

ISSN N° 2735-6094

# REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N° 79

Agosto 2020



### **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

EVA CURIA CASTRO  
KAREN GUZMÁN VALENZUELA  
SANDRA LUCO CASTRO  
ANTONIO SEGOVIA ARANCIBIA

### **Colaboradores:**

CAROL DONOSO SCHWARZ  
ANDREA GONZÁLEZ LEIVA  
SOLEDAD POBLETE MOYA

La Revista Jurídica del Ministerio Público (ISSN N°2735-6094) es una publicación de la Fiscalía Nacional de la Institución, continuadora del Boletín del Ministerio Público, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y, en el 2003, el incremento del material de difusión generado por la Reforma, forzó su edición trimestral, para fortalecer la recopilación y selección del material a publicar. A partir del año 2016 pasa a tener una periodicidad cuatrimestral.

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

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.

DIRECCIÓN: CATEDRAL 1437, SANTIAGO, CHILE.  
E-MAIL: SLUCO@MINPUBLICO.CL  
TELÉFONO: 229659693

# ÍNDICE DE CONTENIDOS

## **PRÓLOGO**

**página nº5**

## **MATERIAS DE INTERÉS GENERAL**

**Página nº6**

ARTÍCULO

LA ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN Y LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL CHILENO. A PROPÓSITO DE LA TEORÍA DE LA INUTILIZABILIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO ILÍCITAMENTE OBTENIDO

FELIPE GONZALO MARCHANT CONTRERAS

**Página nº7**

SENTENCIA COMENTADA

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL 8142-2020 INA

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 248 LETRA C) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

HERNÁN FERRERA LEIVA

**Página nº35**

## **DIVISIÓN DE ATENCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS**

**Página nº 50**

ARTÍCULO

ACCESO A LA JUSTICIA DE VÍCTIMAS DE DELITO PERTENECIENTES A GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

PAULA BAEZA QUINTANA

**Página nº 51**

## **UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN**

**página nº 69**

ARTÍCULO

DELITOS ASOCIADOS A LOS DOCUMENTOS DENOMINADOS “SALVOCONDUCTOS” Y “PERMISOS” OBTENIDOS PARA AUTORIZAR EL DESPLAZAMIENTO DE PERSONAS DENTRO DEL TERRITORIO NACIONAL EN VIGENCIA DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE CATÁSTROFE POR PANDEMIA COVID 19

CLAUDIA ORTEGA FORNER

**Página nº70**

## **UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS**

**página nº85**

SENTENCIA COMENTADA

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE CULTIVO ILEGAL DE ESPECIES VEGETALES DEL GÉNERO CANNABIS. HALLAZGO CASUAL – PRUEBA DEL AUTOCONSUMO

LORENA REBOLLEDO LATORRE

**Página nº86**

## **UNIDAD ESPECIALIZADA EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES**

**página nº95**

SENTENCIA COMENTADA

COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA LA OBTENCIÓN DE PRUEBA EN UNA CAUSA DE EXTRADICIÓN PASIVA

ÁLVARO HERNÁNDEZ DUCOS

**Página nº96**

SENTENCIA COMENTADA

¿EXTRADICIÓN FUNDADA EN “CORTESÍA INTERNACIONAL”? COMENTARIO A SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA ROL 39.598-2020

ANTONIO SEGOVIA ARANCIBIA

**Página nº127**

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

**Página nº144**

ARTÍCULO

FEMICIDIO ÍNTIMO EN CHILE: DIEZ AÑOS DE LA LEY N° 20.480

SEBASTIÁN AGUILERA VASCONCELOS

NADIA ROBLEDO ALVIAL

ROBERTO RODRÍGUEZ MANRÍQUEZ

IVONNE SEPÚLVEDA SÁNCHEZ

**Página nº145**

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

**Página nº171**

ARTÍCULO

APLICACIÓN DE LA NORMA DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO

MARCELO CONTRERAS ROJAS

**Página nº172**

ARTÍCULO

SANCIONES PENALES Y ADMINISTRATIVAS: EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS

NICOLÁS LAUTARO ROSSELOT ALARCÓN

**Página nº186**

## **UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS**

**página nº203**

ARTÍCULO

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS NUEVOS DELITOS DE DESÓRDENES PÚBLICOS DEL ARTÍCULO 268 SEPTIES DEL CÓDIGO PENAL

FERNANDO FUENZALIDA FOLLERT

**página nº204**

# PRÓLOGO

En esta nueva edición de nuestra Revista Jurídica, y siempre atentos al devenir de la contingencia en materias de interés para el Derecho Penal, queremos ofrecer algunos artículos que abordan temáticas de especial relevancia actualmente, como son aquel que aborda un estudio profundizado sobre delitos asociados a “salvoconductos” y “permisos” que permiten el desplazamiento dentro del territorio nacional estando en vigencia el Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe por la pandemia de COVID 19 -desarrollado por nuestra Unidad Especializada Anticorrupción-, y otro sobre el bien jurídico protegido en los nuevos delitos de desórdenes públicos del artículo 268 septies del Código Penal -elaborado por nuestra Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos-.

También ponemos a vuestra disposición trabajos referidos a problemáticas de especial preeminencia, y para ello presentamos un artículo que profundiza en torno al acceso a la justicia de víctimas pertenecientes a grupos vulnerables -de la División de Víctimas y Testigos-; un análisis del femicidio íntimo en Chile a la luz de la Ley N° 20.480 -realizado por nuestra Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales- y un artículo que analiza las sanciones penales y administrativas en el marco de las facultades del Servicio de Impuestos Internos para presentar denuncia o querrela en los delitos tributarios -de nuestra Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado.

De esta última Unidad ofrecemos, además, un análisis de la norma de proporcionalidad en delitos de lavado de dinero. A la vez que, de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones, publicamos un artículo que se enfoca en la cooperación internacional en la obtención de pruebas, y el comentario a un fallo de la Corte Suprema que resuelve una extradición pasiva fundada en el principio de cortesía internacional.

Siguiendo con el examen de resoluciones judiciales, entregamos también un comentario a un fallo de la Corte Suprema que se refiere al cultivo ilegal de cannabis, el hallazgo casual y la prueba del autoconsumo. Asimismo, el comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional a raíz de un requerimiento relativo al artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal.

Finalmente, publicamos un artículo que aborda un detallado análisis respecto del impacto de la declaración de ilegalidad de una detención en la imposición de medidas cautelares a partir de pruebas que el Juez de Garantía pueda estimar de origen ilícito.

**JORGE ABBOTT CHARME**

Fiscal Nacional del Ministerio Público

# MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

# LA ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN Y LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL CHILENO. A PROPÓSITO DE LA TEORÍA DE LA INUTILIZABILIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO ILÍCITAMENTE OBTENIDO

Felipe Gonzalo Marchant Contreras<sup>1</sup>

## RESUMEN

El presente trabajo aborda la pregunta que inquiriere acerca de si un juez de garantía, luego de declarar la ilegalidad de la detención de un imputado, y a la luz de lo dispuesto en el artículo 132 del Código Procesal Penal, puede decretar a su respecto medidas cautelares, fundadas en el material probatorio ilícitamente obtenido.

Analizadas las posiciones que en este escenario se enfrentan, el autor propone una solución intermedia, basada en la noción de probabilidad (muy alta) de absolución futura, por la predecible aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, en la audiencia de preparación de juicio oral.

## INTRODUCCIÓN

Una nota característica de la fase preliminar del actual proceso penal chileno es su ca-

---

<sup>1</sup> Abogado Asesor de la Fiscalía Regional de Valparaíso, Ministerio Público. El presente artículo corresponde a la versión corregida del trabajo final presentado por el autor para titularse en el postgrado de especialización en Derecho Probatorio Penal, impartido por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España (2020). Agradezco sinceramente las observaciones formuladas por el profesor Guillermo Oliver Calderón al borrador de este trabajo.

rácter meramente preparatorio, con lo que se busca significar que, por regla general, las actuaciones de investigación carecen de valor probatorio<sup>2</sup>. En efecto, suele afirmarse que los actos de investigación tienen por finalidad *mediata* la de reunir los elementos probatorios (o fuentes de prueba) necesarios para fundar una acusación y, por otro lado, como objetivo *inmediato*, el de obtener elementos de juicio (antecedentes) que permitan justificar las resoluciones que el juez de garantía adoptará durante esta fase preliminar, dentro de las cuales se cuentan, especialmente, aquellas que se pronuncian sobre la imposición de medidas cautelares<sup>3</sup>.

Pero, como es sabido, en esta labor de búsqueda, recolección y recogimiento de elementos inculpativos y de antecedentes fundantes de resoluciones provisionales que realizan los órganos de persecución penal, puede incurrirse en *ilegalidades*<sup>4</sup>, si bien unas más ostensibles que otras, y –según pretendo demostrar– con alcances y efectos diversos, de cara a la eventual imposición de medidas cautelares.

Ahora bien, doctrinariamente se ha dicho que todas las detenciones, sin excepción<sup>5</sup>, deben ser controladas por el juez de garantía en la denominada “audiencia de control de la detención”. En ella, el referido juez debe efectuar un pronunciamiento de mérito y declarar, precisamente, si la detención se ha ajustado o no a derecho o, lo que es lo mismo, si la detención ha sido legal o ilegal.

En caso de que esta última –la ilegalidad– sea la alternativa escogida por el juez, gran parte de la doctrina y jurisprudencia nacional ha sostenido que, en tal evento, aquel se

<sup>2</sup> Véase, entre otros, HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2008, Tomo I, págs. 453 y sgtes., especialmente, p. 457; y DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO RAMÍREZ, Cristian. *Proceso Penal*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2019, págs. 120-121.

<sup>3</sup> Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2008, Tomo II, págs. 75-76, 168-169 y 205. En España la situación no pareciera ser diversa, pues, como explica Nieva, la fase de instrucción reconoce allí una finalidad principal y otra complementaria (y contingente), a saber, la recogida de vestigios del delito y el aseguramiento de las personas y de los bienes de los sospechosos (Véase, NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina, Editoriales B de F y Edisofer, 2012, págs. 100-102 y 225-230).

<sup>4</sup> No se nos escapa que las ilegalidades o ilicitudes, según se produzcan fuera o dentro del proceso, pueden ser de dos clases: extraprocesales o intraprocesales. Para los efectos de este trabajo, solo revisten importancia las primeras, o sea, las que se producen durante la labor de investigación de los hechos. Sobre la clasificación señalada, véase, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*. Segunda edición (mexicana), Ciudad de México, México, Editorial Ubijus, 2018, págs. 53-56. Estas ilegalidades, según se ha constatado, provienen generalmente de las actuaciones materiales que lleva a cabo la policía (HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*. Santiago, Chile, Universidad Alberto Hurtado, 2002, p. 44).

<sup>5</sup> En este sentido, OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Apuntes de Derecho Procesal Penal 1*. Valparaíso, Chile, Universidad Católica de Valparaíso, 2020, p. 147; BLANCO SUÁREZ, Rafael; DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio; MORENO HOLMAN, Leonardo; y ROJAS CORRAL, Hugo. *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*. Santiago, Chile, LexisNexis, 2005, págs. 46-47; y PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Ley 20.253, Agenda Corta Antidelincuencia*. Santiago, Chile, Editorial Legis, 2008, p. 121. De otra opinión, CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Manual del Sistema de Justicia Penal*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2009, p. 238, para quien, si se trata de una detención judicial, no procede revisar sus fundamentos. Con todo, nuestro Máximo Tribunal ha señalado que en los casos en que la orden de detención se despacha para el cumplimiento de una medida cautelar de prisión preventiva, o para la ejecución de una pena privativa de libertad, no resulta aplicable el artículo 131 del CPP y, en consecuencia, en tales hipótesis la realización de la audiencia de control de la detención no reviste el carácter de imperativa ni necesaria. Véase la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 13 de agosto de 2019, dictada en causa Rol N° 22.171-2019 (que confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, de fecha 02 de agosto de 2019, pronunciada en causa Rol N° 138-2019 Amparo); y la sentencia de fecha 15 de septiembre de 2020, dictada en causa Rol N° 104.700-2020 (que confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 04 de septiembre de 2020, pronunciada en causa Rol N° 238-2020 Amparo).

encontraría impedido de decretar medidas cautelares fundadas en las fuentes de prueba ilegalmente obtenidas, a consecuencia de la cuestionada detención. Se trata de la así llamada “teoría de la inutilizabilidad del material probatorio ilícitamente obtenido” (en adelante, simplemente, “teoría de la inutilizabilidad”).

Sin embargo, de cara y en contra de la tesis recién mencionada, el legislador chileno ha previsto una solución específica para esa misma hipótesis –se trata del inciso final del artículo 132 del Código Procesal Penal (en adelante CPP)–, pues autoriza al fiscal para formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes, no obstante haberse declarado la ilegalidad de la detención.

Es, pues, en el escenario descrito en que se inserta el objetivo central de este trabajo, que, con un afán esencialmente exploratorio y propositivo, apuntará a resolver el dilema planteado.

Para tal propósito, el texto se dividirá en tres partes, además de esta introducción. En su desarrollo, se abordarán algunas cuestiones relativas a la ilegalidad de la detención y a sus efectos, para, acto seguido, pasar revista al contenido de la teoría de la inutilizabilidad. Luego de transitar por el camino hacia la búsqueda de una respuesta intermedia, se aterrizarán las reflexiones en las que, a mi juicio, constituyen las limitaciones a la teoría en palabra, para, hecho esto, ofrecer finalmente una propuesta concreta de solución. Las conclusiones que, poco a poco se irán adelantando en el texto, quedan naturalmente para el final.

## 1. LA ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN

La primera audiencia judicial del detenido se denomina “audiencia de control de la detención” (artículo 132 del CPP). En ella, el juez de garantía debe proceder a verificar el cumplimiento del *estatuto jurídico de la detención*, ya sea que esta provenga de una causal de detención por flagrancia o por una orden judicial de detención<sup>6</sup>, y declarar si la misma se ha ajustado o no a derecho.

Y como la detención no está constituida solamente por el acto mismo de privar de libertad a una persona –su “inmovilización–, sino que comprende todo el período que comienza en ese instante y que se extiende hasta la cesación completa de la medida<sup>7</sup>, variopintas serán entonces las causas que autorizan al juez de garantía a declarar la ilegalidad de la detención. Piénsese, por ejemplo, en el control de identidad investiga-

<sup>6</sup> Sin perjuicio de las citas de la nota anterior, véase aquí, solamente, BLANCO, DECAP, MORENO y ROJAS, *Litigación Estratégica...*, ob. cit., p. 46. El examen de la legalidad de la detención constituye, en efecto, el *objeto central* de esta audiencia (ARIAS VICENCIO, Cristián. “El Control Jurisdiccional de la Detención”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6, Santiago, Universidad de Chile, 2005, p. 228), aunque no el único. En la práctica, luego de verificado el control de la detención, en la inmensa mayoría de los casos, el fiscal procede en la misma audiencia a formalizar la investigación en contra del imputado, y a partir de ello, a solicitar medidas cautelares o, por poner otro ejemplo, a proponer y acordar salidas alternativas. Aun sin que haya tenido lugar la formalización de la investigación en esta audiencia, el fiscal puede en ella, verbigracia, requerir en procedimiento simplificado o monitorio o ejercer el principio de oportunidad a que se refiere el artículo 170 del CPP, entre otras actuaciones procesales que allí eventualmente pudieran verificarse.

<sup>7</sup> FALCONE SALAS, Diego. “Concepto y Sistematización de la Detención Ilegal en el Proceso Penal Chileno”. En: *Revista de Derecho*, XXXVIII, Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012, p. 452. A mayor abundamiento, puntualiza Arias que la detención constituye un procedimiento y no un acto, o sea, se trata de un proceso dinámico y no de una situación estática, de tal manera que su materialización no se produce en un instante, sino que se sucede en el tiempo. En tal sentido, no debe perderse de vista que, para establecer si la detención ha sido legal o ilegal en un caso concreto, no solo hay que centrar la atención en el acto material que da origen a la detención, sino que también en el transcurso de la misma (su ejecución) (cfr. ARIAS, *El Control Jurisdiccional...*, ob. cit., págs. 236-237).

tivo que realiza la policía sin contar con el indicio a que se refiere el artículo 85 del CPP, pese a lo cual, se registran las vestimentas del controlado, se le encuentra droga (u otro elemento ilícito) y se procede a su detención<sup>8</sup>; en la entrada y registro a un lugar cerrado que efectúa la policía fuera de los supuestos a que se refieren los artículos 129, 205 y 206 del CPP y sin contar con autorización judicial previa, no obstante lo cual, se encuentra allí un arma de fuego (u otro elemento ilícito), lo que, al igual que en el caso anterior, conduce a la detención del imputado; en la hipótesis en que el detenido no es puesto a disposición del tribunal en el plazo establecido por la ley para tal efecto (artículo 131 del CPP) o cuando, en el acto de la detención, el imputado es objeto de apremios ilegítimos, agresiones o malos tratos por parte de sus aprehensores<sup>9</sup>. Los ejemplos podrían multiplicarse<sup>10</sup>.

