierno balear. Las «presiones» que declaró el Sr. Leandro, administrador del hotel citado, o el "compromiso" al que se vio sometido, como también declaró en el acto del juicio oral, constituyen aspectos muy elocuentes de la naturaleza de la dádiva con la que se "comprometía" a cumplir.

Respecto a la recepción de la dádiva por un tercero: *El segundo tema, lo residencia el recurrente en la identidad del beneficiario, diciendo que la dádiva no la recibió el acusado, sino su esposa. Pero es de todo punto concluyente que no se trata de que reciba la prebenda precisamente el acusado, sino quién se aproveche de la misma, y en este sentido, tal aprovechamiento queda fuera de toda duda.*

Conclusiones

En base al análisis de la legislación y doctrina nacional y comparada, y de la jurisprudencia comparada, es posible concluir, al menos en esta etapa del análisis efectuado, que es necesario delimitar las conductas que deben considerarse típicas y aquellas que no, tanto para evitar infringir principios como la lesividad y última ratio, así como para evitar que conductas que son realmente típicas, permanezcan sin sanción. Para ello, será necesario recurrir a algunos criterios. Respecto de los criterios propiamente tales, es posible sostener lo siguiente:

Consideraciones generales:

- No existen criterios universales, por ende, el análisis debe hacerse siempre caso a caso.
- Se sugiere tomar siempre más de un criterio de los recomendados para efectuar el análisis, y no sólo uno de ellos.

Algunos criterios que podrían ser de utilidad:

- Criterio incorporado en el artículo 251 sexies del Código Penal:
    - Deben excluirse los donativos oficiales o protocolares, o aquellos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación.
- Criterios derivados de algunos dictámenes de la Contraloría General de la República, que precisan la definición entregada por el artículo 62 N° 5 de la Ley N° 18.575 (cuyo contenido es similar al del artículo 251 sexies):
    - Valor comercial del donativo. Un donativo de elevado valor comercial no queda comprendido en la excepción. No es posible fijar un monto de corte, debiendo efectuarse el análisis caso a caso.
    - Uso del donativo. Si el donativo es de exclusivo uso personal, no queda comprendido en la excepción.
    - Debe distinguirse entre los donativos recibidos a título personal por el funcionario público, de aquellos recibidos por la institución en la que trabaja. Si se trata de un donativo recibido por la institución, ésta debe verificar que la donación se relaciona con las funciones del establecimiento y si resulta necesaria o conveniente al mejor desarrollo de sus tareas. De ser así, velar porque la elección del funcionario público que se

vea beneficiado sea objetiva y obedezca a criterios técnicos, y no se trate de alguien que deba participar en los procesos de contratación de servicios y adquisición de bienes.

- Criterios aportados por la doctrina y jurisprudencia españolas:
    - Considerar que la conducta en concreto afecte el bien jurídico protegido, el que podría ser la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, o la confianza de los ciudadanos.
    - Es complejo usar límites cuantitativos, ya que debe analizarse la situación económica particular del funcionario.
    - Deben reconducirse a sede penal (y no sólo a sede administrativa) las conductas que son socialmente inadecuadas y que son idóneas para menoscabar el bien jurídico protegido de la imparcialidad en los procesos administrativos.
    - Existe cohecho cuando la participación del funcionario público excede de las tareas de representación.
    - En cuanto a la entidad del beneficio, no basta la sola entidad o monto del donativo. Debe relacionarse, por ejemplo, con momento y periodicidad. Además, tener en consideración el valor del regalo para el funcionario concreto.
    - Puede ser importante la distinción entre regalo "aceptado" y regalo "solicitado", siendo más complejo excluir la tipicidad cuando se trata de un regalo solicitado por el funcionario público.
    - Es relevante considerar la creación de un "clima de corrupción", con alcances limitados, acorde a la legislación chilena en la materia, toda vez que el cohecho permite sancionar el dar, ofrecer o consentir en dar un beneficio "por haber ejecutado" determinadas conductas.
    - El beneficio puede ser recibido por un tercero o intermediario, como por ejemplo, el cónyuge del funcionario público.
    - El comportamiento no será típico si el regalo se ofrece y se entrega por motivos diferentes a la especial posición del funcionario, por ejemplo relaciones de amistad o familiares. Especialmente frente a este criterio resulta importante recordar la advertencia previamente realizada, en el sentido de analizar caso a caso y en conjunto con otros criterios, de manera de no excluir a priori los casos de beneficios otorgados por familiares o amigos al funcionario público.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

HALLAZGOS CASUALES Y LAS EXCEPCIONES A LAS REGLAS DE EXCLUSION

Alejandro Ivelic Mancilla[1]

Los hallazgos casuales, también denominados hallazgos ocasionales o fortuitos, consisten en el descubrimiento, durante el curso de la ejecución de una orden judicial intrusiva, de delitos nuevos o de imputados distintos, a los que fueron autorizados investigar en la autorización judicial original.

Uno de los principales problemas que plantea el hallazgo casual, es el valor probatorio que tendrán aquellos descubrimientos que no se encontraban previstos ni amparados por una orden judicial habilitante. Esta divergencia entre lo autorizado y lo encontrado, puede tensionar algunos principios constitucionales como los de motivación, especialidad y proporcionalidad. De esta forma, la motivación de las resoluciones judiciales que restringen derechos fundamentales, no podría expresarse, ya que el Juez no tendrá oportunidad *ex ante*, de pronunciarse sobre los elementos que justificaban, o no, la limitación al derecho. Por su parte, el principio de la especialidad pondría en crisis el mérito del hallazgo casual, porque este último no otorgará posibilidades al Juez, de preterir de la injerencia, la investigación de un delito que *ab initio* se ignoraba. Por último, respecto al principio de la proporcionalidad, como el nuevo delito no pudo ser valorado por el Juez con anterioridad a su descubrimiento, entonces no se podrán evaluar los elementos de idoneidad, necesidad y conveniencia que ameritaban restringir el derecho fundamental.

El hallazgo casual, tanto por su origen como por sus presupuestos, no es prueba ilícita. En efecto, veremos que se trata de dos instituciones procesales distintas. La prueba ilícita, supone la infracción de una garantía fundamental en el proceso, la cual puede invalidar la prueba misma (prueba directa) o las pruebas que se deriven de la prueba ilícitamente obtenida (prueba indirecta o derivada). En cambio, el hallazgo casual se obtiene en el desarrollo de un proceso conforme a derecho, con una autorización judicial habilitante, otorgada legalmente, en el curso del cual se obtiene prueba nueva o inesperada, no relacionada con la orden judicial. Por otra parte, las denominadas excepciones a las regla de la exclusión que otorgan

1 Abogado, Subdirector Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público. Magíster Derecho Público Universidad de Chile. Magíster Derecho Penal Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

valor a la prueba derivada en un contexto de infracción de garantías (como la fuente independiente, el hallazgo inevitable y los vicios subsanados) tienen su origen en la jurisprudencia constitucional de EEUU bajo otros presupuestos, en cambio, la institución de los hallazgos casuales es de origen alemán.

1. Concepto de hallazgo casual

El concepto de hallazgo casual, según María Inés Horvitz, es de origen alemán y corresponde a aquellas comunicaciones que dan cuenta de otros hechos perseguibles de oficio[2].

También para Lourdes Noya, el concepto de hallazgo casual proviene de Alemania y en él habría una disociación entre la autorización judicial habilitante y el fin inmediato de la investigación: "la doctrina alemana ha denominado como descubrimientos casuales a los conocimientos adquiridos mediante un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones telefónicas legítimamente ordenados y ejecutados, que no se corresponden con el fin inmediato de la investigación en la que se autoriza la medida, y que además afectan a personas frente a las cuales no se ha ordenado dicha investigación o no se hubiera podido ordenar por no cumplirse los presupuestos imprescindibles"[3].

Para Susana Álvarez De Neira, uno de los presupuestos del hallazgo casual es la autorización judicial habilitante, y lo define de la siguiente manera: "Por hallazgo o descubrimiento casual debemos entender, por lo tanto, la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos (ya sea una intervención telefónica, una entrada y registro u otras diligencias de investigación similares), o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando, es decir, cuando al investigar unos determinados hechos delictivos, se descubren por casualidad otros distintos o aparecen otros sujetos implicados"[4].

2 HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal chileno.* 1ª ed., Santiago, Editorial Jurídica, 2003, p. 531.

3 NOYA, Lourdes. *La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal.* Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 270.

4 ALVAREZ DE NEYRA, Susana. *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)* [en línea]. En: *Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* (2) 2011, p. 2. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo [fecha de consulta: 10 septiembre 2019].

De igual forma, para Fermín Echarri, la orden judicial que autoriza la diligencia intrusiva (de entrada y registro o de interceptación) es un presupuesto de los hallazgos casuales, no siendo estos últimos un medio de prueba, sino una fuente de prueba que: "se producen en aquella situación en la que habiéndose obtenido la correspondiente habilitación judicial para la práctica de una diligencia que afecta a los derechos fundamentales del sujeto investigado (entrada y registro en domicilio, intervención de las comunicaciones), con motivo de la persecución de una serie de conductas delictivas concretas y determinadas, aparecen fuentes de prueba relativas a otro u otros delitos distintos, de los cuales no se tenía noticia con anterioridad, cuando menos por los agentes intervinientes en aquella"[5].

Tomás López Fragoso, específicamente en relación a los hallazgos casuales que puedan presentarse en el desarrollo de una interceptación telefónica, utiliza un parámetro teleológico para determinar si se encuentran o no amparados por la autorización judicial. Ese parámetro consistente en el fin inmediato de la investigación, con lo cual, los hallazgos casuales no se corresponderían a esa finalidad, los que describe como: "los conocimientos adquiridos mediante una intervención telefónica legítimamente ordenada y ejecutada que no se corresponden con el fin inmediato de la investigación penal para la que se autoriza dicha medida, y/o que afectan –o provienen– de personas frente a las cuales no se ha ordenado dicha intervención o que no hubiera podido ordenarse frente a ellas según los presupuestos normativos objetivos y subjetivos"[6].

En todo caso, cualquiera sea el concepto que se adopte, el hallazgo casual presupone la existencia de una orden judicial que limita un derecho fundamental. Además, en cuanto al objeto, el hallazgo siempre debe referirse al descubrimiento de hechos presumiblemente ilícitos con categoría de ilícito penal. Por tanto, los descubrimientos fortuitos que se produzcan en el curso de una diligencia intrusiva, que tengan un carácter contravencional o administrativo, no podrían ser utilizados válidamente como medios de prueba en sede judicial ni en sede administrativa por tratarse de medidas intrusivas de excepción, que el legislador ha reservado exclusivamente para investigar algunos ilícitos penales, ya sea por la gravedad de la pena asignada al delito o por la materia a que están referidos.

5 ECHARRI, Fermín. "Prueba Ilícita, conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales" [en línea]. En: *Revista del poder judicial* (69) 2003, p. 286. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo [fecha de consulta: 10 septiembre de 2019].

6 LÓPEZ, Tomás. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal.* Madrid, 1ª ed., Editorial Colex, 1991, p. 82.

2. Reconocimiento normativo de los hallazgos casuales

Los hallazgos fortuitos, se encuentran reconocidos en nuestro Código Procesal Penal a propósito de dos diligencias o actuaciones investigativas limitadoras de garantías fundamentales: la primera es la diligencia de entrada, registro e incautación contemplada en el artículo 215 del Código Procesal Penal, y la segunda es la diligencia de interceptación de comunicaciones telefónicas prevista en el artículo 223 incisos finales, del mismo cuerpo legal.

En relación a la diligencia de entrada, registro e incautación, la nueva normativa introducida por la Ley N° 20.931 de fecha 5 de Julio de 2016, modificó el artículo 215, autorizando la incautación inmediata y sin autorización judicial, prescribiendo lo siguiente: "Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación, debiendo dar aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará".

Respecto de los hallazgos casuales que puedan presentarse durante el desarrollo de una diligencia investigativa de interceptación de comunicaciones telefónicas, el artículo 223, en sus dos últimos incisos prescribe lo siguiente: "Aquellas comunicaciones que fueren irrelevantes para el procedimiento serán entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida, y se destruirá toda transcripción o copia de ellas por el ministerio público.

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

De acuerdo a lo descrito en estos artículos, y a los conceptos que la doctrina ha aportado, se pueden extraer los siguientes elementos configurativos de los hallazgos casuales:

- La existencia de una investigación previa respecto de un delito específico y de personas determinadas.
- La existencia de una orden judicial que autoriza la medida intrusiva.
- El descubrimiento fortuito de medios de prueba, que digan relación con un hecho punible distinto o con personas distintas a las mencionadas en la orden judicial.
- La ausencia de previsibilidad y de búsqueda de los medios de prueba nuevos.

3. Reglas de la exclusión y los hallazgos casuales

La regla de la exclusión consiste en la invalidez de las pruebas obtenidas con violación a derechos y garantías fundamentales, así como también la transmisión de ese efecto a las pruebas que sean producto de la prueba originalmente inválida[7] (doctrina de los frutos del árbol envenenado o eficacia refleja de la prueba ilícita).

La doctrina de los frutos del árbol envenenado tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana derivada de la infracción de la Cuarta Enmienda de la Constitución Federal de Estados Unidos. Esta garantía contra detenciones, allanamientos e incautaciones arbitrarios, no sólo ha dado lugar a una interesante jurisprudencia sobre su contenido inmediato; esto es, sobre los presupuestos de legalidad de tales injerencias en la esfera de los derechos, sino también sobre los efectos de la inobservancia de tales presupuestos[8].

En lo sustantivo, la doctrina del fruto del árbol envenenado postula que no solamente es inválida la prueba directamente obtenida con infracción de garantías fundamentales, sino también la prueba que se deriva de aquella. Coincide con este planteamiento Manuel Miranda Estampres, para quien esta doctrina puede formularse de la siguiente forma: "la exclusión alcanza no sólo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas (derivadas) que aunque han sido obtenidas lícitamente, esto es, constitucionalmente, tienen su origen en información o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial".

7 HAIRABEDIAN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal.* Buenos Aires, Argentina, 1ª. ed., Editorial Ad-hoc, 2010, p. 33.

8 El primer fallo que aplica esta doctrina es del año 1914, conocido como "Weeks vs. United States", en que la Suprema Corte resolvió por primera vez que no podía emplearse como prueba de cargo en juicio, prueba material obtenida con infracción a la Cuarta Enmienda. Su fundamento fue que la exclusión estaba impuesta implícitamente en la Constitución Federal para garantizar los derechos en ella establecidos, señalando el fallo en lo pertinente: "si cartas y documentos privados pueden ser incorrectamente secuestrados, mantenidos y utilizados como prueba en contra de un ciudadano acusado de un delito…la protección de la Cuarta Enmienda declarando el derecho a estar seguros tanto contra secuestros y registros irrazonables, queda sin valor". Sin embargo, este fallo solamente tuvo efectos para la jurisdicción Federal y no para los Estados de la Unión.
La sentencia que por primera vez utilizó la expresión alegórica de los frutos del árbol venenoso, fue la del caso "Nardone vs. United States" del año 1939, donde fue intervenido, sin autorización judicial, el teléfono de un contrabandista de alcohol de nombre Nardone. La sentencia resolvió que no solamente debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones: "El juez debe dar a los acusados la oportunidad de demostrar que una parte sustancial de la acusación contra ellos era fruto de un árbol envenenado".

Esta regla no ha sido aplicada en forma absoluta, se han admitido ciertas excepciones llamadas "excepciones a las reglas de exclusión" que tienen en común la desconexión entre la prueba originalmente ilícita y la prueba nueva utilizada. Estas excepciones son: la fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable.

En relación a los hallazgos casuales, si bien se asemejan a las denominadas "excepciones a las reglas de exclusión"[9], son instituciones procesales esencialmente diferentes, por cuanto las excepciones a las reglas de exclusión parten de una prueba obtenida con infracción a garantías fundamentales, es decir, hay una ilegalidad congénita en la obtención de la prueba originaria, a diferencia de los hallazgos casuales que tienen un curso investigativo originario legítimo, con una autorización judicial obtenida conforme a derecho.

Los hallazgos casuales presuponen la existencia de una investigación legítima, desarrollada conforme a las garantías del debido proceso, amparada por una orden judicial legalmente obtenida, en cuyo cumplimiento se descubren ilícitos nuevos, no previstos en la autorización judicial habilitante. Es por esta razón que los hallazgos casuales no implican que la nueva prueba obtenida, per se pueda calificarse de ilegal. En consecuencia, el problema de los hallazgos casuales no debiera tener el mismo tratamiento que las excepciones a las reglas de exclusión.

Esta doctrina de los frutos del árbol envenenado no ha sido aplicada en forma incondicional, la jurisprudencia norteamericana ha desarrollado las llamadas excepciones a la regla de exclusión, que son categorías de situaciones que tienen en común la desconexión o desvinculación (total o relativa) entre la prueba obtenida con infracción de garantías y la prueba nueva que se pretende emplear en el juicio.

El carácter no absoluto de la regla de exclusión radica en las características del nexo causal entre la prueba ilícita y la que se desprende de ésta. Es así como, la jurisprudencia constitucional de Estados Unidos, según Héctor Hernández: "ha ido reconociendo ciertos límites al principio, sobre todo por la vía de precisar las características del vínculo causal que ha de existir entre la infracción constitucional y la obtención de las pruebas cuya exclusión se reclama, vínculo causal que en algunos casos en rigor puede considerarse

9 Los hallazgos casuales y las excepciones a las reglas de exclusión, son instituciones que se asemejan en los siguientes aspectos:
1. La una y la otra dicen relación con la valoración de la prueba en dos fases o etapas: en la etapa de obtención de la prueba originaria y en la etapa de la prueba derivada.
2. Ambas instituciones involucran el estudio de la existencia, naturaleza y características del vínculo o la relación entre ambas fases de recolección de material probatorio.

inexistente, en tanto que en otros, aunque sea innegable, puede parecer tan atenuado que el vicio puede considerarse purgado"[10].

En nuestro sistema jurídico, también se reconoce la regla de exclusión, cuyo fundamento constitucional se encuentra en la garantía del debido proceso, y a nivel legal, tiene reconocimiento normativo expreso en el artículo 165 del Código Procesal Penal, que dispone: "La declaración de nulidad del acto conlleva la de los actos consecutivos que de él emanen o dependieren".

Tanto la doctrina nacional, como nuestra jurisprudencia, han admitido excepciones y limitaciones a la regla de exclusión. Así lo manifiesta Iván Díaz: "No resulta viable sostener que la regla de exclusión de pruebas ilícitas tenga carácter absoluto. Desde el propio sistema jurídico chileno es posible sostener algunos casos en que debe exceptuarse su aplicación"[11].

Igualmente, nuestra Corte Suprema mediante un proceso de recepción de la jurisprudencia de Estados Unidos, ha tomado los argumentos de algunos fallos de ese país, que explican tanto la regla de la exclusión de los frutos del árbol venenoso, como algunas de sus excepciones. Asimismo, ha reconocido expresamente que la doctrina de los frutos del árbol envenenado no tiene una aplicación absoluta, relativizando así la regla de la exclusión en la sentencia Rol N° 1741-2010 de 25 de mayo del 2010[12].

10 HERNÁNDEZ, Héctor. *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo Proceso Penal Chileno.* Santiago, Chile, Universidad Alberto Hurtado, 2005, p. 15.

11 DÍAZ, Iván. *La prueba en el nuevo proceso penal oral.* 1ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2008, p. 148.

12 "VIGÉSIMO SEGUNDO: ...a) el proceso penal debe ser un fiel reflejo de la vigencia del principio del Estado de Derecho y en esta tarea, las prohibiciones de prueba, ligadas al reconocimiento y respeto de los derechos y garantías individuales, juegan un rol de gran importancia; ello no significa que deba llegarse al extremo de eliminar toda posibilidad de afectación de los derechos de las personas, toda vez que "una adecuada administración de justicia penal no es posible sin ciertas facultades procesales de intervención" en los derechos de la persona del inculpado o de terceros; no se trata de equiparar la juridicidad a una prohibición genérica y absoluta de este tipo de facultades, sino de establecer una regulación que las limite a los casos y a la medida en que sean realmente indispensables. ("La prueba en el proceso penal", Jorge Bofill G., Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XCI, Nro 1, Enero- Abril 1994, p. 28).
b) las reglas de exclusión de pruebas no se aplican en forma absoluta y reconocen varios límites, asentados en criterios desarrollados fundamentalmente por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.
c) el legislador chileno no se pronunció expresamente en el Código Procesal Penal sobre casos de excepción a las reglas de exclusión.
d) la "doctrina de los frutos del árbol envenenado", cuyo origen es el fallo Silverthorne Lumber Co. v. United States (251 U.S. 385 1920), que tiene el rango de un principio general que rige para todas las reglas de exclusión de prueba, reconoce limitaciones concretas.

En concreto, las excepciones a las reglas de exclusión reconocen validez a la prueba obtenida en un procedimiento, no obstante existir en él una infracción de garantías fundamentales por no existir un vínculo de antijuridicidad entre la prueba original viciada y la prueba derivada. Las principales excepciones a la regla de la exclusión son: la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el vínculo atenuado.

3.1. Diferencias entre los hallazgos casuales y la fuente independiente

La fuente independiente, es una excepción a la regla de exclusión de los frutos del árbol envenenado y opera cuando la prueba se obtiene a través de una vía diversa a aquella que adolece de la ilegalidad contaminante. De esta manera, la prueba se consigue por un cauce independiente, diferente al de la infracción de garantía fundamental.

La jurisprudencia de nuestro país ha reconocido y aplicado la excepción de la fuente independiente. Así lo deja de manifiesto la misma sentencia de la Corte Suprema Rol N° 1741-2010 de 25 de Mayo del 2010. En este caso, la policía en una primera etapa investigativa recibió antecedentes a través de un informante sobre unas mujeres que se dedicaban a la venta de drogas, producto de ello se realizaron diligencias investigativas autónomas tendientes a individualizarlas, sin autorización del Fiscal. En una segunda etapa, la misma policía solicita al Fiscal una autorización para actuar contra las mujeres utilizando la figura del agente revelador, la que fue otorgada y ejecutada correctamente. Entendió la Corte Suprema que la ilicitud de las actuaciones de la primera fase no se comunicaba a la segunda[13].

e) se distinguen (en la jurisprudencia norteamericana) tres grupos de excepciones: la doctrina de la fuente independiente; la regla del descubrimiento inevitable y el principio de la conexión atenuada…".

13 "VIGÉSIMO TERCERO…En tal virtud, aún en el evento que la prueba lograda mediante los primeros contactos con Y.F. pudiera ser calificada de ilícita, el conocimiento de los hechos se había obtenido con anterioridad mediante una fuente independiente, como lo era el relato de un informante. Cuando se posee información o material probatorio preexistente al momento de una actuación tachable de ilegal, no procede excluir la prueba obtenida, ya que ésta no es un "fruto" de la ilicitud. En este evento no se da una relación causal concreta y determinada entre la ilicitud de base y el material probatorio que se pretende excluir (Hernández, cit., págs. 22, 77 y 78), cual es en este caso el obtenido el día en que se llevó a cabo la venta de la droga al policía encubierto. La evidencia supuestamente calificable de ilícitamente obtenida sirvió para confirmar sospechas previas y focalizar la investigación en determinadas imputadas, por lo que la ausencia de un nexo causal concreto impide la exclusión de las pruebas legítimamente obtenidas (Hernández cit., p. 79)".

La fuente independiente se diferencia del hallazgo casual, por cuanto este último tuvo su origen en una diligencia legítima, con una autorización judicial previa otorgada legalmente, conforme a los antecedentes del momento que fueron debidamente ponderados y a propósito de la cual, se descubrió un hecho nuevo. En cambio, la fuente independiente, tiene como presupuesto, la existencia de una evidencia producida con infracción a garantías fundamentales, discutiéndose si esa prueba contaminada, se proyecta o no a la prueba nueva descubierta en un curso investigativo autónomo y separado.

Por tanto, tratándose de instituciones diferentes, el problema de la validez de la prueba obtenida en un hallazgo casual, no debiera asimilarse ni tener el mismo régimen dogmático que la fuente independiente.

3.2. Diferencias entre los hallazgos casuales y el descubrimiento inevitable

El descubrimiento inevitable es una excepción a la regla de exclusión. Sostiene que no se aplica la exclusión del medio de prueba, cuando a pesar de haber tenido su origen en un cauce investigativo desarrollado con infracción a garantías fundamentales, a la evidencia igualmente se habría llegado por una conducta respetuosa de dichas garantías.

Un caso emblemático en Estados Unidos fue el de *"Nix vs. Williams"*[14] del año 1984, también conocido como el de la cristiana sepultura, caso en que el imputado de nombre Williams (respecto de quien existían testigos que lo vinculaban con la desaparición de una menor de 10 años de edad), fue arrestado e interrogado por la policía con infracción a su derecho a guardar silencio (Sexta Enmienda) para que indicara el lugar donde había ocultado el cuerpo de la víctima bajo el pretexto humanitario que sus padres podrían darle cristiana sepultura. El imputado llevó a los policías al lugar donde se encontraba el cuerpo de la menor. Paralelamente, en ese sector se desarrollaba un amplio operativo de búsqueda con 200 voluntarios, dirigidos por el Departamento de Investigación de Iowa, por lo cual, el descubrimiento del cuerpo de la menor sería inminente. La Suprema Corte de Estados Unidos estimó que si bien había una infracción a la Sexta Enmienda (se asimiló la conversación del policía a un interrogatorio), el operativo de búsqueda que venía desarrollando la policía igualmente habría encontrado el cuerpo de la víctima en breve tiempo y en similares condiciones, por lo que procedía dar valor al descubrimiento, ya que la ilegalidad producida en la obtención previa de la prueba, no impedía su posterior redescubrimiento[15].

14 467 US 431 (1984).

15 LUENGO, Trinidad. *Excepciones a la regla de exclusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.* Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 2008, p. 82.

Esta doctrina ha sido aplicada por nuestros tribunales. La acogió expresamente la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 14.781-2015 de fecha 3 de noviembre del 2015, en un recurso de nulidad deducido por la defensa. El caso consistió en una investigación por presunta desgracia ordenada por un Fiscal, en que la policía mantenía sospechas de la participación en un menor adolescente, los funcionarios de la PDI concurrieron al domicilio del menor (sin instrucción del Fiscal) donde le manifestaron que sabían todo lo ocurrido recomendándole cooperar en la investigación, ante lo cual el menor confesó el homicidio (sin presencia de abogado) y trasladó a los policías al lugar donde había enterrado el cuerpo de la víctima. Si bien se declaró en el proceso la ilegalidad de la confesión del menor y la prueba vinculada a ella, se valoró la existencia de un curso investigativo paralelo llevado a cabo por un grupo de rescatistas que se encontraba rastreando el lugar donde fue depositado el cadáver, lugar que sería inspeccionado según lo habían planificado. La Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad; ya que, no obstante la ilegalidad de la confesión, el descubrimiento del cuerpo y evidencias en torno a él, era inminente y no dependía de la versión entregada por el adolescente[16].

También menciona expresamente esta doctrina, el fallo de la Corte Suprema Rol N° 15.342-2013 de fecha 13 de enero del 2014, caso en el cual, Carabineros detuvo a un imputado, sindicado como autor de robo con intimidación a víctimas en buses del Transantiago, a los que sustrajo sus teléfonos móviles. Al momento de ser detenido, los funcionarios de Carabineros revisaron las agendas y contactos de los móviles hallados en poder del imputado, con lo

16 "UNDÉCIMO: Que, por tanto, para rechazar o no la nulidad invocada en razón de la incorporación y valoración de las pruebas derivadas del hallazgo del cadáver de la víctima en el lugar indicado por el condenado en la declaración ilegalmente obtenida, debe analizarse si las probanzas del juicio permiten o no al tribunal de instancia establecer si dicho cuerpo hubiese o no podido ser descubierto a través de medios lícitos, anteriores o independientes de la declaración del imputado que indicó dicho lugar…En su declaración, dicho rescatista añade que formaba parte de la cuadrilla que llevaba a cabo la búsqueda del cuerpo conforme con dicha planificación, que comenzó sus tareas previamente a la declaración del adolescente, y que se encontraba, como manifestara en estrados la representante del Ministerio Público, en la ribera opuesta pero a una altura similar, en el Río Chalinga, en los momentos que la policía de investigaciones apareció junto con el condenado en el preciso lugar donde se encontró el cadáver.
Sobre la base de dicha declaración, concluyó el tribunal cuya sentencia se recurre que el lugar de hallazgo del cadáver sería inspeccionado según la planificación, por lo cual el descubrimiento era inminente y no dependía de la versión entregada por el adolescente.
DUODÉCIMO: Que, en consecuencia, existiendo prueba rendida ante el tribunal de la instancia que, a su juicio, demuestra que el cadáver de J.A. hubiese podido ser hallado por medios lícitos, independientes de la declaración del entonces imputado ilegítimamente obtenida, no cabe sino declarar que la incorporación y valoración de las pruebas derivadas de dicho hallazgo en la sentencia recurrida no infringe sustancialmente la garantía constitucional del debido proceso".

cual lograron ubicar a parientes y amigos de las víctimas y luego a éstas. La defensa presentó recurso de nulidad por la intromisión en los teléfonos móviles, como infracciones a la privacidad de las comunicaciones. El fallo de la Corte rechazó el recurso, adscribiendo a la doctrina del descubrimiento inevitable, fundado en que la prueba puede valorarse siempre que se acredite que ella se habría obtenido igualmente por medios lícitos, situación que habría ocurrido en este caso, ya que, al momento de la detención, concurrió el Fiscal a la unidad policial, lugar donde el contacto con las víctimas era inminente y donde habrían reconocido sus especies y al imputado que las sustrajo[17].

La diferencia entre esta excepción y la anterior, consiste que la fuente independiente tiene un curso investigativo paralelo real y con un resultado efectivo; en cambio, en el descubrimiento inevitable, el curso investigativo y su resultado son hipotéticos.

La diferencia entre esta regla de exclusión y el hallazgo casual, es que en el hallazgo casual, la diligencia que dio origen al descubrimiento fue legítima, discutiéndose si la existencia de la autorización judicial disociada de su resultado, cubre o no el descubrimiento del hecho ilícito nuevo. En cambio, en el descubrimiento inevitable, la diligencia inicial es siempre antijurídica.

3.3. Diferencias entre los hallazgos casuales y el vínculo atenuado

Esta doctrina también es denominada como la de los vicios subsanados y, alegóricamente, como la doctrina del tinte diluido. Sostiene esta excepción que la propagación de los efectos de una infracción a una garantía fundamental, se va diluyendo, atenuando y eliminando por la falta de inmediatez entre el acto originalmente nulo y los actos posteriores.

17 "SÉPTIMO: Que en cuanto a las imputaciones vertidas en el recurso acerca de las gestiones policiales realizadas en los teléfonos móviles, la sentencia razona que efectivamente se trató de diligencias de investigación que exceden los términos del artículo 83 del Código Procesal Penal; sin embargo, las alegaciones formuladas en torno a ellas carecen de trascendencia. El fallo adscribe a la teoría del descubrimiento inevitable, fundado en que la prueba puede valorarse siempre que se acredite que ella se habría obtenido de todos modos por medios lícitos. Para ello la sentencia razona acerca del curso de los acontecimientos, pues hubo un breve lapso entre el primer delito y el momento del control de identidad -que se realizó sólo una hora después- lo que impidió a las víctimas realizar las denuncias, pues en el momento inmediato a los hechos no contaban con los medios necesarios para dar a conocer los sucesos que les afectaron.
Sin embargo, del mismo fallo se desprende que al momento que el imputado fue detenido, se requirió la asistencia del fiscal del Ministerio Público, compareciendo a las dependencias de la unidad policial en que aquel se hallaba, de modo que el contacto con las víctimas era inminente y, con ello, las diligencias de reconocimiento de la persona detenida y las especies encontradas en su poder".

Este criterio se aplicó en un caso sobre tráfico de drogas en Estados Unidos, plasmado en el fallo *"Won Sun v. United States"*[18] del año 1963. Este proceso tuvo su origen en la detención ilegal de un sujeto, quien luego sindicó a otro de haberle vendido droga, siendo este último quién delató a su proveedor (delaciones en cascada). El primer detenido logró que fuera excluida su confesión por haber sido obtenida con infracción de garantías y, en consecuencia, también fue excluido su efecto inmediato que era la prueba relativa a la droga del vendedor. No obstante ello, cuando la defensa del proveedor reclamó que la ineficacia lo alcanzaba, su solicitud fue denegada atendida la tenue relación con la ilicitud original.

La jurisprudencia norteamericana ha intentado fijar pautas o criterios para determinar la procedencia de esta excepción, ellos son: la secuencia en el tiempo, las circunstancias interferentes (autorizaciones judiciales por ejemplo entre la primera actuación ilegal y la prueba dubitada de legalidad), la magnitud de la inconducta policial y la elección voluntaria (confesión del imputado, por ejemplo)[19].

Esta doctrina se diferencia con el hallazgo casual, debido a que en éste, además de existir un procedimiento inicial legítimo, no existe una serie de concausas o cadena de actos intermedios entre la diligencia inicial y el hecho nuevo.

En nuestro país, el fallo de la Corte Suprema Rol N° 39.575-2016 de fecha 20 de abril del 2017 acoge esta doctrina de los vicios subsanados, en un caso donde Carabineros trasladó a la unidad policial a dos personas en virtud de una infracción de tránsito (discutiéndose si ese "traslado" fue legal o no), lugar donde una de ellas se desprendió de drogas[20].

18 371 U.S. 471 (1963).