Por lo pronto, lo que aquí cabe retener es que, según pretendo demostrar más adelante, no todas las detenciones ilegales suponen como consecuencia necesaria la futura exclu-

8 Conforme a mi propia experiencia como actor en el sistema procesal penal, me atrevo a afirmar que la gran mayoría de los casos que dan lugar a la declaración de ilegalidad de la detención derivan precisamente de la realización de un control de identidad sin indicios. Lo constatan también, ahora doctrinariamente, NÚÑEZ OJEDA, Raúl; y CORREA ZACARÍAS, Claudio. “La Prueba Ilícita en las Diligencias Limitativas de Derechos Fundamentales en el Proceso Penal Chileno. Algunos Problemas”. En: *Revista Jus et Praxis*, Vol. 23, N° 1, Santiago, Chile, Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, 2017, p. 233. Un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de ilegalidad de la detención derivada precisamente del control de identidad (entre julio de 2016 y diciembre de 2019), puede verse, además, en RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. “Jurisprudencia Reciente de la Corte Suprema de Chile Sobre el Control de Identidad”. En: *Polít. Crim.*, Vol. 15, N° 29, Santiago, Chile, Universidad de Talca, 2020, págs. 452 y sgtes.

9 Este último ejemplo no parece tan pacífico como los anteriores. En general, la jurisprudencia pareciera conformarse con que la violencia empleada por los aprehensores haya sido grave, innecesaria e injustificada, para que la declaración de ilegalidad de la detención sea en estos casos procedente. Así, por ejemplo, el 23 de octubre de 2019, en causa RUC N° 1901143429-3, seguida ante el Juzgado de Garantía de Villa Alemana, el magistrado de la audiencia declaró ilegal la detención de 11 imputados, quienes fueron sorprendidos el día anterior, con ocasión del “estallido social”, infringiendo el toque de queda y ocasionando desórdenes, fundando su resolución en que la mayoría de los encartados presentaba “lesiones visibles” y que a algunos de ellos “se les había cortado el pelo con un cuchillo”. Del mismo modo, el 20 de octubre de 2019, en la causa RUC 1901131702-5, seguida ante el Juzgado de Garantía de Valparaíso, se declaró la ilegalidad de la detención de una joven a quien se le atribuía la comisión del delito de maltrato de obra a carabineros, al constatar la jueza de la audiencia que, al momento de la detención, personal policial le había “fracturado la nariz”. Un tercer ejemplo, ocurrido también en los meses de “estallido social”, puede rastrearse en la audiencia del 07 de noviembre de 2019, celebrada en la causa RUC N° 1901198539-7, ante el Juzgado de Garantía de Coyhaique, en que se declaró ilegal la detención de un muchacho a quien se le imputaba la comisión de los delitos de desórdenes públicos y maltrato de obra a carabineros, ya que al momento de la detención sufrió el agarrón y presión de un testículo por parte de uno de los funcionarios aprehensores, según quedó grabado en un registro audiovisual (este caso, además, ha sido especialmente documentado por la Defensoría Penal Pública, pues presenta un particular desenlace. Véase: [http://www.dpp.cl/sala\\_prensa/noticias\\_detalle/9883/la-importancia-del-control-judicial-de-la-detencion-parte-dos](http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/9883/la-importancia-del-control-judicial-de-la-detencion-parte-dos). [fecha de consulta: 12 de agosto de 2020]. Fuera de estos casos, más bien excepcionales, lo común es que la detención se declare ajustada a derecho y que se remitan los antecedentes al Ministerio Público para los fines correspondientes. Sobre el punto, consúltese, por último, SALAS ASTRAIN, Jaime. *Problemas del Proceso penal. Investigación, Etapa Intermedia y Procedimientos Especiales*. Segunda edición (aumentada), Santiago, Chile, Librotecnia, 2015, p. 381.

10 No hace falta decir que los aspectos concretos de revisión por parte del juez de garantía en la audiencia de control de la detención, aparecen diseminados en todo el ordenamiento jurídico –por eso hablé, en general, del *estatuto jurídico de la detención*– y pretender enumerarlos todos no solo sería un acto ambicioso de mi parte, sino que, a decir verdad, un desafío imposible de cumplir. Con todo, según Blanco, Decap, Moreno y Rojas, los temas a ser tratados en la audiencia de control de la detención son, en general, los siguientes: el motivo de la detención y sus circunstancias (procedencia de la detención, cumplimiento de los requisitos legales de toda orden de detención o de las causales de flagrancia, e individualización de los funcionarios encargados de la detención); el cumplimiento del plazo legal para poner a disposición del tribunal al detenido; el cumplimiento de los deberes de información; y la existencia de apremios en contra del imputado. Tratándose de una detención practicada por orden judicial, los temas a controlar en la audiencia de control de la detención serían, en opinión de los mismos autores, la vigencia de la orden de detención, si ha sido expedida con fecha de vencimiento; la verificación de la intimación de la orden al detenido; y la existencia de la orden verbal o escrita (BLANCO, DECAP, MORENO y ROJAS, *Litigación Estratégica...*, ob. cit., p. 47). Un examen detallado de algunas causas imaginables de la declaración de ilegalidad de la detención, puede leerse, además, en FALCONE, *Concepto y Sistematización...*, ob. cit., págs. 462-484.

sión de prueba en la audiencia de preparación de juicio oral (inciso tercero del artículo 276 del CPP), y que, antes de eso, y de cara a la eventual aplicación de la teoría de la inutilizabilidad, no todos los antecedentes invocados por el fiscal en la audiencia de control de la detención serán ineficaces para fundar la imposición de medidas cautelares.

## 2. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN

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 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. Conforme a esta interpretación, declarada que fuera la ilegalidad de la detención, se producía un efecto similar al de la nulidad judicialmente declarada, de modo que la condición procesal del imputado debía retrotraerse al momento anterior a su privación de libertad. A consecuencia de ello, se impedía al fiscal formalizar la investigación o realizar cualquier solicitud dirigida hacia el imputado, pues subyacía a esta tesis la idea de que “el imputado nunca debió haber estado en la sala de audiencias”<sup>11</sup>.

Desde la otra vereda, un número no despreciable de 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<sup>12</sup>.

Se trataba, al decir de Arias, de una lucha inconciliable entre dos principios que se estimaban carentes de punto medio: eficientismo v/s garantismo<sup>13</sup>.

Por otra parte, y valiéndose del mismo silencio legislativo de la época, algunos jueces de garantía sostuvieron adicionalmente que la declaración de ilegalidad de la detención, incluso por motivos formales y no de fondo, teñía irremediabilmente de ilegalidad la fuente de prueba recogida durante la diligencia considerada ilegal, produciendo en lo sucesivo el efecto de cosa juzgada, por lo que en la audiencia de preparación de juicio oral el juez de garantía no tenía más remedio que excluirla. Dicho

<sup>11</sup> Esta situación, al decir de Piedrabuena, era especialmente preocupante, ya que “varios imputados libres, a veces reincidentes y peligrosos, no concurrían a la nueva audiencia, fugándose sin poder ser habidos” (PIEDRABUENA, *Ley 20.253...*, ob. cit., págs. 122 y 123)

<sup>12</sup> Un resumen de la pugna descrita puede leerse en SALAS, *Problemas del Proceso Penal...*, ob. cit., págs. 367-368; y en BLANCO, DECAP, MORENO y ROJAS, *Litigación Estratégica...*, ob. cit., págs. 51 (nota al pie) y 53, quienes acotan que la mayoría de los jueces y la doctrina de la época, se inclinaba por la segunda postura, pues la primera, como ahora agrega Salas, “producía un fuerte rechazo de la sociedad civil y del mundo político”, si bien alentado por la prensa (SALAS, *Problemas del Proceso...*, ob. cit., p. 367). Desde esta última perspectiva, no debe perderse de vista que, en materia de declaración de ilegalidad de la detención, el *Mensaje* del Ejecutivo que dio vida a la Ley N° 20.253, señalaba que dicha declaración “puede incidir en causas por delitos graves [con lo que] se lesiona la política criminal del estado y produce desconfianza a nuestro juicio injustificada en la judicatura”. Véase, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 20.253*, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Mensaje, 07 de julio de 2006, Mensaje en Sesión 53, Legislatura 354, p. 6.

<sup>13</sup> ARIAS, *El Control Jurisdiccional...*, ob. cit., p. 229 (nota al pie).

en breves palabras, la evidencia recogida durante la detención quedaba automáticamente excluida por ilícita<sup>14</sup>.

La discusión antedicha fue, sin embargo, zanjada y cortada de raíz, 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: *“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, de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior, pero no podrá solicitar la ampliación de la detención. La declaración de ilegalidad de la detención no producirá efecto de cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 276”*.

Así las cosas, hoy no parece haber dudas acerca de los efectos que, *normativamente*, produce la declaración de ilegalidad de la detención: impide su ampliación; no produce efecto de cosa juzgada respecto de la eventual discusión de exclusión de prueba que se genere en la audiencia de preparación de juicio oral y, en lo que aquí interesa, *no impide al fiscal formalizar la investigación y pedir las medidas cautelares que sean procedentes*, dentro de las cuales se cuenta, evidentemente, la más gravosa de todas: la prisión preventiva<sup>15-16</sup>.

Obviamente esto no significa –como acostumbraban afirmar los defensores de la época– que con la aludida reforma la declaración de ilegalidad de la detención haya perdido importancia o todo sentido práctico, porque el imputado detenido ilegalmente puede ser de todas formas formalizado y sometido a medidas cautelares, pues, como bien afirma Hernández, “se trata de un reproche al menos parcialmente injusto, porque es indudable que la declaración de ilegalidad de la detención (...) debe tener una gran incidencia precisamente en el debate de medidas cautelares”<sup>17</sup>.

Por la misma razón no me parece justa la afirmación que realiza Oliver<sup>18</sup>, en el sentido de que la declaración de ilegalidad de detención “no implica costo alguno” para el Ministerio Público, salvo en lo relativo a la ampliación de la detención. Más inapropiado me parece el aserto de este autor cuando dice que, por la aludida circunstancia –la supuesta

<sup>14</sup> Sobre el punto, véase PIEDRABUENA, Ley 20.253..., ob. cit., págs. 123, 130 (opinión de Julián López), 133 (opinión del ex Fiscal Nacional Sabas Chahuán), y 143-144.

<sup>15</sup> En la historia de la Ley N° 20.253 se dejó expresa constancia de esta circunstancia, mediante la voz del diputado sr. Bustos, informante del Proyecto. Véase BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 20.253*, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Discusión en Sala, 10 de octubre de 2006. Sesión 83, Legislatura 354, págs. 76-77.

<sup>16</sup> Con todo, minoritarias voces han insistido en que existirían disposiciones internacionales que primarían sobre la norma nacional recién transcrita, particularmente, el artículo 7.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que, en virtud del así llamado “control de convencionalidad”, correspondería al juez de garantía disponer la inmediata libertad del imputado, si constata la ilegalidad de su detención. En otro trabajo creo haber demostrado la absoluta impropiedad de esta tesis. Véase, MARCHANT CONTRERAS, Felipe. “El Control de Convencionalidad en Chile y los Efectos de la Declaración de Ilegalidad de la Detención, a Propósito del Caso ‘Armas’”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 76, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2019, págs. 9-41.

<sup>17</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “La Detención Declarada Ilegal y sus Consecuencias sobre las Medidas Cautelares y el Régimen de Exclusión de la Prueba”. En: *Agenda Corta Antidelincuencia*, Santiago, Chile, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 3, 2010, p. 30.

<sup>18</sup> OLIVER, *Apuntes de Derecho...*, ob. cit., p. 146.

inexistencia de un costo para el Ministerio Público— la audiencia de control de la detención se convierte en “un trámite sin mayor importancia”. Estas afirmaciones son injustas e inapropiadas porque el artículo 132 del CPP no obliga al juez de garantía a imponer sin más medidas cautelares, sino que solo permite al fiscal solicitarlas, y porque la teoría de la inutilizabilidad podría constituir una muy buena razón para no concederlas, con el consiguiente “costo” para el Ministerio Público.

Pero dicha tesis no puede aplicarse sin antes ser atemperada, de la forma en que explicaré más adelante.

### 3. LA TEORÍA DE LA INUTILIZABILIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO ILÍCITAMENTE OBTENIDO

Con el correr del tiempo, y desafiando la previsión legal tantas veces citada, se ha abierto paso entre nosotros la denominada teoría de la *inutilizabilidad* del material probatorio ilegalmente obtenido, que, según cierta doctrina, opera en la práctica como una verdadera sanción de ineficacia procesal durante la fase de investigación<sup>19</sup>. De acuerdo a esta postura, las fuentes de prueba obtenidas durante la etapa preliminar con vulneración de garantías fundamentales, no pueden servir de base para justificar la adopción de medidas cautelares<sup>20</sup>.

Como podrá anticiparse, se trata de una doctrina íntimamente emparentada con la institución de la regla de exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, pues obedecen a estructuras de argumentación y ponderación análogas,

<sup>19</sup> Así, ARIAS, *El Control Jurisdiccional...*, ob. cit., p. 248. Al parecer, en nuestro país la denominación de esta tesis se la debemos a López, quien, no obstante, ya en el año 2004—primera edición del tomo II de su manual (el tomo I, es del año 2002)—reconocía haberla importado del artículo 191 del Codice di Procedura Penale de 1988, que prevé expresamente la sanción de *inutilizzabilità* de la prueba ilícita, en cualquier etapa del procedimiento (véase HÓRVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo II), ob. cit., p. 210, nota al pie). Sobre el alcance de esta última disposición, puede consultarse ARMENTA DEU, Teresa. *La Prueba Ilícita (Un Estudio Comparado)*. Segunda edición, Madrid, España, Marcial Pons, 2011, págs. 42-45; 114 y 116, y más extensamente, MIRANDA, *El Concepto...*, ob. cit., págs. 142 y sgtes., con un repaso adicional del panorama español.

<sup>20</sup> Los autores que suscriben esta tesis reconocen, sin embargo, que no existe ninguna disposición legal expresa en que pueda sostenerse, ya que, al menos en Chile, la *regla de exclusión de prueba* por vulneración de garantías fundamentales está concebida para operar en la audiencia de preparación de juicio oral (artículo 276 del CPP) y no durante la fase de investigación, etapa en la que, normalmente, opera la jurisdicción cautelar. Otros serían, pues, los fundamentos que la justifican y que procuraré resumir en el cuerpo del texto. Véase, por ejemplo, HÓRVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo II), ob. cit., págs. 204-205, quienes, no obstante lo dicho, afirman que la ausencia de norma expresa, más que un vacío legal, es una consecuencia lógica del sistema, si se tiene en consideración que la regla de exclusión de prueba solo puede aplicarse (en la fase de admisibilidad) a la prueba ofrecida por los intervinientes y no antes, durante la fase de investigación, donde no cabe hablar propiamente de prueba. Con todo, autores como Miranda, Cerda y Hermosilla, señalan que, en último término, esta doctrina encontraría su basamento en el respeto al debido proceso (artículo 19 N° 3 inc. 6° de la Constitución Política), pues esta cláusula constitucional “es radicalmente incompatible con el hecho de fundamentar una resolución provisional limitativa de derechos fundamentales, dictada durante la fase de investigación criminal (como lo son, por ejemplo, las que adoptan medidas cautelares personales), sobre la base de diligencias practicadas con vulneración de tales derechos fundamentales” (MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo; HERMOSILLA IRIARTE, Francisco. *Práctica de la Prueba en el Juicio Oral*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2016, págs. 304-305). En el mismo sentido se pronuncia GALLARDO FRÍAS, Eduardo. “La inutilizabilidad”. En: *Instituto de Estudios Judiciales*, Santiago, Chile, Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, 2007, págs. 3-5.

pese a lo cual, se desenvuelven en etapas distintas del procedimiento y presentan efectos y alcances también distintos<sup>21</sup>.

En cuanto a los basamentos de esta doctrina, López sostiene que el material ilegalmente obtenido se vuelve inutilizable para fundamentar medidas cautelares porque, si dicho elemento de prueba no podrá ser posteriormente incorporado en forma válida para fundamentar una decisión de condena, con mayor razón –si hablamos de un proceso penal coherente– tampoco podría servir de fundamento a una resolución provisional durante la fase preliminar. Aceptar lo contrario, agrega el autor, “significaría romper la unidad del sistema generando en la práctica dos investigaciones paralelas: una, en la que prácticamente todo estaría permitido, con el solo objeto de justificar medidas cautelares y medidas de carácter intrusivo, y otra, en la que se exigiría el respeto a los derechos fundamentales con el objeto de asegurar la validez de la prueba para el juicio oral”<sup>22</sup>.

No parece aceptable –agrega Arias– prohibir su uso directo como prueba, pero tolerar su aprovechamiento indirecto, como fuente de prueba<sup>23</sup>.