19 HAIRABEDIAN, ob. cit., p. 87.

20 "Décimo Tercero: Que, la dinámica de ocurrencia de los hechos … lleva a esta Corte a estimar que el nexo causal entre la vulneración de derechos fundamentales y la obtención de evidencia material se encuentra atenuado por la falta de proximidad espacio-temporal y, especialmente, por la presencia de circunstancias externas imputables a la acusada, posteriores a la acción policial censurada, que intervienen en el curso causal y quiebran la cadena de ilegalidad. Esta circunstancia es el abandono voluntario de la evidencia que hizo…generando una hipótesis de flagrancia de acuerdo a la normativa procesal.
En efecto, los hechos de la causa pueden separarse claramente en dos momentos; el primero, en la vía pública, donde se requiere a los imputados su identificación pero no se les registra ni esposa, siendo trasladados a la unidad policial a resultas de la falta de identificación. El segundo, ocurre en el recinto policial, sentados ambos en una banca, esperando ser identificados, instantes en que la imputada se desprende flagrantemente de la bolsa contenedora de la sustancia ilícita, lo que trae como consecuencia la revisión de la bolsa, el registro corporal de … y el hallazgo de la prueba material; descubrimientos que no se encuentran teñidos de ilicitud, por cuanto el vínculo causal se interrumpió con el acto espontáneo y voluntario de la propia acusada, disipándose así de tal forma la

4. Los hallazgos casuales no son supuestos de prueba ilícita

En síntesis, se puede decir que el hallazgo casual presupone la obtención de pruebas sin existir una lesión constitucional congénita. Por tanto, el hallazgo casual no tiene una naturaleza patológica que se transmita o propague a los actos posteriores del procedimiento.

En el hallazgo casual no hay compromiso de la legalidad del sistema, se trata de evidencia obtenida en forma legal y puede ser valorada cuando se dan las condiciones de legalidad del cumplimiento de la orden judicial originaria, cuando no se tenía conocimiento previo de la evidencia nueva, y no hay exceso o desborde en el cumplimiento de la autorización judicial[21].

Lo afirmado coloca al tema de los hallazgos casuales, en un lugar distinto al de las pruebas obtenidas con infracción de garantías constitucionales *ab initio,* por lo cual no debieran tener el mismo tratamiento procesal.

No se trata de supuestos de prueba ilícita, por no ser portador el procedimiento de un vicio en su origen (no obstante, que pueda haber limitaciones en cuanto a su uso). Se trata más bien de situaciones de restricción imponderada de derechos. En clave Constitucional, toda limitación de derechos fundamentales requiere cumplir con ciertos requisitos de motivación, proporcionalidad y especialidad. Sin embargo, existen algunos supuestos de restricción que no cumplen con esos requisitos, por no haberse tenido la oportunidad razonable de conocimiento de indicios previos (irreversibilidad del descubrimiento), lo que conlleva a la imposibilidad de realizar el test previo de proporcionalidad, como es el caso de los hallazgos casuales en las interceptaciones telefónicas, lo cual no implica necesariamente que carezcan de mérito probatorio, ya que no hay infracción Constitucional, ni en el acceso a la fuente de prueba ni en su recolección.

relación entre ambos actos, de modo que el segundo de ellos no puede ser considerado un fruto proveniente del primero. El acto libre de voluntad de la imputada, purga el vicio y desvanece el sentido disuasivo o fin preventivo de la regla de exclusión, dando lugar a la excepción a la teoría de los frutos del árbol envenenado, conocida como doctrina del vínculo atenuado, desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963) y Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975), reafirmada este año en Utah v. Strieff (20 de junio de 2016), precisamente a propósito de una detención investigativa declarada inconstitucional. Así también lo ha resuelto esta Corte de manera previa, dando plena aplicación a esta doctrina en los autos rol 2095-2011, en decisión de dos de mayo de dos mil once…".

21 Imaginamos el caso de una orden de allanamiento e incautación de un vehículo en un inmueble. Encontrado el vehículo, entendemos agotada la diligencia. Un registro posterior o un registro a fondo (por ejemplo, registrar los veladores) excede el fin para el cual se decretó la orden de entrada, registro e incautación, y ya no se podría proyectar la orden judicial a esos descubrimientos.

Estos supuestos de restricción de derechos fundamentales han sido tratados, por parte de la doctrina española, como situaciones de restricción imponderada de derechos, dentro de los cuales se encontrarían los hallazgos casuales.

Estos casos de restricción imponderada, son casos en que se producen limitaciones a garantías fundamentales, donde hay desconocimiento previo de indicios de la existencia de delitos, que tampoco fueron deliberadamente buscados por los agentes de persecución penal. Así lo explica Álvarez De Neyra Kapler, para quien: "este tipo de restricciones se producen en forma repentina e imprevista en supuestos en que se carece de cualquier base indiciaria, por lo que resulta imposible una previa valoración indiciaria Constitucional y ello es precisamente origen de diversas consideraciones doctrinales y jurisprudenciales, y lo que dificulta la posibilidad de encontrar una respuesta coherente y de unánime aceptación. Si aceptamos la constitucionalidad de estos supuestos, estaremos admitiendo un evidente –por imposible– déficit indiciario, al no haberse podido valorar su componente indiciario, pues los indicios que habilitaron la intervención principal en nada se refieren a este nuevo ilícito".

De igual forma, para José Díaz y Ricardo Morales, el problema del hallazgo casual no es un caso de prueba ilícita y no implica una pugna con los principios constitucionales, porque: "existen determinados ámbitos de restricción imponderada (principio de proporcionalidad) y de restricción con déficit indiciario (principio de intervención indiciaria) cuya justificación inicial debe quedar fuera de toda duda. No se trata, técnicamente, de excepciones sino de modulaciones que delimitan el contenido de los principios en cuestión. Ni tampoco estamos ante el único supuesto de tales características que se puede encontrar en la teoría general de los derechos fundamentales, que es lo que en el fondo autoriza a hablar de una explicación integrada, y por lo tanto no artificiosa, del problema de los hallazgos casuales".

5. Jurisprudencia sobre hallazgos casuales

La Excma. Corte Suprema ha aplicado las normas de los artículos 215 y 223 del Código Procesal Penal que tratan los hallazgos casuales, en el sentido que no se trata de prueba ilícita.

En relación a los hallazgos casuales que se descubrieren en el curso de una diligencia de allanamiento, bajo la antigua redacción del artículo 215 del Código Procesal Penal, que exigía una nueva autorización judicial para la incautación de objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto al originalmente investigado, la Corte Suprema había interpretado esa norma en base al concepto de sospecha, para diferenciarlo de las situaciones de flagrancia (que no requerirían de orden judicial para incautar las especies). Fue así como el fallo de la Corte

Suprema Rol N° 7007-2007 de fecha 23 de abril de 2008 rechazó un recurso de nulidad presentado por la defensa en un caso en que la policía ingresó a un inmueble con autorización judicial, encontrando sorpresivamente droga en su interior. La sentencia resolvió que se trataba de un caso de flagrancia, diferenciando este supuesto de un hallazgo casual. El elemento diferenciador fue el concepto de sospecha, el cual constituye un grado de certeza menor al que se tiene en una flagrancia[22].

Con la actual redacción del artículo 215, donde no se exige autorización judicial para la incautación de evidencias no vinculadas al delito que se investiga, la Corte Suprema en causa Rol N° 5816-2019 de fecha 16 de abril del 2019, caso en que la policía con orden judicial de detención persigue al imputado a su domicilio, encontrando droga en el interior, estimó que se estaba en presencia de un delito flagrante y que el artículo 129 del Código Procesal Penal autorizaba la incautación sin orden judicial, haciendo a la vez operativa la norma del artículo 215, que tampoco exige autorización judicial[23].

Respecto a los hallazgos casuales que ocurrieren en el curso de una interceptación telefónica, la Corte Suprema en sentencia sobre recurso de nulidad deducido por la defensa Rol N° 46.489-2016 de fecha 5 de

22 "QUINTO: …Como sabemos, la sospecha constituye un grado de aproximación a la certeza, inferior a lo evidente u ostensible de un ilícito, parámetro este último utilizado tradicionalmente para la flagrancia. En el rango de la sospecha, se imagina una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad, no es flagrancia, constituyendo ésta, un estado de conocimiento superior, manifestado normativamente en los distintos literales del artículo 130 del Código Procesal Penal En este caso había flagrancia puesto que el hecho que lo constituye y le sirve de sustento, se está ejecutando actualmente, en el mismo momento se está cometiendo el delito sin que el autor haya podido huir [...] Por lo tanto y en lo pertinente, la sola posesión de sustancias de esa naturaleza en circunstancias que permitan inferir el propósito de tráfico completan la figura típica. Entonces, resulta aceptable concluir que el imputado era el poseedor de las evidencias encontradas, aún antes de la consulta concreta al efecto, pues se trataba del dormitorio que ocupaba y el hallazgo inicial se hace en su cama. El reconocimiento posterior sólo vino a confirmar la convicción inicial de los funcionarios policiales. En consecuencia, analizados los hechos a la luz del tipo penal, se puede afirmar que la policía, al momento de proceder autónomamente, entendió de un modo razonable, estar amparada por la hipótesis de flagrancia del artículo 130 letra a) del Código Procesal Penal vale decir, el que actualmente se encontrare cometiendo el delito. La valoración precedente se hace, además, teniendo en cuenta las especiales circunstancias bajo las cuales los policías deben adoptar sus decisiones, de modo que el análisis debe ser hecho a la luz de ese contexto y no ex post, con el estándar exigido a un profesional del derecho".

23 "QUINTO: Que, si bien, una vez ubicado el imputado al interior del inmueble… los agentes policiales se encontraron frente a un delito flagrante al observar la tenencia de droga y armas de fuego por dichas personas, por lo que, conforme al artículo 215 del Código Procesal Penal -norma a la que se remite el inciso final del citado artículo 129-, podían proceder a su incautación…".

septiembre del 2016, rechazó el recurso en un caso de hallazgos subjetivos, donde el usuario del teléfono intervenido resultó ser otra persona dedicada al tráfico ilícito de drogas declarando la Corte que los hallazgos casuales son una especie de "contingencia no prevista" amparada por el artículo 223 del Código Procesal Penal[24].

6. Conclusiones

El hallazgo casual es una institución jurídica procesal de origen alemán, que no constituye prueba ilícita ni tampoco es una excepción a la regla de la exclusión.

El hallazgo casual no es prueba ilícita, ya que la prueba nueva, se encontró y recolectó en un proceso legítimo, conforme a derecho, en virtud de una orden judicial debidamente ponderada que autorizaba la realización de diligencias intrusivas, no pudiendo preverse ni anticiparse el descubrimiento de delitos distintos a los contemplados en la orden judicial.

24 "OCTAVO: Que… la causal que se examina se funda en la ausencia de los requisitos que establece el artículo 222 del Código Procesal Penal, cuando se mantuvo la interceptación de las comunicaciones telefónicas que el sentenciado … efectuó por el teléfono móvil número … lo que no es efectivo, pues se encuentra asentado que la autorización judicial fue otorgada para el mencionado número telefónico que se suponía utilizado por un sujeto "Torres", sin embargo, dicho móvil estaba siendo empleado por … circunstancia que sólo fue establecida por los funcionarios policiales con posterioridad a la autorización, resultando una contingencia no prevista tanto por la autoridad que dispuso esa medida como por quien la ejecutaba, por lo que no se conculcaron las garantías consagradas en el número 3° inciso sexto del artículo 19 de la Carta Fundamental, al encuadrar los funcionarios policiales su actividad a la normativa legal que los rige… en consecuencia, la diligencia intrusiva realizada en la investigación de los hechos calificados como delito de tráfico de estupefacientes cuya información ha sido utilizada en este proceso, no merece reparo alguno. En efecto, se otorgó autorización para la interceptación con completa sujeción a las normas que la previenen, en los términos previstos en los artículos 222 del Código Procesal Penal y 24 de la Ley N° 20.000, de manera que tras la información obtenida de las interceptaciones del 17 de marzo de 2014 en adelante, que daban cuenta de actos preparatorios del delito objeto del fallo recurrido, era inevitable la investigación se encaminaría a su comprobación… En este escenario resulta indudable que no ha existido actuación inconsulta de los funcionarios policiales para proceder al uso de las interceptaciones telefónicas; y encontrándose asentado que el procedimiento investigativo también se encontraba dirigido en contra del acusado … la acusación que se vierte en el planteamiento de la causal principal invocada deviene en extremadamente formal, ya que ella no discute los presupuestos tenidos en cuenta para la práctica del mecanismo de averiguación que consagra la ley de drogas, sino que toda la impugnación se estructura en la errónea singularización de quien usaba el teléfono al momento de solicitarla, lo que constituye -tal como se dijo- una contingencia no prevista, que encuadra en la situación descrita en el inciso final del artículo 223 del Código Procesal Penal".

El hallazgo casual tampoco es una excepción a la regla de exclusión, tanto por su origen (las reglas de exclusión nacen de la Jurisprudencia Constitucional Norteamericana, en cambio el hallazgo casual es de la doctrina alemana) como por sus presupuestos (la excepción a la regla de excusión presupone una actuación previa con infracción a garantías fundamentales).

Las normas de los artículos 215 y 223 inciso final del Código Procesal Penal no son normas de prohibición probatoria, ya que no podría el legislador declarar la legalidad de la prueba inconstitucionalmente obtenida. Además, respecto de las escuchas telefónicas, sería absurdo y arbitrario que el legislador declare la licitud de una prueba inconstitucional cuando tiene pena de crimen y no cuando tiene pena de simple delito. Ello, por cuanto la ilicitud de la prueba tiene que ver con otros factores como el derecho fundamental conculcado, la dinámica lesiva, etc., pero no con la pena asignada al delito.

Las pruebas nuevas que aparezcan en el desarrollo de una diligencia intrusiva de allanamiento o de interceptación telefónica, no podrían adolecer de un vicio o verse contaminadas por un vicio inexistente. En estos casos, no existe una prueba ilícita que proyecte sus efectos a pruebas sucesivas que van descubriéndose. Por tanto, las reglas de los artículos 215 y 223 inc. final son más bien normas de admisibilidad probatoria.

Los hallazgos casuales son supuestos de restricción imponderada de derechos, es decir, casos en que excepcionalmente debido a la dinámica de la diligencia intrusiva, no es posible que el Juez previamente pueda ponderar los diversos derechos en conflicto.

Esta situación no impide que el hallazgo casual pueda transformarse en prueba ilícita, por el abuso o el exceso de la diligencia intrusiva.

UNIDAD DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

EXTRADICIÓN PASIVA PARA JUZGAMIENTO. SENTENCIA DE EXTRADICIÓN ROL N° 20.829-2018 DE 22 DE ABRIL DEL 2019

Tribunal: Ministra Instructora de la Corte Suprema

Resumen:

Con fecha 22 de abril del presente año, la Ministra de la Corte Suprema Sra. Gloria Ana Chevesich Ruiz, conociendo en primera instancia de una solicitud de extradición, conforme lo dispuesto en el artículo 441 del Código Procesal Penal[1]*, resolvió acceder a la misma, poniendo al imputado a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores con la finalidad de ser entregado a las autoridades del Estado requirente. Dicho fallo fue impugnado a través de un recurso de apelación deducido por la defensa del requerido*[2] *que fue rechazado por la Sala Penal de la Excma. Corte Suprema con fecha 9 de mayo de 2019, encontrándose en consecuencia ejecutoriado*[3]*.*

La solicitud de extradición fue formulada por la República Argentina, al amparo de la regulación contenida en la Convención sobre Extradición suscrita en Montevideo el año 1933[4]*. La petición se fundaba en la investigación que en el Estado requirente se llevaba adelante en contra del requerido por su presunta participación culpable en un delito de homicidio, ocurrido en la ciudad de Buenos Aires el 28 de diciembre del año 2015.*

1 La norma dispone: ***"Art. 441. Tribunal de primera instancia en la extradición pasiva.*** *Recibidos los antecedentes, se designará al ministro de la Corte Suprema que conocerá en primera instancia de la solicitud de extradición, quien fijará, desde luego, día y hora para la realización de la audiencia a que se refiere el artículo 448 y pondrá la petición y sus antecedentes en conocimiento del representante del Estado requirente y del imputado, a menos que se hubieren solicitado medidas cautelares personales en contra de éste último. Si se hubieren pedido tales medidas, el conocimiento de la petición y los antecedentes se suministrarán al imputado una vez que las mismas se hubieren decretado".*

2 De acuerdo a lo previsto en el artículo 450 del Código Procesal Penal, en contra de la sentencia que se pronuncia sobre la extradición proceden los recursos de apelación y el de nulidad, este último sólo por las causales contenidas en los artículos 373 letra a) y 374 del mismo cuerpo legal. Ambos recursos pueden deducirse de forma conjunta y son conocidos por la Corte Suprema de conformidad con las reglas generales.

3 Certificación emitida con fecha 13 de mayo de 2019.

4 Promulgada por Decreto Supremo N° 942, de 6 de agosto de 1935. Publicada en el Diario Oficial de 19 de agosto de 1935. La Convención fue también ratificada por Argentina, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Estados Unidos.

El debate producido por el Ministerio Público, como representante de los intereses del Estado requirente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 443 del Código Procesal Penal, y la defensa del requerido, daba cuenta de la discrepancia de ambas partes sobre la valoración de los antecedentes fundantes del pedido de extradición en el marco del estándar probatorio consagrado en el artículo 449 letra c) del Código Procesal Penal.

En otros términos, no fue producto de discusión ni la identidad del requerido[5] *– requisito exigido por el artículo 449 letra a) del Código Procesal Penal–, ni que el delito fuera extraditable en los términos de la Convención de Montevideo y Principios Generales de Derecho Internacional aplicables –exigencia contenida en la letra b) del artículo 449–*[6]*. Así, el debate se enmarcaba en el cumplimiento, o no, del requisito descrito en la letra c) del artículo 449: "(…) que de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen".*

La tesis de la defensa consistía en que los antecedentes aportados por la República Argentina eran insuficientes para alcanzar el mencionado estándar de convicción, pues ninguno de ellos permitía acreditar su participación punible, ni a título de coautor, en el delito descrito. El Ministerio Público, por su parte, analizando en conjunto los elementos probatorios a su disposición, aseveró que éstos son suficientes para acreditar, con el mencionado estándar de acusación, los hechos atribuidos en calidad de coautor del delito investigado.

La Ministra Instructora, en los considerandos 6° a 9° del fallo de extradición, pondera los antecedentes aportados por el Estado requirente a la luz del estándar probatorio legal, concluyendo que éstos aparecen revestidos de la seriedad suficiente para presumir que con ellos en Chile se deduciría acusación en contra del requerido.

Texto completo de la sentencia

Santiago, veintidós de abril de dos mil diecinueve.

Vistos y teniendo presente:

1°.- Que la Embajada de la República Argentina remitió el pedido formal de extradición del ciudadano dominicano Jonathan Santos Coiscou, documento de identidad N° 94.189.733, despachado por el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 21, que se formula de conformidad a la Convención sobre Extradición suscrita en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, en el año 1933.

5 Que, en definitiva, implica acreditar que la persona contra la cual se dirige el procedimiento extradicional *pasivo* es la misma requerida por el Estado peticionario.

6 Que el delito no se encuentre prescrito, que no se trate de un delito político, que se cumpla el estándar de mínima gravedad y doble incriminación, etc.

La solicitud se fundamenta en la circunstancia que a Santos Coiscou se le imputa el delito de homicidio, previsto y sancionado en el artículo 79 del Código Penal Argentino;

2°.- Que en la audiencia realizada el 18 de abril del presente año, y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 448 del Código Procesal Penal, el representante del Ministerio Público –por el Estado requirente– manifestó que lo que motiva el pedido está dado porque el día 28 de diciembre de 2015, en horas de la madrugada, participó con Odalkis Rodríguez Luna y otro individuo no identificado, en un hecho que culminó con la muerte de V.N.V.E., mediante un disparo de arma de fuego, lo que ocurrió en la intersección de las calles Tacuarí y Cochabamba de la ciudad de Buenos Aires, en circunstancias que conducía el vehículo marca Chevrolet NIO-611. Añadió que, previamente, los imputados estaban en el local bailable "Platino" y mantuvieron discusión con un grupo de personas amigos de la víctima, siendo todos expulsados, retirándose éstos del lugar, abordando el referido vehículo que la víctima condujo, siendo interceptados por otros dos automóviles conducidos por los imputados, efectuando varios disparos con las consecuencias señaladas.

Agregó que los testigos Genaro Nicasio González, novio de la víctima, Brendy Esteban Pérez e Ingrid María Cleto Medina declararon en relación al altercado que ocurrió en el local bailable "Platino" y, después, en el denominado "Estilo", también a lo que pasó cuando se retiraron en el vehículo conducido por la víctima, en el sentido que fueron perseguidos por dos automóviles e interceptados, oportunidad en que el rodado de color negro se ubicó junto al que ella conducía, por el lado izquierdo, bajando el copiloto la ventanilla y disparando con arma de fuego hacia el interior del vehículo. Asimismo, aludió a lo declarado por Daniel Luciano Broglieri en cuanto que presenció lo ocurrido en la calle, en los momentos del disparo; y por Daniel Jesús Cavero Menacho, dueño del local "Platinum", respecto de lo ocurrido al interior, manifestando conocer a uno del grupo de "dominicanos", de nombre John Coiscou, a quien le vendió el Peugeot modelo 208, color gris plata, dominio MUG-371, no habiéndose efectuado la transferencia. También a que Genaro Nicasio González utilizando su cuenta en la red social Facebook, a través de la búsqueda de sus contactos y los de su novia, reconoció al ocupante del automovil "dorado o amarillo" que figura "etiquetado" como "Alan Rodríguez", quien tenía como amigo al otro que lo acompañaba, que lo identifica como "John Coiscou", conductor del mismo.

Enseguida, se refirió a los requisitos que deben cumplirse, según la ley chilena, para que se pueda conceder la extradición, a saber:

1.- Que se encuentre acreditada la identidad de la persona cuya extradición se solicita: requisito que afirma que se probó, pues la persona

presente en la audiencia es Jonathan Santos Coiscou, documento de identidad N° 94.321.733; que está corroborado con la declaración que prestó, pues se identificó con esos nombres y apellidos.

2.- Que se compruebe que el delito que motiva el pedido de extradición es extraditable conforme a los Tratados Internacionales: requisito que también estima satisfecho al cumplirse los seis que establece la Convención de Montevideo:

I. el principio de doble incriminación, porque el hecho descrito está tipificado como delito de homicidio en el artículo 391 número 2 del Código Penal chileno y en el artículo 79 del Código Penal argentino; II. el principio de mínima gravedad de la pena, que se traduce en que el delito por el que se solicita la extradición cumpla un umbral mínimo de penalidad, esto es, que la pena sea superior a un año, para cuyo caso se debe atender a la pena global asignada por la ley al delito; III. la acción penal no se encuentra prescrita, tanto de conformidad con la ley chilena como con la ley argentina; IV. se trata de un delito común, esto es, no se trata de un delito político ni conexo; V. los tribunales de la República Argentina tienen competencia para conocer del delito; y, VI. no existe cosa juzgada, es decir, no ha sido juzgado por los tribunales chilenos respecto al delito que motiva la extradición; y

3.- Que de los antecedentes del procedimiento pueda presumirse que en Chile se deduciría acusación fiscal en contra del requerido. Al respecto, señala que lo señalado por los testigos unido a la circunstancia que reconoció que estuvo en el lugar de los hechos y que condujo el vehículo placa patente MUG-371, son suficientes para darlo por cumplido. En efecto, la participación que se le atribuye es la de coautor, en los términos señalados en los números 1° y 3° del artículo 15 del Código Penal chileno y en el artículo 45 del de Argentina, pues la conducta que desarrolló de perseguir el vehículo que la víctima conducía, emboscarlo en una calle de una sola vía, posibilitando que su acompañante le disparara y le diera muerte, significa que fue indispensable para que se concretara el ilícito, lo que importa una acción conjunta con la del autor del disparo, por lo mismo, necesaria para su ejecución.

Al respecto, alude a lo señalado por una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en los autos número de rol 1.666-2019, en el sentido que para que se presente un caso de coautoría debe existir un concierto de voluntades, que contribuya de algún modo en la realización del delito, siendo un eslabón importante para que se lleve a cabo.

Finalmente el Ministerio Publico señala que se cumplen todos los requisitos para acceder a la solicitud de extradición.

3° Que, en la audiencia referida, el requerido declaró, en síntesis, que ningún testigo lo sindica como partícipe del hecho; que en el local

"Platino" estuvo separando a las personas que discutían; que se llevó a un chico en su auto para que no continuara la pelea y que fue la camioneta marca Chevrolet la que sobrepasó su rodado de manera brusca e irresponsable; que no participó en la persecución; que vio cuando alguien, que no conoce, desde un vehículo le disparó a la víctima, sin detenerse, él sí se detuvo para ofrecer ayuda, pero como los demás ocupantes de la camioneta intentaron agredirlo, se retiró del lugar sin saber que había una persona muerta, enterándose al día siguiente en su casa; que conoce a Roque Daniel Pachado, al que le dicen Boris, que siempre lo acompañó desde las 22:00 horas hasta que terminó la pelea, dejándolo después en su casa, con él estuvo en ambos episodios, también con Odalquis, porque otros le pidieron que se lo llevara porque estaba peleando en el lugar; que es poseedor del vehículo placa patente MUG-371, que conducía el día de los hechos; y que salió de Argentina en febrero de 2016, llegando a Chile en septiembre de 2017, siendo regular su situación migratoria en el país y que trabaja por su cuenta, porque aún no tiene carné de identidad.

El abogado que condujo su defensa pidió que se desestimara la solicitud de extradición, sobre la base de cuestionar la circunstancia establecida en la letra c) del artículo 449 del Código Procesal Penal, pues, en su concepto, de los antecedentes no puede presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del requerido por el hecho que se le atribuye, porque no está acreditada su participación punible, y de los antecedentes sólo se desprende una tesis que no ha sido probada por las autoridades argentinas, pues desde un tercer vehículo se realizaron los disparos, lo que es avalado por las declaraciones de los testigos. En definitiva, los antecedentes reseñados no pueden avalar una tesis de coautoría, ya que no existe relación del requerido con quien efectuó los disparos, tampoco con Richard Jesús Mateo Bautista;

4° Que, en forma previa, resulta de interés tener presente que en lo concerniente a la naturaleza jurídica del procedimiento de extradición, esta Corte lo ha calificado *"… como "ante-juicio"…distinción que no es inoficiosa, toda vez que en los "juicio orales" la actividad de los intervinientes y, en especial, la del juzgador, se encamina a determinar la inocencia o la culpabilidad del requerido. En cambio, en los antejuicios (desafueros, extradiciones pasivas, entre otros), que también son procedimientos, solo se determina la concurrencia de ciertos requisitos previstos por el legislador, por lo que la naturaleza jurídica del procedimiento que interesa responde en esencia a un acto estatal de cooperación penal internacional, y, en ningún caso, a un proceso para lograr el juzgamiento de una persona. Lo anterior conlleva una consecuencia lógica, cual es la de que ningún requerido puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, y es por ello que si el procedimiento de extradición pasiva es tramitado y calificado como un juicio oral de extradición –destinado a establecer inocencia o culpabilidad– se llegarían a*

producir, en el evento de ser extraditado el requerido, dos enjuiciamientos sobre la base de los mismos hechos, lo que resulta inaceptable…" (sentencias de 20 de noviembre de 2012 y 11 de diciembre de 2013, N° 7959-12 y N° 14.236-13, entre otras);

5° Que corresponde determinar si concurren los presupuestos legales establecidos en el artículo 449 del Código Procesal Penal, para hacer lugar al pedido que se analiza, norma que, al efecto, señala: *"El tribunal concederá la extradición si estimare comprobada la existencia de las siguientes circunstancias:*

a.- La identidad de la persona cuya extradición se solicitare;

b.- Que el delito que se le imputare o aquel por el cual se le hubiere condenado sea de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes o, a falta de éstos, en conformidad con los principios de derecho internacional, y

c.- Que de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen";

6° Que, en el presente caso, no existe discusión en lo concerniente a la concurrencia del requisito establecido en la letra a de la citada disposición. En efecto, la persona del requerido fue claramente identificada en la solicitud en análisis, con sus nombres y apellidos, Jonathan Santos Coiscou, los que coinciden con los que aquél proporcionó en la audiencia respectiva. Tratándose del requisito a que alude la letra b del mismo artículo, que debe entenderse complementado con lo prescrito en los artículos I y III de la Convención sobre Extradición suscrita en Montevideo en 1933, es un tema pacífico que se cumple el principio de la doble incriminación, dado que el hecho que motiva el pedido está tipificado como homicidio en el artículo 391 número 2 del Código Penal chileno y en el artículo 79 del argentino; que la acción penal no está prescrita conforme a las normas que la regulan y que están consagradas en las legislaciones chilena y argentina; que se trata de un delito común; que los tribunales de la República Argentina tienen competencia para conocer del delito; y que el hecho que motiva la extradición no ha sido juzgado de los tribunales chilenos. Tampoco existe controversia en lo concerniente a la procedencia del denominado principio de mínima gravedad, consagrado en el artículo I de la convención que rige la materia, en cuanto estipula que el hecho por el cual se reclama la extradición debe ser *"…punible por las leyes del Estado requiriente y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de libertad…", y en el artículo 440 del Código Procesal Penal, que señala que procede la extradición de individuos cuando "…estuvieren imputados de un delito o condenados a una pena privativa de libertad de duración superior a un año…";*

7° Que, sin embargo, se plantea discusión en lo que atañe a la concurrencia del requisito que establece la

letra c) del artículo 449 del Código Procesal Penal; pero, como la naturaleza jurídica de la extradición es la de un "antejuicio", las alegaciones formuladas destinadas a convencer que no le cupo participación en el hecho ilícito que motiva la extradición, pues no desarrolló ninguna acción que pueda ser calificada de coautoría, pues su presencia en el lugar en que se verificó no encuadra en las conductas a que se refiere el artículo 15 números 1° y 3° del Código Penal chileno y el artículo 45 del Código Penal argentino, deberán ser planteadas en el juicio propiamente tal;

8° Que, en todo caso, la concurrencia de dicho requisito se debe analizar a la luz de lo que previene el artículo 248 del Código Procesal Penal, en cuanto señala que para acusar, cerrada que sea la investigación, ésta debe proporcionar fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado; norma que, como lo ha manifestado esta Corte, establece el rango de convicción a que debe someterse la valoración del referido requisito, precisando que la ley no pretende que los antecedentes inculpatorios conduzcan necesariamente a una decisión de condena, pero sí que sean graves y de consideración de modo que justifiquen el juzgamiento; análisis de mérito que en el proceso penal ordinario corresponde al Ministerio Público y que en el de extradición está reservado al ministro instructor;

9° Que, en ese contexto, los antecedentes proporcionados por el Estado requirente y que el representante del Ministerio Público dio a conocer en la audiencia de rigor, ya consignados, fundamentalmente lo manifestado por los testigos debidamente individualizados y de lo que dan cuenta las actas elaboradas por los funcionarios policiales, aparecen revestidos de la seriedad suficiente para presumir que con ellos en Chile se deduciría acusación en contra de Jonathan Santos Coiscou por su participación en el delito de homicidio que motiva la extradición; razón por la que se hará lugar al pedido materia de análisis.

Por estos fundamentos y normativa nacional e internacional mencionada, se hace lugar a la solicitud de extradición formulada por el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 21, República Argentina, respecto del ciudadano dominicano Jonathan Santos Coiscou, documento de identidad N° 95.321.854, por el delito de homicidio previsto y sancionado en el artículo 79 del Código Penal argentino, que se investiga en el expediente N° 6918/16.

Regístrese y, en su oportunidad, comuníquese para los efectos pertinentes; hecho, archívese.

N° 20.829-2018.-

Dictada por doña Gloria Ana Chevesich Ruiz, ministra de la Corte Suprema de Justicia.

En Santiago, a veintidós de abril de dos mil diecinueve, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

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

ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE EL CONCEPTO DE "GRAVE SUFRIMIENTO" EN EL DELITO DE TORTURA. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ARICA, DE 14 DE MAYO DE 2019

Sebastián Cabezas Chamorro[1]

I. Introducción

La promulgación de la Ley N° 20.968 el 11 de noviembre de 2016, que "tipifica el delito de tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes", sin duda ha representado uno de los avances más importantes en cuanto al cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile en materia de investigación y sanción del delito de tortura. Esta reforma legal además de representar el compromiso del Estado con los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, desde un punto de vista simbólico, saldó una deuda importante. Efectivamente, a casi 20 años de la ratificación de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas, y teniendo como antecedente las torturas graves, sistemáticas y masivas que miles de personas sufrieron durante la dictadura cívico-militar, Chile por primera vez desde la vigencia del antiguo código punitivo de 1874 reconoce a nivel normativa la posibilidad que un funcionario público cometa uno de los delitos más graves de nuestro ordenamiento jurídico: la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La reforma del 2016 fue novedosa en varios sentidos, ya que además de incorporar por primera vez una tipificación de tortura a la luz de las definiciones de las dos Convenciones Internacionales sobre la materia

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

ratificadas por Chile (sistema ONU[2] e Interamericano[3]), se establece un sistema de gradualidad en relación a los malos tratos que puede infligir un agente estatal o un particular en ejercicio de una función pública. De esta manera, en lo más alto de la pirámide se encuentra el delito base de tortura descrito y sancionado en el artículo 150 A del Código Penal (CP)[4], en la mitad de la pirámide se encuentra el delito de apremios ilegítimos tipificado y

2 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Artículo 1° *"A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas".*

3 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 9 de diciembre de 1985, entrada en vigor el 28 de febrero de 1987. Artículo 2° *"Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica".*

4 Artículo 150 A.- *El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se aplique tortura, será penado con presidio mayor en su grado mínimo. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de tortura, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.*

La misma pena se aplicará al particular que, en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecutare los actos a que se refiere este artículo.

Se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o en razón de una discriminación fundada en motivos tales como la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad.

Se entenderá también por tortura la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión, con alguno de los fines referidos en el inciso precedente. Esta conducta se sancionará con la pena de presidio menor en su grado máximo.

castigado en el artículo 150 D del CP[5] y, finalmente, en la base, se conserva el delito de abuso contra particulares aumentada la pena en el artículo 255 CP[6].

En este sistema propuesto por el legislador del 2016, el concepto de "grave sufrimiento" que debe experimentar la víctima, se constituye como un elemento clave, puesto que por una parte junto a las finalidades exigidas por el tipo (obtener información, castigar o discriminar), constituye un elemento para configurar el delito de tortura, y por otra parte, sirve para distinguir el delito de tortura de los otros apremios y tratos crueles, los que por su entidad no logran constituirse como tal[7].

Como se puede advertir de una simple lectura de la definición legal de la tortura, el sufrimiento físico, psíquico o sexual que debe experimentar la víctima debe ser "grave", y la norma no entrega una definición para dicho concepto. Durante la tramitación del proyecto de ley, en especial en la discusión que se desarrolló en el Senado, junto con revisar modelos comparados, recibir opiniones expertas de académicos/as de derecho penal, finalmente se llegó a la conclusión que el contenido del "grave sufrimiento" se debería precisar en el

5 Artículo 150 D.- *El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura, será castigado con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.*
Si la conducta descrita en el inciso precedente se cometiere en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, la pena se aumentará en un grado.
No se considerarán como apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.
Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, si los hechos constituyeren algún delito o delitos de mayor gravedad, se estará a la pena señalada para ellos.

6 Artículo 255.- *El empleado público que, desempeñando un acto del servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.*
Si la conducta descrita en el inciso precedente se cometiere en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, la pena se aumentará en un grado.
No se considerarán como vejaciones injustas las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.

7 Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley Nº 20.968,* págs. 193 y sgtes.

caso particular teniendo en consideración la especial posición de la víctima y los factores internos y externos que rodearen la comisión del ilícito[8].

A continuación, a partir de un caso de uso excesivo de la fuerza por parte de funcionarios de Gendarmería de Chile (Genchi) en contra de una persona privada de libertad en el Complejo Penitenciario de Arica, se analizará de manera crítica, a la luz de los estándares nacionales e internacionales de derechos humanos, las razones que tuvo el Tribunal Oral en lo Penal de Arica para considerar que los malos tratos ejercidos por los funcionarios públicos no tuvieron la gravedad que exige el artículo 150 A CP para ser constitutivos del delito de tortura.

II. Los hechos

Entre los días 6 al 9 de mayo de 2019, se llevó a cabo la audiencia de juicio oral ante el TOP de Arica, por el delito de tortura del artículo 150 A CP en contra de los funcionarios de GENCHI Luís Alberto Riffo Michel, Víctor Jonathan Vivar Barría y Tommy Teddy Tejada Hinojosa y por el delito de abuso contra particulares en contra del funcionario Rodrigo Eleazar Torres Muñoz[9].

El Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado, de acuerdo a lo señalado en el considerando segundo de la sentencia, acusaron por los siguientes hechos:

"Que el día 15 de enero de 2017, a las 15:30 horas aproximadamente, en dependencias del Complejo Penitenciario de Arica, en circunstancias que la víctima e interno Isaac Américo PINAZO LEDESMA, se dirigía a su celda ubicada en el ala norte del segundo piso del módulo A-4, se cruzó en la entrada de dicha ala con el interno Dany González Olivares, iniciándose un conflicto entre ambos, resultando éste último interno herido en su estómago, quien posteriormente huyo al tercer piso. Luego, funcionarios de gendarmería concurrieron al lugar, llevándose uno de ellos al interno Dany González, quien se encontraba herido en el tercer

8 Biblioteca del Congreso Nacional, ob. cit., págs.193 y sgtes.

9 Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, 14 de mayo de 2019, RIT N° 83-2019, RUC N° 1700080361-8. En contra de esta sentencia se interpusieron recursos de nulidad tanto por el Instituto Nacional de Derechos Humanos como por las defensas de los acusados. Con fecha 15 de julio de 2019, la Segunda Sala de la Excelentísima Corte Suprema, en los autos Rol N° 17.412-2019, declaró inadmisible el recurso deducido por el Instituto y remitió los recursos de las defensas para que fueran conocidos por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica. Finalmente, mediante sentencia del 26 de agosto de 2018, la Corte de Apelaciones de Arica rechazó los recursos de nulidad deducidos por las defensas (Causa Rol N° 259-2019).

piso. A continuación el Sargento segundo e imputado LUIS RIFFO MICHEL, se acercó a la víctima Isaac PINAZO LEDESMA para registrarlo, quien sin oponer resistencia entrego [sic] al funcionario el arma corto punzante que utilizo [sic] para herir a Dany Gonzalez. En ese momento el imputado LUIS RIFFO, sin motivo alguno y ya encontrándose reducido, arrojo [sic] a la víctima al suelo boca abajo, para luego darlo vuelta y sentarse sobre su tórax, cargando las rodillas sobre los brazos del interno y propinándole golpes de puño en su cara y cráneo, perdiendo el conocimiento la victima a consecuencia de los golpes, despertando en el primer piso de la entrada al módulo, de rodillas en el suelo y con las manos esposadas en su espalda.

Posteriormente, el subteniente e imputado VICTOR VIVAR BARRIA, quien se encontraba dentro del módulo A-4, junto RIFFO MICHEL y a la víctima. le levanto la polera a este último, observando ambos imputados las lesiones que éste mantenía en su cuerpo, y no obstante ello el imputado RIFFO MICHEL continuo con los apremios hacia Isaac Pinazo Ledesma, propinándole golpes de pies en su espalda y costillas, además de golpes de puño en rostro y cabeza. Mientras esto acontecía, el imputado VIVAR BARRIA observaba lo ocurrido, sin intervenir en momento alguno para detener o impedir el accionar de RIFFO MICHEL, no haciendo cesar la tortura, estando en posición de hacerlo al ser su superior jerárquico. Posteriormente, el cabo segundo e imputado TOMMY TEJADA HINOJOSA, golpeo con los pies al interno reducido en el suelo, observando también la agresión que Riffo Michel realizaba contra la víctima, sin realizar ninguna acción para impedir o hacer cesar la tortura, estando en posición de hacerlo.

Luego de ello, el Sargento RIFFO MICHEL tomo un cuchillo y violentamente comenzó a cortarle el pelo a la víctima, para luego rociar con gas su rostro, mientras VIVAR BARRIA observaba todo sin intentar detener la agresión.

Momento más tarde, llegaron otros funcionarios de gendarmería para trasladar a la víctima hacia al exterior, entre estos funcionarios llego el Sargento segundo RODRIGO TORRES MUÑOZ, quien observa a la víctima Isaac PINAZO LEDESMA en el suelo reducido, aprovechándose de su estado de indefensión y sin mediar provocación le propina un fuerte golpe de pie a la víctima, para luego levantarlo, sacando a la víctima del lugar y una vez afuera del módulo el imputado RIFFO MICHEL nuevamente roció gas en el rostro de la víctima, quien es auxiliado por otras personas quienes le proporcionan agua para lavar su rostro y aliviar su dolor.

Cabe señalar que el Teniente VIVAR BARRIA y el cabo TOMMY TEJADA HINOJOSA no dieron cuenta de lo sucedido a sus jefaturas, dejando constancia VIVAR BARRIA en el libro de novedades sólo la agresión de Isaac Pinazo Ledesma al interno Dany Ocaranza y una supuesta agresión de la víctima Pinazo Ledesma al imputado Riffo Michel.

Producto de lo anterior, la víctima resulto con una contusión costal y observación de fractura de acuerdo a lo constatado por la unidad de urgencia del Hospital Dr. Juan Noé C"[10].

De acuerdo a la tesis del Ministerio Público, los hechos descritos son constitutivos del delito consumado de **torturas**, previsto y sancionado en el artículo 150 A del Código Penal, respecto de Luis Riffo Michel, Víctor Vivar Barría y Tommy Tejada Hinojosa; y del delito consumado de **abuso contra particulares**, previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal, respecto de Rodrigo Torres Muñoz. Y en ellos atribuye a los acusados responsabilidad como autores.

III. La prueba

El Ministerio Público durante la investigación promovió abundante evidencia con el propósito de poder acreditar en el juicio oral la concurrencia de todos los requisitos exigidos por el artículo 150 A inciso 1° y 3°, es decir, el grave sufrimiento físico y psíquico, y la finalidad de castigar a la víctima, por haber ésta apuñalado a otra persona privada de libertad interno del módulo donde se encontraba.

Fue así que, desde la óptica del ente persecutor, ciertos medios probatorios resultaban decisivos para obtener el convencimiento del Tribunal, sobre todo para poder demostrar que los malos tratos padecidos por la víctima eran compatibles con la gravedad del sufrimiento exigido por el tipo. Para mejor comprensión del caso –como se desprende de los hechos contenidos en la acusación– es conveniente señalar que si bien los cuatro funcionarios de Genchi participaron en los apremios sufridos por la víctima, toma una relevancia especial –sobre todo en lo que interesa al presente comentario– la conducta desplegada por el sargento segundo Luis Riffo Michel.

A continuación examinaremos los testimonios de los imputados Vivar Barría y Tejada Hinojosa, y la declaración de la víctima Isaac Ledesma Pinazo. Es importante destacar que casi toda la secuencia de los malos tratos relatada por la víctima, imputados y testigos estuvo registrada por una video grabación obtenida por las cámaras de seguridad del Complejo Penitenciario de Arica. Asimismo, analizaremos los informes de las peritas del Servicio Médico Legal (SML), las que aplicando la metodología

10 CONSIDERANDO SEGUNDO, Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, ob. cit.

contenida en el Protocolo de Estambul de Naciones Unidas[11], llegaron a conclusiones que en gran medida sirvieron de base para que el Tribunal pudiera fundar su decisión.

III.1 Declaración de los imputados

En el Considerando Sexto de la sentencia del TOP de Arica, están contenidas las declaraciones de todos los imputados en la causa. Como antecedente, subrayar que si bien tanto la declaración de los imputados y la víctima son contradictorias en cuanto a la actitud que tuvo ésta durante el procedimiento reducción, todas las declaraciones están contestes en cuanto a las agresiones sufridas por ella.

Con respecto a las declaraciones de los otros imputados en esta causa, cabe señalar que el tribunal tuvo presente para dar por acreditado "el sufrimiento grave" experimentado por la víctima, los testimonios entregados por el subteniente Víctor Vivar Barría y el cabo Tommy Tejada Hinojosa. En varios pasajes de sus declaraciones, ambos dan cuenta del nivel de violencia desplegado por imputado Riffo Michel y el temor que en ellos produjo la forma en que éste agredió a la víctima. De lo anterior se colige que si dos funcionarios que son compañeros de trabajo del imputado experimentaron temor, la agresión fue de tal magnitud que provocó un temor aún mayor en la persona que fue víctima del ataque.

El subteniente Vivar relata en su declaración que fue testigo de la agresión que sufrió la víctima. Así señaló que *"el Sargento Riffo empieza* ***a castigar en forma desproporcionada al interno, y siente miedo,*** *y el Sargento Riffo le dice que no se meta y en ningún momento le hizo caso a nadie e ingresa a un lugar como guardia y en ningún momentro (sic) le hizo caso, y que dejara la golpiza, y en un momento saca un arma cortante para cortarle el pelo, y rociarle espuma lacrimógena" (el énfasis es nuestro). Frente a las preguntas formuladas por el fiscal, el imputado reitera que incluso "sintió miedo de ser agredido por el Sargento Riffo"*[12].

11 El Manual de Investigación y Documentación Efectiva sobre Tortura, Castigos y Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes, más conocido como el Protocolo de Estambul, es el primer conjunto de normas internacionales para documentar el delito de tortura y sus consecuencias. Fue adoptado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el 2000. Su propósito es servir como guía internacional para la evaluación de las personas que han sido torturadas, a fin de investigar casos de posible tortura y reportar los hallazgos a la justicia o a las agencias investigadoras.

12 CONSIDERANDO SEXTO, Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, ob. cit.

Más expresiva, en relación a la prueba del grave sufrimiento, es la declaración del imputado Tommy Tejada, quien señaló ante las preguntas formuladas por el discal lo siguiente: *"El interno estaba en la pared del ala norte con las manos atrás y después el Sargento le ordena que se acueste en el suelo y el interno en todo momento no quería acatar las órdenes y en el momento que subió el interno estaba recostado en el piso y el Sargento presionando las manos, no vio en el intertanto golpes, bajó, subió y lo bajan al hall del primer piso, y ahí ve golpes de Riffo a Pinazo, patadas, combos, y el interno estaba esposado y la primera vez que llamó al grupo de reacción fue cuando bajó a buscar las esposas para que trasladaran al interno a constatar lesiones,* ***el Sargento Riffo estaba descontrolado, le salía espuma de la boca, como poseído, y tuvo temor que le hiciera algo, y nunca había visto algo así y quedó en shock, sintió miedo hacia el Sargento Riffo que se le pudiera pasar la mano y matar al interno*** *(énfasis nuestro), o a él ya que tenía la cuchilla en la mano, llamó en clave 5.1 para que calmaran al Teniente Riffo, y le dijo en varias oportunidades que la cortara que ya estaba bueno y él le decía que estaba a cargo del procedimiento (…)* ***siente alivio cuando llega el grupo de reacción*** *(el énfasis es nuestro), y el Sargento Torres le dijo algo y le mandó al tiro una patada al interno Pinazo y estaba bajando la escalera como a dos metros, y empieza a perder sangre pero no sabe por dónde pero perdía* ***mucha sangre, había un charco de sangre, había cabello o pelo del interno y se llevan al interno y después le mostraron por cámara a los meses después y que el Sargento Riffo salió del hall le siguió echando gas en la cara, otros internos tuvieron que limpiar la sangre y el pelo y quedó limpio"***[13].

Al respecto, cabe destacar que dos funcionarios, entrenados para ejercer el control y resguardo de población altamente conflictiva, acostumbrados a ver la violencia propia de los contextos carcelarios, hayan "sentido miedo" al presenciar los malos tratos ejercidos por Riffo Michel contra la víctima. Esto denota el nivel de sufrimiento experimentado por la víctima, pues si terceros que presenciaron el acto lograron sentir temor, sin lugar a dudas que la víctima sintió que podía perder la vida en ese momento.

III.2 Declaración de la víctima

Isaac Américo Ledesma Pinazo, interno del complejo penitenciario, víctima de los malos tratos ejercidos por parte de los funcionarios de Genchi, pese a ser una persona que desde su adolescencia ha estado en contacto con el sistema penal y que por lo mismo tiene naturalizada la violencia que se vive

13 CONSIDERANDO SEXTO, Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, ob. cit.

en la cárcel, en su declaración en el juicio oral, dio cuenta del impacto, miedo y terror que le generó en especial la agresión ejercida por el sargento segundo Riffo Michel.

Pinazo Ledesma luego de relatar el tiempo que lleva cumpliendo condena en el penal de Arica y la forma en cómo se transformó en el "mozo" del módulo a cargo del sargento Riffo, cuenta las razones que tuvo para cometer el delito en contra de otro compañero de módulo. La víctima, inmersa en la subcultura carcelaria, señala que sabía que habría represalias contra él por la falta cometida, pero que incluso sabiendo que "pagaría al contado"[14], "nunca pensó que le pegarían tanto". La víctima, al tiempo de señalar toda la secuencia de malos tratos sufrida, va expresando el impacto físico y psicológico que la agresión deja en él. Por ejemplo al relatar la secuencia de los golpes, señala que *"pese a estar acostumbrado a los golpes* ***igual le dolía****" y que cuando Riffo le tiró el gas "****le dio temor, creyó que lo iba a matar*** *y cuando le tiran ese gas naranja se llenan las cavidades de mucosidades y no puede respirar por la nariz,* ***estaba con un terror y miedo y pensó que le tocó morirse y qué iba a hacer,*** *y ningún funcionario intervino, con el gas no podía ver nada y* ***el terror fue más cuando escuchó que trajeran la cuchilla*** *y a un mozo le dijo que le trajera el gas al mozo Camán, y le tiró puros golpes, patadas y a otro mozo le dijo que le trajera la cuchilla, y s****intió un terror angustiante y no podía hacer nada, esposado a la espalda e inmovilizado y le pescó el pelo y se lo cortó el funcionario Riffo,*** *el Teniente fue el único que dijo cálmate Riffo, y el hombre no le hizo caso, frente al Teniente y el Teniente venía saliendo de la academia"*[15] (énfasis nuestro).

III.3 Peritaje del Servicio Médico Legal (SML)

Se solicitó al SML evacuar dos informes, uno psiquiátrico y otro físico, aplicando la metodología del Protocolo de Estambul[16]. Dicho Protocolo es una guía que contiene las líneas básicas con estándares internacionales en derechos humanos para la valoración médica y psicológica de una persona que se presuma o haya sido víctima de tortura o algún mal trato. Esta metodología consiste en aclarar los hechos en relación con presuntos casos de tortura, con

14 Concepto del lenguaje carcelario que indica una sanción extra reglamentaria (no contemplada en la ley ni en los reglamentos), consistente en castigos físicos (golpes o ejercicio físico) frente a faltas cometidas por los internos.

15 CONSIDERANDO SÉPTIMO, Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, ob. cit.

16 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Naciones Unidas, Nueva York/Ginebra, 2004.

miras a identificar a los responsables de los hechos y facilitar su procesamiento o a utilizar la información en el contexto de otros procedimientos dirigidos a obtener reparación para las víctimas[17].

El informe psiquiátrico, inicia dando cuenta de los antecedentes biográficos de la víctima, los cuales están marcados por un permanente contacto con el sistema penal, para posteriormente hacer una relación detallada de los hechos de violencia que padeció y reproduce como la persona experimentó esos malos tratos. El informe identifica que la víctima *"tiene un ánimo tenso, ansioso por múltiples hechos que está viviendo y por los traslados, no se sentía bien en la cárcel de Rancagua y relata múltiples maltratos porque le hayan cortado su jopo, por las heridas que lo dejan sin piernas y estando en la cárcel disminuye su capacidad de desenvolverse" y en ese sentido concluye que "que él ha vivenciado una situación vivencial ansiosa, de acuerdo al protocolo de Estambul no encontraron daño psíquico, no lo encuentran como enfermedad psicopatológica, sí encuentran elementos emocionales de haber sudo humillado y disminuido y la situación vivencial cabría dentro del daño moral y que los jueces deben evaluar"*[18]. En respuesta a las preguntas formuladas por el fiscal, la perita psiquiatra agrega que "el joven al estar habituado al riego vital" no presenta stress pos traumático.

Por su parte el informe médico concluye que pese a no quedar rasgos de las lesiones constatados en los certificados médicos, estás son compatibles con el relato de la víctima y los demás antecedentes de la carpeta investigativa.

IV. La decisión del tribunal

El Tribunal en los Considerandos Decimotercero y Decimocuarto del fallo recalificó los hechos contenidos en la acusación como Apremios Ilegítimos del artículo 150 D, condenando por este delito a Riffo Michel, Barría Vivar y Muñoz Torres, absolviendo al cabo Tommy Tejada Hinojosa[19].

Si bien, el TOP dio por acreditadas las agresiones, al no presentar la víctima *"fracturas ni daño psicológico",* el tribunal concluyó que los malos tratos no cumplían la gravedad exigida por el artículo 150 A. Efectivamente, el tribunal habiendo llamado a una posible recalificación jurídica de los hechos, en lo relativo al delito de tortura, previo debate, los calificó jurídicamente como constitutivos del delito del artículo 150 D del Código Penal respecto de

17 Protocolo de Estambul, ob. cit., p. 31.

18 CONSIDERANDO SÉPTIMO, Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, ob. cit.

19 CONSIDERANDOS DECIMOTERCERO Y DECIMOCUARTO, Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, ob. cit.

Víctor Vivar Barría y Luis Riffo Michel, puesto que *"teniendo en consideración que a juicio de estos sentenciadores los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes no alcanzaron a constituir tortura, por su intensidad puesto que no causaron un daño psíquico ni fracturas de carácter grave, calificándose las lesiones como leves conforme en el registro de atención de urgencia y las pericias rendidas en juicio"*[20].

V. Consideraciones a la sentencia del TOP de Arica a la luz de las directrices contenidas en el Protocolo de Estambul

En casos como el que nos ocupa en el presente comentario, donde las lesiones pese a haber sido consecuencia de graves malos tratos, desde un punto de vista médico-legista son consideradas "leves", la pericia psicológica de acuerdo a los parámetros del Protocolo resulta central y determinante para hacer una adecuada calificación jurídica de los hechos.

Es generalizada la idea que la tortura es una experiencia vital extraordinaria, que puede dar origen a diversos sufrimientos físicos o psicológicos. La mayor parte de los profesionales del área médica y de los investigadores/as están de acuerdo en que el carácter extremo de la experiencia de tortura es suficientemente poderoso por sí mismo como para surtir consecuencias mentales y emocionales, sea cual fuere el estado psicológico previo de la persona víctima[21]. Sin embargo, lo fundamental es que *"las consecuencias psicológica de tortura se dan en el contexto de la significación que personalmente se le atribuya, del desarrollo de la personalidad y factores sociales, políticos y culturales"*[22], es decir, la figura del "hombre medio" ampliamente utilizada por las personas operadoras del sistema penal, resulta inútil e inadecuado para ponderar el real sufrimiento que experimentó una víctima de tortura en cada caso.

Otro aspecto clave de esta metodología, es considerar que "no todos los que han sido torturados llegan a padecer una enfermedad mental diagnosticable"[23], pero ello no obsta a que las víctimas experimenten otra sintomatología, como por ejemplo, profundas reacciones emocionales, constitutivo de estrés pos traumático. En este sentido, es importante señalar que "repercusiones culturales, sociales y políticas singulares que la tortura tiene para cada persona influyen en su capacidad para describirla y hablar de ella (…) estos son

20 CONSIDERANDOS DECIMOSEXTO Y DECIMOSEPTIMO, Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, ob. cit.

21 Protocolo de Estambul, ob. cit., p. 86.

22 Protocolo de Estambul, ob. cit., p. 86.

23 Protocolo de Estambul, ob. cit., págs. 86-87.

factores importantes que contribuyen al impacto psicológico y social de la tortura y que deben tomarse en consideración cuando se proceda a evaluar el caso de un individuo procedente de otro medio cultural"[24], como por ejemplo puede ser la cárcel y su especial naturalización de la violencia.

Finalmente –señalar en este breve análisis– que en la individualización e identificación de las secuelas de la tortura contenida en los párrafos 240 y siguientes del Protocolo, la angustia y la ansiedad generalizada, es parte de la sintomatología clásica del estrés pos trauma consecuencia de la tortura[25].

Dicho lo anterior, llama profundamente la atención –y es preocupante desde una perspectiva de derechos humanos– que tanto la pericia del SML como el veredicto del Tribunal, no hayan visto en los síntomas que padecía la víctima consistentes en *"ánimo tenso, ansioso por múltiples hechos que está viviendo y por los traslados, no se sentía bien en la cárcel de Rancagua y relata múltiples maltratos porque le hayan cortado su jopo, por las heridas que lo dejan sin piernas y estando en la cárcel disminuye su capacidad de desenvolverse",* manifestaciones propias del estrés pos traumático compatible que la tortura. Es posible que la víctima –acostumbrado a desenvolverse en contextos de violencia y experimentarla– no haya padecido una patología psicológica producto de la tortura, pero eso no puede ser interpretado como ausencia de daño constitutivo de un grave sufrimiento. Reflejo de lo anterior es la conclusión del mismo informe del SML, donde junto con señalar que "no hay daño psicológico" establece que en la víctima *"sí encuentran elementos emocionales de haber sudo humillado y disminuido y la situación vivencial cabría dentro del daño moral y que los jueces deben evaluar".*

En este sentido, también resulta cuestionable que el TOP haya basado en forma casi exclusiva su decisión en la pericia del SML, para determinar que los hechos no constituyen el grave sufrimiento exigido por el artículo 150 A, sin completar el informe pericial con las declaraciones de la víctima y los mismos imputados. La *"sensación concreta de la muerte"*[26] experimentada por la víctima y percibida incluso por algunos imputados (Vivar y Tejada) es una de las más recurrentes manifestaciones de un sufrimiento grave. Además, el tribunal como órgano llamado a juzgar e impartir justicia tiene la obligación de considerar los distintos elementos probatorios, y en particular reflexionar sobre la especial situación de vulnerabilidad en

24 Protocolo de Estambul, ob. cit., p. 87.

25 Protocolo de Estambul, ob. cit., p. 86, págs. 88 y sgtes.

26 Rafecas Daniel. *El crimen de tortura en el Estado autoritario y en el Estado democrático.* Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017, p. 129.

la cual se encontraba la víctima. No se debe olvidar, que tratándose de personas privadas de libertad el Estado –y todos sus órganos– se encuentra en posición de garante.

VI. Estándares sobre la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

En la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos es posible identificar los principios de igualdad y dignidad, siendo estos pilares básicos para la efectiva protección de los seres humanos. Diversos instrumentos de derechos humanos reconocen el valor de la dignidad humana y establecen normas específicas para reconocer el derecho a la dignidad. Una vulneración al derecho a la dignidad a través de la integridad personal puede expresarse de diversas maneras, la afectación a la integridad personal puede ser física, psíquica o moral. En torno a las formas de afectación se han generado diversas discusiones que, entre otros, han tenido como propósito aclarar la necesidad de distinguir entre tortura y otros actos que afectan la integridad personal.

La Corte IDH ha señalado que la prohibición de no ser sometido a tortura es una norma de carácter absoluto, es decir no admite limitaciones, y además ha sido reconocida como una norma de especial calidad dentro del derecho internacional público, a saber una norma de *ius cogens*[27], esto es, una norma imperativa del derecho internacional respecto de la cual ningún Estado puede sustraerse y que no admite reservas.

Distinguir sobre las diferentes formas en las cuales se afecta el derecho a la integridad personal es una materia compleja, que más allá de los distintos reconocimientos normativos, ha generado en la práctica un debate en torno a la forma en que los distintos órganos de tratados de derechos humanos se han pronunciado conociendo casos sobre la materia. La Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (CAT) ha consagrado un procedimiento de denuncia con el objeto de enfrentar los casos de tortura. Dicho procedimiento[28] se

27 Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor". Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 157; Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 143; Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 100; Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 126; Caso Gaiburú vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 93 y 128; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Sentencia de 25 de octubre de 2012, párr. 147.

28 La capacidad de los particulares para denunciar en el ámbito internacional la violación de sus derechos confiere un significado concreto a los derechos enunciados en los tratados de derechos humanos. Hay tres procedimientos principales para denunciar

encuentra establecido en el art. 22[29], y permite a particulares denunciar a los Estados Parte frente al incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a través de su jurisprudencia ha realizado distinciones conceptuales determinando ciertos casos como tortura, otros como tratos inhumanos y otros como tratos degradantes. El artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos señala: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni pena o tratos inhumanos o degradantes".

En el análisis de casos la doctrina[30] ha identificado como caso paradigmático "Irlanda vs. Reino Unido" de 1978 en el cual se abordan las dificultades de distinción en la materia. En la sentencia se determinó **como trato degradante aquel capaz de "crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral"**[31]. El Tribunal Europeo de Derechos humanos señaló que las "técnicas" empleadas en Irlanda del Norte, las cuales consistían en mantener a las personas de pie en puntillas por largas horas, cubrir su cabeza con capuchas, someterlas a un constante e intenso ruido, privarlas de sueño, comida y bebida en cantidades mínimas, no eran actos constitutivos de tortura sino que correspondían a un tratamiento inhumano. La distinción la funda en el análisis de que el "término tortura" contiene un particular "valor" definiéndolo como "tratamiento inhumano deliberado que causa un sufrimiento muy severo y cruel". En definitiva, del razonamiento del tribunal europeo es posible concluir que el aspecto central para distinguir entre tortura y malos tratos sería la severidad del daño. Sin embargo, este

las violaciones de las cláusulas que figuran en los tratados de derechos humanos ante los órganos creados en virtud de esos tratados: i) comunicaciones de particulares; ii) denuncias de Estado a Estado; e iii) investigaciones. Existen además procedimientos de denuncia establecidos al margen del sistema de los órganos de tratado, a saber: mediante los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos y el procedimiento de denuncias del Consejo de Derechos Humanos.

29 El Comité contra la Tortura (CAT) puede considerar denuncias de particulares sobre violaciones de los derechos establecidos en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes presuntamente cometidas por Estados Partes que hayan formulado la declaración necesaria con arreglo al Artículo 22 de dicha Convención.

30 Por ejemplo, ver Van Dijk, Pieter y Van Hoof, Godefridus J.H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights.* Third edition, The Hague, SIM & Kluwer Law International, 1998.

31 TEDH, Irlanda vs. Reino Unido, sentencia de 18 de enero de 1978, citada por Claudio Nash en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario.* Christian Steiner y Patricia Uribe (Editores). Primera edición, Bogotá, Editorial Temis, 2014.

parámetro será diferente si se consideran las circunstancias particulares de la persona que es víctima y allí la dificultad para la magistratura.

En el marco del sistema interamericano la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra en su artículo 5: *"1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"*.

Desde sus primeros casos la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció el vínculo entre dignidad humana e integridad personal. A través de su jurisprudencia se ha pronunciado sobre distintos aspectos relevantes en materia de prohibición de la tortura, señalando que *"[l]a infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta". Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos. Asimismo, el Tribunal ha indicado que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana"*[32].

En el Caso Bueno Alves vs. Argentina la Corte IDH fijó los elementos constitutivos de tortura. Como hemos mencionado la Corte Interamericana conoció de numerosos casos[33] mas es en esta sentencia donde por primera vez el tribunal sistematiza los criterios y requisitos del ilícito, los elementos de la tortura y los actos cometidos por agentes del Estado que configuraron la conducta prohibida. En el párrafo 79 señala: "…la Corte entiende que los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito".

Específicamente, respecto a "los severos sufrimientos físicos y mentales", es relevante para nuestro análisis la forma en la cual la Corte IDH aborda este

32 Corte IDH. Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, párr. 52.

33 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras; Caso Barrios Altos vs. Perú; Caso Almonacid Arellano vs. Chile; entre otros.

elemento: "[…] al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal".

En efecto, la Corte para examinar el umbral de sufrimiento de la persona víctima de tortura, observa como primer punto elementos de carácter objetivo y en segundo lugar, elementos de carácter subjetivo, relativos a la posición y condición de la víctima. La manera propuesta por el tribunal interamericano es útil toda vez que permite analizar la intensidad del dolor sufrido en base a las diferencias que existen entre cada persona y desiste de usar un parámetro neutral o abstracto que inviabilice tales diferencias. En definitiva, el considerar la situación particular de la víctima permite dar una efectiva protección y garantía al derecho a la integridad personal. Como señala el profesor Claudio Nash "una calificación centrada sólo en los elementos objetivos del acto tiene un grave problema ya que ignora las particularidades individuales y termina por establecer estándares vinculados a elementos objetivos donde el parámetro se fija a partir de un paradigma que permite formas de trato desigual y discriminatorio a partir de prejuicios o estereotipos que surgen desde las visiones predominantes en un momento histórico determinado"[34].

Por lo tanto, teniendo en cuenta los factores exógenos que rodearon el caso, es decir, la violencia extrema ejercida en contra de la víctima por los funcionarios públicos y, los factores internos dados por la especial situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima y por la experimentación en este contexto de "una sensación concreta de muerte" debería haber llevado al Tribunal a concluir que el daño infligido a la víctima es de carácter grave, y por tanto debió haber considerado estos hechos como constitutivos del delito de tortura.

VII. Reflexión final

Conocida es la crisis sistémica y perenne por la que atraviesan las cárceles en el país, la región y en el mundo. Hacinamiento; sobrepoblación; malas condiciones de infraestructura; limitado acceso al trabajo, programas de reinserción, educación y salud; eliminación de derechos civiles y políticos;

34 Steiner y Uribe (Editores), ob. cit., p. 144.

malos tratos físicos y psíquicos; limitada relación de las personas privadas de libertad con su entorno familiar, etc. Esta situación estructural de crisis, más la dificultad de vencer la barrera que imponen los "muros" para investigar las agresiones que ocurren en las cárceles, sumada además al "estigma" que tienen las personas privadas de libertad, hace que las víctimas de delitos de torturas y otros tratos crueles se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad[35].

A esta barrera sistémica de acceso a la justicia que tienen las personas privadas de libertad, se suman otros factores que pueden ser explicados desde un punto de vista criminológico, y es que "los autores de detenciones ilegales, vejaciones, apremios y torturas no encuadran en ningún *estereotipo de delincuente*; pero que también se trata de delitos invisibles a la opinión pública y a los medios masivos de comunicación; y que en definitiva afectan a personas con alta vulnerabilidad frente al sistema penal, es decir, a personas muy alejadas del poder político, económico y comunicacional; y que los perpetradores de estos delitos son en gran medida los mismos que debían encargarse de que no acontezcan, los mismos que deberían denunciar e investigar tales ilícitos"[36].

En relación al caso comentado, estas reflexiones nos permiten en primer lugar valorar la sentencia del TOP de Arica, puesto que condenó a tres de los cuatro funcionarios acusados en la investigación. Teniendo en consideración las obligaciones que tiene el Estado en cuanto a que las sanciones en este tipo de delitos deben ser proporcionales, se valora también que el agente del Estado que desplegó las conductas más graves en el hecho ilícito haya sido condenado a una pena efectiva de tres años y un día.