Miranda, por último, asevera que el juez de garantía está obligado a no fundamentar una medida cautelar “cuando exista un pronóstico fundado y razonable de ilicitud manifiesta de la diligencia de obtención de la fuente de probatoria, de tal modo que de no concurrir otras evidencias o informaciones, obtenidas de forma lícita, debería rechazar su adopción sobre la base de la carencia de motivos bastantes y razonables (*antecedentes*) que justifiquen la existencia del delito y/o vinculen al imputado al hecho delictivo. En otras palabras,

21 Cfr. GALLARDO, *La inutilizabilidad...*, ob. cit., págs. 2-4. La teoría de la inutilizabilidad, como se dijo, está concebida para operar durante la fase de investigación, y actúa como un obstáculo para el juez de garantía, a la hora de decretar medidas cautelares fundadas en fuentes de prueba obtenidas con vulneración de garantías fundamentales. La regla de exclusión de prueba, prevista normativamente en el artículo 276 del CPP, opera, en cambio, en la fase intermedia, específicamente en la audiencia de preparación de juicio oral, como una causal de inadmisibilidad de la prueba ilícita. En palabras de Miranda, Cerda y Hermosilla, “la solución que se propone no consiste en que en ese momento [se refieren a la etapa de investigación] el JG (sic), mediante resolución específica, declare formalmente la inadmisibilidad y excluya de forma definitiva una prueba, que en realidad aún no ha adquirido tal condición, sino que para fundamentar sus decisiones no puede utilizar ni tener en cuenta aquellas informaciones o datos obtenidos con la práctica de diligencias de investigación que presentan visos claros de ilicitud. Todo ello sin perjuicio que una vez concluida la fase de investigación y si el órgano acusador decide incorporar la fuente de prueba al proceso, convirtiéndola en medio de prueba para su práctica en el juicio oral, sea entonces cuando el JG (sic) la excluya definitivamente mediante su declaración de inadmisibilidad y fije, también, su alcance y límites a la luz de las excepciones reconocidas a su eficacia refleja o derivada” (MIRANDA, CERDA y HERMOSILLA, *Práctica de la Prueba...*, ob. cit., p. 304).

22 HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo II), ob. cit., págs. 205-206. Y prosigue: “si los elementos probatorios reunidos durante la etapa de investigación no son eficaces para justificar una decisión de condena, mal podrían ser eficaces para justificar una medida cautelar que busca precisamente asegurar la efectiva aplicación de esa condena (...)”. El autor vuelve sobre el punto en las págs. 210-212, en las que, luego de reproducir con otras palabras lo que hasta entonces ha dicho, concluye calificando de “inaceptable pretender que el juez que tiene precisamente a su cargo la protección de las garantías durante la etapa de investigación, dilate un pronunciamiento en torno al tema hasta la audiencia de preparación del juicio oral y se permita, entre tanto, dictar resoluciones fundadas que afecten garantías fundamentales con base en elementos probatorios que han sido obtenidos en forma ilícita”.

23 ARIAS, *El Control Jurisdiccional...*, ob. cit., págs. 250-251.

la información y los datos obtenidos con la práctica de dichas diligencias de investigación serían *inutilizables* para fundamentar este tipo de resoluciones provisionales”<sup>24</sup>.

Se trata, como no podría ser de otra manera, de la posición institucional de la Defensoría Penal Pública<sup>25</sup>.

La doctrina reseñada, en fin, parece tener amplia acogida en la jurisprudencia nacional<sup>26</sup>.

#### 4. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA TEORÍA DE LA INUTILIZABILIDAD ANTE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Según es sabido, las letras a), b) y c) del artículo 140 del CPP establecen, respectivamente, los *tres requisitos o presupuestos* que el fiscal o querellante, en su caso, deben acreditar, una vez formalizada la investigación, para que el juez pueda ordenar la prisión preventiva de un imputado. En doctrina, los dos primeros requisitos se denominan “*presupuestos materiales*”, mientras que el último recibe el nombre de “*necesidad de cautela*”<sup>27</sup>. Son los siguientes:

- a. Que existen *antecedentes* que justificaren la existencia del delito que se investigare;
- b. Que existen *antecedentes* que permitieren presumir fundadamente que el imputado

24 MIRANDA, CERDA y HERMOSILLA, *Práctica de la Prueba...*, ob. cit., págs. 303-305 (las cursivas en el original). Es justo consignar aquí que la primera edición de este libro data del año 2012, o sea, es posterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.253 –del año 2008–, por lo que no deja de llamarme la atención que en dicho texto no se haya hecho referencia alguna al artículo 132 del CPP que, como se ha destacado, permite al fiscal formalizar la investigación y pedir las medidas cautelares que sean procedentes, a pesar de haberse declarado la ilegalidad de la detención. En la misma omisión incurre SALAS, *Problemas del Proceso...*, ob. cit., págs. 375-376, quien, citando directamente a López –al igual que lo hacen los tres autores recién aludidos– ninguna reflexión realiza en torno al mencionado artículo 132 CPP, no obstante que la primera edición de su libro vio la luz el año 2009.

25 Así, en la Resolución Exenta N° 153, de 13 de abril de 2016, que “*establece Manual de Actuaciones Mínimas en Primeras Audiencias*” [en línea], el Defensor Nacional instruye a sus defensores públicos solicitar en la audiencia de discusión de medidas cautelares “(...) la inutilizabilidad de la evidencia y antecedentes de investigación que se hubieren obtenido o estén vinculados con actos ilícitos y/o que afecten garantías fundamentales de los ciudadanos, como fundamento para decretar medidas cautelares” (p. 15). Del mismo modo, en el documento denominado *Prueba técnica. Concursos cargos Directivos. Jefe de la Unidad Regional de Estudios*, se indica, a la luz de un caso propuesto, que “(...) los antecedentes referidos a las especies incautadas y a la declaración inculpativa del detenido, no pueden ser utilizados para acreditar el cumplimiento de los requisitos de las letras a) y b) del artículo 140 del CPP, ya que fueron obtenidos con infracción de garantías fundamentales. En efecto, constituye un deber del juez de garantía, en cumplimiento de la función de protección que la ley le ha asignado, negarse a reconocer valor a antecedentes obtenidos ilícitamente al momento de pronunciarse sobre medidas cautelares. Esto es así porque la prueba ilícita, aun antes de ser declarada inadmisibles, es derechamente inutilizable incluso como fundamento de resoluciones provisionales. Un procedimiento penal coherente, que entiende la etapa de investigación como una fase preparatoria del juicio oral, no puede aceptar que elementos probatorios que son ineficaces para fundar la sentencia definitiva puedan resultar eficaces para justificar resoluciones provisionales durante la etapa preliminar” (p. 3). Disponible en: [www.dpp.cl/resources/upload/12642e156bdaf023403b2001ff03f5c9.pdf](http://www.dpp.cl/resources/upload/12642e156bdaf023403b2001ff03f5c9.pdf) [fecha consulta: 14 de mayo de 2020].

26 Sólo por citar algunos fallos de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en los que, como litigante, me tocó intervenir, pueden consultarse las causas Rol N° 1725-2018, de fecha 16 de agosto de 2018; 1743-2018, de fecha 18 de agosto de 2018, y 1763-2018, de fecha 21 de agosto de 2018, en las que se confirmó la resolución de primer grado que hizo uso de la *teoría de la inutilizabilidad* para no dar lugar a la prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público. Del mismo modo, la Corte de Apelaciones de Concepción, al constatar –esta vez, vía recurso de amparo– que la policía había actuado al margen de lo dispuesto en el artículo 206 del CPP, declaró ilegal la detención y revocó la medida cautelar de prisión preventiva y de arresto domiciliario nocturno que pesaba sobre los amparados, disponiendo su inmediata libertad, puesto que “aplicar (la) medida cautelar de prisión preventiva y arresto domiciliario nocturno a los encartados no puede fundarse en la información aportada por carabineros, pues ella claramente fue obtenida con vulneración de garantías constitucionales” (Rol N° 44/2018 (Amparo), de 24 de febrero de 2018).

27 Véase, por todos, DUCE y RIEGO, *Proceso Penal...*, ob. cit., págs. 250 y sgtes.

ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y

- c. Que existen *antecedentes* calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de las diligencias precisas y determinadas de la investigación o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga<sup>28</sup>.

Debe en este punto recordarse que, como destaca el tenor literal de la norma recién citada, en esta etapa procesal no cabe hablar de “pruebas”, sino que de *antecedentes* o, si se prefiere, de *fuentes de prueba*. Todos estos elementos deben ser *valorados* por el juez de garantía a la hora de determinar si concurren *copulativamente* los tres requisitos previamente apuntados para, solo de este modo, tener por justificada la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva en el caso concreto<sup>29-30</sup>.

Y entonces, desde un punto de vista práctico, lo que en definitiva postula la teoría de la inutilizabilidad, es que el juez de garantía no puede tener en consideración, como *antecedentes válidos* para fundar los *presupuestos materiales* de la prisión preventiva, las fuentes de prueba obtenidas con vulneración de garantías fundamentales.

La situación particular de las medidas cautelares del artículo 155 del CPP se analizará más adelante.

## 5. EN LA BÚSQUEDA DE UNA SOLUCIÓN INTERMEDIA

Pese al mérito de las argumentaciones expuestas en los acápite precedentes, no cabe duda que, al menos normativamente, la tesis de la inutilizabilidad pugna con el tenor literal del inciso final del artículo 132 del CPP y que, peor aún, lisa y llanamente viene a tornar estéril su mandato, pues, ¿qué sentido tendría que el legislador haya establecido que, a pesar de la declaración de ilegalidad de la detención, el fiscal puede formalizar la investigación y *pedir las medidas cautelares que sean procedentes*, si el juzgador, torciéndole la mano al autor de la Ley, decide más tarde no dar lugar a dichas medidas cautelares, no obstante concurrir los requisitos que las hacen procedentes, con el solo pretexto de haber declarado previamente la ilegalidad de la detención?

No es de extrañar, pues, que incluso en la discusión parlamentaria de la Ley N° 20.253, se al-

28 Estos mismos requisitos debe acreditar el fiscal, el querellante o la víctima, en su caso, si deciden solicitar medidas cautelares del artículo 155 del CPP, ya que, de acuerdo al inciso final de esta última disposición, “*la procedencia (...) de estas medidas cautelares se registrará por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva (...)*”.

29 Sobre el *estándar* que, como ideal teórico, debiera atender el juez de garantía al momento de evaluar la procedencia de la prisión preventiva, puede verse, entre nosotros, BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. “Estándares de Prueba y su Aplicación Sobre el Elemento Material de la Prisión Preventiva en Chile”. En: *Polít. Crim.*, Vol. 7, N° 14, Santiago, Chile, Universidad de Talca, 2012, págs. 454 a 479; y VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan. “Hacia un Estándar de Prueba Cautelar en Materia Penal: Algunos Apuntes Para el Caso de la Prisión Preventiva”. En: *Polít. Crim.*, Vol. 13, N° 26, Santiago, Chile, Universidad de Talca, 2018, págs. 836-857.

30 Este análisis que realiza el juez de garantía debe ser decreciente y sucesivo. Es decir, primero debe verificar si, en la especie, se configura el presupuesto de la letra a) del precepto citado, y si –y solo si– lo estima concurrente (ya por el título de castigo propuesto por el fiscal u otro que fluya del relato *factual*), puede pasar al análisis de la letra b) y, luego, y solo en ese mismo caso, es decir, que esta letra también se tenga por satisfecha, puede abocarse al examen de la letra c). Si no se han acreditado los presupuestos materiales, aunque aparezca de manifiesto la necesidad de cautela (como si, por ejemplo, el imputado registrara los más horrendos crímenes en su extracto de filiación y antecedentes), no sería procedente la imposición de la prisión preventiva. Véase, DUCE y RIEGO, *Proceso Penal...*, ob. cit., p. 254.

zaran voces planteando dudas similares al respecto. El diputado sr. Burgos, por ejemplo, preguntó: “¿Qué lógica tendría que la declaración de ilegalidad fuera, acto seguido, acompañada de solicitudes de formalización con medidas cautelares, en circunstancias de que lo central ya fue declarado ilegal? ¿Cómo un juez de garantía que declaró ilegal una decisión, acto seguido pueda dictar una medida cautelar respecto de aquel acto principal que fue declarado ilegal?”<sup>31</sup>. Sin embargo, otros diputados, invisibilizando –a mi entender– el problema de fondo, afirmaron sin ningún reparo que al Ministerio Público “en nada le afectaba” la declaración de la ilegalidad de la detención, pues “tiene todas las herramientas para formalizar la investigación y pedir medidas cautelares”<sup>32</sup>, dando a entender con ello que, en dicho supuesto, las medidas cautelares debían necesariamente imponerse, si concurrían sus presupuestos<sup>33</sup>.

En esta última línea, y dando total preeminencia al artículo 132 del CPP, alguna jurisprudencia ha entendido que dicha disposición ha separado precisamente ambos extremos – la ilegalidad de la detención y la solicitud de medidas cautelares – de lo que concluye que, de cumplirse los requisitos del caso, nada obsta a la imposición de una medida cautelar –en concreto, la prisión preventiva– ni siquiera la ilegalidad de la detención<sup>34</sup>. Se trataría de aquella doctrina que, atendida la falta de previsión legal sobre la materia, postula que cualquier debate sobre la ilicitud de una prueba (o de una fuente de prueba), debe quedar diferido a la etapa intermedia, esto es, a la audiencia de preparación de juicio oral<sup>35</sup>.

Llegado a este punto, me parece plausible sostener que ninguna de las dos tesis esbozadas –inutilizabilidad, a ultranza, de un lado, o preeminencia del artículo 132 del CPP, sin más, de otro– llevan en *todo* la razón. Y es que a veces cuando un elástico se tensa demasiado, termina por romperse.

Contrario a lo que, desde otra área del conocimiento, ha dicho Dawkins, pareciera ser que

31 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 20.253*, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Discusión en Sala, 10 de octubre de 2006. Sesión 83, Legislatura 354, p. 82.

32 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 20.253*, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Discusión en Sala, 11 de octubre de 2006. Sesión 83, Legislatura 354, p. 97 (intervención del diputado sr. Ceroni).

33 En cierto modo se enmarca en esta línea la opinión de Piedrabuena, cuando afirma que “en atención a que según el artículo 132 del CPP el fiscal puede continuar con la audiencia mediante la formalización de la investigación, la petición de medidas cautelares, incluyendo la prisión preventiva, es posible que las medidas cautelares puedan o *deban* ser concedidas por el juez no obstante que haya estimado ilegal la detención” (PIEDRABUENA, *Ley 20.253...*, ob. cit., p. 142, las bastardillas, mías).

34 Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 14 de junio de 2017, pronunciada en causa Rol N° 1050-2017; y la sentencia de la misma Corte, de fecha 16 de febrero de 2017, dictada en causa Rol N° 267-2017 (en cuyos alegatos me correspondió intervenir). En la misma línea, pasando de puntillas sobre la ilegalidad de la detención previamente declarada, consúltese la sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de fecha 08 de noviembre de 2019, dictada en causa Rol N° 135-2019.

35 Dan cuenta de esta postura, por así llamarla, “radical”, MIRANDA, CERDA y HERMOSILLA, *Práctica de la Prueba...*, ob. cit., págs. 301-302.

en este caso la verdad sí se encontraría en el punto medio<sup>36</sup>. Y esto es precisamente lo que pretendo demostrar en los epígrafes siguientes.

## 6. LOS LÍMITES A LA TEORÍA DE LA INUTILIZABILIDAD

Antes de avanzar en nuestro cometido, quisiera dejar en claro que los fundamentos de la teoría de la inutilizabilidad, antes señalados, me parecen plausibles y, todavía, convincentes, razón por la cual no está en mis propósitos discutir su aplicabilidad entre nosotros. Lo que, eso sí no comparto, es aquella visión doctrinaria y jurisprudencial que le atribuye una operatividad acaso *automática*, del modo causa-efecto o de, por así decirlo, acción-reacción (declaración de ilegalidad de la detención *es igual a* no imposición de medidas cautelares), obviando con ello todos los matices que por ella transitan. No se trata, entonces, de un problema de aplicabilidad de esta tesis, sino más bien de la delimitación de su concreto *ámbito* de aplicación.

Decíamos más atrás que esta doctrina estaba íntimamente emparentada con la institución de la regla de exclusión de la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, al obedecer a estructuras de argumentación y ponderación análogas.

A mi juicio, esto implica reconocer dos cuestiones de importancia capital: la primera, es que no toda declaración de ilegalidad de la detención conllevará, necesariamente, la contaminación de la prueba originada o derivada de dicha detención espuria. Puede tratarse, sin más, de un problema de *pura o simple ilegalidad* que, según suele afirmarse, no autoriza la exclusión de prueba en la audiencia de preparación de juicio oral, de manera tal que dicha circunstancia tampoco debiera ser obstáculo para que, en estadios tempranos del proceso, como lo es la fase de investigación, puedan adoptarse medidas cautelares. Luego, y en segundo lugar, no toda afectación de garantías fundamentales implicará la necesaria metástasis de la prueba derivada de una declaración de ilegalidad de la detención, por lo que, de vislumbrarse en el caso concreto la concurrencia de las así llamadas *excepciones o limitaciones* a la prueba ilícita, y con ello, la improcedencia de su exclusión futura, consecuentemente tampoco debiera existir escollo para que se decretaran medidas cautelares durante la fase preliminar.

En mi concepto, cuando el fiscal, amparado en el artículo 132 del CPP, solicita la imposición de medidas cautelares en la audiencia de control de la detención, pese a existir una declaración de ilegalidad previa, no hace otra cosa que poner sobre los hombros del juez de garantía el deber de analizar y ponderar los dos extremos recién comentados, frente a lo cual debiera preguntarse, como si se tratara de realizar una prognosis de exclusión futura, lo siguiente: ¿el material probatorio que tengo ante mis ojos, será, con *alto grado de probabilidad*<sup>37</sup>, excluido en la audiencia de preparación de juicio oral? La respuesta a esta pregunta debiera socorrerle a la hora de resolver el conflicto entre aplicar la teoría

<sup>36</sup> Dawkins, reconocido ateo a nivel mundial, ante el reproche de sus detractores que afirmaban que era tan fundamentalista como aquellos a quienes criticaba, sostenía, en su defensa, que “cuando se expresan dos puntos de vista contrarios con la misma vehemencia, la verdad no necesariamente yace en el punto intermedio entre ambos. Es posible –añadía– que una de las partes esté sin más en el error, algo que justifica la pasión de la otra parte” (DAWKINS, Richard. *El Espejismo de Dios* (trad. PÉREZ-GALDÓS, Natalia). Barcelona, España, Espasa Libros, 2018, p. 18).