Dicho lo anterior, no podemos pasar por alto que la recalificación que hace el Tribunal del delito de tortura (150 A CP) al de apremios ilegítimos (150 D CP), por no haberse acreditado un sufrimiento grave, desconoce que todas las personas significan la violencia de una manera distinta. En el caso en comento, resulta evidente que la víctima, una persona que desde los catorce años en distintas etapas de su vida ha estado privada de libertad, va

35 Para conocer en profundidad la situación carcelaria en Chile ver Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2014-2015.* Seguimiento de las recomendaciones y cumplimiento de estándares internacionales sobre el derecho a la integridad personal, 2018; Ministerio Público Judicial de la Corte Suprema, *Informe visita de los recintos carcelarios, 2018.*

36 Rafecas Daniel. *La vulnerabilidad como rasgo característico de las víctimas de tortura… ¿también de los victimarios?,* en Anitua Gabriel Ignacio y Diego Zysman Quirós compiladores. *La Tortura. Una práctica estructural del sistema pena, el delito más grave.* Buenos Aires, Ediciones Didot, 2013, p. 416.

a significar la violencia que experimenta en la cárcel de una forma distinta de como la podría significar un "hombre medio"[37]. También es cuestionable que el Tribunal haya basado su juicio exclusivamente para determinar el grave sufrimiento en las pericias del médico legal, desestimando las declaraciones de la víctima y de los otros imputados que presenciaron los hechos. Como dijimos *supra*, el "sentimiento concreto de la muerte" que experimentó la víctima cuando estaba siendo apremiado por el sargento segundo Riffo Michel, era un elemento clave, ignorado por el sentenciador y las peritas del Servicio Médico Legal.

Finalmente señalar que en nuestra opinión el resultado de la pericia médica psiquiátrica no fue lo suficientemente integradora, puesto que sólo asociar estrés pos traumático a una patología psicológica, se aleja de los principios establecidos en el propio Protocolo de Estambul y al fenómeno mismo de la tortura. El mismo Protocolo indica que los comportamientos que puede tener una persona que ha sido víctima de la tortura además de patológicos, pueden ser adaptativos. Asimismo, entendemos que la ansiedad y la angustia que se encontraba experimentado la víctima y que fue constatada en los informes periciales, de acuerdo a los principios del Protocolo son constitutivas de estrés pos traumático, compatible con la tortura.

Más allá de la brecha identificada entre la sentencia del TOP de Arica y los estándares nacionales e internacionales de derechos humanos en materia de investigación del delito de tortura, se valora profundamente la dictación del fallo, puesto que junto con sancionar a los responsables de un gravísimo delito, permite ir visibilizando un fenómeno oculto e inclusos muchas veces incómodo de hablar. A tres años de la dictación de la Ley N° 20.968, la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica es una invitación para identificar todos los desafíos que como Estado tenemos en una materia tan importante como lo es la prevención, investigación y sanción del delito de tortura.

37 El concepto de "hombre medio" u "hombre común" fue uno de los pilares en los que se construyó a fines del siglo XIX y comienzos del XX la naciente ciencia criminológica. El matemático y astrónomo belga, y padre del positivismo sociológico, Adolph Quételet fue quien primero utilizó el concepto de hombre medio, para poder representar a una población mediante un promedio de características estadísticas. Quételet necesitó considerar a los "hombres" como individuos de rasgos comunes y caracteres homogéneos, para poder "medir" distintos fenómenos sociales vinculados a la criminalidad. Esta herramienta de considerar a "un hombre común" en "circunstancias normales" prevalece hasta hoy en procesos de creación de normas, dictación de sentencias, elaboración de políticas públicas, etc. El análisis en mayor profundidad del concepto "hombre común" en Melossi Dario. *Controlar el delito Controlar la sociedad. Teorías y debates sobre la cuestión criminal del siglo XVII al XXI.* Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2018, págs. 68-69.

Bibliografía

- Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.968,* 2016.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 9 de diciembre de 1985, entrada en vigor el 28 de febrero de 1987.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2014-2015.* Seguimiento de las recomendaciones y cumplimiento de estándares internacionales sobre el derecho a la integridad personal, 2018.
- Melossi Dario. *Controlar el delito Controlar la sociedad.* Teorías y debates sobre la cuestión criminal del siglo XVII al XXI. Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2018.
- Ministerio Público Judicial de la Corte Suprema, *Informe visita de los recintos carcelarios,* 2018.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Protocolo de Estambul.* Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Naciones Unidas, Nueva York/Ginebra, 2004.
- Rafecas Daniel. *El crimen de tortura en el Estado autoritario y en el Estado democrático.* Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017.
- *La vulnerabilidad como rasgo característico de las víctimas de tortura… ¿también de los victimarios?,* en "La Tortura. Una práctica estructural del sistema pena, el delito más grave. Anitua Gabriel Ignacio y Diego Zysman Quirós compiladores, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2013.
- Steiner Christian y Uribe Patricia, (Editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Comentario. Primera edición, Bogotá, Editorial Temis, 2014.
- Van Dijk, Pieter y Van Hoof, Godefridus J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights.* Third edition, The Hague, SIM & Kluwer Law International, 1998.

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

OCULTAMIENTO O DISIMULACIÓN DE BIENES COMO CONDUCTA TÍPICA: HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE LÍMITES OBJETIVOS ENTRE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES Y EL DELITO DE LAVADO DE DINERO

Camila Guerrero Martínez[1]

SUMARIO

I. Planteamiento del problema; II. Estructura de los delitos concursales e insolvencias punibles; 1. Explicaciones desde el Derecho Concursal; 2. Explicaciones desde el Derecho Penal; 3. Rol de las resoluciones de liquidación y reorganización en el ilícito penal; III. Ocultamiento o disimulación de bienes en las hipótesis de los artículos 463, 463 bis N°1 y 466 CP; 1. El delito de ocultamiento de bienes del deudor calificado o "empresa deudora": artículos 463 y 463 bis N°1 CP; 2. Insolvencias punibles del deudor común o "persona deudora": Artículo 466 CP; 2.1 Delito de alzamiento de bienes; 2.2. Delito de insolvencia maliciosa (ocultamiento, dilapidación y enajenación); 2.3. Delito de otorgamiento de contratos simulados; 3. Bien jurídico protegido; 4. Alcance; IV. Estructura del delito de lavado de dinero; 1. Conducta típica; 2. Bien jurídico protegido; 3. Alcance; V. Balance final: puntos de contacto, interferencia y mutua exclusión.

I. Planteamiento del problema[2]

El objeto de este trabajo es plantear interrogantes y propuestas de interpretación en torno a la elaboración de las necesarias limitaciones que deban formularse entre los delitos concursales, las insolvencias punibles y el delito de lavado de dinero[3]. Más allá de las concepciones que se tengan sobre la estructura del delito concursal –o insolvencias punibles en términos generales– y que serán abordadas en *infra II,* lo cierto es que estos comparten en su mayoría como presupuesto comisivo la figura del ocultamiento de

1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado (ULDDECO), Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Agradezco a Marcelo Contreras y Andrés Salazar de ULDDECO, por sus valiosos comentarios y sugerencias que contribuyeron a dar forma y sentido al presente trabajo. Los errores que persistan son, por supuesto, míos.

3 Se utilizarán indistintamente los conceptos de "lavado de dinero", "lavado de activos" y "blanqueo de capitales" como sinónimos.

bienes (material o jurídico); conducta que es justamente el núcleo central de las hipótesis del delito de lavado de dinero, cuando los bienes provienen directa e indirectamente de la comisión de un delito precedente, conforme al catálogo establecido en el artículo 27 letra a) de la Ley N° 19.913.

Al respecto, y partiendo de la base que la figura del ocultamiento de bienes es un ámbito que desde el Derecho Comercial se ha venido desarrollando durante bastante tiempo, últimamente es posible identificar determinadas tensiones en materia de aseguramiento patrimonial de bienes, particularmente en relación con el delito de lavado de activos cuando los bienes de origen ilícito provienen de la comisión de alguno de los delitos económicos o de corrupción que se encuentran contemplados como delito base en el referido artículo 27. Lo anterior, estimamos que se debe principalmente a los efectos de dos reformas legales que fueron tramitadas y discutidas por cuerdas separadas, prácticamente con la misma temporalidad, pero sin considerar el efecto que tendrían determinadas normas en la aplicación práctica de los tipos penales implicados, esto es: la Ley N° 20.720 y la Ley N° 20.818, que modifica la Ley N° 19.913. La Ley N° 20.720[4], que entró en vigencia con fecha 10 de octubre de 2014, será particularmente relevante para efectos del presente análisis en lo referido a los siguientes artículos: (1) por un lado, el artículo 149 que establece importantes efectos en relación con las medidas cautelares concedidas en sede penal y; (2) por otro, el artículo 345 que modifica el Código Penal incorporando los delitos contenidos en los artículos 463 a 465 bis. Asimismo, en relación con la Ley N° 20.818, que modifica la Ley N° 19.913 y que fue promulgada con fecha 18 de febrero de 2015, se destacará principalmente lo referido al (3) artículo 27, producto de la ampliación del catálogo de delitos base del delito de lavado de dinero[5]. Esto último será particularmente relevante dada la tendencia creciente

4 Chile, Ley N° 20.720 que "Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo", publicada con fecha 09 de enero de 2014 y vigente desde el 10 de octubre de 2014.

5 Al respecto, uno de los cambios más sustanciales de la referida ley es la que dice relación con el establecimiento de nuevos delitos base o precedentes del delito de lavado de activos, al incorporarse las hipótesis más graves de los delitos de contrabando aduanero y piratería (infracciones a la ley de propiedad intelectual); los delitos tipificados en la LOC del Banco Central (por ejemplo, la fabricación o circulación de billetes de curso legal falsos); el delito tributario contenido en el art. 97 N° 4 inciso 3° (obtención indebida de devoluciones de impuesto por maniobras fraudulentas); la asociación ilícita del Código Penal (arts. 292 y siguientes); la producción de material pornográfico infantil y comercialización, exportación, importación, distribución, difusión, almacenamiento o adquisición de material pornográfico infantil; y el delito de estafa del artículo 468 CP y fraude de subvenciones del artículo 470 N° 8 CP, en sus hipótesis más dañosas (cuando el valor de lo defraudado o apropiado de manera indebida excediere de las 400 UTM). Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley N° 21.121 en octubre de 2019,

de nuestro legislador a la ampliación del catálogo de delitos base y que se ve reflejado, por ejemplo, con la reciente entrada en vigencia de la Ley N° 21.121 que incorpora como delito base de lavado, los delitos de apropiación indebida y administración desleal.

En este sentido, se plantea que el efecto de las normas antes referidas, particularmente del artículo 149 de la Ley N° 20.720, ha traído como consecuencia una afectación a los intereses y patrimonio de las víctimas de delitos base de lavado de activos, cuando el agente que lo cometió reviste además la calidad de deudor en los términos contemplados en la Ley N° 20.720. A partir de esta constatación, y luego de revisar someramente los fundamentos de la tipificación de los delitos concursales, insolvencias punibles y lavado de dinero, se plantea establecer contornos mínimos de aplicación de la referida norma.

II. Estructura de los delitos concursales e insolvencias punibles

Antes de abordar los cambios introducidos por la Ley N° 20.720, resulta pertinente hacer una breve exposición de la regulación imperante en la materia antes de su entrada en vigencia. En 1982, se dictó la Ley N° 18.175, que fijó el texto de la Ley de Quiebras, y se insertó en el Libro IV del Código de Comercio. Dentro de los principales aspectos introducidos por la Ley de Quiebras, es posible mencionar la eliminación de las presunciones de derecho para la calificación de la quiebra, estableciendo la posibilidad de que el deudor pueda acreditar el carácter fortuito de la misma, además de la eliminación de las categorías de deudor civil y deudor comercial, incorporando el concepto de "deudor calificado" en el articulo 41 de la Ley N° 18.175. Por su parte, la quiebra solo se consideraba un delito en sí, cuando se configuraba alguna de las hipótesis de los artículos 219 y 220 de la referida ley, es decir, cuando por los hechos o por el actuar del deudor, se la pueda calificar como quiebra culpable o fraudulenta respectivamente. Asimismo, se estableció como requisito de procesabilidad de los tipos penales, que el deudor se encontrara en cesación de pagos y que la quiebra se encontrara declarada judicialmente por el juez competente, para efectos de poder iniciar el proceso de calificación de la misma.

De esta manera, bajo el régimen anterior a la Ley N° 20.720, la insolvencia era punible solo cuando a través de su actuar doloso o culposo, el deudor generaba un perjuicio a sus acreedores al incumplir sus obligaciones y la quiebra solo era

se amplía nuevamente el catálogo a las hipótesis de apropiación indebida del artículo 470 N° 1 CP y la administración desleal del artículo 470 N° 11 CP; Cfr. Chile, Ley N° 21.121, que "Modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción", promulgada con fecha 12 de noviembre de 2018 y vigente desde el 20 de noviembre de 2018.

considerada fortuita, cuando se dictaba una sentencia de sobreseimiento, en la cual el juez de forma expresa señalaba dicha calificación, solicitando además la rehabilitación del fallido. En el caso de la quiebra culpable contemplada en el artículo 219, los actos del deudor correspondían a un actuar negligente, imprudente, y temerario, alejándose del estándar de conducta que se espera de un comerciante que realice alguna de las actividades enumeradas en el artículo 41. Finalmente, en el caso de la quiebra fraudulenta contemplada en las hipótesis del artículo 220, se establecían acciones dolosas que estaban destinadas directamente al aumento del pasivo, con el objeto de perjudicar a los acreedores, tales como la ocultación de bienes; la celebración de convenios con ciertos acreedores en perjuicio del resto; o bien, el simple hecho de la fuga.

En este sentido, luego de la publicación de la Ley N°20.720, los nuevos delitos concursales que puede cometer el deudor y (quien actúe por) la empresa deudora, o bien, el veedor o liquidador de bienes, suponen un procedimiento concursal, ya sea de reorganización o de liquidación. Para los efectos de dicha ley en el artículo 2 N°12, se entiende por deudor "toda empresa deudora o persona deudora, atendido el procedimiento concursal de que se trate y la naturaleza de la disposición a que se refiera", asimismo, en el artículo 2 N°13, se entiende por empresa deudora "toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número 2) del artículo 42 del decreto ley N° 824, del Ministerio de Hacienda de 1974, que aprueba la ley sobre impuesto a la renta". Finalmente, se entenderá por persona deudora "toda persona natural no comprendida en la definición de empresa deudora" (artículo 2 N°25). En términos generales, los procedimientos de reorganización o de liquidación, actualmente regulados en la Ley N°20.720, constituyen mecanismos de tutela o defensa colectiva de los acreedores ante la insolvencia de la empresa deudora[6]. Así, el procedimiento de reorganización es aquel regulado en el capítulo III de la Ley N°20.720 y consiste en un procedimiento judicial, que tiene por finalidad la reestructuración de los pasivos y activos (solo) de la *Empresa Deudora,* cuando ésta es viable, mientras que el de liquidación está regulado en el capítulo IV de la Ley N°20.720 y consiste en un procedimiento judicial que tiene por finalidad la liquidación rápida y eficiente de los bienes de la *Persona Deudora,* con el objeto de propender al pago de sus acreedores.

Finalmente, se introduce el concepto de insolvencia consistente en "un estado patrimonial vicioso y complejo que se traduce en un desequilibrio entre su

6 MAYER LUX, Laura. "El bien jurídico protegido en los delitos concursales". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [en línea], N°49, Valparaíso, Chile, 2° semestre de 2017, págs. 255-281. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512017000200255 [fecha de consulta: 2 de mayo de 2019], p. 255.

activo liquidable y su pasivo exigible, de modo tal que coloca a su titular en la incapacidad objetiva de cumplir, actual o potencialmente, los compromisos que lo afectan"[7]. Entre las figuras delictivas que se incorporaron con la Ley N°20.720 en el código penal, serán particularmente relevantes, por un lado, aquellas contempladas en los artículos 463 CP y 463 bis N°1 CP, ya que se centran en el ocultamiento o disimulación de bienes del deudor calificado o empresa deudora; y por otro lado, aquellas insolvencias punibles que configuran maniobras de ocultamiento material o jurídico del deudor común o persona deudora del articulo 466 CP.

Para los efectos del presente apartado, asumiendo desde ya que no es pacífica en doctrina la justificación de la penalidad y la elaboración de las principales características de los delitos concursales e insolvencias punibles en torno a la regulación que existía antes de la entrada en vigencia de la Ley N°20.720, y dado que no ha habido mucho desarrollo en torno a la interpretación de los tipos penales introducidos en el Código Penal a partir de la dictación de la referida ley, partiremos por exponer las principales construcciones dogmáticas que se han realizado para justificar la estructura del delito concursal o de las insolvencias punibles en términos generales, tanto desde el ámbito del Derecho Concursal como del ámbito del Derecho Penal.

1. Explicaciones desde el Derecho Concursal

En cuanto a la estructura de las insolvencias punibles, en el presente apartado, nos referiremos brevemente a los planteamientos de Puga[8] en torno a las principales posturas consideradas por la doctrina comercial para la consideración de una conducta como delito concursal conforme a la nueva regulación. Dichas posturas serían, a lo menos, las siguientes:

(i) En primer lugar, que el ilícito penal es la insolvencia o cesación de pago, siendo las presunciones (hoy en día, las conductas introducidas por la Ley N°20.720) el medio de prueba del carácter punible;

(ii) En segundo lugar, que el delito concursal es un delito de resultado, se castiga la causación dolosa o imprudente de la insolvencia, es decir, las conductas (o presunciones en términos de la regulación antigua) deben haber producido la insolvencia; y

7 PUGA, Juan Esteban. *Derecho Concursal: Los Delitos Concursales*. 3ª ed. actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2016, pág. 78.

8 PUGA, Juan Esteban. *Derecho Concursal: Los Delitos Concursales*. 3ª ed. actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2016, págs. 17-30.

(iii) En tercer lugar, que el delito concursal es de mera actividad, por lo que el ilícito estaría en la acción u omisión misma establecida por alguno de los tipos penales introducidos por la Ley N° 20.720 y no en la insolvencia como resultado.

Analizaremos brevemente el alcance y crítica de estos planteamientos:

(i) Estado de insolvencia como delito concursal, y que se prueba a través de presunciones.

En esta postura se encuentran quienes consideran que el núcleo central del delito concursal está en la falencia misma o en su antecedente de hecho, es decir, en la insolvencia o en la cesación de pagos, por lo que las presunciones de quiebra culpable o fraudulenta de la antigua regulación vendrían a ser medios de prueba del carácter punible de la insolvencia o del concurso. Así, para esta teoría, el hecho ilícito penal sería la quiebra, o resolución de liquidación en términos de la Ley N° 20.720, o la insolvencia. Lo anterior, ya que estos serían los que producen daño a los acreedores y las presunciones serían medios probatorios de la culpabilidad. Para Puga, en la doctrina nacional, aunque bajo la legislación de 1929 y 1982, Varela[9], Puelma[10] y Palma[11] parecieran seguir esta concepción. Se critica a esta postura a partir de la definición misma de delito del Código Penal, ya que ni la resolución, ni la liquidación o quiebra, ni la insolvencia son constitutivas de acción o conducta atribuible al deudor. Si bien podría ser el resultado de su actuar, no sería una acción u omisión típica en sí misma. Conforme a la Ley N° 20.720, la resolución de liquidación es una resolución judicial emanada de un órgano jurisdiccional, por lo que no es el deudor quien declara su quiebra, sino quien la sufre. Por su parte, para Puga, en relación con la insolvencia, *"no se puede punir la insolvencia en sí misma porque ella no es acción ni omisión"*[12].

(ii) Delito concursal como delito de resultado; se castiga la causación dolosa o imprudente de la insolvencia.

9 VARELA, Raúl. *Curso de Derecho Comercial: quiebras.* Santiago, Chile, Editorial Universitaria, 1965, p. 177, quien sostiene que, en el caso de la quiebra culpable o fraudulenta, la quiebra es constitutiva de delito.

10 PUELMA, Álvaro. *Curso de Derecho de Quiebras.* 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1985, p. 257, quien sostiene que "los delitos de quiebra culpable o fraudulenta no están constituidos por los hechos constitutivos de las presunciones. Lo que quiso castigar el legislador es el hecho de la quiebra cuando es efecto de la culpa o dolo del deudor".

11 PALMA, Gabriel. *Legislación de quiebras.* Santiago, Chile, Editorial Universitaria, 1963, p. 161, quien señala que "la quiebra por sí sola no es el delito" pero el delito estaría en quebrar culpable o fraudulentamente.

12 PUGA, ob. cit., p. 21.

Según esta postura, conforme a la regulación previa a la Ley N° 20.720, las presunciones eran las conductas típicas que debieron haber conducido a la quiebra o insolvencia, pasando esta a ser el resultado típico del delito concursal. En este sentido, considera que la resolución de apertura o la insolvencia es el resultado típico y las conductas constitutivas de presunciones serían las acciones típicas que llevan al concurso o la insolvencia. Por lo tanto, la liquidación por insolvencia sería punible sólo en tanto resultado de alguna de las conductas previstas como presunciones, ya que si obedece a otra causa, no sería punible. Al respecto, cabe señalar que, según Puga, esta sería la teoría más aceptada en la doctrina comercial española hasta la reforma del año 2015 del Código Penal de 1995, y sería también la teoría más comúnmente aceptada entre los penalistas[13] y la jurisprudencia más reciente.

Sin embargo, el referido autor, se muestra bastante crítico acerca de la plausibilidad de la misma[14], considerando que no tendría asidero, ni en la legislación derogada ni en la del actual texto de la Ley N° 20.720, por las siguientes razones:

- porque ni en las derogadas hipótesis de quiebra culpable o fraudulenta, ni en las actuales figuras de los artículos 463 a 463 ter del Código Penal, se establece como requisito de punibilidad el que sean causa de la cesación de pagos o de la declaración de quiebra o resolución de liquidación;
- porque a muchas de las conductas constitutivas de las presunciones no puede reconocerse la idoneidad para producir la quiebra (dando como ejemplo, la irregularidad en los libros del comerciante, el pago a un acreedor en perjuicio de los demás, el pago anticipado, la ocultación de bienes, etc.);
- porque lo que normalmente ocurre es que los actos del deudor constitutivos de bancarrota punible son más bien el resultado de una situación de insolvencia, más que su causa. Lo anterior, ya que es el deudor que sufre graves desarreglos en su patrimonio, quien oculta bienes, favorece acreedores, supone deudas, inutiliza libros, etc., y no a la inversa;
- porque esta teoría no explicaría la sanción de actos de bancarrota posteriores a la resolución de liquidación, y en definitiva, el ilícito estaría en la acción misma y no en el resultado de bancarrota, ya que ni en la Ley N° 20.720 el delito ha requerido de dicho nexo causal[15].

13 Entre estos, ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, Parte Especial. Reimpresión de la 3ª ed. revisada y actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, tomo III, pág. 299 y sgtes.

14 PUGA, ob. cit., págs. 24-28.

15 PUGA, ob. cit., págs. 25-26.

(iii) Delito concursal como delito de mera actividad, por lo que el ilícito estaría en la acción u omisión misma establecida por alguno de los tipos penales introducidos por la Ley N° 20.720 (anteriormente, por las presunciones conforme a la antigua regulación) y no en la insolvencia como resultado.

Para esta postura, los delitos concursales son las conductas otrora constitutivas de las presunciones de quiebra culpable o fraudulenta –hoy en día–, de los delitos concursales previstos en los artículos 463, 463 bis y 463 ter del Código Penal, que por sí solas son acciones típicas, antijuridicas y culpables.

Dentro de las críticas que se han formulado a esta postura, se señala que las conductas constitutivas de delitos concursales no son ilícitas en sí, sino que es la resolución de liquidación o reorganización o la insolvencia la que las reviste de ilicitud. En este sentido, la crítica apunta a que serían conductas típicas, pero no antijuridicas sin la apertura previa de concurso o liquidación. Al respecto, Puga ha defendido esta postura argumentando que:

> *"(…) el ocultar bienes, el enajenar bienes en perjuicio de los demás acreedores, el otorgar contratos simulados, el llevar irregularmente la contabilidad o no llevarla siquiera (…) son figuras en que es manifiesta la ilicitud; no siempre contra una norma perentoria o formal, pero sí al principio de la buena fé y a la costumbre mercantil. Todos y cada uno de los actos de bancarrota, en su debido contexto y correctamente interpretados, son ilícitos en sí, contrarios al ordenamiento jurídico y, muy especialmente, al comercio jurídico privado"*[16].

En este sentido, el referido autor sostiene además que las reglas en materia de culpabilidad adquieren todo su sentido si las referimos a las conductas constitutivas de los delitos concursales (otrora presunciones) y no a la insolvencia y los concursos de liquidación o reorganización, argumentando además que ya no hay 'un' delito concursal, *"sino tantos delitos como hipótesis de delitos (…) todas estas figuras estarán asociadas al inicio formal de un procedimiento concursal sea de liquidación o en su caso, de reorganización (…)"*[17], lo anterior, relegando a la resolución de liquidación y a la de reorganización a un rol secundario, que el autor considera una condición objetiva de punibilidad. Volveremos sobre este punto en infra II.3.

16 PUGA, ob. cit., p. 29.

17 PUGA, ob. cit., p. 29

2. Explicaciones desde el Derecho Penal

(i) Insolvencia punible como delito de resultado y de lesión: imputable a la causación dolosa o imprudente de la misma (función tipificadora de las "presunciones")

Esta hipótesis es la predominante en la doctrina y ya fue analizada en *supra II.1.* Uno de sus partidarios es Etcheberry, quien es bastante crítico con la técnica legislativa empleada en la regulación previa a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.720, dado que se recurría a un artificioso sistema de "presunciones", evadiendo en su opinión, la determinación de la acción misma constitutiva de delito. En este sentido, sostiene que *"el delito mismo consiste en colocarse en estado de insolvencia, sea por dolo (quiebra fraudulenta) sea por culpa (quiebra culpable)"*[18], y que no todo incumplimiento de obligaciones es sancionado penalmente, por lo que *"la ley (…) señala cuales son los casos en los cuales se sanciona la insolvencia, de modo que las disposiciones que establecen 'presunciones' en realidad no tienen tal papel sino una verdadera función tipificadora. Esas normas solamente tipifican las conductas: no son presunciones ni de dolo ni de culpa"*[19].

Por su parte, sostiene que conforme a la aplicación de los principios generales, estos delitos son concebidos por la ley como defraudaciones[20]. Lo anterior implicaría, que el perjuicio de los acreedores es un elemento indispensable para la configuración de las insolvencias punibles, y consistiría en *"perder todo o parte de sus créditos"*, sustentando para dicha conclusión lo dispuesto en el derogado artículo 465 CP que establecía la penalidad de los delitos de quiebra distinguiendo entre los porcentajes de pérdida de los créditos. Sostiene, al respecto, que el perjuicio de los acreedores no deriva de la resolución que declara la quiebra (en referencia a la antigua regulación) –que adaptado a la regulación de la Ley N° 20.720 sería la resolución de liquidación o reorganización– tampoco lo sería la cesación de pagos, sino más bien la situación de insolvencia del deudor, definida por el referido autor como *"la incapacidad del patrimonio de este para hacer frente a sus compromisos total o parcialmente"*. Sostiene además, que este perjuicio debe provenir o de un engaño, o de un incumplimiento voluntario de obligaciones, por lo que *"la insolvencia será constitutiva de fraude cuando provenga de un engaño o simulación (ocultamiento de bienes para fingir*

18 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial.* 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, Tomo III, p. 382.

19 Lo anterior es reafirmando por el referido autor al recordar además que el artículo 19 N°3 de la Constitución Política en su inciso sexto prohíbe las presunciones de derecho en materia penal, por lo que, en materia de la Ley de Quiebras, debió abandonarse el anterior sistema en el cual sí existían presunciones de ese carácter. Cfr., ETCHEBERRY, ob. cit., p. 382.

20 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 380.

una incapacidad de pagos que no es efectiva), o bien cuando, siendo real, provenga de actos voluntarios del acreedor, que ha provocado a propósito esta incapacidad de pago"[21].

Finalmente, señala que la denominación genérica adecuada para todas estas infracciones sería la de insolvencia punible[22], *"porque todas estas variedades tienen como núcleo central punible el estado de insolvencia del deudor, o incapacidad del patrimonio para cumplir los compromisos que lo gravan"*[23].

(ii) Diferenciación entre las distintas hipótesis del artículo 466 CP y las figuras de la antigua regulación en el Código de Comercio sobre quiebra fraudulenta y culpable, por el carácter consumativo de la declaración de quiebra en los tipos penales contenidos en este último

Para Garrido Montt, debía hacerse una distinción entre la estructura típica del artículo 466 CP y el resto de los delitos que estaban contemplados en la antigua Ley de Quiebras (y que hoy corresponderían a los artículos 463 a 464 ter CP). Sostiene que se trata de tipos penales totalmente diferentes, ya que mientras estos últimos presupondrían la quiebra del sujeto activo, al no existir una referencia a la quiebra del agente en el artículo 466 CP (aun cuando algunas de sus hipótesis podrían servir de antecedentes de su declaración), *"se trata de figuras autónomas e independientes de la circunstancia de si el deudor está o no declarado en quiebra"*[24]. Al respecto, Garrido Montt señalaba que estas se relacionarían más bien con la quiebra civil del deudor, ya que el artículo 466 exigiría *"perjuicio de los acreedores"*, redacción que se mantiene en el Código Penal actual, y que dado que deben ser todos los acreedores del deudor, los que han de sufrir los perjuicios, el tipo penal supondría una universalidad (al igual que en el procedimiento de quiebra).

A diferencia de Etcheberry, sostiene que el perjuicio no es la situación de insolvencia, sino más bien *"el estado mismo de liquidación universal que provoca la declaración de quiebra"*[25]. Por lo anterior, en relación con los delitos distintos

21 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 380.

22 Que sería aplicable tanto para el deudor comprendido en el artículo 41 de la Ley de Quiebras como a los no incluidos en él. Lo anterior, aplicado a la normativa actual, sería entender que comprende tanto al deudor calificado o "empresa deudora" del artículo 2 N° 12 de la Ley N° 20.720, como para el deudor común o "persona deudora" en los términos del artículo 2 N° 25 de la Ley N° 20.720.

23 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 381.

24 GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial.* 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, Tomo IV, p. 285.

25 GARRIDO, ob. cit., p. 300.

del artículo 466 CP, considera que su asimilación a las defraudaciones es discutible, ya que *"la quiebra es un tipo independiente de la defraudación y está reglado por una ley especial"*, fundándose para esto en el hecho de considerar que la declaración de quiebra es el elemento consumativo del tipo penal. En palabras del referido autor: *"la declaración de quiebra no es producto de la acción de un tercero como se ha sostenido, –lo que podría otorgarle el carácter de condición objetiva de punibilidad– sino que corresponde a la propia actividad del deudor, es su comportamiento el que motiva esa resolución jurisdiccional. El juez se limita a declararla una vez que se dan los presupuestos conductuales del deudor y como consecuencia exacta del obrar de este"*[26]. Finalmente, sostiene que la existencia misma del delito (de quiebra fraudulenta o culpable, por ser las figuras penales vigentes en ese momento) es resorte exclusivo del tribunal con jurisdicción penal, sin perjuicio que la declaración de quiebra haya sido realizada por el juez civil.

(iii) Insolvencia punible como delito de resultado y de lesión: imputable al comportamiento del deudor que supera riesgo permitido (Iván Navas)

Para Navas, los delitos concursales o insolvencias punibles, son delitos de resultado y de lesión. Al respecto, sostiene que *"al ser un tipo de resultado, está formado por la insolvencia objetivamente imputable a la conducta del deudor (…) que ella sea la consecuencia de un comportamiento del deudor que ha superado el nivel del riesgo permitido"*. Por su parte, para el referido autor, la insolvencia penalmente relevante se refiere a *"la incapacidad real o aparente, objetivamente imputable al deudor, que no le permite hacer frente a las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones civiles"*[27]. Para esta postura, el concepto de ocultación (u ocultamiento) no posee la capacidad suficiente para responder al sentido y alcance que representan las insolvencias punibles, por lo que plantea que la estructura de las mismas guarda relación con el hecho de que el autor realiza el comportamiento típico sobre su propia esfera de organización, es decir, en la disposición de su propio patrimonio.

En este sentido, Navas recalca que lo propio del injusto típico de las insolvencias no sería una desviación cualquiera del estándar normativo del deudor, sino que *"aquellas actuaciones del deudor sobre su propia esfera jurídica patrimonial a las que, infringiendo los deberes de una gestión económica ordenada, les sean imputables la creación de un riesgo de insolvencia al vaciar de contenido económico el derecho de crédito del acreedor"*[28]. Dicho concepto en los términos

26 GARRIDO, ob. cit., p. 302.

27 NAVAS, Iván. *Insolvencias punibles. Fundamentos y límites.* Madrid, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2015, p. 277.

28 NAVAS, ob. cit., p. 278.

anteriormente expresados abogaría por una comprensión del contenido de la lesividad de la conducta del deudor tanto por ocultamiento, como por destrucción o cualquier forma de organización de su patrimonio que defrauda las expectativas de cobro de los acreedores, que, por lo demás, deberá ser una gestión económica de carácter grave.