<sup>37</sup> La justificación del *grado de probabilidad* escogido como baremo, se desarrollará *infra*.

de la inutilizabilidad o el artículo 132 del CPP en el caso específico, o, lo que es lo mismo, al momento de decidir si imponer o no una medida cautelar, no obstante haber declarado previamente la ilegalidad de la detención.

Dicho lo anterior, estamos en condiciones de afirmar que los límites a la teoría de la inutilizabilidad son –siempre en mi opinión– estos dos: a) *la simple ilegalidad o mera ilicitud*; y b) las tradicionalmente llamadas *excepciones o límites* a la regla de exclusión de la prueba ilícita, que, siguiendo a Armenta, hemos preferido denominar *tesis atemperadoras* de la regla de exclusión<sup>38</sup>.

### 6.1 La simple ilegalidad o mera ilicitud

Acostumbra afirmar la doctrina nacional que la violación de una norma legal, que no alcanza a constituir una verdadera infracción de garantías fundamentales, queda a la orilla del problema de la prueba ilícita<sup>39</sup>. Es que, en efecto, como afirma Hernández, “la inobservancia de garantías fundamentales representa siempre algo más que la mera inobservancia de la legalidad ordinaria, de suerte que para afirmarla no puede bastar con la infracción de ley en la obtención de prueba, sino que además se requiere que la infracción pueda vincularse de modo tal con una garantía fundamental que pueda conceptualizarse como una afectación de la misma”<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> ARMENTA, *La Prueba Ilícita...*, ob. cit., p. 116.

<sup>39</sup> Precisamente, para los fines de este trabajo, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 276 del CPP, entiendo por prueba ilícita “*la obtenida con inobservancia de garantías fundamentales*”. Huelga consignar aquí que la doctrina nacional suele definirla de la misma manera (véase, *inter alia*, CAROCCA PÉREZ, Alex. “Una Primera Aproximación al Tema de la Prueba Ilícita en Chile”. En: *Revista Ius et Praxis*, Vol. 4, N° 2, Santiago, Chile, Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, 1998, págs. 307-308; HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo II), ob. cit., p. 169; y CERDA, *Manual del Sistema...*, ob. cit., p. 306). En España, la situación pareciera ser análoga (Véase, por todos, el panorama ofrecido por MIRANDA, *El Concepto...*, ob. cit., págs. 46-52, y ÉL MISMO, “La Prueba Ilícita: la Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones”. En: *Revista Catalana de la Seguretat Pública*, Cataluña, España, Institut de Seguretat Pública de Catalunya, 2010, p. 131). Sobre las diferentes denominaciones que recibe la prueba ilícita en el Derecho comparado, véase, por todos, HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo II), ob. cit., págs. 164-168; y en general, MIRANDA, *El Concepto...*, ob. cit., págs. 41 y sgtes.

<sup>40</sup> HERNÁNDEZ, *La Exclusión...*, ob. cit., p. 51. Agrega el autor que “con independencia del indudable debido respeto a la legalidad procesal penal, no parece proporcionado, y con ello, no parece legítimo excluir toda prueba ilegalmente obtenida, sino sólo aquella respecto de la cual la ilicitud en que se funda socava de un modo intolerable la legitimidad de la persecución penal” (p. 68). 68-69. En la misma línea NÚÑEZ OJEDA y CORREA, *La Prueba Ilícita...*, ob. cit., págs. 213-215.

De algún modo esta idea se corresponde con lo que alguna doctrina extranjera denomina *prueba irregular*<sup>41</sup>.

Pues bien, estimo que cuando la declaración de ilegalidad de la detención se basa en una simple o mera ilegalidad, que no alcanza a constituir a las claras una vulneración de garantías fundamentales, el juez de garantía no tiene impedimento alguno para, acto seguido, decretar las medidas cautelares que sean procedentes.

Lo anterior puede comprenderse mejor de la mano de un caso analizado por el profesor Guillermo Oliver. El autor, en un trabajo del año 2006<sup>42</sup>, examinó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso<sup>43</sup>, que confirmó la exclusión de prueba de filmaciones efectuadas por la policía de ciertas transacciones de droga que tuvieron lugar en una plaza pública, por supuesta vulneración del artículo 226 del CPP, al entender que, como la norma no hacía distinción alguna, era menester contar con autorización judicial previa, incluso para filmar o fotografiar hechos que ocurren en lugares públicos o abiertos al público, cuestión que no había sucedido en la especie. El autor se ocupó de demostrar que, por razones sistemáticas, la autorización judicial previa era necesaria solo cuando se trataba de filmar o fotografiar hechos que ocurren en lugares privados. Pero, lo interesante a destacar aquí, es que Oliver concluye que, aun cuando diéramos por cierto el razonamiento de la Corte de Apelaciones, de todas formas no hubiera sido procedente la exclusión de prueba, precisamente porque se trataría, a lo sumo, de una mera infracción legal: “el hecho de que los sucesos filmados hayan tenido lugar en una plaza pública, a plena luz del día y frente a un establecimiento educacional, impide sostener que al

<sup>41</sup> Según explica Miranda, para la doctrina y jurisprudencia española mayoritaria, *la prueba irregular* (también llamada ilegal o defectuosa) es aquella obtenida o practicada con infracción de la legalidad ordinaria, sin afectación de derechos fundamentales, en contraposición a la prueba ilícita, que es aquella obtenida o practicada, precisamente, con vulneración de tales derechos. Añade el autor que la anterior diferenciación conceptual tiene una enorme repercusión práctica, pues, de acuerdo a la aludida posición mayoritaria, la regla de exclusión probatoria y el reconocimiento de su eficacia refleja, se debe predicar exclusivamente de la prueba ilícita, mientras que la prueba irregular queda sometida únicamente al régimen de la nulidad procesal, admitiéndose, en determinados casos, su subsanación y/o convalidación. Véase, MIRANDA, *La Prueba Ilícita...*, ob. cit., p. 133 y, especialmente, ÉL MISMO, *El Concepto...*, ob. cit., págs. 78-79 y 117-142. Ahora bien, en opinión del autor que venimos citando, que en este punto corresponde calificar de minoritaria, las infracciones a normas procesales penales, en tanto cumplen una función de garantía para el imputado, debieran seguir la misma suerte de la prueba ilícita (total ineficacia con efecto reflejo) salvo que se trate de meras formalidades procesales carentes de trascendencia (cuando no cumplen dicha función de garantía). Entre nosotros, y en consonancia con la doctrina foránea mayoritaria antes aludida, Carocca afirma que “aceptado que la prueba ilícita es aquella obtenida con violación a los derechos fundamentales, por prueba irregular o ilegal, ha de entenderse aquella obtenida o practicada con vulneración de preceptos que no gozan del carácter de normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales”, de modo tal que, bajo esta denominación, “se incluirían las fuentes de prueba logradas de modo ilegal, así como también a los medios de prueba practicados irregularmente sin observar el procedimiento establecido, pero sin que a raíz de tales infracciones se haya afectado un derecho fundamental” (CAROCCA, *Una Primera Aproximación...*, ob. cit., p. 309).

<sup>42</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “¿Autorización Judicial para Fotografías o Filmaciones en Lugares Públicos? A propósito de un Fallo Acerca del Alcance del Artículo 226 del Código Procesal Penal”. En: *Revista de Derecho*, XXVII, Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2006, págs. 149-154.

<sup>43</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 22 de diciembre de 2004, pronunciada en causa Rol N° 904-04.

capturarlos en una película se haya vulnerado la intimidad o la vida privada de quienes participaron en ellos”<sup>44</sup>, de modo que, en este caso, no existiría afectación alguna de garantías fundamentales que hiciera procedente la regla de exclusión<sup>45</sup>.

Y entonces, si nos aventuráramos a pensar que un juez de garantía, en una hipótesis como la comentada, volviera por nuestros días a defender el razonamiento esgrimido por la Corte en la audiencia de control de la detención, y que procediera, en consecuencia, a declararla ilegal, estimo que, a pesar de ello, el referido juez no tiene ningún obstáculo para utilizar la filmación como un antecedente para fundar la medida cautelar que fuera solicitada, por tratarse en la especie, si acaso cabe insistir en ello, de una mera infracción legal que no alcanza a constituir una verdadera vulneración de garantías fundamentales.

Otro ejemplo que podría aquí citarse, aunque supone un cariz diferente y acaso muchísimo más discutible, dice relación con la inobservancia del plazo legal que tiene la policía para poner al detenido a disposición del juez de garantía. Supongamos que la policía sorprende *in fraganti* a un sujeto cometiendo un delito de robo, y que, al proceder a su registro, encuentra entre sus vestimentas el arma que utilizó para intimidar a la víctima y la especie sustraída. Sin embargo, los agentes policiales demoran 25 horas en poner al detenido a disposición del tribunal, vulnerando con ello el plazo máximo de 24 horas que, para tal efecto, establece el artículo 131 del CPP.

Si bien podrían teorizarse múltiples causas por las que el personal policial pudo no haber dado cumplimiento al referido mandato legal –algunas, de hecho, tal vez justificadas– en general, se trata de una situación que en la práctica autoriza al juez de garantía a declarar la ilegalidad de la detención. Pero, a mi modo de ver las cosas, parece sumamente discutible que esta infracción legal alcance a constituir a las claras una afectación trascendente de la garantía fundamental de la libertad personal, que la socave de un modo intolerable, y que, a la postre, permita prístinamente avizorar la aplicación futura de la regla de exclusión de prueba ilícita<sup>46</sup>.

De todos modos, creo que el problema podría ser abordado y resuelto desde otro punto de vista, tal vez como razonamiento complementario, a la luz de la doctrina de la fuente independiente, desde que no parece haber ninguna conexión causal entre la ilegalidad comentada –meramente procedimental– y las pruebas obtenidas anteriormente dentro de un proceso policial completamente lícito<sup>47</sup>. Enfrentado el juez de garantía a este di-

44 OLIVER, *¿Autorización Judicial...*, ob. cit., págs. 152-153.

45 OLIVER, *¿Autorización Judicial...*, ob. cit., p. 153.

46 Cabe anotar en este punto que, nuestro Máximo Tribunal, al conocer diversos recursos de nulidad fundados en la causal de la letra a) del artículo 373 del CPP, ha invariablemente negado relevancia a las infracciones de derecho que no sean sustanciales o que se sitúen en un área periférica o en un plano ajeno a lo que puede entenderse por la esencia del derecho comprometido. El razonamiento anterior, como se sabe, se basa en la alusión a la “sustancialidad” que realiza la causal precitada, en complemento con lo señalado en el artículo 375 del CPP. Sobre ello, véase, CORREA ZACARÍA, Claudio. “La Prueba Ilícita de los Particulares: de Cargo y Descargo”. En: *Polít. Crim.*, Vol. 11, N° 21, Santiago, Chile, Universidad de Talca, 2016, págs. 131 y 132 (en notas al pie), y la jurisprudencia que cita.

47 Seguramente otra cosa cabría concluir si, durante el exceso del plazo de la detención –esto es, después de las 24 horas– la policía se hiciera de nuevas fuentes de prueba.

lema, creo, debiera sacudir los fantasmas de la cabeza y proceder a decretar las medidas cautelares solicitadas, si concurrieran sus requisitos<sup>48</sup>.

## 6.2 Las tesis atemperadoras de la regla de exclusión de la prueba ilícita

Sobre las tradicionalmente llamadas excepciones o limitaciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, se ha escrito con pluma insaciable estos últimos años. Sería ocioso, pues, que mis aspiraciones fueran tan lejos como para pretender ofrecer aquí una exposición detallada de tales doctrinas y de los problemas prácticos que conlleva su aplicación. Más bien, en las líneas que siguen, solo pretendo consignar lo que, a mi juicio, resulta imprescindible retener para los propósitos de este trabajo, remitiéndome en todo lo demás a la bibliografía que, en cada caso, me ocuparé de citar.

La cuestión comienza por comprender que, a pesar de no existir en Chile una norma expresa que consagre el denominado efecto extensivo, reflejo, indirecto, secundario, derivado, dominó, contaminante o de metástasis procesal de la prueba ilícita –distintas denominaciones para significar lo mismo–, como sí ocurre en otras latitudes<sup>49</sup>, nuestra doctrina y jurisprudencia ha sido unánime en reconocerlo<sup>50</sup>. Se trata de la llamada doctrina de los frutos del árbol envenenado (fruits of the poisonous tree doctrine), cuyo origen se remonta al fallo *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251 U.S. 385 [1920]), de la Suprema Corte de los EE.UU.<sup>51</sup>. De acuerdo a esta doctrina, la exclusión de prueba

48 Otro ejemplo, quizás mucho más evidente de mera ilegalidad o simple ilicitud, vinculado a esta primera limitación de la teoría de la inutilizabilidad, sería la incautación de objetos en un inmueble allanado, contando con la debida autorización judicial de entrada y registro, pero olvidando entregar al encargado del recinto el recibo correspondiente (artículo 216 del CPP). Este ejemplo puede leerse en HERNÁNDEZ, *La Exclusión...*, ob. cit., págs. 68-69, quien, sin embargo, se pregunta si lo mismo cabría razonar si la entrada y registro con orden se practica fuera de los horarios permitidos por la ley (artículo 207 del CPP), o bien impidiendo al dueño de casa presenciar el registro (artículo 212 del CPP).

49 Véase, ARMENTA, *La Prueba...*, ob. cit., págs. 116 y 117, quien, a modo ejemplar, menciona dos legislaciones que contemplan *expresamente* los efectos reflejos de la prueba ilícita, a saber, el artículo 23 del Código Procesal Penal colombiano y el artículo 157 del Código Procesal Penal brasileño. Según Miranda (y para un sector importante de la doctrina y jurisprudencia española), el efecto reflejo de la regla de exclusión está recogido en la voz “indirectamente”, que utiliza el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “No surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o *indirectamente*, violentando los derechos o libertades fundamentales” (MIRANDA, *La Prueba Ilícita...*, ob. cit., p. 139). En otro de sus textos puntualiza el autor que, aun cuando pudiera discutirse la verdadera intención del legislador español al utilizar en la norma citada el término “indirectamente”, los efectos reflejos de la prueba ilícita “es una consecuencia lógica y necesaria de la ‘inutilizabilidad’ de las pruebas ilícitas” (Véase, MIRANDA, *El Concepto...*, ob. cit., págs. 166-168). En la actualidad, el efecto reflejo de la prueba ilícita se ha visto en España severamente atenuado, merced a la denominada “teoría de la conexión de antijuricidad”, elaborada por el Tribunal Constitucional español (sobre ello, véase, en fin, MIRANDA, *El Concepto...*, ob. cit., págs. 182 y sgtes.)

50 Vgr., HERNÁNDEZ, *La Exclusión...*, ob. cit., págs. 76 y sgtes.; HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo II), ob. cit., págs. 219-220; y ZAPATA GARCÍA, María Francisca. *La Prueba Ilícita*. Santiago, Chile, LexisNexis, 2004, págs. 27-31. A nivel jurisprudencial, véase, por todas, la sentencia de la Corte Suprema de fecha 21 de febrero de 2017, pronunciada en causa ROL N° 100.710-2017 (con cita a los fallos ROL N° 1836-2007, 23.683-2014 y 14.781-2015). Una síntesis del estado de la cuestión en el derecho comparado, puede leerse, además, en ARMENTA, *La Prueba...*, ob. cit., págs. 117 y sgtes.

51 HERNÁNDEZ, *La Exclusión...*, ob. cit., p. 21; y HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo II), ob. cit., p. 219, quienes además constatan que esta doctrina se ha diseminado a prácticamente todos los sistemas procesales penales que han optado por la ineficacia probatoria de la prueba ilícita. La vinculación de la teoría de la inutilizabilidad con el efecto reflejo de la prueba ilícita ha sido puesto de relieve por Miranda: “La adopción de este tipo de decisiones judiciales [se refiere a las resoluciones provisionales] sobre la base de diligencias de investigación practicadas con vulneración de derechos fundamentales puede, además, actuar a modo de *metástasis procesal* contaminando el resto de los pronunciamientos del proceso multiplicando así sus efectos perniciosos. La inutilizabilidad de dichas diligencias asegura, además, la aplicación de la eficacia refleja de la prueba ilícita a través de la conocida teoría ‘de los frutos del árbol envenenado’” (MIRANDA, CERDA y HERMOSILLA, *Práctica de la Prueba...*, ob. cit., p. 304).

obtenida ilícitamente produce también la exclusión de toda la prueba de ella derivada, es decir, respecto de toda la prueba respecto de la cual pueda establecerse una conexión causal con la información obtenida a través de la prueba ilícita originaria<sup>52</sup>.

Sin embargo, la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado, en cuanto supone una relación causal, excluye la posibilidad de que la exclusión se aplique a los casos en que esa vinculación aparezca rota<sup>53</sup>. Suelen mencionarse aquí, como excepciones o limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado, la doctrina de la fuente independiente; del descubrimiento inevitable y del vínculo atenuado<sup>54</sup>. Todas ellas fueron fraguadas por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los EE.UU. y han sido reconocidas por nuestra Corte Suprema<sup>55</sup>.