3. Rol de las resoluciones de liquidación y reorganización en el ilícito penal

Como es posible apreciar, de la discusión en torno a la estructura de los delitos concursales o insolvencias punibles, deviene necesariamente aquella referida al rol que cumplen en los delitos de deudor calificado o de la "empresa deudora", las resoluciones de liquidación y de reorganización conforme a la Ley N° 20.720. Al respecto, concordamos con lo que se ha planteado en cuanto a que el rol trascendental de la resolución de liquidación o de reorganización es la de fijar la insolvencia del deudor haciendo probable el concurso de acreedores[29]. Sin embargo, en cuanto a la *naturaleza jurídica* de la resolución que declara la apertura del procedimiento de liquidación, es posible identificar tres principales posturas al respecto, que la consideran como: el momento consumativo del delito concursal; un requisito de procesabilidad[30]; o bien, una condición objetiva de punibilidad[31].

En cuanto a la primera de las posturas sobre el momento consumativo que es defendida –entre otros– por Garrido Montt[32] conforme a lo señalado en *supra II.2.,* Salazar estima que debe descartarse de plano, en el entendido que la sentencia no forma parte de la conducta del agente ni depende de su control,

29 Cfr. SALAZAR, Andrés. "Algunas consideraciones respecto del nuevo delito de fraude concursal". En: *Revista Jurídica del Ministerio Publico,* N° 60, Santiago, Chile, Ministerio Publico, 2014, p. 186: "(…) a través de la mencionada resolución se fija de manera institucional el estado de cosas que permite la apertura de un procedimiento ejecutivo de carácter universal, que afecta a todo el patrimonio del deudor, quedando drásticamente restringidas las posibilidades de cuestionar dicha calificación, permitiéndose sólo aquellas vías de impugnación reconocidas formalmente por el procedimiento concursal respectivo (…)".

30 Entendiendo por tales *"aquellas que se basan en razones estrictamente procesales, que no afectan ni al concepto de delito ni al derecho penal, puesto que presuponen la existencia de un hecho delictivo (…) y solamente atañen a la admisibilidad de la persecución penal".* Cfr. SALAZAR, ob. cit., p. 188.

31 Entendiendo por tales *"aquellas circunstancias que, si bien no afectan ni al desvalor de resultado ni al desvalor de la conducta, condicionan la conveniencia de su efectiva represión por razones político criminales independientes de la culpabilidad del sujeto responsable por ella".* Cfr. SALAZAR, ob. cit., p. 187; TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho Penal Económico. España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2010, p. 407; MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 8ª Ed., Barcelona, España, Editorial Reppertor, 2008, p. 172.

32 GARRIDO, ob. cit., págs. 299-302.

por lo que *"la verificación del acaecimiento de dicha sentencia judicial (esto es un hecho futuro e incierto) es algo que se encuentra totalmente alejado del dolo de aquel deudor"*[33].

Para Etcheberry[34] –quien aborda este punto en referencia a la regulación anterior a la Ley N° 20.720– sostiene que la quiebra y la declaratoria de quiebra que le da comienzo (y que sería asimilable a la resolución de liquidación o de reorganización), es un requisito de procesabilidad más que condiciones objetivas de punibilidad, ya que presuponen un perjuicio de los acreedores causado por una situación de insolvencia y proveniente de un engaño, simulación, o bien del incumplimiento voluntario de las obligaciones.

Entre quienes consideran la exigencia de una resolución de liquidación o de reorganización como una condición objetiva de punibilidad se encuentra, entre otros, Puga, quien sostiene que es justamente el efecto de publicidad e irreversibilidad de la insolvencia, lo que le confiere a la sentencia de apertura un valor sustantivo a la misma dentro de los delitos concursales, basándose además en la fe crediticia como bien jurídico protegido para sustentar ya no sólo una condición de procesabilidad sino que la reprochabilidad misma, en los siguientes términos:

> *"(…) [la resolución de liquidación o de reorganización] en tanto condición de punibilidad está íntimamente asociada a los objetos jurídicos tutelados por la norma penal concursal (…) sólo cuando la* ***fe crediticia*** *ya ha sido removida por la publicidad de la insolvencia y su irrecuperabilidad, sólo entonces interesa investigar si el deudor incurrió en conductas que entrañan un menor precio doloso a la fe de quienes confiaron mercantilmente en el (…) es por ello que de la naturaleza misma del bien jurídicamente tutelado surge la necesidad de condicionar la punibilidad de estos delitos a la apertura de un concurso*[35] *(…) es un evento al cual el legislador condiciona no ya la procesabilidad del delito, sino la conveniencia misma de castigarlo"*[36].

Frente a la postura de la resolución de liquidación o de reorganización como condición objetiva de punibilidad, se ha señalado además[37] que dado que lo único que impide el hecho de considerarla como tal es el hecho que se

33 SALAZAR, ob. cit., p. 187.

34 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 380.

35 Puga, ob. cit., p. 37.

36 Puga, ob. cit., p. 39.

37 CISTERNAS, Ingrid. Las condiciones objetivas de punibilidad en el Derecho Penal chileno, págs. 89-90. *Tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, 2008* [en línea]. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-cisterna_i/pdfAmont/de-cisterna_i.pdf [fecha de consulta: 10 de mayo de 2019].

imponga una condena penal a una persona respecto de la cual no ha operado la referida condición, ello no obstaría, sin embargo, a que sea posible iniciar una persecución penal por el delito incluso antes de que se emita la sentencia. Ahora bien, para la situación en concreto, dada la existencia del actual artículo 465 CP que condiciona el ejercicio de la persecución penal a una acción previa instancia particular, concordamos con Salazar en el sentido que al parecer, con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.720, la resolución (de liquidación o de reorganización) importaría *"en principio una condición objetiva de punibilidad y luego, de manera mediata, importa también una condición de procesabilidad"*[38], dado que tanto la exigencia de denuncia o querella por parte de un liquidador o la de un acreedor que haya verificado créditos en el procedimiento de liquidación, así como la de un acreedor a quien le afecte el acuerdo de reorganización, suponen evidentemente la existencia de una resolución de liquidación o de reorganización previa. Lo anterior, sin embargo, sería al parecer sólo respecto de las conductas que atañen a los delitos susceptibles de ser cometidos por la empresa deudora, ya que personalmente creo que una interpretación sistemática permitiría llevar a la conclusión que conforme a lo dispuesto por el artículo 465 bis, el requisito de procesabilidad establecido en el artículo 465 CP no operaría respecto de conductas punibles de la persona deudora contempladas en el artículo 466 CP. En este sentido, respecto de este último tipo penal, al parecer no existiría ninguna condición objetiva de punibilidad ni requisito de procesabilidad para su configuración.

En definitiva, para los efectos del análisis contenido en *infra III* (y en lo sucesivo), siguiendo en parte un razonamiento explorado previamente por Navas[39], hemos realizado una sistematización de las insolvencias punibles contempladas en el Código Penal, distinguiendo los siguientes niveles:

A. En un *1° nivel,* sobre la base de la identificación del tipo de sujeto activo calificado y de la necesidad de una condición objetiva de punibilidad, entre:

    a. Aquellos delitos cuya existencia está sujeta a una condición objetiva de punibilidad (resolución de liquidación o de reorganización), es decir, los que se refieren al deudor calificado o "empresa deudora": artículos 463 a 464 ter CP.

    b. Aquellas figuras que no necesitan tal condición objetiva para ser llevados a cabo, es decir, las figuras contempladas por el Código Penal para el deudor común o "persona deudora": artículo 466 CP.

38 SALAZAR, ob. cit., p. 188.

39 NAVAS, ob. cit., p. 23.

B. En un *2° nivel,* sobre la base de la identificación de los tipos penales que contemplen alguna hipótesis de ocultamiento de bienes (material o jurídica) como conducta típica, se distinguió entre:

   a. El delito de ocultamiento de bienes del deudor calificado o "empresa deudora" dentro de los dos años anteriores a una resolución de liquidación, en el caso del artículo 463 CP; o bien a una resolución de liquidación o reorganización, en el caso del artículo 463 bis N° 1 del Código Penal;

   b. Insolvencias punibles del deudor común o "persona deudora", contenidas en el artículo 466 del Código Penal en sus tres hipótesis comisivas.

   c. El ocultamiento de bienes en B.a. y B.b., en relación con las otras hipótesis de delitos concursales de la empresa deudora, que contemplan actos de ocultamiento de bienes, ya sea material o jurídico: artículo 463 bis N° 3 (ocurrido después del procedimiento concursal de liquidación) y 463 ter N° 1 del Código Penal (ocurrido durante el procedimiento concursal de reorganización o liquidación).

C. Finalmente, *en un 3° nivel,* en relación con las hipótesis de ocultamiento de bienes o del origen ilícito de los mismos como una de las conductas típicas del delito de lavado de dinero o lavado de activos que, pese a tener distintos fundamentos, objeto material y consecuencias en relación con los tipos penales antes referidos, producto de la redacción del artículo 149 en la Ley N° 20.720, además de las modificaciones recientes al catálogo de los delitos base de la Ley N° 19.913, han empezado a existir líneas de interferencia en la práctica, que es necesario delimitar. Abordaremos este punto en *infra* IV.

En este sentido, y dado que el objeto de este trabajo es reflejar las tensiones existentes entre la Ley N° 20.720 y el delito de lavado de dinero, en las líneas que siguen, nuestro análisis se centrará en las hipótesis de ocultamiento (material y jurídico) de bienes que ocurran dentro de los dos años anteriores a una resolución de liquidación, refiriéndonos someramente a las otras hipótesis. Se plantea al respecto que, dado que constituyen justamente las hipótesis que generalmente validarían la aplicación del artículo 149 de la Ley N° 20.720 (y que según se analizará, es aquella norma que deja sin efecto las medidas cautelares decretadas en sede penal), con la legislación actual existe el riesgo de que el procedimiento concursal pueda ser utilizado para frustrar medidas de aseguramiento patrimonial que hayan sido autorizadas judicialmente en relación con bienes de origen ilícito, es decir, que provengan de la comisión de algún delito base de lavado de dinero y que hayan sido objeto de maniobras de ocultamiento o disimulación, o bien de actos realizados sobre los mismos.

III. Ocultamiento o disimulación de bienes en las hipótesis de los artículos 463, 463 bis N°1 y 466 CP

1. El delito de ocultamiento de bienes del deudor calificado o "empresa deudora": los artículos 463 y 463 bis N°1 CP ¿material y jurídico?

En principio podría sostenerse que el artículo 463 bis N°1[40] tendría como antecedente sólo el artículo 220 N°1 del Código de Comercio sobre quiebra fraudulenta, sin embargo, para efectos de análisis sistemático de las normas, podemos decir que, atendida la conducta típica descrita, el artículo en comento se relacionaría además con la hipótesis del numeral 14 del artículo 220 del Libro IV del Código de Comercio[41]. Ambas figuras constituían, en efecto, formas de ocultamiento material de bienes, pero la segunda comprendería dentro del ocultamiento, la hipótesis de fuga del deudor con sus bienes. La pregunta que surge al respecto es si el tipo penal vigente del artículo 463 bis N°1 CP se refiere únicamente a formas de ocultamiento material o si abarcaría también maniobras de ocultamiento jurídico, por ejemplo, a través de la suscripción de contratos simulados, hipótesis que estaría contemplada en el articulo 463 bis N°3 cuando se celebran con posterioridad a la resolución de liquidación, pero nada se dice en el artículo 463 bis N°1 CP. Lo anterior, a diferencia de lo que ocurre con el deudor común, en que sí contempla dicha hipótesis en el artículo 466 CP.

Una interpretación inicial nos podría llevar a descartar la inclusión del ocultamiento jurídico en la hipótesis del 463 bis N°1 CP y trasladarla al artículo 463 CP[42][43]. Sin embargo, si revisamos la historia de la ley, podemos ver que en un principio la propuesta original del Ejecutivo para el artículo

40 El artículo 463 bis N°1 CP contemplaría el delito de ocultamiento de bienes en los siguientes términos:
Artículo 463 bis N°1 CP: "Será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, el deudor que (…) dentro de los dos años anteriores a la resolución de reorganización o liquidación, ocultare total o parcialmente sus bienes o sus haberes".

41 Las referidas normas señalaban lo siguiente:
"Artículo 220 CCom.: Se presume fraudulenta la quiebra del deudor:
1. Si hubiere ocultado bienes;
14. Si se ausentare o fugare, llevándose una parte de sus haberes".

42 Para un análisis en detalle de este tipo penal específico, Cfr. SALAZAR, ob. cit., págs. 175-210.

43 Denominada doctrinalmente como delito de disminución injustificable del patrimonio; delito de disminución fraudulenta del patrimonio (PUGA, ob. cit., p. 110) o fraude concursal de acreedores (SALAZAR, ob. cit., p. 177), que se encuentra tipificado en los siguientes términos:

463 CP establecía que la conducta típica consistía en "cualquier acto, real o simulado". Dicho artículo no fue aprobado, pero ocurrió lo mismo posteriormente, cuando se intentó incorporar en el artículo 463 bis N° 1 CP la frase "ocultar total o parcialmente sus bienes o sus haberes o celebre actos o contratos simulados". Al respecto, creo que es posible considerar dos posturas en relación con el ocultamiento jurídico de bienes dentro de los dos años anteriores a la resolución de liquidación: por un lado, que el ocultamiento jurídico de bienes o haberes en esa hipótesis no se encontraría tipificado ni en el artículo 463 ni en el artículo 463 bis N° 1 CP; o bien, interpretar en sentido amplio el artículo 463 CP en orden a entender que el ocultamiento jurídico estaría comprendido dentro de su conducta típica consistente en la ejecución de "actos o contratos que disminuyan su activo o aumenten su pasivo sin otra justificación económica o jurídica que la de perjudicar a sus acreedores". Esta última forma de interpretar la norma, a mí entender, sería la correcta, en tanto que la supresión en sede legislativa probablemente se haya debido a considerar que la inclusión de la frase "real o simulado" implicaba una redundancia normativa siendo irrelevante el carácter real o ficticio del acto, justamente para efectos de relevar semánticamente la necesidad de que dichos actos fuesen realizados con el único objeto de perjudicar a los acreedores, conociendo por tanto la aptitud o idoneidad del mismo para lograr dicho efecto[44].

Ahora bien, dentro de las características del artículo 464 bis N° 1 CP podemos mencionar: (i) que requiere de un sujeto activo calificado, es decir, el tipo penal debe cometerse por un deudor calificado o *"empresa deudora"*, en los términos del artículo 2 N° 13 de la Ley N° 20.720, en relación con el artículo 465 bis CP, es decir, toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número dos del artículo 42 DL 824 (D.O. 31.12.1974) que aprueba la Ley sobre Impuesto a la Renta; (ii) que requiere resolución de reorganización o liquidación como condición objetiva de punibilidad y (iii) que su conducta típica consiste sólo en ocultamiento material total o parcial de bienes o haberes.

Finalmente, en relación con las demás hipótesis referidas a los otros delitos introducidos por la Ley N° 20.720 en el Código Penal y que contemplan

Artículo 463 del Código Penal: "El que dentro de los dos años anteriores a la resolución de liquidación a que se refiere el Capítulo IV de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas ***ejecutare actos o contratos que disminuyan su activo o aumenten su pasivo sin otra justificación económica o jurídica que la de perjudicar a sus acreedores,*** *será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo".*

44 Véase, "Historia de la Ley. Ley 20.720", preparada por la Biblioteca del Congreso Nacional, disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20720&anio=2015 (fecha de la consulta: 30 de octubre de 2019), pp. 2257 y ss.

actos de ocultamiento o disimulación de bienes, sean reales o ficticios, es posible señalar que, en relación con la empresa deudora, además de los delitos previamente referidos, es posible encontrar hipótesis de ocultamiento en la conducta típica de los delitos contenidos en los artículos 463 bis N°3[45] (ocultamiento jurídico después de la resolución de liquidación) y 463 ter N°1 CP (ocultamiento de bienes durante la resolución de liquidación o de reorganización), con los alcances de aplicación que serán considerados en *infra III.4.*

2. Insolvencias punibles del deudor común o "persona deudora": artículo 466 CP en sus tres hipótesis comisivas

El artículo 466 CP contemplaría tres hipótesis distintas: el alzamiento de bienes, la insolvencia maliciosa (por ocultamiento, dilapidación o enajenación) y el otorgamiento de contratos simulados, en los siguientes términos:

> *Artículo 466 CP: "La persona deudora definida en el número 25) del artículo 2° de la ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas que* ***[1] se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores o [2] que se constituya en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de esos bienes,*** *será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados.*

En la misma pena incurrirá ***[3] si otorgare, en perjuicio de dichos acreedores, contratos simulados"*** *(énfasis añadido).*

Dentro de las características de este tipo penal podemos mencionar que también requiere de un sujeto activo calificado, en los términos del artículo 2 N°25 de la Ley N° 20.720, correspondiente a un deudor común o "persona deudora" que, conforme a la referida norma, consiste en toda persona natural no comprendida en la definición de empresa deudora. Además, no requiere resolución de reorganización o liquidación como condición objetiva de

45 Delitos de administración ilícita del deudor, que se encuentran tipificados en los siguientes términos:
Artículo 463 bis N°3 CP: "Será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, el deudor que (…) después de la resolución de liquidación, ***realizare actos de disposición de bienes de su patrimonio, reales o simulados, o si constituyere prenda, hipoteca u otro gravamen sobre los mismos".***
Artículo 463 ter N°1 del Código Penal: "Sera castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio el deudor que realizare alguna de las siguientes conductas: N°1. Si durante el procedimiento concursal de reorganización o liquidación, proporcionare al veedor o liquidador, en su caso, o a sus acreedores, información o antecedentes falsos o incompletos, en términos que no reflejen la verdadera situación de su activo o pasivo".

punibilidad y la conducta típica consiste en: (1) alzar sus bienes; (2) constituirse en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa; o bien, (3) otorgar contratos simulados en perjuicio de sus acreedores. Analizaremos brevemente cada una de estas hipótesis a continuación:

2.1. Artículo 466 CP primera hipótesis: Delito de alzamiento de bienes

"(…) se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores (…)".

La doctrina, al momento de definir la hipótesis de alzamiento, y para efectos de distinguirla del ocultamiento de bienes, que se encuentra tipificado en el mismo artículo 466 CP, se divide entre quienes, siguiendo la tradición española en la materia, sostienen que alzamiento equivale a ocultamiento de bienes; y por otro lado, quienes sostienen que alzamiento es la fuga del deudor con todo o parte de sus bienes.

Como partidario de la hipótesis de sinonimia entre alzamiento y ocultamiento de bienes, se encuentra Labatut, quien ha sostenido que el alzamiento (total o parcial), consiste en *"(…) ocular los bienes, quitarlos o retirarlos del sitio en que se encuentran. No es elemento del delito que el culpable se oculte o huya del lugar de su residencia, porque lo que constituye el alzamiento es la ocultación de los bienes y no el desaparecimiento o la fuga del hechor. Tampoco lo es que los bienes ocultos sean hallados después del alzamiento (…)"*[46]. Frente a esto, y como partidario de la segunda postura, podemos mencionar a Puga, para quien: *"la diferencia entre el alzamiento y la ocultación es que el alzamiento no debe tener por finalidad causar la insolvencia. Si el deudor oculta bienes ya estando en insolvencia, esta no sería "efecto" de la ocultación. De forma que el alzamiento sería la fuga del deudor llevándose sus bienes o cualquier otra ocultación patrimonial que no sea causa de la insolvencia"*[47]. En sentido similar, Etcheberry[48], quien sostiene que el alzamiento supone *"que el deudor se oculte o se fuge, llevando consigo o escondiendo una parte de sus bienes, de tal modo de provocar un estado de insolvencia, en perjuicio de sus acreedores en general".* Asimismo, Garrido Montt[49] considera que alzamiento de bienes debe ser entendido como **fuga del deudor que debe ir aparejada del ocultamiento de bienes y** que no requiere que sea total, dado que no es inherente al alzamiento que el agente quede en insolvencia. Además, agrega que aquellos que sostienen que lo esencial de la figura es el ocultamiento de bienes y no la fuga del sujeto activo (ocultamiento personal), corresponde a

46 LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal. Parte Especial.* 9ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, Tomo II, p. 223.

47 PUGA, ob. cit., p. 138.

48 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 388.

49 GARRIDO, ob. cit., págs. 288-290.

una forma de entender el tipo penal con criterios españoles *"que tienen otra estructura de las figuras de alzamiento"* y que en nuestra legislación deberían descartarse dado que *"el ocultamiento de bienes constituye una figura penalmente independiente que está específicamente sancionada en el artículo 466"*[50].

En relación con el perjuicio y con la exigencia o no de una resolución que declare la quiebra (hoy insolvencia), Etcheberry, sostiene que *"el alzamiento sólo es punible como una forma de fraude a los acreedores en general, esto es, como causa de una quiebra civil"*[51], agregando que *"en el artículo 466 no se habla expresamente de quiebra, pero ello se debe tan solo a la imitación directa del modelo español, donde la quiebra es propia únicamente del deudor comerciante. La situación equivalente con respecto al deudor civil es el concurso"*[52], postura que ha sido criticada por Puga[53] por considerar que es excesivamente amplia en tanto que *"alzamiento es una conducta que está relacionada directamente con la sustracción de los bienes de la esfera de alcance de los acreedores. Obedece a una conducta estrictamente material"*. En el mismo sentido restringido esbozado por Puga, Garrido Montt[54] sostiene que se trata de un delito de peligro y no de lesión, dado que no es necesario que realmente se cause un perjuicio al acreedor o acreedores, ya que la descripción típica no ha establecido como elemento de la figura, la exigencia de que se afectara realmente el patrimonio de los titulares de los créditos.

La diferencia esencial de la discusión radicaría entonces, en el carácter de delito de peligro o de lesión de esta figura.

2.2. Artículo 466 CP segunda hipótesis: Delito de insolvencia maliciosa

> *"(…) que el deudor se constituya en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de sus bienes (…)".*

Para Puga, la hipótesis de insolvencia maliciosa es un delito de resultado y consistiría en causar la propia insolvencia, sea real (dilapidación y enajenación) o ficticia (ocultación)[55]. En este sentido, el autor distingue entre **insolvencia ficticia** e **insolvencia real** como resultado, por lo que *"a diferencia de lo que ocurre en la generalidad de los casos de delitos concursales propiamente tales, [la insolvencia] debe ser consecuencia de la ocultación (insolvencia ficticia) o de la*

50 GARRIDO, ob. cit., p. 288.

51 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 386.

52 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 387.

53 PUGA, ob. cit., p. 138.

54 GARRIDO, ob. cit., p. 288.

55 PUGA, ob. cit., p. 139.

dilapidación o enajenación (insolvencia real). Si estando el deudor en insolvencia incurre en alguna de estas conductas, no podrá sancionársele a este título, sin perjuicio de que pueda incurrir en otros delitos (v.gr., alzamiento o, si es el caso, en alguna hipótesis de quiebra culpable o fraudulenta)".

Para el referido autor, ocultación, sería *"poner los bienes del deudor fuera del alcance de los acreedores, sea materialmente, sea jurídicamente" aclarando en este caso que "la sola negativa a indicar donde se encuentran los bienes y cuales son ellos no constituye ocultación, porque nadie está obligado a revelar el paradero y situación de sus bienes".* Dilapidación, en cambio, conforme a su uso vulgar, vendría siendo el *"malgasto que hace el deudor de los bienes propios o los ajenos que tiene a su cargo",* y en general, *"cuando una persona malgasta sus bienes en forma pródiga e irresponsable".* La dilapidación en estos términos deberá ser, en todo caso, dolosa, ya que debe tener por objeto disminuir a propósito su patrimonio en perjuicio de la garantía que él representa para sus acreedores. Según Puga, esta conducta se diferenciaría de la constitutivas de dilapidación concursal, en la circunstancia de que requiere ser causa de la insolvencia, en tanto que las figuras concursales de los artículos 463 o 463 bis N° 1 CP serían delitos de mera acción.

En sentido similar, Garrido Montt, para quien el delito de insolvencia punible del artículo 466 es un delito de resultado, ya que *"el deudor debe a consecuencia de los actos típicos en que incurrió, haber quedado en la imposibilidad de cancelar sus deudas, con el natural perjuicio inferido a sus acreedores, pero no es necesario que haya sido declarada su quiebra. Si esta declaración se hizo, la insolvencia del deudor como delito queda consumida por el delito de quiebra culpable o fraudulenta"*[56]. Es decir, no requeriría resolución de liquidación o reorganización, si se adaptara ese razonamiento conforme a la legislación concursal actual. Para Etcheberry, en cambio, esta figura, siendo delito de resultado y de perjuicio de los acreedores requeriría además de una resolución que declare la liquidación o reorganización del deudor (conforme al razonamiento por él expresado, a propósito de la antigua regulación[57]). Sin perjuicio de todo lo anterior, y a raíz de la reforma concursal, se genera una interrogante con respecto a la norma aplicable cuando los actos de ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de sus bienes ocurran con posterioridad a la insolvencia declarada del deudor, ya sea por resolución de liquidación o de reorganización. Sobre este punto Etcheberry plantea que los delitos contemplados en el artículo 466 en general pueden producirse cuando se ha provocado una insolvencia real y efectiva, como cuando se ha aparentado una insolvencia simulada que no existe, por lo que en este último caso, *"siempre es posible que los delitos estudiados se cometan*

56 GARRIDO, ob. cit., p. 293.

57 ETCHEBERRY, ob. cit., págs. 388-389.

después de la formal declaratoria (…) lo que especialmente puede ocurrir en los casos de ocultación, enajenación maliciosa y celebración de contratos simulados (…) en último término, la punibilidad de estos fraudes deriva esencialmente del perjuicio de los acreedores, como el texto legal lo recalca insistentemente, el que puede producirse en diversas formas y momentos"[58]. En todo caso, el tenor literal de las normas sobre delitos concursales e insolvencias punibles del Código Penal pareciera apuntar a una eventual laguna de punibilidad.

Pasaremos a revisar, a continuación, los alcances de las figuras contempladas en la segunda hipótesis del artículo 466 CP:

(i) En relación con el ocultamiento de bienes, debe existir una finalidad del deudor de colocarse en situación de insolvencia para efectos de proceder a esconder o disimular sus bienes ante sus acreedores, de modo que estos no puedan o tengan dificultad para hacer efectivos sus créditos. Según Garrido Montt, se diferenciaría del alzamiento de bienes (previamente analizado), en que *"esta última [alzamiento de bienes] consiste en la fuga del deudor llevándose todo o parte de sus bienes, en tanto que la* ***insolvencia por ocultación se satisface con el hecho de ponerlos fuera de la vista de los acreedores,*** *para que sobre ellos no puedan hacer efectivos los créditos que detenten"*[59]. En términos similares, Etcheberry, para quien a diferencia del Código Penal español en que la distinción entre alzamiento y ocultamiento de bienes sería sólo la magnitud (parcial en el primero y universal en el segundo), ocultar los bienes conforme a esta hipótesis consistiría en *"esconderlos o ponerlos fuera del alcance de los acreedores, lo cual puede hacerse mediante una conducta física (hacerlos desaparecer) o bien jurídica, haciéndolos salir del patrimonio o esfera de custodia del deudor insolvente (salvo en cuanto esta conducta constituyera una celebración de contratos simulados, contemplada separadamente)"*[60].

(ii) En relación con la insolvencia por dilapidación, podemos decir que consiste en malgastar los bienes que se tienen o administran, es decir, *"hacer gastos o inversiones exagerados al compararlos con los recursos que tiene el deudor sin la adecuada posibilidad de recuperación"*[61], debiendo existir además una voluntad dirigida a provocar un estado de insolvencia. Como puede apreciarse, en esta figura no se encontrarían contemplados los actos de ocultamiento material o jurídico de bienes, por lo que no ahondaremos mayormente en la misma.

58 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 390.

59 GARRIDO, ob. cit., p. 293.

60 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 389.

61 GARRIDO, ob. cit., p. 294.

(iii) La insolvencia por enajenación maliciosa, por su parte, consiste en hacer que bienes que están en el patrimonio del deudor salgan del mismo por medio de maquinaciones jurídicas. Garrido Montt señala al respecto que *"la mera destrucción de esos bienes no queda comprendida en esta figura penal*[62]*, porque la conducta prohibida es traspasar por arbitrios legales los bienes que integran el activo del deudor en todo o parte a terceros, de modo que los acreedores queden en la imposibilidad de hacer efectivos sus derechos sobre ellos"*[63].

Finalmente, podemos agregar que esta figura contemplaría además las enajenaciones dolosas reales, en tanto que las simuladas, serían susceptibles de ser subsumidas en la figura de otorgamiento de contratos simulados que contempla el mismo artículo. Por último, señala Puga, para que las enajenaciones sean punibles es necesario que estas *"provoquen insolvencia, circunstancia que excluye las enajenaciones hechas a título oneroso, salvo que en las prestaciones recíprocas haya manifiesta desproporción"*[64], a esto yo agregaría que si tal manifiesta desproporción existiere, la conducta entraría en el ámbito del contrato simulado y, por ende, en la figura que será analizada en el apartado siguiente.

2.3. Artículo 466 CP tercera hipótesis: Contratos simulados

"... si otorgare en perjuicio de dichos acreedores, contratos simulados".

Sobre el alcance de esta figura, Puga[65] considera que *"para que el otorgamiento de estos contratos sea punible es menester que se haga en perjuicio de los acreedores en cuanto colectividad"*, dado que si el contrato tiene por objeto perjudicar individualmente a un acreedor determinado la figura aplicable debería ser la del artículo 471 N° 2 del Código Penal, que sanciona al que otorga contratos simulados en perjuicio de otro. Por su parte, concordando en esto con Bustos, sostiene[66] que la exigencia de que los contratos sean "en perjuicio" de los acreedores entraña una exigencia subjetiva y no de resultado, por lo que el contrato debe tener dicho propósito, sin que sea relevante que se produzca efectivamente el daño o no. Al respecto, Etcheberry, señala que *"excepcionalmente en este caso, se pena el otorgamiento de contratos simulados*

62 Para Navas, esta es una de las figuras que debiesen estar comprendidas como parte de las conductas típicas de las figuras de insolvencias punibles, proponiendo para ello redefinir el concepto de alzamiento de bienes. Cfr. NAVAS, ob. cit., págs. 157 y sgtes.

63 GARRIDO, ob. cit., p. 294.

64 PUGA, ob. cit., p. 139.

65 PUGA, ob. cit., p. 141.

66 PUGA, ob. cit., págs. 141-142.

cuando ellos están destinados a hacer salir aparentemente bienes del patrimonio o a reconocer créditos imaginarios, lo que redunda en la insolvencia"[67].

Finalmente, Garrido Montt sostiene que en el referido tipo penal, se trata de otorgar un contrato mendaz en cuanto a la manifestación de voluntad del deudor, dado que *"en él se aparenta realizar un acto que no se ha pensado realmente llevar a cabo, o que simplemente encubre otra operación efectivamente realizada de índole diversa"*[68]. Por su parte, no se exigiría que por la celebración del contrato salgan bienes del patrimonio del deudor, *"pero lo que sí debe desprenderse de su celebración es la intención de provocar un perjuicio de naturaleza pecuniaria a uno o varios acreedores, aunque en el hecho este no se concrete"*[69]. A raíz de lo anterior, podemos sostener que esta figura tendría las características de un ***ocultamiento o disimulación de bienes de carácter jurídico.***

3. Bien jurídico protegido

Como bien sostiene Mayer[70], en materia de delitos concursales y, más ampliamente, de delitos relacionados con el concepto de insolvencia, existen tres grandes grupos de planteamientos relativos al bien jurídico tutelado:

a) Las tesis patrimonialistas, que entienden que los delitos concursales protegen un bien jurídico individual (es decir, un interés que es de titularidad o sirve a una persona determinada o a un grupo de personas determinadas);

b) Las tesis meta-patrimonialistas, que, por el contrario, consideran que los delitos concursales tutelan un bien jurídico colectivo o supraindividual (es decir, un interés que es de titularidad o sirve a la generalidad de las personas que integran el cuerpo social);

c) Posturas mixtas; que mezcla la tesis patrimonialista con alguno de los planteamientos meta-patrimonialistas.

67 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 390.

68 GARRIDO, ob. cit., p. 296.

69 GARRIDO, ob. cit., p. 296.

70 MAYER LUX, Laura. "El bien jurídico protegido en los delitos concursales". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [en línea], N°49, Valparaíso, Chile, 2° semestre de 2017, págs. 255-281. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512017000200255 [fecha de consulta: 2 de mayo de 2019], p. 257; Al respecto, sostiene además que las consecuencias de una u otra postura son del todo relevantes, ya que determinan la disponibilidad del bien jurídico protegido por parte de su titular, situación que sólo podría darse con los que son de carácter individual.

Al respecto, y en concordancia con las posturas mixtas, Etcheberry es de la idea de que en este tipo de delitos (que él denomina insolvencias punibles), junto con aparecer perjudicado el interés privado de cada acreedor, "aparece también lesionado o puesto en peligro un interés económico general", por lo que estima que estas infracciones "atentan propiamente contra la seguridad del comercio y la economía"[71].

Para Garrido Montt[72], quien distingue entre el artículo 466 CP y los delitos concursales, tratándose de las figuras distintas de las del artículo 466 CP, se trataría de delitos pluriofensivos que se concretan en un resultado de índole jurídico procesal, consistente en la declaración de quiebra y que afecta directamente a la fe crediticia. En este sentido, señala que *"el derecho de los acreedores es un objeto secundariamente considerado frente al interés en proteger la sanidad del sistema de relaciones jurídico-crediticias alterado con un proceso anormal de liquidación de bienes"*. Por su parte, en relación con el artículo 466 CP, distingue el bien jurídico protegido dependiendo de las figuras contenidas en la referida norma; así en relación con el alzamiento de bienes, sostiene que es *"el derecho de los acreedores a hacer efectivas sus acreencias en los bienes del deudor, pues el que se alza con sus bienes incumple la confianza que en él depositaron aquellos que le otorgaron recursos o medios económicos, en el entendido que contaba con un patrimonio que respaldaba esas obligaciones"*[73]. Lo mismo en cuanto a la insolvencia punible propiamente tal, denominada por el autor (ocultamiento, dilapidación o enajenación maliciosa). Finalmente, en relación con la hipótesis de otorgamiento del deudor de contratos simulados, sostiene que el bien jurídico protegido es *"la facultad de los acreedores para exigir que el deudor mantenga bienes suficientes donde hacer efectivos sus derechos cuando corresponda, es evitar el peligro de que quede en insolvencia"*[74].