Se acostumbra agregar a este listado, aunque con bastante resistencia doctrinal<sup>56</sup>, la excepción de la *buena fe* policial, cuyo origen se halla también en la jurisprudencia norteamericana y que ha encontrado eco, en ocasiones, en nuestro Máximo Tribunal<sup>57</sup>.

Mención aparte merece la doctrina alemana de la *ponderación* y la tesis española de la *conexión de antijuricidad*.

La doctrina de la *fuentes independiente* postula que no debe excluirse la prueba que tiene su origen en una fuente distinta, independiente, claramente distinguible, de la ilicitud inicial, por la sencilla razón de que en estos casos dicha prueba no ha sido

52 HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo II), ob. cit., p. 220. Sobre los efectos reflejos de la prueba ilícita y sus excepciones, véase, ampliamente, MIRANDA, *El Concepto...*, ob. cit., págs. 165 y sgtes.

53 HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo II), ob. cit., p. 220. Debe subrayarse el hecho de que, para que opere el efecto reflejo de la prueba ilícita, es preciso que entre el acto originario (ilícito) y el otro (lícito) exista una relación de causa-efecto, o que al primer acto pueda imputársele objetivamente como resultado el segundo, de manera que pueda afirmarse que el segundo acto es consecuencia del primero, cuestión que habrá de establecerse caso a caso. Sobre ello, consúltese MIRANDA, *El Concepto...*, ob. cit., págs. 169-170.

54 Por todos, HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo II), ob. cit., p. 220.

55 En efecto, nuestro Máximo Tribunal ha rechazado diversos recursos de nulidad en los que la defensa alegaba la infracción de garantías fundamentales, con motivo de la obtención del material probatorio, en aquellos casos en que la prueba impugnada emana de una fuente independiente (v.gr., sentencia de fecha 25 de junio de 2015, pronunciada en causa Rol N° 6315-2015), cuando un descubrimiento hipotético conforme a derecho hubiese resultado inevitable (por ejemplo, sentencia de fecha 03 de noviembre de 2015, dictada en la causa Rol N° 14.781-2015), y cuando el vínculo entre la vulneración de garantías y la obtención de prueba aparezca suficientemente atenuado (v.gr., sentencia de fecha 31 de diciembre, pronunciada en causa Rol N° 11.482-2015).

56 Véase, solo entre nosotros, HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo II), ob. cit., págs. 224 y 225; y HERNÁNDEZ, *La Exclusión...*, ob. cit., págs. 73 y sgtes.

57 Cabe recordar que esta excepción nace en la jurisprudencia norteamericana circunscrita a los casos en que la policía ejecuta una orden de entrada y registro emitida por un juez sin “causa probable”, o bien, cuando dicha orden presenta otros defectos de forma, siendo nuestra Corte Suprema la que, en más de alguna oportunidad, le ha dado un alcance todavía más amplio, vinculado al propio actuar errado del agente policial. Siguiendo un criterio, por así llamarlo, original-restrictivo, o sea, que encuentra su fuente directa en un defecto o imprecisión en una orden judicial (de entrada y registro), puede verse la sentencia de la Corte Suprema de fecha 04 de diciembre de 2018, pronunciada en causa Rol N° 23.300-2018, al paso que un criterio más laxo, vinculado al propio actuar equivocado del agente policial, puede verse la sentencia del Máximo Tribunal de fecha 16 de abril de 2019, pronunciada en causa Rol N° 5816-2019. En doctrina, y sobre el punto, véase CORREA ROBLES, Carlos. “La Buena Fe del Agente como Excepción a la Aplicación de la Regla de Exclusión –Derecho Estadounidense y Derecho Chileno–. En: *Latin American Legal Studies*, Vol. 2, Santiago, Chile, Universidad Adolfo Ibañez, 2018, págs. 31 y sgtes.

“fruto” de la ilicitud<sup>58</sup>.

La tesis del *descubrimiento inevitable* sostiene la improcedencia de la exclusión de la prueba que, si bien en concreto no ha sido recabada de forma independiente a la obtenida ilegalmente, en todo caso iba a ser descubierta por medios legales en curso<sup>59</sup>.

Detrás de la doctrina del *vínculo atenuado* se halla la idea de que, en determinados casos, puede existir un vínculo causal entre la ilegalidad y la obtención de la prueba derivada tan tenue, tan débil, que llega a disipar o purgar el vicio<sup>60</sup>.

Por último, y al igual que los tres casos anteriores, tampoco procedería la regla de exclusión cuando se ha comprobado que los funcionarios policiales, actuando de *buena fe*, esto es, en la creencia de estar obrando conforme a Derecho, obtienen la prueba que en definitiva se reprocha espuria<sup>61</sup>.

La doctrina alemana de la *ponderación* supone sopesar los intereses o valores en juego para resolver el dilema: la gravedad de la infracción en la esfera jurídicamente protegida del afectado, por un lado, y los intereses de una efectiva persecución penal, por otro<sup>62</sup>. En palabras de López, se trata “de una posición que, aceptando la ineficacia de la prueba ilícita en principio, persigue morigerar su aplicación evitando que ella cubra casos en que el sacrificio de la verdad parece desproporcionado en relación con la entidad de la infracción al derecho fundamental comprometido”<sup>63</sup>.

58 Véase, HERNÁNDEZ, *La exclusión...*, ob. cit., págs. 22-23 y 78-84; y HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo II), ob. cit., págs. 220-221; CORREA ROBLES, Carlos, *La Buena Fe...*, ob. cit., p. 27; y especialmente CORREA ROBLES, Carlos. “Relación Causal y Exclusión de Prueba”. En: *Polít. Crim.*, Vol. 14, N° 28, Santiago, Chile, Universidad de Talca, 2019, págs. 189 y sgtes. Véase también MIRANDA, La Prueba Ilícita..., ob. cit., págs. 143-1444, con especial referencia al Derecho español. El origen de esta tesis se remonta al caso *Silverthorne Lumber Co. v. United Satates* (1920), el mismo que, como se dijo, asentó la teoría de los frutos del árbol envenenado.

59 Véase, por todos, HERNÁNDEZ, *La exclusión...*, ob. cit., págs. 24 y 80-82; HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo II), ob. cit., págs. 221-222; y CORREA, *La Buena Fe...*, ob. cit., p. 28. Desde la óptica del Derecho español, también MIRANDA, *La Prueba Ilícita...*, ob. cit., págs. 144-146. Esta excepción a la teoría de los frutos del árbol envenenado nace en 1984, en el caso *Nix v. Williams*.

60 Véase, por todos, HERNÁNDEZ, *La exclusión...*, ob. cit., págs. 25-26 y 84-85; HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo II), ob. cit., págs. 222-223; y CORREA, *La Buena fe...*, ob. cit., p. 28. Consúltese asimismo MIRANDA, *La Prueba Ilícita...*, ob. cit., págs. 146-148, con especial referencia a la situación española. Esta doctrina fue originalmente concebida en la sentencia de 1939 *Nardone v. U.S.* y décadas después delimitada y precisada en *Wong Sung v. U.S* (1963).

61 Véase, por todos, HERNÁNDEZ, *La exclusión...*, ob. cit., págs. 17-20 y 73-75; HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo II), ob. cit., págs. 224-225; y especialmente CORREA, *La Buena Fe...*, ob. cit., págs. 29 y sgtes. Consúltese también MIRANDA, *La Prueba Ilícita...*, ob. cit., págs. 140-142, con especial referencia al caso español. La excepción de la buena fe policial encuentra su origen remoto en el voto disidente del juez White en *Stone v. Powell* (1976), siendo recepcionada por la mayoría de la Suprema Corte de EE.UU. en el caso *U.S. v. Leon* (1984).

62 Véase, por todos, HERNÁNDEZ, *La Exclusión...*, ob. cit., págs. 32-33.

63 HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo II), ob. cit., p. 175.

No está demás apuntar aquí que, en mi concepto, consideraciones de esta naturaleza son las que inspiraron la reforma del año 2008, a que más arriba hice referencia<sup>64-65</sup>.

Por último, el Tribunal Constitucional español ha elaborado –a partir de la STC 81/1998, de 2 de abril– la llamada doctrina de la “conexión de antijuricidad”, conforme a la cual, para el reconocimiento de la eficacia refleja de la prueba ilícita, ya no es suficiente con la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita, sino que se precisa además de la existencia de una “conexión de antijuricidad”, cuya apreciación dependerá de la *índole y características de la vulneración ordinaria del derecho fundamental*, esto es, la gravedad de la violación, que obliga a tener en cuenta cuál de las garantías de la injerencia en el derecho fundamental ha sido efectivamente menoscabada y en qué forma, así como de su *resultado*, esto es, el conocimiento inmediato obtenido o adquirido con la vulneración inconstitucional y, finalmente, de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud constitucional, que el Tribunal Constitucional español denomina, respectivamente, perspectivas *interna y externa*. Entre los factores que han de tenerse en cuenta para dicho efecto, es la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación originaria, así como la entidad objetiva de dicha vulneración<sup>66</sup>.

Luego de este brevísimo repaso a las tesis atemperadoras de la regla de exclusión de la prueba ilícita, lo que interesa retener y destacar aquí es que, según mi opinión, pesa sobre el juez de garantía el deber de ponderar desde ya la eventual concurrencia de estas doctrinas, para así decidir si imponer o no una medida cautelar durante la fase de investigación, en el caso de haber declarado previamente la ilegalidad de la detención. Dicho de otra manera, el juez de garantía ya no debe posponer el análisis señalado para la audiencia de preparación de juicio oral; debe hacerlo de inmediato, y con el mismo rigor, en la misma audiencia de control de la detención<sup>67</sup>.

64 No olvidemos que, en materia de declaración de ilegalidad de la detención, el *Mensaje* del Ejecutivo que dio vida a la Ley N° 20.253, señalaba que dicha declaración “puede incidir en causas por delitos graves [con lo que] se lesiona la política criminal del estado y produce desconfianza a nuestro juicio injustificada en la judicatura”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 20.253*, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Mensaje, 07 de julio de 2006, Mensaje en Sesión 53, Legislatura 354, p. 6.

65 Desde esta perspectiva, Hernández sostiene que los alcances concretos que habrán de asignarse a la exclusión de la prueba ilícita, dependen de un punto de equilibrio (ponderación), entre eficiencia y legitimidad. Añade que las garantías fundamentales carecen de un alcance absoluto y siempre son susceptibles de modulación. Así, el mandato de exclusión de la prueba ilícita, constituye un *principio y no una regla*, esto es, siguiendo a Alexy, que se trata de un mandato de optimización, es decir, de una norma que manda que algo, en este caso la exclusión de la prueba ilícita, se realice en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pudiendo consecuentemente ser cumplido en distintos grados (Cfr. HERNÁNDEZ, *La Exclusión...*, ob. cit., págs. 62-63). Véase también HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo II), ob. cit., págs. 175-178, y, especialmente, NÚÑEZ y CORREA, *La Prueba Ilícita...*, ob. cit., págs. 219-222.

66 Sobre esta tesis, y muy crítico, consúltese MIRANDA, *El Concepto...*, ob. cit., págs. 182 y sgtes., donde afirma que esta doctrina ha sido un duro golpe al reconocimiento de los efectos reflejos de la prueba ilícita, hasta el punto de hacerla desaparecer. Otro análisis, igualmente crítico, hace ARMENTA, *La Prueba...*, ob. cit., págs. 123-231.

67 Para aterrizar lo dicho con un ejemplo, puede mencionarse el caso –muy frecuente por lo demás– de los hurtos en grandes tiendas y supermercados, en que los guardias de seguridad, luego de sorprender y detener a los imputados, proceden –en tanto civiles– a revisar sus bolsos u otros receptáculos equivalentes. En estos supuestos, es perfectamente posible razonar desde ya, en la misma audiencia de control de la detención, y ante una eventual petición de declaración de ilegalidad, con base en la excepción del descubrimiento inevitable –del mismo modo en que lo ha hecho ya varias veces la Corte Suprema en sede de nulidad (vgr., sentencias de fecha 01 de octubre de 2015 y 01 de diciembre de 2016, pronunciadas, respectivamente, en las causas Rol N° 5 10.793-2015 y 73.899-2016)– para así resolver la procedencia de las medidas cautelares que, en su caso, se hubieran solicitado.

## 7. LA PROBABILIDAD COMO SOLUCIÓN INTERMEDIA

Llegado por fin el momento de tomar posición sobre el asunto en análisis –y, como tempranamente he anunciado– voy a apartarme de las dos soluciones extremas que, así y todo, aún conviven entre nosotros a modo de diálogo de sordos, y proponer una tesis intermedia, basada en la noción de *probabilidad*<sup>68</sup>. La verdad, estoy convencido, puede hallarse en un punto medio.

Creo que, en esta empresa, ha sido Hernández quien arrojó las primeras luces. En efecto, afirma este autor que, como el juez de garantía, “al resolver sobre la prisión preventiva, debe evaluar las posibilidades que tiene el fiscal de promover un juicio con buena probabilidad de éxito, *le corresponde también incorporar en su análisis una eventual exclusión de prueba que es del todo predecible* y negar la prisión preventiva si no existen otros antecedentes lícitos que le sirvan de suficiente fundamento”<sup>69</sup>. Agrega que, “si la resolución puede prescindir de un pronóstico actual sobre el éxito de la persecución penal, porque se trata de un procedimiento aún en curso, en el cual todavía es posible obtener evidencia incriminatoria, puede parecer que el fundamento de la medida en la prueba ilícita resulta suficiente [se refiere, entiendo yo, a la audiencia de preparación de juicio oral como oportunidad procesal idónea para que opere la regla de exclusión], aunque luego ésta no pueda aprovecharse en juicio”<sup>70</sup>. De esta forma –concluye– “todo indica que para el derecho chileno las probabilidades de condena y de efectivo cumplimiento de la misma constituyen un criterio esencial en la justificación de las medidas cautelares”<sup>71</sup>.

En consecuencia, de acuerdo a la opinión del autor que venimos citando, si la prisión preventiva supone evaluar un pronóstico favorable de condena, “del todo predecible”, una

68 Para comprender desde ya de qué estamos hablando, cuando me refiero a la probabilidad como baremo a considerar, conviene traer a colación la clasificación que Maturana y Montero establecen sobre los grados de conocimiento que el juez puede tener respecto de los hechos: a) ignorancia; b) duda; c) probabilidad; d) certeza; y e) convicción. La *ignorancia* es obvia; se trata del absoluto desconocimiento del hecho de que se trata; la *duda*, es, por así decirlo, un conocimiento alternativo, que encierra por igual el sí y el no, o sea, concurren motivos que llevan hacia la afirmación y la negación de una determinada circunstancia; la *probabilidad*, importa el predominio del conocimiento afirmativo; se está, en consecuencia, en una etapa intermedia o de transición, en que los factores negativos son menores que los afirmativos, y por tanto nos ubicamos cerca del estado subjetivo de haber alcanzado la verdad; la *certeza*, es el conocimiento afirmativo triunfante, vale decir, el convencimiento absoluto de que un hecho ha ocurrido de una manera determinada; y, en fin, se llega a la convicción cuando se admite la *certeza* a la que el juez ha arribado como legítima, particularmente, a través de la motivación de sus sentencias (Cfr. Maturana Miquel, Cristián y Montero López, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición, Santiago, Chile, Legal Publishing, Tomo II, 2012, págs. 826 y 833 a 840).

69 HERNÁNDEZ, *La Exclusión de la Prueba...*, ob. cit., p. 88 (las bastardillas, mías).

70 HERNÁNDEZ, *La Exclusión de la Prueba...*, ob. cit., p. 88.

71 HERNÁNDEZ, *La Exclusión de la Prueba...*, ob. cit., p. 88.

prognosis de absolución fundada en la también predecible exclusión de prueba ilícita, debiera impedir la adopción de, a lo menos, dicha medida cautelar<sup>72</sup>.

Huelga aquí señalar que las palabras de Hernández han sido frecuentemente citadas por la doctrina, si bien muchas veces de forma parcializada, en un aparente apoyo irrestricto de la tesis de la inutilizabilidad<sup>73</sup>. Pero, a mi modo de ver las cosas, el autor no navega a ultranza en el mismo barco de los adherentes a la aludida doctrina, pues a la discusión en cuestión ha introducido un nuevo condimento, que acaso ha pasado inadvertido, y que por estas líneas es preciso rescatar: el concepto de *probabilidad*.

En efecto, una cosa es que el juez de garantía, por decisión legislativa, no pueda impedir al Ministerio Público formalizar la investigación y pedir las medidas cautelares pertinentes, pero otra bien distinta es que el tribunal se *desligue* por completo de la declaración de ilegalidad precedente, y que conceda dichas medidas cautelares *siempre y en todo caso*.

En mi opinión, frente al dilema tantas veces planteado, pesa sobre los hombros del juez de garantía el deber de realizar un ejercicio intelectual *prospectivo* o, mejor aún, de *prognosis* de *absolución muy probable*, fundada en la así también *alta probabilidad* de una eventual exclusión de prueba por ilicitud probatoria en la audiencia de preparación de juicio oral, para así resolver si lo que corresponde es proceder conforme a la teoría de la inutilizabilidad o, en cambio, al alero estricto del artículo 132 del CPP, y desde esta última vereda, conceder las medidas cautelares solicitadas, si concurrieran sus presupuestos. De decantarse el juez de garantía por la alternativa de *absolución muy probable*, creo que no debiera acceder a decretar medida cautelar alguna –dando, por tanto, preeminencia a la teoría de la inutilizabilidad–; mientras que, en caso contrario, esto es, en la hipótesis de *muy baja, simple o nula probabilidad* de absolución futura, fundada en el mismo baremo de eventual exclusión de prueba, tampoco debiera existir obstáculo para que el juez de garantía impusiera una medida cautelar, incluida, por cierto, la prisión preventiva –dando con esto preferencia al mandato del artículo 132 del CPP.