Según Navas, las tesis que abogan por la existencia de un aspecto supraindividual no convencen y siguen siendo incapaces de superar las innumerables críticas que se les han formulado. Apela a que en general, en los delitos de insolvencia, lo protegido es *"el contenido económico del Derecho del crédito del acreedor, en concreto, el sustrato económico y material que permite al acreedor hacer uso de su derecho de crédito"*[75], y considera que la

71 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 381.

72 GARRIDO, ob. cit., págs. 298-299.

73 GARRIDO, ob. cit., p. 287.

74 GARRIDO, ob. cit., p. 296.

75 NAVAS, ob. cit., p. 276.

afectación del contenido económico del derecho de crédito representa en definitiva una afectación a la libertad del acreedor[76].

Para Mayer sólo desde la tesis patrimonialista es posible entender el castigo del ocultamiento de bienes de poca importancia o insolvencias de pequeños empresarios, a pesar de lo escasamente que pueden afectar los referidos hechos al orden económico en su conjunto o a la economía nacional. Asimismo, sólo desde una tesis patrimonialista se vuelve entendible la existencia de requisitos de procesabilidad que obstaculizan la persecución penal directa de estos delitos. En este sentido, para la referida autora, los delitos concursales regulados en el Código Penal tutelan intereses patrimoniales, concretamente, *"las posibilidades de los acreedores de hacer efectivos sus créditos en el patrimonio del deudor"*[77]. Al respecto, contra quienes sostienen que el cambio de la denominación del párrafo 7° del Título IX del Libro II CP (que "de las defraudaciones" pasó a llamarse "de los delitos concursales y de las defraudaciones") expresaría una consideración por los procedimientos concursales y por un aspecto colectivo que excedería los intereses estrictamente patrimoniales de los acreedores, Mayer considera que de la consideración de dichos procedimientos no se sigue la tutela de intereses que sirven a la generalidad de las personas que integran el cuerpo social, ya que *"sólo pone de manifiesto la protección de intereses jurídico penales en un determinado contexto: la verificación de un procedimiento concursal. Asimismo, (…) la afectación de un gran número de personas –en este caso, (el concurso de) los acreedores–, en cuanto tal, no altera la naturaleza individual del objeto de protección de los delitos concursales"*[78]. Adherimos plenamente a esta última postura.

76 Se afectaría más bien la factibilidad del derecho de crédito, porque el derecho de crédito en tanto derecho nunca se lesiona.

77 MAYER, ob. cit., p. 268.

78 MAYER, ob. cit., p. 269. Por su parte, frente a las críticas que realizan a las tesis patrimonialistas en torno a la falta de referencias cuantitativas específicas al daño patrimonial en la estructura típica o en las normas que establecen la penalidad aplicable de los tipos penales vinculados con la insolvencia, Mayer sostiene que: *"(…) en los delitos vinculados con la insolvencia se contiene alusiones de claro contenido patrimonial, que apuntan, en términos generales, a la realización de comportamientos defraudatorios en contra de los acreedores de la empresa deudora. Por otra parte, la referencia cuantitativa específica al daño patrimonial en las normas que establecen la penalidad aplicable no se contempla en figuras que evidentemente afectan intereses patrimoniales ajenos, como es el caso de la estafa residual del artículo 473 CP. De suerte que no es posible sostener, de acuerdo con la normativa penal chilena, que sólo son delitos contra dichos intereses aquellos cuya pena depende de la cuenta de la cosa apropiada o del fraude causado"* (p. 269).

4. Alcance

A raíz de todo lo anteriormente expuesto, podemos decir que el alcance de las conductas típicas de ocultamiento o disimulación de bienes en materia de insolvencias punibles y delitos concursales es la siguiente:

4.1. Tratándose de la empresa deudora o deudor calificado:

4.1.1. Antes de la resolución de liquidación o de reorganización:

a) Si se trata de un ocultamiento material total o parcial de bienes o haberes: **artículo 463 bis N°1 CP.** Delito de ocultamiento de bienes.

b) Si se trata de maniobras de ocultamiento jurídico realizados durante los dos años anteriores a la resolución de liquidación, y se estima que no puedan quedar comprendidas en el artículo 463 bis N°1 CP, resultaría aplicable la figura del **artículo 463 CP.** Delito de disminución fraudulenta del patrimonio. Sin embargo, esta postura supondría asumir que el ocultamiento jurídico sería menos reprochable que el ocultamiento material, en tanto la pena del ocultamiento material antes de la resolución de liquidación (artículo 463 bis N°1 CP) tendría un tope superior, con una pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo; mientras que el ocultamiento jurídico antes de la resolución de liquidación (artículo 463 CP) tendría una pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

c) Si se trata de maniobras de ocultamiento jurídico realizados durante los dos años anteriores a la resolución de reorganización y se estima que no puedan quedar comprendidas en el artículo 463 N°1 CP, existiría entonces una laguna de punibilidad, en tanto que el artículo 463 CP, referido en la hipótesis anterior, sólo contempla actos previos a la resolución de liquidación, pero nada dice respecto de los actos previos a la resolución de reorganización.

4.1.2. Durante el procedimiento concursal de liquidación o de reorganización: Si se trata de ocultamiento total o parcial de bienes que se realice durante el procedimiento concursal de liquidación, aparentemente habría una laguna de punibilidad, ya que tanto el artículo 463 bis N°1 CP, como el delito de disminución fraudulenta del patrimonio del artículo 463 CP, establecen que las conductas se realicen dentro de los dos años anteriores a la resolución de reorganización o liquidación en el primer caso, y a la resolución de liquidación en el segundo. Sin embargo, sería punible el ocultamiento de bienes que se realiza durante el procedimiento concursal por la vía de proporcionar al veedor, o

liquidador en su caso, o a sus acreedores, "*información o antecedentes falsos o incompletos, en términos que no reflejen la verdadera situación de su activo o pasivo*", resultando aplicable, en definitiva, el artículo 463 ter N°1 CP. Así, dependiendo del antecedente o información falsa o incompleta de que se trate, este ocultamiento de bienes podrá ser material o jurídico.

4.1.3. Después del procedimiento concursal de liquidación o de reorganización:

a) Si se trata de ocultamiento material total o parcial de bienes que se realice después del procedimiento concursal de liquidación: téngase por reproducido lo anteriormente señalado, existiendo aparentemente una nueva laguna de punibilidad.

b) Si se tratare de actos de ocultamiento jurídico (disimulación) de bienes, cabría la posibilidad de subsumir dicha conducta en la hipótesis del artículo 463 bis N°3, que tipifica la disposición de bienes reales o simulados, después de la resolución de liquidación.

c) Sin perjuicio de lo anterior, subsistiría la laguna de punibilidad en relación con las maniobras de ocultamiento material o jurídico de bienes que se realice con posterioridad a la resolución de reorganización, ya que solo las maniobras posteriores a la resolución de liquidación serian punibles (artículo 463 bis N°3).

4.2. Tratándose de la persona deudora o deudor común:

a) Si se trata de ocultamiento o fuga del deudor junto con todo o parte de sus bienes: resultaría aplicable el artículo **466 CP primera hipótesis**, que contempla el delito de alzamiento de bienes.

b) Si se trata de un ocultamiento material que deja los bienes fuera del alcance de los acreedores: sería aplicable el artículo **466 CP segunda hipótesis** (sin fuga del deudor), que contempla el delito de ocultamiento malicioso de bienes.

c) Si se trata de ocultamiento jurídico (disimulación) mediante maquinaciones jurídicas tendientes a traspasar todo o parte de los bienes a terceros: artículo **466 CP segunda hipótesis,** que contempla el delito de insolvencia por enajenación maliciosa.

d) Si se trata de un ocultamiento jurídico (disimulación), mediante el otorgamiento de contratos con la finalidad de hacer salir aparentemente bienes del patrimonio o a reconocer créditos imaginarios, resultaría aplicable el **artículo 466 CP tercera hipótesis,** que contempla el delito de otorgamiento de contratos simulados.

IV. Estructura del delito de lavado de dinero

Habiendo revisado las hipótesis de ocultamiento o disimulación de bienes que contemplan los delitos concursales y las insolvencias punibles, así como también las diversas posturas existentes en relación con la estructura típica, alcance y objeto de protección de las mismas; pasaremos a revisar someramente uno de los tipos penales cuya conducta típica consiste justamente en el ocultamiento o disimulación del origen ilícito de bienes o los bienes en sí mismos, cuando estos provienen directa o indirectamente de la comisión de determinados delitos precedentes que contempla la ley. Con este ejercicio, se pretende explicar el alcance del referido tipo penal, su objeto material y bien jurídico protegido, con la finalidad de poder plantear, posteriormente, los contornos para el establecimiento de hipótesis de relación, interferencia y mutua exclusión entre las insolvencias punibles y el delito de lavado de dinero en la legislación chilena y sus efectos en investigaciones y procesos penales vigentes.

1. Conducta típica de ocultamiento de bienes o de su origen ilícito

A nivel internacional, una primera clasificación de las conductas constitutivas de lavado de dinero[79], consiste en distinguir:

a) Por un lado, aquellas realizadas para ocultar o encubrir el origen de los bienes de procedencia ilícita, sin que se produzca necesariamente tal ocultamiento o encubrimiento, y aquellas conductas constitutivas de ocultamiento o encubrimiento de bienes de origen ilícito (de bienes en sí mismos); y

b) Por otro lado, aquellos actos realizados sobre los bienes de origen ilícito.

A la primera categoría se les denomina *figuras de ocultamiento,* y a los segundos se les denomina *figuras de contacto o de aislamiento.* En Chile, el delito de lavado de dinero se encuentra tipificado en el artículo 27 de la Ley N° 19.913. En él pueden encontrarse las figuras antes referidas, en las letras a) y b) del artículo 27, además de una figura de negligencia inexcusable, en los siguientes términos:

> *"Artículo 27 de la Ley N° 19.913: Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:*

79 BLANCO, Isidoro. "Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos". En: BLANCO, Isidoro; FABIAN, Eduardo y ZARAGOZA, Javier (ed.). Combate del lavado de activos desde el sistema judicial. Washington DC, Estados Unidos, Organización de Estados Americanos (OEA) y otros, 2006, p. 134.

*a) **El que de cualquier forma** **oculte o disimule** el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N° 17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N° 18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N° 3, del Ministerio de Hacienda, de 1997, ley General de Bancos; en el artículo 168 en relación con el artículo 178, N° 1, ambos del decreto con fuerza de ley N° 30, del Ministerio de Hacienda, de 2005, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley Nº 213, del Ministerio de Hacienda, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas; en el inciso segundo del artículo 81 de la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual; en los artículos 59 y 64 de la ley N° 18.840, orgánica constitucional del Banco Central de Chile; en el párrafo tercero del número 4º del artículo 97 del Código Tributario; en los párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V y 10 del Título VI, todos del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 141, 142, 366 quinquies, 367, 374 bis, 411 bis, 411 ter, 411 quáter, 411 quinquies, y los artículos 468 y 470, numerales 1, 8 y 11 en relación al inciso final del artículo 467 del Código Penal, o bien, a sabiendas de dicho origen, **oculte o disimule** estos bienes" (énfasis añadido).*

b) El que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito (…)".

En lo que aquí interesa, el análisis se circunscribe a la figura de ocultamiento de la letra a) del artículo 27, que contempla a su vez dos conductas típicas:

(1) Art. 27 letra a) primera parte: Ocultar o disimular de cualquier forma el origen ilícito de los bienes o "blanqueo impropio".

(ii) Art. 27 letra a) segunda parte: Ocultar o disimular de cualquier forma los bienes mismos o "blanqueo propio".

A diferencia de los delitos concursales y las insolvencias punibles analizadas en *supra III,* el delito de lavado de activos es un delito común dado que el tipo penal no restringe su aplicación a un grupo de personas determinado. Es más, las eventuales discusiones referidas a la admisibilidad o no del autolavado[80] en Chile quedan neutralizadas por su establecimiento expreso en la ley, a través del artículo 27 inciso sexto de la Ley N° 19.913 que establece que *"(…) Si el que participó*

80 Hipótesis en la que el mismo sujeto que incurre en actos de lavado de dinero haya sido el que cometió el delito base o precedente.

como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a ésta (…)". Lo que viene a reafirmar el carácter de tipo penal autónomo del delito de lavado de dinero (pese a que requiera como conexión la generación de ganancias ilícitas que provengan de la realización típica y antijurídica de alguno de los delitos contemplados en el catálogo de delitos del artículo 27 de la Ley N° 19.913).

Para efectos de conceptualizar la conducta típica de la figura de ocultamiento y a partir de lo que ha interpretado la doctrina mayoritaria[81], y parte de la jurisprudencia[82], podemos decir que hay un cierto consenso en que el verbo "disimular" implica un estándar mayor respecto de la conducta que el verbo "ocultar", dado que el primero exigiría algún tipo de astucia o engaño más elaborado. Sin perjuicio de lo anterior, concordamos con Segovia en el sentido que basta con acreditar la figura residual más simple, "ocultar", para satisfacer los requisitos del tipo. Por ello, *"(…) no será necesario probar una 'puesta en escena' particularmente compleja para poder sancionar por lavado de dinero, mientras se acredite que la acción u omisión era idónea para que no se conociese el verdadero origen de los bienes"*[83].

A nivel doctrinal, Prambs[84] sostiene que la voz *"ocultar el origen ilícito de los bienes"* de la Ley N° 19.913 tendría su inspiración en la Convención de Viena (artículo 3.1. literal b ii); en la Convención de Palermo (artículo 6.1 literal a) ii); en el reglamento Modelo de la CICAD/OEA (artículo 2.3); en el Modelo de Legislación del Programa de Naciones Unidas para la fiscalización de drogas (PNUFID, artículo 1 inciso 2° y 21 inciso 2°); en el Convenio del Consejo de Europa (Tratado de Estrasburgo de 1990, artículo 6.1. literal b) y en el artículo 1 de la Directiva de la Unión Europea. En relación con su alcance, para Blanco[85], 'ocultación (u ocultamiento)' consiste en la realización

81 PRAMBS, Claudio. *Estudio teórico-práctico del delito de blanqueo de capitales en el derecho chileno con referencia al derecho comparado.* Santiago, Chile, LexisNexis, 2005, p. 101.

82 Por ejemplo: TOP Rancagua, sentencia de fecha 12 de marzo de 2007, RUC N° 0500374418-5.

83 SEGOVIA, Antonio. "La figura de ocultamiento en el delito de lavado de dinero". En: *Revista Jurídica del Ministerio Publico,* N° 46, Santiago, Chile, Ministerio Publico, 2011, p. 171.

84 Al respecto, Prambs ha elogiado la técnica legislativa utilizada, señalando que "la voz de cualquier forma estaría expresando que el tipo no exige medio comisivo concreto de la ocultación o la disimulación, de manera que pueden llevarse a cabo usando cualquier medio o artificio". Agrega además que "esta técnica legislativa, seguida por nuestro legislador, es la correcta, puesto que la limitación típica de medios comisivos del blanqueo de capitales abre la puerta inmediatamente para la impunidad; por la creación de lagunas punitivas, Cfr. PRAMBS, ob. cit., págs. 100-99.

85 BLANCO, ob. cit., p. 112.

de *"acciones positivas de esconder, disfrazar o tapar, así como en callar lo que se conoce, para evitar el conocimiento por terceros de la naturaleza, origen, la ubicación, el destino, el movimiento los derechos sobre los bienes procedentes de un delito o la propiedad de los mismos"*.

En cuanto al objeto material del delito, el tipo objetivo se refiere a bienes que provengan directa o indirectamente de alguno de los delitos base contemplados en la ley. En este sentido, la Ley N° 19.913 establece que para los efectos de este artículo, *"se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos"* (Art. 27 inciso 3°). Por su parte, el conocimiento requerido ("a sabiendas") debe ser relativo a la fuente inmediata y mediata de dichos bienes, en el sentido que provengan "directa o indirectamente" de la comisión de alguno de los delitos base contemplados en el catálogo del artículo 27 de la Ley N° 19.913. Así, expresión directa o indirectamente, sería además relevante *"para efectos de la punición del denominado 'lavado sustitutivo', en virtud del cual se amplía el objeto material del tipo a situaciones posteriores y sucesivas de aprovechamiento y transformación de los bienes provenientes del delito base"*[86].

Por último, en cuanto al tipo subjetivo, la figura de ocultamiento requiere dolo, es decir, conocimiento de la mínima idoneidad de la conducta para ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o los bienes en sí mismos. Además de lo anterior, el sujeto requiere conocimiento del origen ilícito de los bienes y la voluntad de realización de la conducta, no obstante, dicho conocimiento. En este punto, considerando lo dispuesto en el artículo 27 inciso cuarto[87], y sin perjuicio de lo anterior, concordamos con las posturas que afirman la admisibilidad del dolo eventual para la comisión del tipo penal referido[88].

86 ALBERTZ, Pablo. *Delito de lavado de activos y deberes positivos.* Santiago, Chile, Ediciones DER, 2019, p. 24. Sobre los alcances y necesarios límites del lavado sustitutivo, Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor. Límites del tipo objetivo de lavado de dinero. En: Rodríguez, Luis (Coord.). *Delito, pena y proceso.* Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2008, págs. 495 y sgtes.

87 Artículo 27 inciso cuarto de la Ley N° 19.913: "(…) Si el autor de alguna de las conductas descritas en las letras a) o b) no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena privativa de libertad que corresponda de acuerdo al inciso primero o final de este artículo será rebajada en dos grados (…)".

88 Así, por ejemplo, Navarrete: "(…) para afirmar la concurrencia de dolo, basta con poder afirmar que en la misma situación específica (intelectual) del individuo, un agente fiel a derecho habría evitado la realización del tipo. En términos de la dogmática del dolo, esto quiere decir que basta que en el agente se presenten los presupuestos propios del dolo eventual para afirmar la realización dolosa de este delito (…)", Cfr. NAVARRETE, Nicolas. El tipo subjetivo en los delitos de lavado de activos. Situación del dolo eventual

Finalmente, y para efectos de reforzar los alcances del tipo penal en comento, conviene destacar la sentencia de fecha 17 de mayo de 2018, en la que el Tribunal Constitucional[89] conoció de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad promovido respecto del artículo 27 de la Ley N° 19.913 que –en cuanto al fondo– se fundaba en las siguientes objeciones de constitucionalidad:

(i) Ley penal en blanco abierta: que la letra a) del artículo 27 constituiría una ley penal en blanco abierta en referencia a la frase *"el que de cualquier forma oculte o disimule"*, con lo cual infringiría el inciso final del numeral 3° del artículo 19 constitucional;

ii) Infracción al principio "ne bis in ídem": que la letra a) y b) y el inciso quinto del artículo 27 vulnerarían dicho principio.

En relación con el punto (i), el Tribunal Constitucional, en su considerando 6°, estimó que el núcleo fundamental del tipo penal sometido a análisis está constituido por los verbos rectores "ocultar o disimular" bienes específicos, *"en que el sujeto activo actúa con dolo reforzado, esto es, a sabiendas de que está en cosa indebida. Agregando el tipo penal una lista de ilícitos que comprende el origen de los bienes"*. En este sentido, estimó además que la voz "ocultar" significa "esconder una cosa de un tercero" mientras que "disimular" implicaría *"esconder o disfrazar algo, con el propósito de encubrir la veracidad, en este caso, del origen de determinados bienes"*. El Tribunal descartó, en su considerando 8°, que la letra a) de la Ley N° 19.913 constituya una ley penal en blanco abierta, señalando que la norma *"da cuenta de una descripción entendible perfectamente por el profano, cumpliendo las exigencias constitucionales de contener expresamente la acción descrita en ella, utilizando palabras claras y debidamente pormenorizadas que hacen posible comprender cabalmente el hecho punible por la norma que se censura por el requerimiento de autos"*.

Sobre la supuesta infracción al principio *"ne bis in ídem"* (ii), el Tribunal se refirió previamente al bien jurídico protegido y a la naturaleza del delito de lavado de activos, para establecer si los 'delitos base' que contiene el artículo 27 letra a) eran hipótesis autónomas; si constituían elementos normativos del delito de lavado, o bien, si dicho delito es un tipo penal de conexión. Al respecto, en relación con el bien jurídico protegido, consideró primeramente que una de las manifestaciones del principio democrático es justamente asegurar el

en el delito del articulo 27 letra a) de la Ley N° 19.913. *Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales.* Universidad de Chile, 2018, p. 66 [en línea]. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/153080/El-tipo-subjetivo-en-los-delitos-de-lavado-de-activos.pdf?sequence=1&isAllowed=y [fecha de consulta: 10 de mayo de 2019].

89 Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 17 de mayo de 2018, ROL 3630-16-INA.

derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, lo que incluye la libertad económica, traducida, concretamente, en *"facultad de poder realizar de toda actividad de esa naturaleza con la sola limitación que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional (artículo 19 N°21 constitucional)"*. En este sentido, argumentó en su considerando 16° que, a partir del alcance de las referidas limitaciones, *"no es posible que la ley permita que la actividad dolosa pueda ser fuente legitima de lucro, es más, ella debe ser sancionada si afecta bienes jurídicos que el legislador estima del caso proteger en defensa de la convivencia social"*, agregando en este sentido que el bien jurídico protegido por el delito de lavado de dinero sería el orden público económico y que la norma en comento se enmarca dentro de las conductas típicas propias del derecho penal económico.

Finalmente, sobre la naturaleza del delito de lavado, sostuvo en su considerando 25° que *"nuestra legislación en esta materia recoge la tesis de que existe una conexión entre el delito previo o delitos base con el delito de lavado de activos (…) de tal manera que, el autor o partícipe en el delito base sólo requiere actuar típica y antijurídicamente, por ello la importancia de lo dispuesto en el inciso cuarto, del artículo 27 cuando usa la expresión "un hecho típico y antijurídico"*. En este sentido, estableció a continuación, que *"el sistema penal nacional consagra un catálogo cerrado de conductas típicas y antijurídicas de donde emanan los activos maculados que ocasiona que los delitos tengan la naturaleza señalada, esto es, que sean delitos de conexión, y por lo tanto, se está en presencia de dos conductas distintas, con lo que no tiene lugar la denuncia en cuanto se estaría juzgando dos veces un mismo hecho"*.

2. Bien jurídico protegido

A nivel jurisprudencial, existe un consenso en los tribunales respecto a que el bien jurídico protegido por este delito es de carácter colectivo. Para algunos tribunales, dicho bien jurídico es la administración de justicia o su correcta administración[90], entendida como la recta y expedita administración de la misma. Al respecto, sostienen que esto tendría su fundamento en que el legislador consideró que las normas generales de encubrimiento eran insuficientes, por lo que trasladó a tipos penales autónomos (como el lavado de dinero y la receptación), determinados supuestos de aprovechamiento personal o receptación de bienes, a fin de lograr la investigación, persecución y castigo de los delitos. Sostienen que esto se reafirmaría en el hecho de que

90 Sentencia del 2° TOP de Santiago, de 18 de agosto de 2008, RUC 0500683346-4, considerando decimoséptimo; Sentencia del TOP de Concepción, de 12 de marzo de 2011, RUC 0700350845-k, considerando noveno; Corte de Apelaciones de Santiago, en resolución de 29 de julio de 2016, Rol N° 1511-2016.

el delito de lavado de activos consistiría en encubrir u ocultar el origen de los recursos económicos ligados a un delito, por lo que tiene por objeto impedir que se tome conocimiento del mismo y evitar así el castigo, o una de las consecuencias del castigo que es el comiso de los efectos que de él provienen. En este sentido, existen resoluciones que agregan, además, el hecho de que las conductas sancionadas están dirigidas a impedir que bienes ilícitos sean pesquisables o descubiertos en un debido proceso[91]. Otros fallos sostienen que el delito de lavado de activo cautela el bien jurídico relativo al orden socioeconómico y, en especial, la circulación de los bienes del mercado[92]. Lo anterior, tendría su fundamento en que todas las operaciones que se realizan en la economía, sólo tienen sentido en la medida que todas las personas participen en igualdad de condiciones. De esta manera, si se afecta el sistema financiero, en la mayoría de los casos también se afectará la libre competencia. Algunas resoluciones agregan que, incluso, a través de la afectación del orden socioeconómico, se puede dañar la estabilidad democrática del país, por el alto poder de corrupción que conlleva esta clase de ilícitos. Asimismo, algunos tribunales recogen que es la seguridad del Estado[93] el bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos; o bien que se trata de un delito pluriofensivo[94], pues afecta todos los bienes jurídicos ya mencionados, y particularmente, la administración de justicia y el orden socioeconómico.

Por su parte, en las discusiones doctrinales acerca de la determinación del objeto de protección del delito de lavado, se suele mencionar que se trata de resguardar el sistema económico y la libre competencia; garantizar el bien jurídico lesionado por el delito precedente, la protección de la seguridad interior del Estado; que se trata de un delito pluriofensivo y que se resguarda la licitud de los bienes en el tráfico financiero; pero siendo mayoritaria la postura que sostiene que se protege la administración de justicia.

Finalmente, el Tribunal Constitucional al pronunciarse recientemente sobre el bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos, sostuvo que sería *"la*

91 Sentencia del TOP de San Bernardo, de 3 de enero de 2012, RUC 0800165077-8, considerando trigésimo tercero.

92 La Corte de Apelaciones de San Miguel, en resolución de 7 de septiembre de 2011, Rol N° 993-2011, en el considerando vigésimo octavo; Sentencia del TOP de Ovalle, de 16 de noviembre de 2016, RUC 1300656528-4, considerando cuadragésimo.

93 Sentencia del TOP de Colina, de 21 de mayo de 2015, RUC 1000894093-8, considerando cuadragésimo sexto.

94 Sentencia del TOP de Curicó, de 15 de octubre de 2010, RUC 0900102545-4, considerando cuarto; Sentencia del 4° TOP de Santiago, de 13 de diciembre de 2011, RUC 0800077341-8, considerando noveno; Sentencia del TOP de Talagante, de 26 de abril de 2014, RUC 1001157282-6, considerando decimoséptimo.

distorsión del mercado financiero y la afectación del orden público económico como elementos garantes de la estabilidad económica y el derecho de todos los partícipes como sujetos en dicho mercado"[95].

3. Alcance

En definitiva, a raíz de todo lo anteriormente expuesto, podemos decir que el alcance de las conductas típicas de ocultamiento o disimulación de bienes en materia de lavado de dinero es la siguiente:

3.1. En *primer lugar,* debe existir un delito base o delito precedente, que debe ser alguno de los que contempla el artículo 27 de la Ley N° 19.913.

3.2. En *segundo lugar,* este delito base debe haber producido bienes.

3.3. En *tercer lugar,* dichos bienes que provienen directa o indirectamente del delito base deben ser susceptibles de ser objeto material de lavado, mediante actos de ocultamiento o disimulación de su origen ilícito o de los bienes en sí mismos.

V. Balance final: mutua exclusión, puntos de contacto e interferencia

Llegados a este punto cabe preguntarnos por las eventuales relaciones que pueden configurarse y que revistan de interés desde el punto de vista penal, entre los delitos asociados a las insolvencias punibles y el delito de lavado de dinero. Para ello, y sin pretender abarcar todas las formas posibles de relación entre ambas figuras, hemos identificado tres hipótesis que merecen ser relevadas: mutua exclusión como premisa; existencia de puntos de contacto e hipótesis de interferencia (situación del artículo 149 Ley N° 20.720).

1. Hipótesis N°1: mutua exclusión como premisa

En *supra III.5* y *supra IV.3* desarrollamos los alcances de cada una de las figuras relevantes en materia de insolvencias punibles que contemplan hipótesis de ocultamiento (material o jurídico) como conductas típicas en el Código Penal, luego de que la Ley N° 20.720 entrara en vigencia, así como también los fundamentos, el objeto material y los alcances del delito de lavado de dinero. Ambas figuras delictivas protegerían bienes jurídicos diversos, tendrían sujetos activos distintos y un objeto material que es completamente diferente. Lo anterior, ya que mientras que en los delitos de insolvencia

95 Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 17 de mayo de 2018, ROL 3630-16-INA, considerando 21°.

punible, el ocultamiento material o jurídico de bienes recae sobre los bienes que conforman el patrimonio del deudor (es decir de la "empresa deudora" o de la "persona deudora", en los términos del artículo 2 N° 13 y N° 24 de la Ley N° 20.720), en el delito de lavado de dinero, el objeto material del ocultamiento típico son los bienes de origen ilícito, en tanto provengan directa e indirectamente de alguno de los delitos base o precedentes, contemplados taxativamente en el catálogo de delitos del artículo 27 de la Ley N° 19.913.

En este sentido, la mutua exclusión estaría dada por el carácter de delito de conexión[96] que tiene el lavado de activos, que requiere, como presupuesto para su configuración, la realización de un hecho típico y antijurídico contemplado en el catálogo taxativo de delitos base del artículo 27 de la Ley N° 19.913. A diferencia de otras legislaciones, la estrategia de tipificación en nuestro sistema jurídico es de tipo catálogo, por lo que sólo pueden ser susceptibles de lavado aquellos bienes que, en términos de ganancias ilícitas, provengan directa o indirectamente de los delitos contenidos en dicho catálogo. Por lo tanto, al no estar contemplados en el artículo 27 ninguno de los delitos establecidos en los artículos 463 a 466 del Código Penal, las ganancias ilícitamente obtenidas producto de su comisión, no podrían ser objeto material de lavado de dinero, por no tener una conexión con este mismo en los términos señalados.

2. Hipótesis N°2: puntos de contacto (mezcla de bienes en el patrimonio del deudor)

Ahora bien, pese a las diferencias evidentes antes referidas y aun cuando ninguna de las insolvencias punibles sea actualmente delito base de lavado, es posible que en la práctica la totalidad de los bienes que componen el patrimonio del deudor comprendan tanto aquellos de origen lícito como aquellos de origen ilícito (porque provienen de un delito base contemplado en el artículo 27 de la Ley N° 19.913) y que sirven de conexión para la configuración del delito de lavado. Por lo anterior, cabría preguntarnos, entonces, por los efectos que puedan producir en materia concursal los actos de ocultamiento de bienes de origen ilícito (precedentes de lavado de dinero), que se encuentran mezclados

96 El carácter de delito de conexión ha sido recogido incluso por el Tribunal Constitucional. Cfr. Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 17 de mayo de 2018, ROL 3630-16-INA. Considerando 26°: "Que, por consiguiente, debe entenderse que el delito de lavado de activos en nuestra legislación es un delito de conexión, para los efectos de desvirtuar que el artículo 27 contempla las hipótesis penales impugnadas, vulneraría el "ne bis in ídem". Precisamente, el sistema penal nacional consagra un catálogo cerrado de conductas típicas y antijurídicas de donde emanan los activos maculados que ocasiona que los delitos tengan la naturaleza señalada, esto es, que sean delitos de conexión, y por tanto se está en presencia de dos conductas distintas, con lo que no tiene lugar la denuncia en cuanto se estaría juzgando dos veces un mismo hecho".

con los de origen lícito de su patrimonio, estableciéndose, en definitiva, un punto de contacto entre ambos tipos penales:

Para Puga, quien, si bien no se refiere expresamente a una hipótesis de contacto con el delito de lavado de dinero, al abordar la situación del ocultamiento de bienes *"mal habidos producto de hurtos, robos, estafas o apropiaciones indebidas"*[97], sostiene que estos no debiesen ser incorporados entre los objetos materiales del procedimiento concursal ya que, de otro modo, los acreedores se estarían beneficiando de un delito del deudor. En este sentido, señala que los delitos concursales del nuevo régimen apuntan esencialmente a sancionar conductas contra la eficacia del concurso, esto es, que son delitos contra la administración de justicia y no ya delitos profesionales propios de los comerciantes (delitos contra la fe crediticia). De esta manera, el referido autor no duda en excluir esos bienes señalando que "repugna a una mínima conciencia jurídica" (aunque sostiene que incluirlos podría tener un cierto atractivo[98]) y plantea además como solución intermedia *"aceptar que estos bienes de origen ilícito puedan ser objeto material de delito si todas las acciones para recuperarlos de parte de las víctimas del fraude, hurto o robo se encuentran prescritas y consolidado o, mejor, legitimado, por tanto el dominio del deudor"*[99].