Y, como ideal teórico, para resolver la disyuntiva descrita, esto es, si la probabilidad de absolución futura es muy probable, simplemente probable, remota o nula, el juez de garantía debiera evaluar si, de cara al futuro, concurren o no los límites a la teoría de la inutilizabilidad a que más arriba he hecho referencia. El resto solo sería proceder en consecuencia.

De otro lado, no se debe perder de vista que el fiscal, por regla general, mantiene incólume la posibilidad de recurrir de la resolución que declara la ilegalidad de la detención (artículo 132 *bis* del CPP), y que ésta última, en todo caso, no produce el efecto de cosa juzgada en relación a la eventual discusión sobre exclusión de prueba ilícita que pudiera

72 HERNÁNDEZ, La Exclusión de la Prueba..., ob. cit., p. 89. En un trabajo posterior, Hernández insistía en que “si en principio debe prescindirse de la prisión preventiva cuando conforme a los antecedentes del caso *aun en el evento de condena* el imputado no debería sufrir pena de encierro, con tanto mayor razón no procede la privación de libertad durante el proceso cuando el pronóstico de condena se ve debilitado por la posibilidad de una futura exclusión de prueba, que es precisamente lo que puede ocurrir cuando se declara ilegal la detención gracias a la cual se descubren objetos incriminatorios. A partir de esa declaración el juez de garantía puede y debe realizar un pronóstico sobre la futura posible exclusión de dicho material que se le ofrece para fundar la solicitud de prisión preventiva, en los términos del inciso tercero del artículo 276, y dejar de considerarlo si el pronóstico es favorable” (HERNÁNDEZ, *La Detención Declarada Ilegal...*, ob. cit., págs. 30 y 31, el destacado en el original).

73 Así, por citar un ejemplo, SALAS, *Problemas del Proceso...*, ob. cit., p. 375.

producirse en la audiencia de preparación de juicio oral (artículo 132 inciso final del CPP), lo que, sin embargo, no debe entenderse como una presión para el juez, sino como un elemento más que ha de incorporar en –y para enriquecer su– juicio de probabilidad.

Por último, pienso que, de hallarse el juez de garantía instalado ya no en la probabilidad de absolución muy probable, sino en la *duda* sobre dicha circunstancia, debiera, con todo, inclinarse por la adopción de medidas cautelares, si concurren sus requisitos.

A favor de la aseveración anterior aboga, a mi entender, el denominado *principio de inclusión probatoria*<sup>74</sup>, conforme al cual, el conjunto de elementos que puede y debe ser analizado para adoptar una decisión racional es igual al total de la información disponible y relevante para el caso, y que, en el campo del derecho, operaría de esta forma: debe admitirse toda prueba relevante que no deba excluirse por aplicación de alguno de los filtros adicionales impuestos por las reglas jurídicas<sup>75</sup>.

Y como, al menos en Chile, toda regla de exclusión de prueba es, a la luz de lo dispuesto en los artículos 276 y 295 del CPP, claramente excepcional<sup>76</sup>, sumado a los claros términos del artículo 132 CPP, en caso de *duda* sobre una eventual absolución muy probable, el juez debiera razonar conforme al aludido principio, y concluir con ello, que la adopción de medidas cautelares, al no concurrir a las claras el baremo propuesto, es al menos en ese estadio procesal del todo procedente.

En suma: lo que en definitiva pretendo significar con mi propuesta no es, por supuesto, la concurrencia de una probabilidad matemática o aritmética, al estilo *bayesiano*, en la mente del juzgador; sino que, con la expresión de absolución “muy probable”, basada en la eventual exclusión de prueba ilícita, como baremo para la no concesión de medidas cautelares, aludo a una proyección *cualificada* sobre dicha circunstancia, o sea, a una conjetura, dígase alta, dura o intensa, mayor a lo que racionalmente podría entenderse como pura y simple probabilidad. Se corresponde, de algún modo, con la “sospecha vehemente” que la legislación alemana exige respecto de la comisión del hecho punible para, entre otros requisitos, decretar la medida cautelar de prisión preventiva de un imputado. Esa “sospecha vehemente” ha sido definida por Roxin, precisamente, como “*un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho...*”<sup>77</sup>. ¿Y por qué el baremo de absolución *muy probable*? Porque, a mi juicio, la única forma de vencer el mandato expreso establecido en el artículo 132 del CPP, y los principios de inclusión probatoria y de excepcionalidad de su exclusión, es la probabilidad “muy alta”, de exclusión futura, de dicha prueba, en la audiencia de preparación de juicio oral. De allí arrancarían –y se justificarían–, entonces, el baremo propuesto.

74 Véase, por todos, FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid, España, Marcial Pons, 2007, págs. 41 y siguientes.

75 FERRER, *La Valoración...*, ob. cit., págs. 42-43; véase, también, págs. 68 a 78. En palabras de Núñez y Correa: “la regla general indiscutible es el de la inclusión probatoria. Todo dato o información que sirva para la resolución del caso debe llegar a juicio” (NÚÑEZ y CORREA, *La Prueba Ilícita...*, ob. cit., págs. 210 y 211). Consúltense, asimismo, CORREA, *La Prueba Ilícita...*, ob. cit., págs. 111 y 115.

76 Así también NÚÑEZ y CORREA, *La Prueba Ilícita...*, ob. cit., págs. 208-209.

77 ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal* (trad. CÓRDOBA, Gabriela y PASTOR, Daniel). Tercera reimpression de la edición en castellano, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2006, p. 259 (el destacado es mío).

## 8. LAS MEDIDAS CAUTELARES DEL ARTÍCULO 155 DEL CPP ANTE LA TEORÍA DE LA INUTILIZABILIDAD

Una aplicación *consecuente* de la doctrina de la inutilizabilidad debiera llevar a concluir que, frente a una declaración de ilegalidad de la detención y seguida corroboración de que el material probatorio ilegalmente obtenido y el que de él deriva será más tarde – con alto grado de probabilidad– excluido en la audiencia de preparación de juicio oral, *ninguna* medida cautelar debiera entonces adoptarse, pues, si de consecuencia se trata, no parecen haber buenas razones, al menos en cuanto a sus fundamentos éticos (legitimidad de la acción estatal<sup>78</sup>), para aplicar un criterio distinto, trátese de la prisión preventiva o de otra medida cautelar de más baja intensidad. En ambos casos, huelga reconocerlo, el juez de garantía estaría fundando los presupuestos materiales de su decisión cautelar en fuentes de prueba obtenidas con vulneración de garantías fundamentales.

Sin embargo, no son pocos los jueces de garantía que, por razones que no cabe escudriñar ahora, deciden resolver el problema planteado con una especie de fallo –por así llamarlo– “salomónico”, consistente en imponer medidas cautelares menos gravosas que la prisión preventiva, incluidas, en algunos casos, la del arresto domiciliario, ya sea total o parcial, pese a estar conscientes de que el material probatorio obtenido es completamente ilícito<sup>79</sup>.

Por ahora, y reconociendo que la discusión en este punto quedará abierta, me atrevo a afirmar que el razonamiento que subyace a esa forma de resolver está íntimamente ligado, por una parte, a aquella idea –tan arraigada entre nosotros– de que el juez de garantía debe tener un criterio “más flexible” a la hora de decretar medidas cautelares del artículo 155 CPP, bastándole “un caso menos fuerte”, que el que se requiere para imponer la prisión preventiva<sup>80</sup>; y, por otra, en la tan proclamada ponderación de intereses que, como ideal teórico, debiera existir entre la eficiencia y la legitimidad de la persecución penal<sup>81</sup>.

Tampoco debe perderse de vista, ahora normativamente, que el artículo 153 del CPP permite al juez de garantía decretar medidas cautelares del artículo 155 del CPP, aun cuando se hubiera dictado *sentencia absoluta o decretado un sobreseimiento definitivo o temporal*, cuando dichas medidas sean necesarias para asegurar la presencia del imputado, por lo que, a la luz del precepto citado, sería dable concluir que, en una causa todavía vigente, en la que la decisión definitiva sobre la eventual exclusión de prueba se adop-

<sup>78</sup> Véase HERNÁNDEZ, *La Exclusión...*, ob. cit., págs. 60-61.

<sup>79</sup> Así, por ejemplo, en las causas que se mencionan a continuación, los jueces de garantía, a pesar de haber aplicado la teoría de la inutilizabilidad y, con ello, haber negado lugar a la solicitud de prisión preventiva planteada por el ente persecutor, impusieron, no obstante, otras medidas cautelares del artículo 155 CPP: en causas RUC N° 1800797897-5 (confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en causa Rol N° 1725-2018, de fecha 16 de agosto de 2018) y N° 1800786686-7 (confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en causa Rol IC N° 1743-2018, de fecha 18 de agosto de 2018), ambas seguidas ante el Juzgado de Garantía de San Antonio, se decretaron las medidas cautelares de arraigo nacional y firma quincenal (por un delito de robo en lugar habitado), en el primer caso; y de arresto domiciliario y arraigo nacional (por un delito de tráfico), en el segundo; en tanto que en la causa RUC N° 1800803813-5 (confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en causa Rol IC N° 1763-2018 de fecha 21 de agosto de 2018), seguida ante el Juzgado de Garantía de Limache, se impuso la medida cautelar de arresto domiciliario total (por el delito de microtráfico).

<sup>80</sup> Véase, DUCE y RIEGO, *Proceso Penal...*, ob. cit., p. 281; y HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho Procesal...* (Tomo I), ob. cit., p. 436).

<sup>81</sup> Véase, HERNÁNDEZ, *La Exclusión...*, ob. cit., págs. 62-63.

tará más adelante, en la audiencia de preparación de juicio oral, con mayor razón sería posible adoptar otras medidas cautelares del artículo 155 del CPP durante la fase de investigación, no obstante la declaración de ilegalidad previa.

Vistas, así las cosas, la teoría de la inutilizabilidad ¿sería aplicable –y quedaría circunscrita– únicamente a la medida cautelar de prisión preventiva?

## CONCLUSIONES

1.- Cuando el juez de garantía, en la audiencia de control de la detención, declara su ilegalidad, se enfrentará a la disyuntiva de decretar o no medidas cautelares, si acaso éstas fueran –procedentes y– solicitadas por el Ministerio Público (u otro interviniente legitimado).

2.- Instalado ya en tal dilema, acechará la conciencia del tribunal, por una parte, la teoría de la inutilizabilidad, que lo conminará a no decretar medida cautelar alguna (o, al menos, la prisión preventiva), si la petición del fiscal se funda en el material probatorio obtenido en el contexto de la aludida detención ilegal. Pero, por otro lado, el juez no perderá de vista que el legislador, en el artículo 132 del CPP, ha previsto una solución expresa para tal hipótesis –la de la declaración de ilegalidad–, autorizando al Ministerio Público para formalizar la investigación y pedir medidas cautelares, disposición a la cual es preciso imprimir algún sentido útil.

3.- Entonces, pesará sobre los hombros del juez de garantía el deber de realizar una prognosis de absolución muy probable, fundada en la exclusión de prueba futura, por ilicitud, también muy probable, para así resolver si, en la especie, primará en la disputa la teoría de la inutilizabilidad o la disposición legal expresa.

4.- Para tal efecto, el juez de garantía no debe esperar nada: en la misma audiencia de control de la detención deberá ponderar la concurrencia de las –que hemos denominado– limitaciones a la teoría de la inutilizabilidad, doctrinas estas que, como ideal teórico, cumplirán la función de auxiliarlo en tal espinosa tarea.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

ARIAS VICENCIO, Cristián. “El Control Jurisdiccional de la Detención”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6, Santiago, Universidad de Chile, 2005.

ARMENTA DEU, Teresa. *La Prueba Ilícita (Un Estudio Comparado)*. Segunda edición, Madrid, España, Marcial Pons, 2011.

BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. “Estándares de Prueba y su Aplicación Sobre el Elemento Material de la Prisión Preventiva en Chile”. En: *Polít. Crim.*, Vol. 7, N° 14, Santiago, Chile, Universidad de Talca, 2012.

BLANCO SUÁREZ, Rafael; DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio; MORENO HOLMAN, Leonardo; y ROJAS CORRAL, Hugo. *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*. Santiago, Chile,

LexisNexis, 2005.

CAROCCA PÉREZ, Alex. “Una Primera Aproximación al Tema de la Prueba Ilícita en Chile”. En: *Revista Ius et Praxis*, Vol. 4, N° 2, Santiago, Chile, Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, 1998.

CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Manual del Sistema de Justicia Penal*. Santiago, Chile, Librotecna, 2009.

CORREA ROBLES, Carlos. “La Buena Fe del Agente como Excepción a la Aplicación de la Regla de Exclusión –Derecho Estadounidense y Derecho Chileno–”. En: *Latin American Legal Studies*, Vol. 2, Santiago, Chile, Universidad Adolfo Ibañez, 2018.

CORREA ROBLES, Carlos. “Relación Causal y Exclusión de Prueba”. En: *Polít. Crim.*, Vol. 14, N° 28, Santiago, Chile, Universidad de Talca, 2019.

CORREA ZACARÍA, Claudio. “La Prueba Ilícita de los Particulares: de Cargo y Descargo”. En: *Polít. Crim.*, Vol. 11, N° 21, Santiago, Chile, Universidad de Talca, 2016.

DAWKINS, Richard. *El Espejismo de Dios* (trad. PÉREZ-GALDÓS, Natalia). Barcelona, España, Espasa Libros, 2018.

DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO RAMÍREZ, Cristian. *Proceso Penal*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2019.

FALCONE SALAS, Diego. “Concepto y Sistematización de la Detención Ilegal en el Proceso Penal Chileno”. En: *Revista de Derecho*, XXXVIII, Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid, España, Marcial Pons, 2007.

GALLARDO FRÍAS, Eduardo. “La inutilizabilidad”. En: *Instituto de Estudios Judiciales*, Santiago, Chile, Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, 2007.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “La Detención Declarada Ilegal y sus Consecuencias sobre las Medidas Cautelares y el Régimen de Exclusión de la Prueba”. En: *Agenda Corta Antidelincuencia*, N° 3, Santiago, Chile, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2010.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*. Santiago, Chile, Universidad Alberto Hurtado, 2002.

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

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

MARCHANT CONTRERAS, Felipe. “El Control de Convencionalidad en Chile y los Efectos de la Declaración de Ilegalidad de la Detención, a Propósito del Caso ‘Armas’”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 76, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2019.

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

MIRANDE ESTRAMPES, Manuel. *El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*. Segunda edición (mexicana), Ciudad de México, México, Editorial Ubijus, 2018.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “La Prueba Ilícita: la Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones”. En: *Revista Catalana de la Seguretat Pública*, Cataluña, España, Institut de Seguretat Pública de Catalunya, 2010.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo; HERMOSILLA IRIARTE, Francisco. *Práctica de la Prueba en el Juicio Oral*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2016.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina, Editoriales B de F y Edisofer, 2012.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl; y CORREA ZACARÍAS, Claudio. “La Prueba Ilícita en las Diligencias Limitativas de Derechos Fundamentales en el Proceso Penal Chileno. Algunos Problemas”. En: *Revista Ius et Praxis*, Vol. 23, N° 1, Santiago, Chile, Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, 2017.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “¿Autorización Judicial para Fotografías o Filmaciones en Lugares Públicos? A propósito de un Fallo Acerca del Alcance del Artículo 226 del Código Procesal Penal”. En: *Revista de Derecho*, XXVII, Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2006.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Apuntes de Derecho Procesal Penal 1*. Valparaíso, Chile, Universidad Católica de Valparaíso, 2020.

PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Ley 20.253, Agenda Corta Antidelincuencia*. Santiago, Chile, Editorial Legis, 2008.

RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. “Jurisprudencia Reciente de la Corte Suprema de Chile Sobre el Control de Identidad”. En: *Polít. Crim.*, Vol. 15, N° 29, Santiago, Chile, Universidad de Talca, 2020.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal* (trad. CÓRDOBA, Gabriela y PASTOR, Daniel). Tercera reimpresión de la edición en castellano, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2006.

SALAS ASTRAIN, Jaime. *Problemas del Proceso penal. Investigación, Etapa Intermedia y Procedimientos Especiales*. Segunda edición (aumentada), Santiago, Chile, Librotecnia, 2015.

VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan. “Hacia un Estándar de Prueba Cautelar en Materia Penal: Algunos Apuntes Para el Caso de la Prisión Preventiva”. En: *Polít. Crim.*, Vol. 13, N° 26, Santiago, Chile, Universidad de Talca, 2018.

ZAPATA GARCÍA, María Francisca. *La Prueba Ilícita*. Santiago, Chile, LexisNexis, 2004.

## JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 16 de agosto de 2018, pronunciada en causa Rol N° 1725-2018.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 18 de agosto de 2018, pronunciada en causa Rol N° 1743-2018.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 21 de agosto de 2018, pronunciada en causa Rol N° 1763-2018.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 24 de febrero de 2018, pronunciada en causa Rol N° 44/2018 (Amparo).

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 22 de diciembre de 2004, pronunciada en causa Rol N° 904-2004.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de fecha 08 de noviembre de 2019, dictada en causa Rol N° 135-2019.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, de fecha 02 de agosto de 2019, pronunciada en causa Rol N° 138-2019 (Amparo).