Al respecto, considerando lo dispuesto en el artículo 27 inciso cuarto de la Ley N° 19.913 en orden a que sólo basta para que se configure el delito de lavado de dinero, la constatación de un hecho típico y antijurídico referido a uno de los delitos base del catálogo que la norma contempla[100], estimamos que aun cuando éste se encuentre prescrito y no pueda ser atribuido al deudor jurídicamente, la inclusión dolosa de bienes de procedencia ilícita en un procedimiento de liquidación o de reorganización, cumpliéndose con los demás presupuestos del tipo penal referido, supondría un acto de ocultamiento o disimulación de dichos bienes conforme al artículo 27 de la Ley N° 19.913, especialmente considerando que la referida norma penaliza justamente al que oculte o disimule "de cualquier forma" en los términos ya referidos en supra IV.1. Por lo tanto, las consideraciones previamente señaladas nos deberían llevar a concluir necesariamente que estos no debiesen ser incorporados en un procedimiento conforme a la Ley N° 20.720. Argumento que es por lo demás consistente con el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional (más

97 PUGA, ob. cit., p. 116.

98 En referencia a la expresión "ladrón que roba a ladrón".

99 PUGA, ob. cit., p. 116.

100 Artículo 27 inciso 4° de la Ley N° 19.913: *"La circunstancia de que el origen de los bienes aludidos sea un hecho típico y antijurídico de los señalados en la letra a) del inciso primero no requerirá sentencia condenatoria previa, y podrá establecerse en el mismo proceso que se substancie para juzgar el delito tipificado en este artículo"*.

arriba citado) que en su considerando 16° estableció que *"no es posible que la ley permita que la actividad dolosa pueda ser fuente legitima de lucro, es más, ella debe ser sancionada si afecta bienes jurídicos que el legislador estima del caso proteger en defensa de la convivencia social"*[101].

Lo anterior se vuelve aún más latente, si se considera que una solución contraria a lo antes señalado, conllevaría el riesgo de generar incentivos perversos tendientes a la instrumentalización del procedimiento de liquidación voluntaria o de reorganización por parte de sujetos que, por ejemplo, amparados bajo la utilización[102] de estructuras empresariales ficticias (de papel), de pantalla o de fachada[103], pretendan luego ocultar o disimular los bienes o su origen ilícito, mediante la verificación de créditos supuestos, dando con esto apariencia de licitud a los bienes provenientes de delitos base que estos hubieren cometido previa o coetáneamente.

3. Hipótesis 3: la interferencia

Además de la hipótesis de contacto que puede darse conforme a lo señalado en el apartado anterior, es posible identificar determinadas situaciones de interferencia. Para estos efectos, entenderemos por tal, aquella que se produce cuando una norma contenida tanto en la legislación concursal como en la legislación penal tenga consecuencias procesales relevantes para el procedimiento seguido en relación con alguno de los ilícitos. El ejemplo mas paradigmático de esta situación es el artículo 149 de la Ley N° 20.720, sobre medidas cautelares decretadas en el proceso penal, en que se establece que si estas fueron concedidas con ocasión de acciones de naturaleza criminal,

101 Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 17 de mayo de 2018, Rol N° 3630-16-INA, considerandos 16° y sgtes.

102 Ya sea como medio para cometer delitos (por ejemplo, estafas piramidales); o bien, para lavar activos procedentes de algún delito base.

103 Cfr. Informe de tipologías, Unidad de análisis financiero (UAF), 2018, que define los referidos conceptos en los siguientes términos: *"Empresa de fachada":* Tipología de lavado de dinero que consiste en constituir empresas legales, que tienen existencia física, pero que no cumplen con la actividad económica indicada en su giro, usadas por los lavadores para inyectarles sus fondos ilícitos y darles así apariencia de legalidad; *"Empresa de pantalla*": Tipología de lavado de dinero que consiste en constituir empresas legales, con existencia física, y que cumplen con la actividad económica señalada en su giro, usadas por los lavadores para mezclar sus fondos ilícitos con las ganancias obtenidas, a través del giro de estas empresas; *"Empresa de papel":* Tipología de lavado de dinero que consiste en constituir empresas legales, pero sólo formalmente, ya que no existen físicamente ni cumplen con su objetivo social, usadas por los lavadores para justificar ingresos de origen ilícito. Se ha definido el concepto de empresa de fachada como "tipología de lavado de dinero que consiste en constituir empresas legales, que tienen existencia física, pero que no cumplen con la actividad económica indicada en su giro, usadas por los lavadores para inyectarles sus fondos ilícitos y darles así apariencia de legalidad".

quedarán sin efecto tan pronto el Liquidador comunique por escrito al Juzgado de Garantía que corresponda, que se ha pronunciado la Resolución de Liquidación, adjuntando los documentos que sirvan para acreditarla, en los siguientes términos:

> *"Artículo 149 de la Ley N° 20.720: Medidas cautelares en sede criminal. Aquellas medidas cautelares concedidas con ocasión de acciones de naturaleza criminal provenientes de los ilícitos contemplados en el Título IX del Libro Segundo del Código Penal,* ***que afecten a bienes del Deudor para responder o garantizar el pago de futuras indemnizaciones civiles, multas o cualquier otra condena en dinero, quedarán sin efecto*** *tan pronto el Liquidador comunique por escrito al Juzgado de Garantía que corresponda que se ha pronunciado la Resolución de Liquidación, adjuntando los documentos que sirvan para acreditarla. Este tribunal entregará los bienes al Liquidador para su administración y proseguirá la tramitación de los respectivos procedimientos, en los cuales el Liquidador actuará como coadyuvante cuando se trate de delitos concursales.*
>
> *Las multas e indemnizaciones pecuniarias que eventualmente se concedan, cualquiera sea su especie, deberán verificarse en el Procedimiento Concursal de Liquidación conforme a las reglas generales"* (énfasis añadido)[104].

¿Cuál sería el problema?

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.720[105], se han presentado situaciones en las cuales algunos imputados han solicitado ante el Juzgado de Letras respectivo, la aplicación de un procedimiento concursal de liquidación contemplado en los artículos 115 y siguientes de la referida ley. Lo anterior, tiene como efecto que determinados bienes cuyo origen sea materia de investigación en el proceso penal; o que derechamente se encuentren sometidos a incautación o afectos a una medida cautelar real, se sustraigan de los efectos penales derivados de la comisión de un crimen o simple delito, contraviniendo lo dispuesto por los artículos 21 y 31 del Código Penal, en relación con el artículo 157 del Código Procesal Penal; los artículos 27 letra b), 40 y 46 de la Ley N° 20.000 para el caso del delito de

104 La referida norma tiene como antecedente el derogado artículo 70 de la Ley de Quiebras, que establecía: "(…) Los embargos y medidas precautorias que estuvieren decretados en los juicios que se agreguen a la quiebra quedarán sin valor desde que ella se declare, siempre que se refieran a bienes que, sin aguardar el resultado de dichos juicios, deban realizarse en la quiebra o ingresar a ella" (DEROGADO).

105 Chile, Ley N° 20.720 que "Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo", publicada con fecha 09 de enero de 2014 y vigente desde el 10 de octubre de 2014.

tráfico ilícito de estupefacientes; y los artículos 32, 33 letra c) y 36 de la Ley N° 19.913 para el caso del delito de lavado.

Al respecto, el artículo 31 del Código Penal, establece que las penas por un crimen o simple delito, llevan consigo la pérdida de los efectos que de él provengan o de los instrumentos con los que se ejecutó, es decir, existe una pena de comiso establecida en la ley, de conformidad con lo estipulado en el artículo 21 mismo cuerpo legal, para aquellos bienes que provienen de un delito base de lavado de dinero y/o hayan sido adquiridos conociendo su origen ilícito.

¿Por qué es un problema?

Existe una relación de tensión entre los tipos penales y herramientas contempladas en las Leyes N° 20.720 y 19.913, particularmente por los derechos e intereses que se pretenden resguardar en las mismas. Por un lado, de los acreedores a través del procedimiento concursal y la Ley N° 20.720; y, por otro, de las víctimas del proceso penal a través de la persecución penal de los delitos que les afecten, entre los cuales se encuentran todos los delitos bases de lavado de dinero del catálogo del artículo 27 de la Ley N° 19.913, que luego de las últimas reformas se han ido incorporando cada vez más delitos económicos.

Al respecto, cabe señalar que por las propias funciones que desempeña el derecho comercial y –en particular– la Ley N° 20.720, el procedimiento concursal es ciego a la condición de víctima. No tiene relevancia ni efectos, dado que las únicas caracterizaciones significativas para estos fines, son la de tener la calidad de acreedor o deudor conforme a los términos establecidos para tal efecto en la Ley N° 20.720. Dichas posiciones se adquieren en el marco de una relación (colectiva) que tiene su origen en proteger a los acreedores de los efectos de la situación de insolvencia del deudor. Así, podemos sostener además, que el procedimiento concursal más que facilitar la reparación de la víctima, la dificulta o impide, generando incluso un riesgo de doble victimización y esto es aún más tangible, si se considera que en el referido procedimiento, esta tiene la calidad acreedor valista, debiendo someterse a la prelación de créditos y tratamiento igualitario de los acreedores, a través del denominado principio de *"par condictio creditorum"*. De acuerdo con esta máxima todos los acreedores deben ser tratados con equidad, esto es, *"distribuyendo entre ellos el producto de la realización de los bienes bajo una ley de igualdad"*. Sin embargo, esta igualdad es eminentemente relativa, pues, el tratamiento que se dispensa a "cada uno de los acreedores está establecido en relación con la importancia de su crédito"[106], calidad que se dirime a través del sistema de prelación de créditos, de conformidad con lo dispuesto en el Título XLI, del Libro IV del Código Civil, en que las víctimas del delito verifican como acreedores valistas.

106 SANDOVAL, ob. cit., p. 37.

Por su parte, el procedimiento concursal también admite solicitudes de liquidación voluntaria por parte de empresarios individuales que tienen inicio de actividades como contribuyentes de primera categoría, ampliando de esta manera el ámbito de aplicación del procedimiento concursal, lo que podría incrementar además las hipótesis de "punto de contacto" considerando la mezcla de bienes de procedencia lícita e ilícita por delitos precedentes de lavado; y el efecto innegable que tiene el proceso penal en la situación de insolvencia del deudor cuando exista una intensificación de medidas cautelares reales (sobre su patrimonio) y/o personales, sobre el patrimonio del deudor o sobre el deudor mismo. Así, la prohibición de celebrar actos y contratos sobre determinados bienes; la retención de fondos en su cuenta bancaria o la de su empresa; o la prisión preventiva del deudor; son circunstancias que necesariamente incidirán en la capacidad de éste para hacer frente a sus compromisos y obligaciones contractuales. Es ahí, donde el derecho penal debe ser capaz de establecer contornos mínimos en orden a poder resguardar el interés de los acreedores cuando exista efectivamente un deudor con negocios lícitos y compromisos asumidos a partir de esto de aquellos casos en que existan sujetos que luego de obtener ganancias ilícitas producto de la comisión de algún delito base de lavado de dinero, pretendan darle apariencia de legalidad a su actuar, por ejemplo, mediante la creación de negocios de fachada o de pantalla, la contratación de múltiples créditos de consumo que luego son prepagados en corto tiempo y adquiriendo distintos bienes, financiados con créditos hipotecarios que son pagados con dineros de fuente ilícita. Tipologías todas de lavado de activos que son cada vez más frecuentes, especialmente con la incorporación paulatina de delitos base que presupongan una víctima afectada.

En este sentido, y sin querer ser taxativa, podemos sostener que el problema se presentaría a los menos en las siguientes situaciones:

(i) Cuando se trata de casos en que existen investigaciones vigentes respecto de imputados que utilizan personas jurídicas como medio para cometer delitos contra la propiedad;

(ii) Cuando se trata de casos en que existen investigaciones vigentes respecto de imputados que utilizan personas jurídicas para ocultar o disimular bienes de procedencia ilícita;

(iii) Cuando se trata de casos en que un imputado, producto de la comisión de alguno de los delitos contemplados en el catálogo de delitos base de lavado, solicita su liquidación voluntaria como persona natural contribuyente de primera categoría, luego de caer en insolvencia al haberse decretado alguna medida cautelar real o personal en su contra o de su patrimonio o empresas, luego de su formalización en una investigación seguida en su contra.

Dentro de esta última constelación de casos no podemos dejar de destacar una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en el marco del denominado "Caso Fraude en Carabineros" o "Caso Verde Austral" Ruc 1601014175-7. Los hechos transcurrieron así[107]:

Durante el año 2012, luego de su jubilación en 2011, uno de los imputados que perteneció y lideró la organización criminal investigada en la referida causa, habría realizado múltiples inversiones con dinero proveniente de la comisión reiterada del delito de malversación de caudales públicos por más de mil millones de pesos en el marco del funcionamiento de dicha organización. Por lograr dicho fin y vulnerar los mecanismos de control preventivo de lavado de dinero, el imputado inició actividades en el Servicio de Impuestos Internos como empresario individual (contribuyente de primera categoría), logrando de esta manera integrar y estratificar paulatinamente los fondos ilícitamente obtenidos entre los años 2006 y 2011. A dichas inversiones les daba apariencia de legalidad al financiarlas a través de créditos bancarios que luego prepagaba con dineros de origen ilícito, proveniente de fondos malversados desde cuentas institucionales de Carabineros de Chile. La insolvencia se habría gatillado producto de las medidas cautelares reales decretadas en su contra, situación que se intensificó luego de su detención. Por lo anterior, en el año 2018 y mientras se encontraba en prisión preventiva, inició un procedimiento de liquidación voluntaria como empresario individual contribuyente de primera categoría. Junto con iniciar dicho procedimiento, reconoció además al Fisco de Chile un crédito por la comisión de los delitos de lavado de dinero, malversación de caudales públicos y asociación ilícita, que el imputado estimaba (sólo) en $450.000.000 pesos. Dicho dinero estaba retenido en sus cuentas bancarias, producto de una medida cautelar real concedida por el 7° Juzgado de Garantía de Santiago en el marco del caso antes referido. Sin embargo, además de dichos montos, dado que gran parte de los bienes que componían el patrimonio del imputado era de origen ilícito y se encontraban cautelados en sede penal (consistente en parcelas, departamentos, vehículos y caballos fina sangre), una vez pronunciada la resolución de liquidación en el procedimiento de liquidación voluntaria, el liquidador intentó dejar sin efecto dichas medidas de aseguramiento para integrarlos al proceso concursal, situación que fue rechazada por el Juzgado de Garantía. A raíz de lo anterior, el Consejo de Defensa del Estado solicitó al 18° Juzgado Civil de Santiago la exclusión de los bienes cautelados en sede penal del procedimiento concursal, pero el tribunal rechazó la solicitud con fecha 19 de octubre de 2018.

107 Según consta en la acusación fiscal presentada por el Ministerio Publico con fecha 18 de marzo de 2019 en causa Ruc N° 1601014175-7, en relación con el delito de lavado de dinero del acusado Arnoldo Rivero Gerdes.

Frente a esta situación, con fecha 22 de julio de 2019, la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago[108], anuló la resolución del tribunal a quo, y todo lo obrado con posterioridad a ella, excluyéndose del procedimiento de liquidación voluntaria, los bienes objeto de las medidas precautorias dictadas por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, en causa Ruc N° 1601014175-7. Los argumentos pueden resumirse de la siguiente manera:

1. Que conforme al artículo 8° de la Ley N° 20.720, las normas contempladas en leyes especiales prevalecen sobre esta, por lo que del análisis de los artículos 32 de la Ley N° 19.913 y 31 del Código Penal, la adecuada exégesis y aplicación de la preceptiva legal vigente exigía que el magistrado del *tribunal a quo* dispusiera excluir de la solicitud de liquidación voluntaria cursada, (1) el supuesto crédito del Fisco por la comisión de delitos y, en consecuencia, (2) los bienes que son objeto de las medidas precautorias decretadas por el 7° Juzgado de Garantía de la ciudad de Santiago.

2. Que *"no se trata de un crédito propiamente tal, ni de una deuda, sino que de una medida de aseguramiento dispuesta en el contexto de una investigación de carácter criminal"*, agregando que en el caso sub-lite se sustancia un proceso penal en contra de A.R.G., en el que se ha requerido la intervención del Juez de Garantía con el objeto de preservar los bienes cuyo origen ilícito se está indagando.

3. Que *"lo contrario importaría dar la posibilidad que el imputado a su entera voluntad se sustraiga por anticipado de los efectos patrimoniales que una eventual condena acarrearía, burlando así por esta vía los resguardos que la ley procesal ha franqueado precisamente para prevenir dicho evento, instrumentalizando la ley invocada por el solicitante, la que fue concebida con una finalidad enteramente distinta (…)"*.

La resolución de la Corte no sólo es relevante porque sacó del punto muerto en el que se encontraban los bienes cautelados en el caso concreto, dado que el juez de garantía no autorizó levantar las medidas decretadas en sede penal, y, por otro lado, el juez civil no autorizó su exclusión de dichos bienes del proceso concursal. El razonamiento de la Corte nos lleva a relevar la importancia de analizar las implicancias de las reformas legales o entrada en vigor de una ley, cuando sus efectos exceden el ámbito de su competencia. Esto es especialmente relevante si se trata de ámbitos propios del derecho

108 Corte de Apelaciones de Santiago, resolución de fecha 22 de julio de 2018, ROL N° 13.075-2018.

penal económico, en que el derecho penal se encuentra interrelacionado con distintas áreas del derecho que deben analizarse en conjunto.

El caso de las sociedades de papel o pantalla que son instrumentalizadas para cometer delitos presenta una dificultad mayor, ya que, pese a no tener un objeto lícito, las normas del derecho concursal se muestran inconsistentes y parecen cobijarlas. En la práctica, se ha estimado que tienen derecho a declararse en liquidación y a gozar de la suspensión de todos los juicios ejecutivos que hubieren iniciado los acreedores respecto de éstas; que tienen derecho al período de protección concursal establecido en la Ley N° 20.720 y a reintegrar a la masa los bienes que se encuentran cautelados en sede penal en favor de las víctimas, por ejemplo, en el caso de las estafas piramidales (que también es delito base de lavado de dinero). Esta inconsistencia normativa conlleva al incentivo perverso de que el procedimiento concursal pueda ser apartado de sus fines originales, siendo utilizado como una forma legal de lavar dinero, teniendo presente el efecto de extinción total de las deudas que se encuentra consagrado en el artículo 255 de la Ley N° 20.720.

Al respecto, lo anteriormente razonado nos lleva a cuestionar la mantención de la vigencia del artículo 149 de la Ley N° 20.720. Probablemente de *lege ferenda* lo más certero sea eliminar la norma o derechamente modificarla para efectos de circunscribirla exclusivamente a los delitos concursales y defraudaciones (relacionadas con estos), contemplados en los artículos 463 a 466 del Código Penal. Sin embargo, mientras lo anterior no ocurra, consideramos pertinente esbozar una propuesta de interpretación de la referida norma, tomando en consideración lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago en la sentencia antes referida. Esto resulta ser especialmente relevante, teniendo en consideración lo ocurrido en casos emblemáticos sobre estafa piramidal, en los cuales se utilizó la norma en comento para levantar cautelares reales con el objeto de que los bienes fueran puestos a disposición del procedimiento concursal, en desmedro de las víctimas.

Propuesta de interpretación del artículo 149 Ley N° 20.720

Llegados a este punto consideramos finalmente que debe darse un alcance restringido del artículo 149 de la Ley N° 20.720, en el sentido de entender que se encuentra doblemente limitado conforme a su tenor literal: es decir (i) sólo opera para las medidas cautelares reales decretadas, no para los bienes incautados; y (ii) sólo opera para delitos contra la propiedad (Título IX del Libro II del CP). A contrario sensu, la incautación nunca quedará sin efecto por aplicación de este artículo y las medidas cautelares reales sólo lo harán en la medida en que hayan sido impuestas a propósito de la comisión de un delito contra la propiedad. Sin embargo, (iii) aun tratándose de estos delitos, sería posible controvertir la aplicación de la norma considerando lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N° 20.720 cuando el delito en cuestión sea a su vez

delito base de lavado de dinero, por ejemplo, en el delito de estafa sobre 400 UTM, fraude de subvenciones, apropiación indebida y administración desleal.

En cuanto a los argumentos jurídicos para sostener lo anterior, podemos mencionar en primer lugar, que los artículos 6 CPP y 83 CPR establecen la obligación de dar protección a las víctimas en el proceso penal, por lo que esta no puede quedar relegada a un rol secundario en cuanto a sus legítimas pretensiones de reparación. En el mismo sentido, el artículo 14 letra a) del Código Orgánico de Tribunales establece que el juez de garantía debe velar por los derechos de las víctimas y de los querellantes dentro del proceso penal.

En tercer lugar, enfatizar que el artículo 189 inciso segundo CPP estipula que las cosas hurtadas, robadas o estafadas se devuelvan a su dueño, por lo que el legislador entiende que es de toda justicia que, con independencia de cualquier posible indemnización, a la víctima se le devuelva al menos sin demora aquello que le fue arrebatado (esto es particularmente relevante considerando que el delito de estafa y el de administración desleal son delitos base de lavado actualmente). Por lo anterior, debemos relevar el hecho que los dineros que se incautan en un proceso penal son efectos del delito en los términos del 189 CPP, por lo que el liquidador deberá interponer una reclamación o tercería ante el juez de garantía cuando quiera dejar sin efecto alguna medida cautelar decretada sobre los mismos. El mismo razonamiento es aplicable tratándose de las ganancias ilícitas generadas a partir del delito de lavado de activos. Las facultades del liquidador no debiesen afectar las incautaciones practicadas, toda vez que los fines públicos del proceso penal prevalecen por sobre el interés privado de la masa de acreedores.

Finalmente, debemos recalcar que tal como lo señaló la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Ruc N° 1601014175-7, el artículo 8 de la Ley N° 20.720 establece un principio de exigibilidad, en el sentido que *"las normas contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las disposiciones de esta ley"*, lo que incluiría a la Ley N° 19.913 que tipifica el delito de lavado de dinero. Adicionalmente, en relación con los casos de personas jurídicas utilizadas para lavar dinero, es necesario considerar que las imputaciones a representantes legales de personas jurídicas, por lo general van de la mano de la atribución de responsabilidad de otros delitos, cuyo objeto de protección puede ser de carácter eminentemente colectivo, incluidos en leyes especiales y no abarcados por el artículo 149 Ley N° 20.720.

DIVISIÓN DE ESTUDIOS, EVALUACIÓN, CONTROL Y DESARROLLO DE LA GESTIÓN

CARACTERÍSTICAS, ALCANCE Y FINALIDAD DEL INDICIO A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 85 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A PROPÓSITO DEL DENOMINADO CONTROL DE IDENTIDAD INVESTIGATIVO

Rodrigo Honores Cisternas[1]

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 85 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP) regula el recientemente denominado control de identidad investigativo, a propósito de la distinción incorporada por la Ley N° 20.931, cuyo objetivo –tal como lo señala la norma– es solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren –los funcionarios policiales– la existencia de algún indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad.

Al respecto, cabe tener en consideración que el control de identidad constituye una facultad otorgada a las policías con el objetivo que estas puedan prevenir y combatir la delincuencia. En tal contexto, ha sido objeto de una serie de modificaciones, todas las cuales han apuntado a fortalecer y ampliar el ámbito de aplicación de esta facultad policial, de cara a disminuir los índices de delincuencia y la sensación de inseguridad ciudadana. La última de estas modificaciones se produjo a propósito de la Ley N° 20.931, la cual –entre otros aspectos– modificó los requisitos habilitantes para la ejecución del control de identidad, de manera tal que se reemplazó la existencia de indicios –en plural– por la existencia de "algún indicio". Ello derivó en la aparición de diferentes interpretaciones, a nivel doctrinario y jurisprudencial, acerca de qué debía entenderse por indicio, cuál era la magnitud del hecho que habilitaba la aplicación del referido control y las limitaciones que tenían la policía para su ejecución.

1 Abogado de la División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión, Fiscalía Nacional, Ministerio Público. Magíster en Derecho, mención Derecho Penal, Universidad de Chile.

En razón de ello, desde hace algunos años los diferentes tribunales del país, particularmente la Corte Suprema, han venido pronunciándose de forma reiterada sobre el alcance que tiene el concepto de "indicio" exigido por la norma para efectos de la realización del control de identidad, a propósito de los reiterados recursos de nulidad presentados por las defensas de condenados cuyos procesos se originaron en la ejecución, por parte de las policías, de esta facultad autónoma. A partir de ello, la jurisprudencia ha hecho un esfuerzo por uniformar y delimitar el concepto, estableciendo la exigencia de requisitos, en algunos casos bastante más restrictivos que los contemplados previo a la promulgación de la Ley N° 20.931.

A modo de ilustrar el estado de la discusión que el tema ha generado, vale traer a la vista un fallo dictado por la Corte Suprema en junio de 2019[2]. En él, a propósito de un recurso de nulidad deducido por la defensa de un condenado por tenencia de armas de fuego, el máximo tribunal del país le otorgó la entidad de indicio al hecho que un conductor, al percatarse de la presencia policial, modificara su ruta con el objetivo de evadir el control vehicular, por cuanto tal conducta es sintomática de que el sujeto incumple alguna de las obligaciones legales o reglamentarias que le corresponde fiscalizar a Carabineros. Sin embargo, existen posiciones sostenidas por el mismo tribunal –y apoyadas por parte de la doctrina– a las que suelen acudir las defensas, que afirman que el hecho de realizar maniobras intempestivas y raudas en un vehículo motorizado, frente a la constatación de un inminente control policial, no necesariamente constituyen la conducta habitual de quien busca eludir el control, toda vez que este tipo de controles normalmente se realizan en sectores o intersecciones en que no pueden ser advertidos desde la distancia por los automovilistas[3].

Como se puede apreciar, el tema no es pacífico, lo que se ve reflejado –por ejemplo– en fallos similares dictados, sobre la misma materia, por la Corte Suprema. En razón de lo anterior, el propósito de este artículo será delinear el concepto de indicio a partir de los objetivos planteados por el legislador, ya sea de forma expresa o no, para el control de identidad investigativo. Asimismo, se hará referencia a legislación comparada y cómo se ha entendido, en los sistemas que lo requieren, el indicio habilitante para la aplicación del control de identidad. Además, se estudiarán algunos fallos que los diferentes tribunales del país –y en especial la Corte Suprema– han dictado desde la entrada en vigor de la Reforma Procesal Penal, de modo tal de vislumbrar la evolución que ha tenido el concepto a ojos de la jurisprudencia y los requerimientos que se han exigido para afirmar la existencia de un indicio. Finalmente, y sobre la

2 Corte Suprema, 05 de junio de 2019, ROL N° 17.405-2019.

3 Corte Suprema, 13 de noviembre de 2017, ROL N° 40.045-2017.

base de los elementos estudiados, se entregarán herramientas que permitan entender el concepto y características de la institución objeto de discusión, poniendo énfasis en el alcance que debería tener en su aplicación, las cuales deberían ser consideradas por los operadores del sistema a fin de aplicar el control de identidad de conformidad a lo requerido por la ley y las exigencias jurisprudenciales de los tribunales del país.

II. DESARROLLO LEGISLATIVO DEL CONTROL DE IDENTIDAD

En la legislación procesal penal anterior a 1996 se contemplaba la figura de la "detención por sospecha", la cual habilitaba a las policías para detener a las personas que ocultaren su identidad y a las personas respecto de las cuales se sospechare haber cometido un delito. En este sentido, el artículo 260 del Código de Procedimiento Penal disponía que: "los agentes de la policía estarán (…) autorizados para detener: 3° Al que anduviere con disfraz o de otra manera que dificulte o disimule su verdadera identidad y rehusare darle a conocer, y 4° Al que se encontrare a deshora o en lugares o en circunstancias que presten motivo fundado para atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieren las sospechas"[4]. Asimismo, se facultaba al jefe de policía para mantener la detención de dichas personas si las explicaciones relativas a su conducta no justificaban los motivos de su detención. Según lo señalado, la detención por sospecha constituía un procedimiento policial que podía ejecutarse sin orden previa, cuyo objetivo era privar de libertad ambulatoria a personas cuya conducta generaba dudas respecto a los hechos de haber infringido, estar infringiendo o, eventualmente, pudieren infringir el orden público interno[5].

Habida cuenta la incompatibilidad de esta figura con un estado democrático y los reparos constitucionales realizados, los cuales apuntaban principalmente a la discrecionalidad que se le otorgaba a las policías para su ejecución, se propició la creación de una figura que, dentro de un marco preventivo, permitiera realizar procedimientos objetivos, ponderándose la libertad ambulatoria y, a su vez, la seguridad ciudadana. En virtud de ello, en el año 1998 se derogó esta figura y se incorporó, en su reemplazo, el control de identidad como una institución perentoria hasta la redacción definitiva del Código Procesal Penal que en ese momento se encontraba en discusión. Esta nueva herramienta restringió el ámbito de actuación de las policías,

4 Chile, Ley N° 1.853, establece Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial del 19 de febrero de 1906.

5 FARLENE, Kenneth. "La Supresión de la Detención por Sospecha. Un aporte substantivo al Derecho Chileno". En: *Revista Última Década,* N° 6, Santiago, Chile, CIDPA, 1997, p. 269.

pudiendo controlar la identidad de las personas en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella ha cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, o de que se dispone a cometerlo, o de que puede suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito. Es aquí cuando, por primera vez, se utiliza el concepto de indicio que, a diferencia de la sospecha, implicaba la existencia de un criterio objetivo que fundaba la actuación policial.

Posteriormente, y ya habiendo entrado en vigor la Reforma Procesal Penal en parte del país, se promulgó y publicó la Ley N° 19.789, la cual reformó el Código Procesal Penal en algunas materias. En lo que respecta al control de identidad, se amplió su aplicación no sólo a los crímenes y simples delitos, sino que también a las faltas, de modo que los agentes policiales se encontraban habilitados para solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados en que existiera un indicio de que la persona hubiere cometido o intentado cometer una falta. Además de otras modificaciones, se habilitó a las policías para realizar el registro de vestimentas, equipaje y vehículo de la persona cuya identidad se controla. Respecto a la exigencia de un indicio para fundar el procedimiento, no se realizaron modificaciones.

Sin embargo, con la dictación de la Ley N° 20.253 –cuyo objetivo radicaba en reforzar las atribuciones preventivas de las policías– cambió el panorama en relación a los requisitos habilitantes para la ejecución del control de identidad. De este modo, se modificó la redacción que establecía la hipótesis de procedencia del control, requiriéndose la existencia de "indicios". En tal sentido, se atribuye a la configuración del indicio un carácter circunstancial y se refuerza el carácter subjetivo que reviste la apreciación de los hechos por parte del personal policial, en tanto la nueva redacción plantea que el referido control se podrá practicar en los "casos fundados en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios"[6].

Como se puede apreciar, las principales modificaciones en relación al control de identidad dan cuenta de una constante búsqueda de equilibrio entre las demandas sociales y la seguridad ciudadana. En todo caso, fue la búsqueda de objetividad del procedimiento el motivo transversal de todas las modificaciones realizadas, de modo tal de superar la discrecionalidad que traía aparejada la detención por sospecha. Sin embargo, las críticas que diversos sectores de la sociedad realizaron respecto a la aplicación práctica de la figura y las dificultades que generaba en la labor policial preventiva, provocaron que

6 Chile, Ley N° 20.253, Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías. Diario Oficial del 14 de marzo de 2008.

los diversos gobiernos de la última década propiciaran modificaciones que apuntaban a extender las facultades policiales, ampliándose los presupuestos de procedencia del control de identidad y entregando mayor autonomía a los funcionarios policiales para apreciar los elementos fácticos y decidir en relación a la existencia de indicios que autorizaran la aplicación del procedimiento. En tal sentido, las reformas plasmadas en las Leyes N° 19.789 y 20.253 provocaron que el concepto de indicio perdiera –aparentemente, como se verá– su objetividad, radicándose en las policías la labor de fundamentar su existencia.

III. El indicio como requisito de procedencia del control de identidad

Como bien se señaló, la Ley N° 20.253 sustituyó la palabra "indicio" por "indicios", de modo tal que para la configuración de un caso fundado resultaba necesario la concurrencia de una pluralidad de circunstancias que tuvieran el valor de indicio, para habilitar al personal policial para la ejecución del control de identidad. Sin embargo, el año 2016 con la promulgación de la Ley N° 20.931 se modificó nuevamente el requisito de procedencia de este control, volviendo a la fórmula anterior, de modo que para llevar a cabo esta facultad basta con la existencia de solo un indicio.

La doctrina nacional, por su parte, ha caracterizado el término "indicio" como uno de los elementos de la estructura lógica de la presunción del control de identidad. Conforme lo anterior, se le ha definido como un hecho indicador, o hecho conocido, del cual mediante el empleo de la deducción, o inferencia, se colige un hecho desconocido o deducido[7]. Asimismo, se ha entendido que los indicios corresponden a antecedentes o hechos conocidos que nos permiten llegar al establecimiento, mediante un proceso de deducción, de un hecho desconocido[8]. Sobre la base de lo señalado, un indicio constituye un hecho o circunstancia a partir de la cual se puede deducir o inferir, razonablemente y de acuerdo a las circunstancias del caso particular, que una persona cometió, intentó cometer o se dispone a cometer un crimen, simple delito o falta o que puede suministrar información útil para la indagación de un crimen, simple delito o falta.

Lo anterior, como resulta obvio, requiere de un necesario procedimiento lógico-deductivo por parte del agente policial, quien deberá ponderar las circunstancias del caso y, a partir de ello, decidir si es pertinente la aplicación

7 ROMERO MUZA, Rubén. *Control de Identidad y Detención. Doctrina y jurisprudencia.* 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Librotecnia, 2007, p. 35.

8 CORREA, Jorge. *Curso de Derecho Procesal.* Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Santiago, 2006, p. 145.

de un control de identidad. Respecto a la relación que debe existir entre el hecho inferido y el hecho conocido (indicio), parte de la doctrina ha sostenido que al momento de su calificación debe existir al menos una duda. Ello importa que el carácter de indicio que le atribuye el funcionario policial a ciertos hechos determinados significa que concurren tanto motivos que llevan a la afirmación del hecho, como motivo que apuntan hacia su negación. De este modo, el indicio no constituye un razonamiento discursivo, ni tampoco una categoría especial de inferencia: no es más que una afirmación base a partir de la cual se construye otra[9].

La exigencia de indicios, por tanto, implica que el funcionario policial debe estimar, según las circunstancias, la concurrencia de algún hecho que permita inferir racionalmente que el individuo a quien se somete a un control de identidad, hubiere cometido, intentado cometer o se dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta. Esto es consecuencia de que el control de identidad es una medida que se realiza sin que los agentes policiales hayan constatado la realización de un hecho punible, actuando sobre un fundamento meramente indiciario, sin constatar directamente la realización del delito, pero con fundamento en la existencia de otros hechos que permitan inferir su existencia.

Desde un punto de vista cuantitativo, el concepto de indicio alude a una mínima cantidad de algo que no acaba de manifestarse como mensurable: el indicio no constituye el hecho en su totalidad, sino que corresponde a un fenómeno que configura una expresión menor del hecho no percibido que se pretende inferir. El problema que se presenta en este ámbito es si el indicio debe concurrir objetivamente, a través de la configuración de determinados elementos o si, por el contrario, la constatación del mismo depende de la mera representación subjetiva del agente. Esta interrogante cobra sentido producto de la modificación incorporada por la Ley N° 20.253, al sustituir la expresión "tales como la existencia de un indicio" por "en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios". Bajo nuestra apreciación, no puede afirmarse que la modificación incorporada por la norma mencionada –y reiterada por la Ley N° 20.931– configure un panorama de subjetivación del indicio, basada en la simple sospecha del agente policial. Al respecto, parte de la doctrina ha señalado que la intención del legislador no fue que el control de identidad pudiese ser objeto de prácticas arbitrarias o abusivas similares a la detención por sospecha, puesto que –precisamente– se creó esta facultad autónoma

9 MUÑOZ SÁBATE, Luis. *Técnica Probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso.* Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1997, p. 241. También MATURANA MIQUEL, Cristián. *Actuaciones judiciales, Notificaciones, Resoluciones y Juicio Ordinario.* Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, p. 255.

para superarla. Por la misma razón, se exigió que el procedimiento tuviera aplicación sólo en aquellas situaciones en que existieren casos fundados[10].

Ahora bien, la exigencia de un caso fundado, como elemento básico de la realización del control de identidad, no se cumple ni se satisface con la exclusiva representación subjetiva del hecho a inferir, sino que expresamente se exige que el policía estimare que existen indicios, lo cual implica cerciorarse de fenómenos que permitan inferir la existencia de un hecho no percibido, lo cual no podría quedar al mero arbitrio del agente policial. A mayor abundamiento, el artículo 85 del Código Procesal Penal exige que la calificación de las circunstancias como indicio se efectúe conforme al contexto en que se desarrollan las mismas, de manera que se deben considerar todos los aspectos fácticos relativos al hecho que se desarrolla y se debe prestar atención a las condiciones concretas que permiten apreciar determinados aspectos como indiciarias de otro hecho.

También vale traer a la vista la discusión legislativa que se desarrolló en torno a las modificaciones de la Ley N° 20.253. En efecto, una primera redacción proponía que el control de identidad se podría desarrollar en los casos en que "según las circunstancias la policía estimase en su apreciación que (…)", atendido que el Ministerio Público reclamaba las altas exigencias requeridas por los jueces de garantía en las respectivas audiencias de control de detención, los cuales consideraban que un control de identidad no podía derivar en una detención por flagrancia, por cuanto se trataba de actuaciones autónomas. En tal sentido, si en el control de identidad se percibía la comisión flagrante de un delito, no era posible detener sin orden judicial previa. El texto inicial de la norma, por tanto, venía en solucionar este problema, limitando la interpretación de la ley y procurando evitar futuras declaraciones de ilegalidad de la detención[11]. En contra dicha redacción original se pronunció el profesor y diputado Juan Bustos, el cual planteó que –así construidos los requisitos habilitantes para la realización del control de identidad– se volvía a un régimen incluso más abusivo que el de la detención por sospecha, pues permitía a la policía actuar sin ningún indicio objetivo que otorgara fundamento a la actuación de las policías. La comisión que estudió el proyecto de ley, teniendo en consideración los reparos planteados, señaló que el control de identidad procedería "sobre la existencia de indicios objetivos que permitieran la posibilidad de debatir acerca de su concurrencia"[12], y en

10 SALAS ASTRAÍN, Jaime. *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales.* Santiago, Chile, Editorial Librotecnia, 2009, págs. 165 y sgtes.

11 PIEDRABUENA, Guillermo. *Ley 20.253 Agenda Corta Antidelincuencia.* Santiago, Chile, Editorial Legis Chile, Santiago, 2008, p. 8.

12 Ibíd., págs. 94 y sgtes.

virtud de ello se aprobó que el referido control se podría realizar en los casos "en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que (…)", lo cual se mantuvo incluso después de la dictación de la Ley N° 20.931. En tal sentido, la discusión legislativa nos ilustra que, aun cuando la intención original del legislador era entregar la realización del procedimiento de control de identidad al criterio personal de los funcionarios policiales, el texto fue modificado con la expresa intención que la presencia del indicio sirviera de fundamento a la realización del control de identidad, el cual debería ser apreciado según criterios objetivos que fundamenten esa estimación. La correcta aplicación de dichos criterios, por su parte, es objeto de control judicial, para lo cual es necesario una fundamentación objetiva de la actuación policial. La tarea del juez de garantía será, por tanto, valorar la razonabilidad de la apreciación del funcionario policial, con los conocimientos que él tenía y las situaciones fácticas que rodeaban la situación.

Otros autores, por su parte, han cuestionado el carácter objetivo que el legislador intentó plasmar al construir los requisitos habilitantes del control de identidad, puesto que cuando el Código utiliza la palabra indicio lo hace para referirse a la situación en que se encuentra una persona, la cual resulta sospechosa –a ojos del agente policial– de haber cometido un delito. En esta misma línea se pronuncia el profesor Bofill, el cual estima que la modificación introducida por la Ley N° 20.253 sustituye un elemento objetivo por otro subjetivo, dado que establece que la presencia de los indicios queda entregada al juicio del funcionario policial que desarrolla el procedimiento[13].

Sin embargo, no es razonable confundir los conceptos de sospecha con indicio, por cuanto el primero hace referencia a un juicio valorativo (y, por tanto, subjetivo), conforme el cual el agente policial valora negativamente la conducta de una persona; por su parte, el indicio dice relación con un proceso lógico-deductivo (y siempre cimentado sobre la base de la ponderación de circunstancias), a partir del cual –como se señaló– se extrae un hecho desconocido a partir de elementos conocidos. Por lo mismo, a la hora de realizar este proceso mental, el agente policial debe tener en consideración –entre otros elementos– las circunstancias que rodean los hechos, las máximas de la experiencia, las características del lugar o sector y la existencia de elementos fácticos, todos los cuales concurren a la formación –desde un punto de vista lógico– de un criterio policial. A *contrario sensu,* no podrán constituir indicios hechos que, aplicando la lógica del proceso inductivo, no permitan extraer conclusiones lógicas sin la necesaria concurrencia de un juicio valorativo, tales como: la actitud o perfil del sujeto (vestimenta, corte de pelo, actitud de nerviosismo, etc.) o

13 Ibíd.

el lugar en el que se llevó a cabo el control (v.gr. persona encontrada a solas en lugar poco iluminado). En tal contexto, el proceso de derivación de hechos a partir de un indicio constituye un proceso objetivo en tanto sólo podrán atribuirse a él las consecuencias lógicas y basadas en la experiencia, sin un carácter valorativo, el cual es más bien propio de la sospecha.

IV. Apreciación del indicio

Como se desprende de lo dispuesto del artículo 85 CPP, corresponde a los funcionarios policiales calificar la existencia de un indicio, según las circunstancias concretas que rodean la situación. En razón de ello, puede afirmarse que el indicio fundante del control de identidad difiere según el contexto bajo el cuales se practica[14]. La apreciación que realicen los funcionarios policiales podrá ser discutida ante el juez de garantía, el cual –como se señaló– debe seguir un criterio ex ante[15], pues es el funcionario policial quien está facultado por la norma para la estimación de la existencia de indicios, de modo que al juez sólo corresponderá la valoración de la razonabilidad de la apreciación del agente, con los conocimientos que éste tenía, previos a la realización del control de identidad. En virtud de lo señalado, la inexistencia de hechos inferidos a raíz de la apreciación de los indicios efectuada por el funcionario no necesariamente debería desembocar en una declaración de ilegalidad si el procedimiento es razonable desde una perspectiva ex ante[16]. En efecto, la vigencia efectiva de la apreciación judicial ex ante, independiente de los resultados que arroje el control de identidad, es el mecanismo último que disciplina el ejercicio ajustado a derecho del actuar policial en la diligencia, y que lo disuade de incurrir en actuaciones vulneratorias de garantías fundamentales. Es decir: si la legitimación del control de identidad se vinculara con sus resultados, ello daría lugar a un incentivo a realizar prácticas policiales que tuvieran por objetivo obtener de cualquier modo dichos resultados, no sólo para la investigación, sino para precaver toda responsabilidad en controles de identidad en los cuales no se hubieren cumplido a cabalidad las exigencias legales para su realización. Conforme lo razonado, un resultado ex post correcto en los casos de ejercicio del cargo basado en sospecha, no puede subsanar la falta de un procedimiento adecuado, imprescindible en un Estado de Derecho[17].

14 SALAS ASTRAÍN, ob. cit., págs. 172 y sgtes.

15 PIEDRABUENA, ob. cit., p. 105.

16 Ibíd.

17 ROMERO MUZA, ob. cit., págs. 90 y sgtes.

Dentro de este ámbito también resulta adecuado cuestionarse la relación que debe existir entre el hecho a inferir y las circunstancias a las que el agente policial atribuyó un carácter indiciario. Al respecto, se debe señalar que el control de identidad es una diligencia que se realiza sin que los funcionarios policiales hayan constatado la existencia de un delito, de modo que actúan basados en la existencia de otros hechos que permiten inferir la existencia del ilícito. Conforme a ello, el indicio no corresponde a un ilícito en su totalidad, sino que es otro hecho que constituye una expresión menor del que se pretende inferir. Ahora bien, ¿es necesario que el agente policial cuente con algún grado de conocimiento relativo al hecho a inferir? Al respecto, se ha planteado que no es necesario que el agente posea certeza plena relativa al hecho a inferir, puesto que dicha certeza sólo se puede lograr luego de un proceso investigativo, el cual permite llegar al convencimiento de que un hecho ocurrió de una manera determinada. Por el contrario, tampoco se podría afirmar que no se exige ningún grado de conocimiento del hecho a inferir, en tanto el artículo 85 CPP exige la apreciación por el funcionario policial de la existencia de un indicio (relativo a la comisión de un delito o suministro de información). En tal sentido, y dentro del marco de los estados de conocimiento en que puede estar una persona respecto a determinados hechos[18], se exigiría que el funcionario policial a la hora de determinar el carácter indiciario de un hecho actúe, al menos, en un estado de duda en relación al hecho a inferir, existiendo la posibilidad o credibilidad de que el sujeto hubiere cometido, intentado cometer o se dispusiere cometer un crimen, simple delito o falta, o de que pudiere suministrar información útil para la investigación de los mismos. En este contexto, cabe tener presente que la duda se produce cuando frente a una circunstancia determinada concurren motivos que llevan hacia su afirmación y motivos que apoyan su negación: si los primeros son equivalentes a los segundos, diremos que el asunto es creíble, mientras que si los primeros son mayores a los segundos, el hecho se debe tener por probable, de modo tal que la duda puede convertirse en improbabilidad, credibilidad y probabilidad[19]. Así, en el caso del control de identidad cuya intensidad –en cuanto a la gravedad de la afectación en los derechos fundamentales del afectado– es menor que la detención, se requiere que exista la posibilidad o credibilidad de la existencia del hecho a inferir. Ello importa que el carácter de indicio que le atribuye el funcionario policial a ciertos hechos determinados signifique que concurren tanto motivos que llevan a la afirmación del hecho a inferir, como motivos que apelan a su negación, siendo tales motivos al menos de importancia equivalente.

18 MATURANA MIQUEL, ob. cit., p. 22.

19 Ibíd.

En virtud de lo razonado, la apreciación de los hechos indiciarios tiene que sustentarse sobre la base de elementos objetivos a partir de los cuales sea razonable la afirmación de un hecho no conocido. Por tal razón se deben descartar desde ya, en la construcción y determinación del indicio, ciertas conductas, actitudes y formulismos genéricos que se suelen utilizar para argumentar la procedencia del control de identidad, como por ejemplo:

A. La actitud y perfil del sujeto, apreciadas de forma aislada y parcelada, no pueden sustentar por sí solas la construcción de un indicio, ya que lógicamente, a partir de dichas premisas no se puede derivar que una persona cometió, intentó cometer o se dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta o pudiere suministrar información útil para la investigación de los mismos. De este modo, ambos elementos deben ser interpretados y apreciados conjuntamente con otros para la construcción del indicio.

B. En razón de lo anterior, tampoco sería plausible la argumentación en torno a formulismos genéricos que, por sí solos, no justifican la realización de un control de identidad, tales como: "actitud evasiva", "actitud sospechosa", "gestos y conductas dudosos", "persona en evidente estado de nerviosismo", entre otros. Para que ellas pudieran ser útiles en la construcción de un indicio, necesariamente se requiere una especificación sobre las particularidades de la conducta, gestos y actitudes y cómo ellas constituyen razonablemente un indicio suficiente para la realización de un control de identidad.

C. Tampoco podría construirse el indicio considerando únicamente el lugar en donde se llevó a cabo el control, puesto que a partir de esa información aislada no resulta razonable la inferencia de un hecho desconocido. Para que esta circunstancia tuviera cierto valor indiciario necesariamente requeriría ser apreciado en conjunto con otras circunstancias.

D. Finalmente, las máximas de la experiencia tampoco constituyen antecedentes suficientes que, de forma aislada y autónoma, configuren un indicio que habilite para la realización del control de identidad. Al igual que los casos anteriores, la experiencia debe ser apreciada conjuntamente con otros elementos para que, de manera razonable, se pueda confiar en la probabilidad de un hecho desconocido. Por lo mismo, no se podría construir un control de identidad sobre la base de conceptos como experiencia, olfato e intuición policial. El criterio de razonabilidad ex ante importa que las máximas de la experiencia policial deban ser explicitadas al juez y que éste, sobre la base del contexto de las circunstancias y desde el punto de vista del agente policial, llegue razonablemente a la misma conclusión respecto a la existencia de un indicio suficiente para controlar la identidad.

En términos prácticos, la valoración de suficiencia de los hechos que constituyen el indicio el juez la realizará en forma ex ante al control propiamente tal, por lo que la justificación fáctica expresada por el fiscal debe satisfacer la óptima de la valoración[20]. Desde esta óptica, se observa que los principales defectos que desligitiman la diligencia de control de identidad provienen de la fundamentación precaria o contenido insuficiente que intenta justificar al indicio, las cuales usualmente se identifican con la actitud de los imputados, el perfil del sujeto controlado, la conducta ante la presencia policial, la utilización de formulismos genéricos, el lugar y circunstancias que tuvo lugar la diligencia, y la sola invocación de las máximas de la experiencia del funcionario policial[21]. Todos estos antecedentes, apreciados de manera aislada, no son suficientes para fundar el indicio. Además de requerirse una apreciación global, es necesario explicitar al juez por qué el gesto, actitud o movimiento observado lleva al agente policial a concluir razonablemente que configura el indicio exigido por la ley para proceder al desarrollo de la facultad autónoma en estudio. De este modo, debe explicarse la relación causal entre el gesto y el indicio de que la persona cometió o se prepara para cometer un delito. En similar situación se encuentra la invocación a la experiencia policial, la cual no puede ser apreciada aisladamente sino que necesariamente debe ser un fundamento más para producir en el juez la idea de razonabilidad del actuar preventivo: la idea es que el juzgador pueda colocarse en la situación del agente policial y, razonablemente, llegue a la misma conclusión en relación a la existencia de un indicio.

Respecto a la razonabilidad, vale decir que corresponde a un concepto de origen anglosajón. Particularmente en Estados Unidos se prohíben los registros y aprehensiones irrazonables, lo que obliga al juzgador a considerar la naturaleza de las circunstancias que rodean el registro sujeto a control judicial. En razón de lo anterior, el agente policial debe justificar su actuación, siendo capaz de determinar específicamente los hechos que, en conjunto a inferencias racionales sobre esos hechos, razonablemente justifican su intromisión. El criterio de razonabilidad, por tanto, permitirá al juez determinar si la actuación policial resultaba necesaria y justificable atendidos los hechos concretos que la rodeaban, para lo cual el control judicial deberá fundarse en dichos aspectos fácticos y no en circunstancias que el juez estime como baremos objetivos para estudiar todos los casos: la evaluación deberá ser, sin duda, casuística.

20 ROMERO MUZA, ob. cit., p. 74.

21 Ibíd.

V. Pronunciamientos jurisprudenciales en relación al indicio como requisito habilitante del control de identidad

Una vez analizados los principales lineamientos entregados por la doctrina en relación a la conceptualización del indicio como requisito habilitante del control de identidad previsto en el artículo 85 CPP, resulta pertinente repasar cómo los tribunales del país han aplicado las diversas herramientas de análisis a las que hemos hecho referencia en el presente artículo. En este sentido, es interesante retrotraer el análisis a los primeros años de vigencia de la Reforma Procesal Penal en donde, al no existir la detención por sospecha, las policías se vieron facultadas de una nueva herramienta para prevenir delitos cuya aplicación requería de exigencias bastante mayores y sujetas a menor discrecionalidad. Así, el año 2004 el Juzgado de Garantía de Chillán ya advertía que los indicios eran apreciados por las policías con similares criterios a los aplicados en la detención por sospecha. En efecto, se declaró ilegal una detención "ya que ésta provino de un control de identidad ilegal, como se desprende del parte policial, en el cual los funcionarios observaron la presencia de tres individuos, los que se encontraban –a juicio de los policías– en actitudes sospechosas (…) y vestimenta típica de los delincuentes para salir a delinquir al sector céntrico de la ciudad"[22]. En el mismo tenor se pronunció el año 2006 un Juzgado de Garantía de Santiago, al determinar que "el hallazgo de droga a que se refiere el requerimiento del Ministerio Público se habría originado en un control de identidad cuyo indicio no aparece en modo alguno justificado o legitimado, pues este habría consistido (…) en algo tan críptico y vago como que un ciclista apuró su marcha, manifestando gran nerviosismo frente a la presencia de una patrulla policial, lo que –aun de corroborarse– no constituye bajo esa descripción indicio alguno que justifique controlar la identidad de un ciudadano y registrar sus vestimentas (a menos, naturalmente, que se dote a la expresión lingüística del nerviosismo de un mínimo de contenido fáctico concreto susceptible de ser conectado con un indicio). En efecto, la referencia al presunto nerviosismo (cuestión evidentemente muy difícil de percibir por parte de las policías tratándose de un ciudadano que se desplaza en bicicleta) responde a una fórmula tipo o estándar utilizada por agentes de persecución penal para, de manera estandarizada y uniforme, justificar su intervención en la esfera de derecho de un individuo, sin proporcionar ningún elemento fáctico que dé cuenta de que es en este caso concreto lo que viene a conformar ese particular nerviosismo indiciario de un ciclista en marcha y que permita a este juez (que por mandato constitucional y legal está obligado a cautelar en todas las etapas del procedimiento penal

22 Juzgado de Garantía de Chillán, 26 de junio de 2004, RIT 1478-2004.

los derechos de los ciudadanos importados) comprender el accionar policial en el caso concreto. A menos, claro está, que la jurisdicción cautelar deba en todos los casos confiar ciegamente en que la utilización de tales fórmulas estándar o tipo como la referencia vaga al nerviosismo siempre da cuenta de un indicio criminis real y efectivo, fundado en una suerte de intuición policial, cuya particular, inescrutable y misteriosa naturaleza no es susceptible de ser expuesta al juzgador en términos tales que pueda este ejercer un control efectivo del ejercicio de la coacción estatal que la sociedad ha confiado a nuestros policías a través de mecanismos como el control de identidad"[23].

Como se puede apreciar, en los controles judiciales antes descritos el principal motivo de declaración de ilegalidad correspondió a apreciaciones fundadas en elementos aislados, no interrelacionados lógicamente y con contenido altamente valorativo, lo que a juicio del juzgador no corresponde a lo requerido por el legislador a la hora de establecer al indicio, como criterio objetivo, para habilitar el control de identidad. En consecuencia, lo relevante en estos casos para considerar conforme a Derecho la realización de un control de identidad, es el criterio de razonabilidad ex ante del indicio que le sirve de fundamento. La determinación fáctica y razonable del indicio a estimar por los funcionarios policiales debe considerar como elementos configuradores, circunstancias tales como el contexto de los hechos, las máximas de la experiencia policial (sujetas a especificación y justificación), las características del sector y los elementos fácticos concurrentes[24]. Conforme lo señalado, el momento determinante de la valoración se produce cuando la policía toma conocimiento de los antecedentes que lo llevan a controlar la identidad, restándole al juez evaluar la razonabilidad del criterio empleado por el funcionario policial, teniendo en consideración los hechos y la información que disponía al momento de estimar la existencia del indicio, más allá de si estos resultaron asertivos o no.

Los requerimientos referidos para determinar la configuración del indicio han sido relativamente uniformes dentro del desarrollo jurisprudencial del control de identidad. En efecto, en diciembre del año 2018 la Corte Suprema estimó que no pueden ser considerados como circunstancias indiciarias el hecho que esté pronto a oscurecer en un sector deshabitado y de alto índice delictual, puesto que al tratarse de "circunstancias externas y ajenas al obrar del imputado (…) no pueden ser consideradas legítimamente para estos efectos, pues, respecto a las dos primeras equivaldría a respaldar que la policía pueda definir ciertos horarios del día, como lapsos durante los cuales quienes

23 8° Juzgado de Garantía de Santiago, 10 de octubre de 2006, RIT 797-2006.

24 ROMERO MUZA, ob. cit., p. 81.

transiten solo o hagan actividades sin compañía en la vía pública, puedan considerarse por esas solas circunstancias como sujetos sospechosos de un actuar ilícito. Menos aún resulta aceptable sopesar, ya sea aisladamente o en conjunto con las circunstancias anteriores, el que se trate de un sector de alto índice delictual, desde que ello importaría avalar un actuar basado en el mero prejuicio y, por ende, discriminatorio, por parte de la policía frente a todos quienes viven en el sector, debiendo toda esa parte de la población verse expuesta en el tránsito a su lugar de trabajo, estudio o en retorno a su hogar, a restricciones a su libertad ambulatoria únicamente por residir en un sector de la ciudad con altas tasas de delincuencia, esto último, también según lo que así entienda la policía, motivos que no pueden en caso alguno fundar la actuación de agentes del Estado desde que ello vulneraría la garantía de igualdad ante la ley reconocida en el artículo 19 N° 2 de nuestra Carta Fundamental"[25]. De este modo, este fallo viene en ratificar lo señalado en el presente artículo, en cuanto no puede construirse un control de identidad únicamente basado en el lugar en donde fue habido el sujeto, puesto que a partir de esa información aislada no resulta razonable la inferencia de un hecho desconocido como lo es la comisión de un delito (o el suministro de información relativa a su ejecución).

No obstante lo señalado, existen fallos en los que resulta oportuno cuestionarse si efectivamente los tribunales, a la hora de realizar un control judicial de la facultad autónoma del artículo 85 CPP, aplicaron los criterios que se han venido analizando, lo cual cobra relevancia en el caso de las denuncias anónimas. Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha estimado que el control de identidad "constituye una atenuada interrupción sobre la libertad personal, y por ello el estándar exigido por la norma es menor a la medidas cautelares (…) la disposición exige que se trate de un caso fundado, debiendo estimarse por los funcionarios la existencia de un indicio sobre la comisión de alguna clase de delitos (…) En el caso particular, no caben dudas en torno a la existencia de un llamado anónimo que motiva la presencia de los aprehensores en el lugar en que se verifica el control de identidad, y la constatación de la presencia en ese sitio de los imputados, quienes manifestaron que el computador que portaban lo adquirieron a una persona en la plaza (…) con estos presupuestos fácticos, ciertamente se arriba a la conclusión que los funcionarios policiales actuaron, en este caso, ajustándose a los márgenes impuestos por el artículo 85 CPP para proceder al control de identidad"[26]. En este fallo particular se estima como suficiente (dentro de la pluralidad de indicios que la norma exigía antes de la reforma propiciada por la Ley N° 20.931) una llamada anónima recibida

25 Corte Suprema, 04 de diciembre de 2018, ROL N° 23.305-18.

26 Corte Suprema, 19 de febrero de 2013, ROL N° 181-2013.

por la policía, como circunstancia habilitante para la realización del control investigativo. En todo caso, debe tenerse presente que para la construcción del indicio será necesario, por tanto, la concurrencia de la llamada anónima y otros elementos que hagan razonable la práctica del control, tal como la Corte Suprema lo afirma en un fallo dictado el presente año, en el cual se afirma que "la policía no transgredió en el caso concreto las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico, ya que, como se puede apreciar de la sentencia impugnada, existieron una serie de antecedentes que apreciados en su conjunto, hacían plausible el control policial. El hecho que existiera una denuncia dando cuenta de una riña y disparos, unido a que al momento de concurrir al lugar señalado por la Central de Comunicaciones los funcionarios policiales observaran a un individuo, quien al ver la presencia policial se da a la fuga y finalmente, al ser alcanzado instantes después, el sujeto alega dolor de estómago para evitar el registro, constituyen un conjunto de antecedentes que daba plena legitimidad a la actuación realizada, permitiéndoles así, restringir la libertad ambulatoria del acusado"[27].

Como bien se puede apreciar del razonamiento del sentenciador, una denuncia anónima podría habilitar para la realización del control de identidad en cuanto sea apreciada en conjunto con otras circunstancias y a partir de ello sea razonable la práctica del control. En este contexto, los indicios, cualesquiera que ellos sean, deben presentarse respecto de personas identificables, ya sea porque ellas mismas son vistas por los funcionarios policiales realizando una acción u omisión que constituye el indicio, o porque son sindicadas por otras personas –directa o presencialmente, o por referencia a su nombre, apodos, rasgos, etc. – que reseñan los hechos que aquéllos habrían ejecutado y que serían constitutivos del indicio, pues únicamente sobre quienes recaigan dichos indicios la policía podrá restringir transitoriamente su libertad ambulatoria para llevar a cabo el control de identidad.

Aun cuando la jurisprudencia pareciera ser vacilante respecto a la conceptualización del indicio, lo cierto es que a partir del año 2016 se ha ido generando una tendencia en afirmar que, aun cuando el reformado artículo 85 CPP ya no exige una pluralidad de indicios, ello no obsta a la exigencia de una pluralidad de circunstancias que configuren el indicio habilitante a que se refiere la norma. En este contexto, aspectos aislados como lo son el lugar de realización del control, las vestimentas del sujeto, una denuncia anónima, entre otras, no pueden constituir de manera aislada un indicio, sino que deben ser apreciadas en su conjunto, de tal manera que para un observador ex post sea razonable la realización del control.

27 Corte Suprema, 08 de agosto de 2019, ROL N° 17.829-2019.

VI. Conclusiones

No cabe duda que la historia legislativa del control de identidad tiene, como aspecto transversal, la pretensión de ampliar las facultades preventivas e investigativas de las policías con el objeto de lograr una mayor eficacia en la prevención del delito, en tanto permite que el agente policial se presente en el momento de acaecimiento del ilícito, generándose la oportunidad de reprimirlo. En razón de ello, todas las reformas que han tenido lugar han apuntado a aumentar los supuestos de procedencia de esta facultad autónoma, otorgándole más herramientas a la policía para su realización, lo cual ha generado la idea que la habilitación para su procedencia queda radicada, finalmente, en el criterio policial, lo cual –como se vio– no va de la mano con la naturaleza de la institución.

Por regla general, la policía no se encuentra facultada para interceptar a personas ni requerir su identificación, sin causa alguna, salvo en los casos previstos en el artículo 12 de la Ley N° 20.931 (control de identidad preventivo). Otra excepción se encuentra en el artículo 85 CPP, el que dispone que la policía deberá solicitar la identificación de cualquier persona en ciertos casos. Al respecto, es necesario precisar que antes de la dictación de la Ley N° 20.253 el legislador no tenía previsto cuándo se podía realizar esta diligencia, sino que sólo exigía la existencia de "casos fundados", mencionando algunos ejemplos. Posteriormente, se establecieron requisitos para la realización del control, dentro de los cuales se requería la existencia de un indicio de que la persona controlada:

1. Hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta.
2. Se dispusiere a cometerlo.
3. Pudiere suministrar información útil para la indagación de un crimen, simple delito o falta.
4. Cuando la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad.
5. También cuando los funcionarios policiales tengan algún antecedente que les permita inferir que la persona controlada tiene alguna orden de detención pendiente.

En tal sentido, la procedencia del control de identidad no depende de la mera apreciación subjetiva del funcionario policial que estime que existe el requerido indicio, sino que debe tratarse de casos fundados[28]. No porque la

28 OLIVER CALDERÓN, Guillermo. "Facultades autónomas de la policía en el sistema procesal penal chileno" En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* N° 51, Valparaíso, Chile, 2018.

apreciación inicial quede entregada a la policía ello significa que el criterio policial primará en la construcción del indicio, sino que debe tratarse de hechos objetivos verificables, tal como la Corte Suprema lo ha establecido en fallos dictados a partir del año 2016. Al respecto, el Ministerio Público ha señalado, en instrucciones generales dictadas a las policías, que el personal policial deberá ceñirse a ciertos parámetros o antecedentes objetivos al momento de practicar un control de identidad, tales como las circunstancias, accidentes, actitudes o conductas que, en el caso concreto, rodean al sujeto sometido a control. No puede aceptarse un criterio totalmente subjetivo de parte de las policías[29].

La finalidad, a ojos del legislador, del control descrito en el artículo 85 CPP se fundamenta en la existencia de indicios que permiten realizar un registro de carácter limitado cuyo objetivo es, además de la seguridad del agente, la búsqueda de evidencia de un ilícito, cualquiera sea éste. Para ello, el supuesto indiciario no sólo incorpora las categorías de crímenes y simples delitos, sino que también la de las faltas, no sólo en grado consumado sino también tentado o frustrado (aun cuando estas últimas no son penalmente sancionables). Asimismo, se incorporó la procedencia del control de identidad respecto de aquellos sujetos que se encapuchan o embozan con la finalidad de ocultar su identidad. Tanto en el caso de las faltas penales como en el caso descrito, se trata de conductas que el legislador estimó como amenazas a la seguridad y orden público, por lo que busca contenerlas a través de una herramienta de rápida aplicación, aun cuando ello provocare afectaciones a derechos fundamentales. En dicho sentido, la afectación debe sujetarse a parámetros objetivos, por lo que la procedencia de la facultad autónoma del artículo 85 CPP no puede quedar a la libre discreción de los agentes policiales, sino que debe existir un proceso previo de ponderación de circunstancias, el cual es evaluado posteriormente en un control judicial, el cual se centra en el análisis de su razonabilidad y cómo ellas motivaron la realización del control, lo que implica que éstas deben ser explicitadas al juez y que éste, sobre la base del contexto de las circunstancias y basándose en el punto de vista del agente policial, llegue razonablemente a la misma conclusión respecto a la existencia de indicios suficientes para controlar la identidad.

En definitiva, el concepto de indicio debe ser entendido y estudiado considerando que el control de identidad no tiene por único fin el sustentado por el legislador primitivo, esto es, el de servir como procedimiento identificato-

29 NAVARRO DOLMETSCH, Roberto. *Criterios de actuación jurídica del Ministerio Público. Análisis dogmático y compendio.* Santiago, Chile, Editorial Librotecnia, 2017, págs. 120 y sgtes.

rio de personas en casos fundados, sino que –además– constituye un medio de prevención y persecución penal, dotando a las policías de facultades que, aun cuando tienen un origen discrecional, está sujeto a diversos mecanismos de control, los cuales tienen por objetivo evaluar la aplicación de la institución conforme a los criterios establecidos en la norma, disminuyendo el riesgo que la aplicación del control quede sometida únicamente al criterio policial.

CONTENIDOS

Artículos

El control de convencionalidad en Chile y los efectos de la declaración de ilegalidad de la detención, a propósito del Caso “Armas”
Felipe Gonzalo Marchant Contreras

Modificaciones incorporadas por la Ley N° 21.121 al Código Penal: especial referencia al cohecho por la función, en razón del cargo o sin contraprestación
Angélica Torres Figueroa

Los hallazgos casuales y las excepciones a las reglas de exclusión
Alejandro Ivelic Mancilla

Ocultamiento o disimulación de bienes como conducta típica: hacia la construcción de límites objetivos entre las insolvencias punibles y el delito de lavado de dinero
Camila Guerrero Martínez

Características, alcance y finalidad del indicio a que se refiere el artículo 85 del Código Procesal Penal, a propósito del denominado control de identidad investigativo
Rodrigo Honores Cisterna

Sentencias Comentadas

El tipo penal del artículo 195 de la Ley N° 18.290, en las sentencias del Tribunal Constitucional (Comentario de la sentencia de inaplicabilidad Rol 2897-15-INA, del Excmo. Tribunal Constitucional)
Hernán Ferrera Leiva

Análisis crítico sobre el concepto de “grave sufrimiento” en el delito de tortura. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, de 14 de mayo de 2019
Sebastián Cabezas Chamorro

Fallos

Extradición pasiva para juzgamiento. Sentencia de extradición Rol N° 20.829-2018 de 22 de abril del 2019
Ministra Instructora de la Corte Suprema

CATEDRAL 1437 - SANTIAGO CHILE
TELÉFONO: (562) 29659693