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 04 de septiembre de 2020, pronunciada en causa Rol N° 238-2020 (Amparo).

Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 21 de febrero de 2017, pronunciada en causa Rol N° 100.710-2017.

Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 25 de junio de 2015, dictada en causa Rol N° 6315-2015.

Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 03 de noviembre de 2015, pronunciada en causa Rol N° 14.781-2015.

Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 31 de diciembre de 2013, pronunciada en causa Rol N° 11.482-2015.

Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 04 de diciembre de 2018, dictada en causa Rol N° 23.300-2018.

Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 16 de abril de 2019, pronunciada en causa Rol N° 5816-2019.

Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 13 de agosto de 2019, dictada en causa Rol N° 22.171-2019.

Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 15 de septiembre de 2020, pronunciada en causa Rol N° 104.700-2020.

Resolución del Juzgado de Garantía de Villa Alemana, de fecha 23 de octubre de 2019, pronunciada en causa RUC N° 1901143429-3.

Resolución del Juzgado de Garantía de Coyhaique, de fecha 07 de noviembre de 2019,

dictada en causa RUC N° RUC N° 1901198539-7.

Resolución del Juzgado de Garantía de Valparaíso, de fecha 20 de octubre de 2019, pronunciada en causa RUC N° RUC 1901131702-5.

## OTRAS FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley N° 20.253, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Mensaje, 07 de julio de 2006, Mensaje en Sesión 53, Legislatura 354, p. 6.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley N° 20.253, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Discusión en Sala, 10 de octubre de 2006. Sesión 83, Legislatura 354, págs. 76-77.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley N° 20.253, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Discusión en Sala, 10 de octubre de 2006. Sesión 83, Legislatura 354, p. 82.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley N° 20.253, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Discusión en Sala, 11 de octubre de 2006. Sesión 83, Legislatura 354, p. 97.

Resolución Exenta N° 153 del Defensor Nacional, de 13 de abril de 2016, que “Establece Manual de Actuaciones Mínimas en Primeras Audiencias” [en línea].

Documento denominado Prueba técnica. Concursos cargos Directos. Jefe de la Unidad Regional de Estudios. Disponible en: [www.dpp.cl/resources/upload/12642e156bdaf-023403b2001ff03f5c9.pdf](http://www.dpp.cl/resources/upload/12642e156bdaf-023403b2001ff03f5c9.pdf). [fecha consulta: 14 de mayo de 2020].

[http://www.dpp.cl/sala\\_prensa/noticias\\_detalle/9883/la-importancia-del-control-judicial-de-la-detencion-parte-dos](http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/9883/la-importancia-del-control-judicial-de-la-detencion-parte-dos). [fecha consulta: 12 de agosto de 2020].

# COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL 8142-2020 INA REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 248 LETRA C) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Hernán Ferrera Leiva<sup>1</sup>

El año 2007 se planteó al Tribunal Constitucional un requerimiento de inaplicabilidad dirigido contra el artículo 230 del Código Procesal Penal, por el que se cuestionaba la disponibilidad que para el Ministerio Público consagraba dicha regla, en cuanto a la oportunidad para llevar a cabo la formalización de la investigación. El mencionado requerimiento (Rol 815-2007) sería el primero de un largo número de procesos constitucionales centrados en el nudo que conforman la formalización, la decisión de no perseverar y la acusación. La formalización, como acto enlazado con las facultades que la Constitución reconoce al Ministerio Público en el ámbito de la investigación y delimitador de los hechos sometidos a la indagatoria; la decisión de no perseverar, ubicada al final del proceso investigativo y también en manos del persecutor fiscal cada vez que la averiguación no entrega información suficiente para acusar; y la acusación como acto propiciatorio del juicio oral y de una sentencia dictada por el órgano jurisdiccional.

Cada uno de los referidos elementos, esto es, formalización, decisión de no perseverar y acusación, están sometidos a un particular régimen legal que, en las dimensiones que son relevantes para los efectos de este trabajo, han sido confrontados en sucesivos procedimientos con derechos y facultades reconocidos igualmente por la ley a quienes

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

intervienen en el proceso como víctimas y, más precisamente, como víctimas formalizadas al interior del proceso como querellantes, según lo que se va a explicar más adelante.

En el nivel constitucional, las reglas que han sido repetidamente invocadas para sostener la inaplicabilidad de preceptos como los contenidos en los artículos 230 y 248 letra c) e incluso el inciso final del artículo 259, todos del Código Procesal Penal, son principalmente la del artículo 83 inciso segundo y la del artículo 19 N° 3 incisos primero, tercero y sexto, todos de la Constitución, cuyo texto en cada caso es el que sigue:

*“Artículo 83.- Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.*

***El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”.***

*“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:”.*

***3°.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.***

*“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos”.*

*“La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. **La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes”.***

*“Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.*

*“Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.*

*“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. **Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.***

Repasando rápidamente estos preceptos, el artículo 83 de la Carta Política señala que el ofendido por el delito podrá ejercer **igualmente** la acción penal, una vez que el mismo precepto constitucional entrega exclusivamente al Ministerio Público la investigación de los delitos bajo parámetros de objetividad, y el ejercicio, **en su caso**, de la acción penal.

En cuanto al artículo 19 N° 3 inciso primero de la Ley Fundamental, se ha tenido como

el precepto que encierra o permite deducir el derecho a la tutela judicial, ampliamente desarrollado en España al alero de lo dispuesto en el artículo 24.1 del Código Político de ese país.

El artículo 19 N° 3 inciso tercero de la Ley Superior, en su parte final, hace referencia a la acción penal reconocida por la Constitución y las leyes, mención que fue agregada por la Ley de Reforma Constitucional N° 20.516.

Por último, el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución, transfiere al legislador el establecimiento de un **procedimiento** y una **investigación** racionales y justos, luego de afirmar que las sentencias de un órgano jurisdiccional deben fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Como es ampliamente sabido, los operadores del sistema de justicia cobijan en esta regla el conjunto de garantías judiciales empleando en su delimitación, por lo común, los catálogos de derechos recogidos tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La referencia separada al *procedimiento* y la *investigación* que se hace en este párrafo, tuvo lugar al mismo tiempo que se insertaba en el texto Constitucional el Ministerio Público y el actual artículo 83, ya mencionado<sup>2</sup>.

Enseguida, el conflicto que se decide en la sentencia que aquí se comenta, alcanza un específico grupo de casos sujetos a las reglas del Código Procesal Penal que pueden caracterizarse por el concurso de tres circunstancias, esto es, la intervención de un querrelante, la falta de una formalización y la adopción de la decisión de no perseverar en el procedimiento por parte del Ministerio Público. En ese escenario, quienes han acudido al Tribunal Constitucional para inhibir la aplicación de preceptos legales como los ya mencionados artículos 230 y 248 letra c) del Código Procesal Penal, han buscado afirmar la consagración constitucional de un derecho a acusar, entendido como derecho a ejercer la acción penal, a fin de provocar el enjuiciamiento de una o más personas a quienes se considera en cada caso como responsables por uno o más delitos, encontrando un obstáculo en la falta de una formalización que permita insertar una acusación particular en el marco del artículo 259 del Código Procesal Penal, cuyo inciso final limita el acto acusatorio a los hechos y personas envueltos en la mencionada comunicación, definida en el artículo 229 de ese mismo código.

Las primeras objeciones ejercidas en sede constitucional en esta materia apuntaron contra lo dispuesto en el artículo 230 del Código Procesal Penal, calculando que la inaplicabilidad de esa regla, que se refiere a la oportunidad para llevar a cabo la formalización de la investigación poniendo esa determinación en las manos del Ministerio Público, podría de algún modo provocar su realización desde fuera del ámbito que es propio del órgano investigador.

Es importante recordar que el primer pronunciamiento recaído sobre el artículo 230 del Código Procesal Penal, fue estimatorio, pero en términos tales que proscribió para el caso sometido a juzgamiento la aplicación de un determinado entendimiento del precepto atacado, resolviendo en definitiva: *“Que se acoge el requerimiento de fojas 1 sólo en cuanto se decide que una aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 230*

<sup>2</sup> Chile, Ley N° 19.519 de Reforma Constitucional. Diario Oficial de 16 de septiembre de 1997.

*del Código Procesal Penal en el sentido que haga equivalente el poder de los fiscales para formalizar la investigación a ejercer dicha facultad de manera discrecional en términos de no practicarla y, por otra parte, no ponerle término por alguno de los medios legales, hasta la fecha de prescripción del delito, existiendo ejercicio de la acción penal por parte del querellante,* produce efectos contrarios a la Constitución. En consecuencia, el precepto legal no puede aplicarse con ese alcance en el caso en que incide el presente requerimiento”<sup>3</sup>.

Dicho fallo, como se puede observar, exigía al persecutor llevar a término la investigación y no dejarla pendiente de manera que fuera alcanzada por la prescripción del delito. De ese modo la sentencia, en la práctica, impide que una investigación permanezca indefinidamente abierta y demanda su resolución o término por alguno de los medios que establece la ley, así como de modo similar se demanda de la actividad jurisdiccional la resolución del conflicto sometido a los tribunales de justicia.

Con posterioridad, y hasta el día de hoy, ningún veredicto ha hecho lugar a la inaplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 230 del Código Procesal Penal. Lo anterior, en nuestra opinión, deriva del concepto legal de la formalización como un acto propio del Ministerio Público que se realiza ante un Juez y, particularmente, del vínculo que une dicho acto de comunicación con el desarrollo de la investigación, vínculo que es de tal naturaleza que termina por sujetarlo fuertemente al precepto Constitucional que pone la investigación de los delitos en manos del órgano estatal, exclusivamente.

Probablemente a consecuencia de lo anterior es que las peticiones de inaplicabilidad fueron de a poco volviendo la mirada sobre el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, y así, transcurridos varios años desde la primera discusión, el Tribunal Constitucional vino a acoger, por mayoría, las pretensiones sometidas a su conocimiento en esta materia, despachando desde octubre de 2019 diversas sentencias estimatorias que declararon la inaplicabilidad de este último precepto. Estas últimas, en todo caso, no han dejado de ser arduamente debatidas, lo que se refleja en la mínima diferencia de un voto para el rechazo y se explica en el hecho que cruzan cuestiones medulares del proceso penal inaugurado por el Código Procesal Penal, sacando a la superficie conflictos que ya despuntaban en la tramitación de la reforma constitucional que haría posible la puesta en marcha de un nuevo proceso penal, con la creación del Ministerio Público y su inserción en la Carta Política como órgano autónomo.

La revisión de dichas sentencias es, entonces, estrictamente necesaria, y con ese objeto las observaciones que siguen se han concentrado en el fallo que recayó en el requerimiento de inaplicabilidad Rol N° 8142-2020 INA<sup>4</sup>, que está suscrito por los diez miembros titulares del Tribunal a la fecha de este trabajo.

El caso concretamente examinado por el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia, no está demás decirlo, cumple con las características de aquellos alcanzados por la cuestión debatida, esto es, hay un querellante, no se ha realizado una formalización y una vez cerrada la indagatoria se ha adoptado por el Ministerio Público

<sup>3</sup> Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, Rol N° 815-2007 INA, de diecinueve de agosto de dos mil ocho.

<sup>4</sup> Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, Rol N° 8142-2020 INA, de catorce de mayo de dos mil veinte.

la decisión de no perseverar en el procedimiento.

La decisión de no perseverar del artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, que ha sido el preciso objeto de la sentencia que se comenta, consagra una de las tres opciones que la ley abre al Ministerio Público una vez clausurada la investigación, consistente en adoptar la decisión de no perseverar en el procedimiento por no haberse reunido los antecedentes suficientes para fundar una acusación, decisión que una vez adoptada debe comunicarse en una audiencia. Las otras dos opciones consisten en solicitar el sobreseimiento o acusar, siempre que se cuente, para esto último, con fundamentos serios para el enjuiciamiento.

Entrando ahora derechamente al análisis del fallo suscrito por la mayoría del Tribunal, tempranamente se pueden encontrar dos aspectos esenciales, por una parte, la acción penal y su mención en el inciso segundo del artículo 83 de la Constitución, y por la otra, el derecho a la tutela judicial que según se ha dicho se entiende comprendida en el artículo 19 N° 3 inciso primero de la Ley Superior.

Sobre la acción penal, ya en el razonamiento séptimo y octavo del fallo, se explicita con bastante claridad el alcance que se concede al inciso segundo del artículo 83 tantas veces mencionado, en los siguientes términos:

**“SÉPTIMO:** *Respecto de la titularidad del ofendido por el delito –víctima– respecto del derecho a la acción penal, cabe considerar en primer lugar que el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución establece que tanto “el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán **ejercer igualmente la acción penal**” (énfasis agregado).*

*En consonancia con lo anterior, y con la finalidad de asegurar materialmente dicho derecho, el artículo 19, N° 3°, inciso tercero, de la Constitución –modificado por la reforma constitucional de fecha 11 de julio de 2011– establece que “las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de **ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución** y las leyes” (Énfasis agregado). Pertinente resulta destacar que en la discusión de la reforma aludida, se hizo hincapié en que “la ubicación de esta propuesta en el capítulo III disiparía toda duda y quedaría claro que sería un derecho del ofendido accionar penalmente” (Cámara de Diputados, Segundo trámite constitucional, Informe de la Comisión de Constitución, p. 13).*

*La jurisprudencia, por su parte, ha destacado que a la víctima se le reconoce “la posibilidad de ejercer la acción penal, derecho consagrado a nivel constitucional a raíz de la modificación introducida al artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental por la Ley N° 20.516.” (Corte Suprema. Rol N° 12.908-14, de 12.08.2014);*

**OCTAVO:** *De la correlación de antecedentes señalados en el considerando precedente, resulta claro que el ejercicio de la acción penal, por parte de un sujeto distinto al Ministerio Público, está garantizado por la Constitución tanto en su artículo 19, N° 3°, inciso sexto, como en el artículo 83, inciso segundo;”.*

Más adelante agrega el fallo:

**“DÉCIMO SEGUNDO:** *Además, es necesario precisar el derecho de la víctima a ejercer – igualmente– la acción penal no se reduce únicamente a que la ley contemple vías para que los ofendidos puedan, en algunas oportunidades y bajo ciertas condiciones, acusar, sino que comprende el derecho a que el legislador le posibilite recibir tutela de parte de la judicatura cada vez que el Ministerio Público realice conductas que hagan cesar la pretensión punitiva.*

*Si la señalada garantía de control judicial no existe, como ocurre en el caso de marras, la posibilidad de acusar del querellante devendría en enteramente dependiente de la actividad del Ministerio Público, quien podría disponer a su solo arbitrio de la acción penal.*

*Entonces, la exclusividad constitucional de que goza el Ministerio Público para investigar no puede significar la ausencia –aun parcial– de tutela judicial de los intereses de aquel ofendido que aspira a que se persevere en la pretensión punitiva. Este Tribunal no cuestiona la constitucionalidad de que el Ministerio Público pueda disponer de la pretensión punitiva en virtud del principio de oportunidad, pero sí de que éste se ejerza al margen de la intervención tutelar contralora del Poder Judicial;”.*

Lo anterior hace evidente que el ejercicio de la acción penal se entiende aquí como acusación, y esta última como actuación propiciatoria del juicio penal propiamente tal, de manera independiente del ejercicio que haga el órgano estatal encargado de investigar y acusar, en su caso. Asimismo, en directa alusión a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 19 N° 3 de la Constitución, se afirma que cuando se establece el derecho a ejercer igualmente la acción penal, esto no se reduce a que se autorice la acusación del querellante bajo ciertas condiciones, sino que comprendería el derecho a recibir *tutela de parte de la judicatura cada vez que el Ministerio Público realice conductas que hagan cesar la pretensión punitiva.*

No se puede dejar de observar que el peso mayor de estas argumentaciones se desliza hacia la tutela jurisdiccional en favor del querellante, para aquellos casos en que el Ministerio Público *haga cesar la pretensión punitiva.* Este último enfoque hará gravitar la decisión del requerimiento, fundamentalmente, sobre el control de la decisión adoptada por el Ministerio Público.

Quedan así desplegadas en la sentencia dos cuestiones arduamente discutidas, como la acción penal y la tutela judicial en los procedimientos penales. Ambas, además, están necesariamente precedidas de otra muy significativa, como es la existencia de titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos resguardados en el proceso criminal a instancias de la Constitución, materias revisadas por el Profesor Bordalí Salamanca en dos

artículos que son de necesaria consulta<sup>5-6</sup>.

Volviendo a la sentencia, los Ministros disidentes llevan su razonamiento por caminos distintos, comenzando por hacer hincapié en que el contexto en que se desenvuelven sus reflexiones es el del proceso penal regulado en el Código Procesal Penal, configurado como un procedimiento atado al principio acusatorio que separa las funciones de investigar y de juzgar, por razones de justicia y racionalidad ampliamente conocidos.

Se debe añadir, que en el marco de ese proceso la ley ha reconocido a la víctima y al querellante la calidad de interviniente dotado de un cúmulo de derechos para ejercer en su interior, lo que supera con mucho la estructura del procedimiento inquisitivo, que más bien por el peso de una práctica centenaria y la concentración de la investigación y el juzgamiento en una sola mano, dieron en los hechos alta relevancia al querellante en el impulso del proceso.

La primera cuestión que despeja la disidencia es si en realidad aquí se está frente de un derecho subjetivo autónomo, de rango constitucional y en favor del querellante, a la in-

5 BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. "La Acción Penal y la Víctima en el Derecho Chileno". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII (2° Semestre 2011), Valparaíso, Chile, Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2011, págs. 513 - 545. Entre las conclusiones del mencionado texto se señala:

*"¿Cómo conciliar entonces la expresión acción penal del artículo 83 CPR con el Código Procesal Penal? Desde luego por acción penal no puede comprenderse en el texto constitucional como se lo hace en el Código del ramo, en el sentido de procedimiento penal, porque como ya se señaló, los ofendidos por el delito jamás podrán ejercerlo.*

*Una interpretación posible es entender que cuando la Constitución le asegura al ofendido por el delito ejercer igualmente la acción penal, le está garantizando la posibilidad de acusar particularmente junto al Ministerio Público o adherirse a la acusación que deduce el órgano persecutor estatal. Si se le reconoce la posibilidad de presentar querrela y otros derechos durante la investigación, ello quedaría al criterio del legislador ya que no habría exigencia constitucional al respecto. Pero cuando se sostiene que la Constitución asegura a las víctimas por delito un derecho de acusar, ese derecho aparece condicionado a que la persecución penal esté en un estado tal que esa acusación sea pertinente, lo que determinará el órgano estatal al que le corresponde perseguir los delitos, es decir, el Ministerio Público. Y desde luego, el derecho de acusar no implica asumir autónomamente la calidad de sujeto activo en el juicio penal. Por ello es que sostengo que las víctimas de delito no tienen un derecho de acción o a la tutela judicial, como si de actores civiles se tratase.*

*En un sistema procesal penal que no es acusatorio puro sino que está basado en el principio de oficialidad y donde la persecución penal es una cuestión de interés público, no pueden las víctimas por delito tener un derecho autónomo a una investigación y a un juicio penal. Podrán colaborar en el enjuiciamiento penal pero no tienen un derecho constitucional a ese enjuiciamiento".*

6 BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. "Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a tutela judicial". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 2, Santiago, Chile, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, 2011, págs. 311 - 337. En relación a la tutela judicial en el proceso penal se dice en este trabajo:

*"Como se puede apreciar, el campo donde parecería no regir el derecho a la tutela judicial como derecho fundamental, es el penal. En materia penal, se debe asegurar el debido proceso tanto a los ofendidos por el delito como al imputado, pero no se dan las premisas necesarias para asegurar al ofendido por delito un derecho a la tutela judicial. "En el proceso penal no se ejercita ningún derecho subjetivo sino una pura y abstracta facultad de que se ponga en marcha el proceso" (56). Si se quiere hablar de un derecho a defenderse por parte del ofendido por el delito y por el imputado, en términos de igualdad, lo que según nuestro Tribunal Constitucional aseguraría un derecho a la tutela judicial efectiva (57), debe hacerse referencia al derecho de defensa, que forma parte de un derecho al debido proceso y no a la tutela judicial.*

*Si tiene sentido hablar de acción penal, es por razones que escapan del derecho a obtener tutela judicial por parte del Estado para los derechos e intereses de quienes solicitan su socorro. En materia penal, como en todo orden procesal, rige el aforismo ne procedat iudex ex officio, lo que quiere decir que la acción en materia penal no debe ser vista como un derecho del Ministerio Público ni de los ofendidos por delito, sino solo como un mecanismo para asegurar la imparcialidad del juzgador, la que podría afectarse si este último inicia de oficio el procedimiento. El concepto de acción penal, en realidad, aunque previsto en muchas leyes y constituciones, como es el caso de Chile, "representa solo el fruto de una tradición histórica que poco tiene que ver con la realidad del proceso de represión de delitos" (58).*

*Por ello es que en el artículo 83 inciso 2° CPR, habrá de verse cualquier tipo de derecho, pero no el derecho a la tutela judicial como lo estamos definiendo acá".*

vestigación. Al efecto se señala:

**“C.- Contexto de la investigación penal. La víctima no posee un derecho a la investigación y a la condena del supuesto culpable del delito.**

9°. *Que, a pesar de que la víctima tiene diversos derechos en el proceso penal, no se puede afirmar que ésta tenga directamente un derecho a que se investigue. La víctima no sustituye al Ministerio Público en su labor de investigar, sin perjuicio de que excepcionalmente ella pueda forzar la acusación y solicitar diligencia de investigación. En otras palabras, los intereses de la víctima no son vinculantes ni para el fiscal en sus labores investigativas, ni para el juez en sus labores jurisdiccionales, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico le reconozca una serie de derechos. La estrategia de investigación que lleva adelante el Ministerio Público no es, diríamos, “pautada” por la voluntad de la víctima. Ésta no puede ejercer sus derechos en cualquier tiempo y lugar, sino que se debe someter a la forma que la ley establece para el ejercicio de los mismos. Si el Ministerio Público evita llevar adelante la investigación por razones que resultan arbitrarias, se producirá una infracción normativa, pero no la violación de un supuesto derecho subjetivo a la investigación y a la condena del supuesto culpable del delito (STC 1341 cc. 64 a 73)(En el mismo sentido STC 1244 c. 36, STC 2680 c.41);”.*

En este punto es necesario agregar que, en igual sentido, pero ahora en el considerando noveno del fallo suscrito por la mayoría, se sostiene aproximadamente lo mismo, en los siguientes términos:

**“NOVENO:** Por supuesto, la existencia del anterior derecho no implica desconocer que el Ministerio Público tiene la potestad constitucional para dirigir en forma exclusiva la investigación (artículo 83, inciso primero, de la Constitución).

*Sin embargo, la labor investigativa propiamente tal no puede confundirse con actividades que, en la práctica, impiden el ejercicio de la acción penal por la víctima y, por consiguiente, tienen una implicancia directa sobre un asunto más propiamente jurisdiccional: la resolución del conflicto. No ha de perderse de vista que el sentido y alcance de la facultad del Ministerio Público de dirigir en forma exclusiva la investigación dice relación con la determinación de la orientación de la investigación, pero no con una supuesta –más bien inexistente– facultad de ponderar, sin control judicial, el grado de suficiencia de las pruebas para desvanecer o no la presunción de inocencia del investigado o del imputado.*

*Cabe precisar que el derecho a ejercer la acción penal por el ofendido por el delito **no implica reconocer la existencia de un derecho subjetivo de la víctima que implique, como contrapartida, una obligación del Ministerio Público respecto del ofendido.** En realidad, el derecho que emana del inciso segundo del artículo 83 de la Constitución resulta exigible en relación al legislador, con el fin de que éste contemple un derecho a que, mediando un debido control judicial, el querellante pueda llevar adelante la persecución penal;”.*

En este último párrafo quienes sostuvieron la decisión estimatoria, afirman lo mismo que los sentenciadores de minoría, pero precisan a continuación que si bien el derecho a ejercer la acción penal no revela la existencia de un derecho subjetivo que tenga como destinatario obligado al Ministerio Público, sí revela un derecho *exigible al legislador*, para que éste contemple un derecho a llevar adelante la persecución penal, mediado por el control judicial.

Retomando los motivos de la disidencia, el próximo punto atañe justamente al artículo 83 inciso segundo de la Carta, puntualizando, acerca del derecho a ejercer igualmente la acción penal, lo que sigue:

*“18°. Que a juicio de quienes disintimos, el conflicto constitucional accionado en autos no guarda relación, no obstante, lo desarrollado en la sentencia, con la mayor o menor facultad que el sistema procesal penal le otorga a la víctima del delito. Ésta puede “ejercer igualmente la acción penal” (artículo 83, inciso segundo, parte final, de la Constitución), por lo que el sistema la dota de diversos instrumentos en todo el contexto del proceso penal (presentar denuncia o querrela; solicitar la realización de diligencias de investigación y obtener pronunciamiento de éstas; oponerse a la solicitud de sobreseimiento definitivo; oponerse a la suspensión condicional del procedimiento; acusar de forma análoga o diversa a la pretensión fiscal; impetrar la dictación de medidas cautelares reales o personales; recurrir respecto de la sentencia; entre otras).*

*La opción del legislador procesal penal chileno “fue coherente con la Constitución. La acción penal privada vigente permite la actuación de un actor particular que defiende un interés público –el que subyace a la creación del tipo penal, antes definido por el legislador– pero que se acota a su interés privado. Así, a la víctima se le dota de persecución penal, mas no de un poder público (Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, t. I., Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile, 2004, p. 288.)” (STC 5653, c° 15°, disidencia);”*

En otra sentencia, anterior a la que aquí se ha utilizado para revisar este particular conflicto, los disidentes señalaron sobre este mismo punto:

*“12°. Como bien ha fallado la jurisprudencia española, a las víctimas no les corresponde el derecho a la pena o a su aumento, lo que es exclusivo del sentenciador luego de un debido proceso legal, sino que acceso al proceso mismo en que ello se decidirá. Como una manifestación del monopolio estatal de la sanción, a los ofendidos se les entrega el ius ut procedatur: el derecho a accionar de conformidad con las reglas del proceso justo, obteniendo una respuesta razonable y fundada en derecho[7], pero en que el monopolio lo tiene el persecutor público respecto del impulso procesal acusatorio.*

*13°. Dicha idea de la tutela judicial efectiva está consagrada en el inciso segundo del artículo 83 de la Constitución, entregando el derecho a la acción por parte del ofendido junto a la principal, ejercida por el Ministerio Público. La Constitución establece, en dichos términos, que “[e]l ofendido por el delito y de las demás personas que establece la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”.*

*Lo último no debe aproximarnos a una idea que no puede tener asidero doctrinario ni constitucional, esto es, que puede existir igualdad de armas en la relación procesal penal entre imputado y ofendido. Y ello se enmarca en la sistemática de funcionamiento del Código Procesal Penal vigente. El cambio, por ejemplo, del abandono de la acción popular que establecía el antiguo inciso primero del artículo 93 en el Código de Procedimiento Penal de 1906 a una acción del querellante teniendo como legitimario activo sólo al ofendido, su representante legal o heredero testamentario, es una concretización de lo indicado.*

*14°. Ahora bien, del hecho de que el Estado se hubiese adjudicado el monopolio de lo penal,*

*su ejercicio no puede desatender la necesidad de justicia que el ofendido legítimamente tiene, en tanto titular del bien jurídico lesionado[8]. Por ello no se sostiene, rechazando el requerimiento de estos autos, una nula participación de la víctima en el proceso penal. Una cuestión así es impracticable y contraria al mandato del artículo 83 de la Constitución, que ha dotado a la víctima de acción penal en conformidad con la ley.*

*15°. La opción del legislador procesal penal chileno fue coherente con la Constitución. La acción penal privada vigente permite la actuación de un actor particular que defiende un interés público—el que subyace a la creación del tipo penal, antes definido por el legislador—pero que se acota a su interés privado. Así, a la víctima se le dota de persecución penal, mas no de un poder público[9]”7.*

Se entiende de las secciones reproducidas que lo concerniente al ejercicio de la acción penal debe estimarse como el derecho a accionar de conformidad con las reglas del proceso justo, obteniendo una respuesta razonable y fundada en derecho. De allí que la resolución de la disputa no puede dejar de considerar el carácter acusatorio del proceso y la forma en que se ha organizado la imposición de las penas penales a los sujetos que ocupan la posición de imputados o acusados, que es, esto último, lo que está en juego en estos casos. En esas condiciones es que no aparece como contrario a la Constitución el sometimiento de la acusación sostenida por el ofendido a un conjunto de exigencias, ya que precisamente cuando se inserta el análisis en el marco dado por el proceso penal, es que no se puede dejar de asignar un alto valor a las características de este último derivadas de ser, en definitiva, el mecanismo para hacer efectivo el poder de imponer una pena.

En esa línea no se puede pasar por alto que al Ministerio Público le compete ejercer una acusación cada vez que la investigación entrega elementos serios para sostenerla, lo que se deriva del mismo artículo 83 de la Constitución que le impone el ejercicio de la acción penal, *en su caso*. Dicha decisión, la de acusar, únicamente tiene lugar una vez agotada la investigación que, por su parte, debe desarrollarse tanto en la dirección que permita tener por establecida la existencia de un delito y la participación punible, como en aquella que permita acreditar la inocencia de quien aparezca como imputado, lo que también está escrito en el artículo 83 de la Constitución y que en el nivel legal está plasmado en el artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Es fácil advertir en este sentido una conexión entre el artículo 83 de la Carta Política y lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la misma norma superior, que mandata al legislador para establecer siempre las condiciones que aseguren una *investigación* racional y justa.

Siguiendo con el hilo de la sentencia recaída en el requerimiento Rol N° 8142-2020 INA, ya se advertía a partir del razonamiento décimo segundo, que no se trata solamente de la afirmación de un simple derecho a acusar, sino, tal vez principalmente, de la necesidad de tutela jurisdiccional en favor del querellante cada vez que el Ministerio Público haga cesar la pretensión punitiva, lo que en definitiva supone, en el mencionado considerando, la necesidad de tutela judicial sobre el derecho a ejercer la acción penal, en la forma de un control judicial de la decisión de término que en este caso es la de no perseverar en el procedimiento.

7 Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, Rol N° 5363-2018 INA, de veintinueve de octubre de dos mil diecinueve.

En razón de lo anteriormente dicho es que el fallo se encarga de repasar un conjunto de instancias reguladas procedimentalmente por las que se admite la intervención del querellante sobre el curso de la investigación o del proceso, todos los cuales, en concepto de la mayoría, no satisfacen la exigencia de control de la decisión de no perseverar adoptada en el conjunto de casos en que concurren las circunstancias que atañen este debate.

Entonces, en estricto rigor, el fallo encuentra su punto de apoyo en la necesidad de desplegar la tutela judicial de la acción penal del querellante, lo que debería resolverse en un control jurisdiccional efectivo sobre la decisión de no perseverar –en el grupo de casos que aquí se trata–, lo que explica las sucesivas razones expresadas en el veredicto que cada vez van dando a este aspecto el carácter central de la decisión por acoger el requerimiento, como se expresa en la siguiente reflexión:

**“DÉCIMO TERCERO:** *En virtud de todo lo anterior, este Tribunal considera en definitiva que la Constitución no le otorga al órgano persecutor la potestad para, sin un control tutelar efectivo por parte de la judicatura, hacer prevalecer, sin más, decisiones de mérito que impliquen perjudicar la pretensión punitiva de la sociedad y de la víctima.*

*Existiendo un querellante privado, la facultad exclusiva para investigar que tiene el Ministerio Público y que le es reconocida constitucionalmente, no le confiere a aquel una posición prevalente respecto del querellante privado en el ejercicio de la acción penal. En este sentido, el actuar del órgano persecutor e investigador siempre tendrá como límite el reconocimiento de que la víctima es titular del derecho a la acción penal. Lo anterior exige que el legislador contemple las medidas de control judicial que, limitando un eventual actuar arbitrario del Ministerio Público, hagan factible la interposición de una acusación por parte del querellante privado;”*

La decisión así expuesta afirma la existencia de un derecho susceptible de ser tutelado, un derecho pleno, no subordinado para el ejercicio de la acción penal, cuya vigencia debería controlarse por una instancia judicial. Esto último, sin embargo, no obsta al vínculo que la decisión de no perseverar tiene con el nivel constitucional, ya que debería considerarse igualmente arbitrario avanzar a etapas ulteriores del proceso sin contar con elementos serios para ello, lo que está recogido en la expresión *en su caso*, contenida en el mismo artículo 83 de la Carta Política para el ejercicio de la acción penal. Luego, la eventual arbitrariedad de la decisión que adopte el Ministerio Público, si se sigue la reflexión contenida en la sentencia comentada, solo podría ser afirmada una vez ejercido el control judicial que se echa en falta, y no su premisa.

En efecto, cuando el artículo 248 del Código Procesal Penal impone al fiscal del Ministerio Público la obligación de verificar si la investigación que dirige en forma exclusiva proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento, no hace sino recoger, como se ha dicho, el precepto constitucional que le impone acusar en su caso. Ahora, como de acuerdo a la Constitución y la ley, no procede acusar en todos los casos sino únicamente en aquellos en que la investigación arroje fundamentos serios para ello, es que tanto la decisión de acusar como la de no perseverar comparten el mismo fundamento, dado que excluyendo los casos en que se procede a solicitar el sobreseimiento, la valoración del caudal informativo que proporciona la investigación provocará, según si se sobrepasa la

exigencia normativa de contar con un fundamento serio, la determinación de acusar o no perseverar.

Entonces, como se viene diciendo, al decidir no perseverar el órgano investigador ejerce plenamente las prerrogativas constitucionales que arrancan con la exclusividad de la investigación, sigue con su desarrollo bajo criterio objetivo, y concluye con el ejercicio, en su caso, de la acción penal.

Aquí es necesario también detenerse brevemente en el origen de la consagración de una alternativa como la recogida en el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, ya que la historia de la norma que ahora se objeta, consigna que la decisión de no perseverar fue introducida por el Senado –Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, artículo 318– sustituyendo la disposición del proyecto del ejecutivo que establecía como causal de sobreseimiento temporal, la siguiente: *“Cuando los antecedentes reunidos durante la investigación no fueren suficientes para fundar una acusación y dicha investigación no pudiere seguir adelante en forma inmediata, habiendo, no obstante, motivos para esperar el surgimiento de nuevos antecedentes con posterioridad”*. Las razones de este cambio se encuentran en el principio acusatorio y en el declarado propósito de separar la función investigativa de la jurisdiccional, toda vez que siendo el sobreseimiento una cuestión reservada al órgano jurisdiccional, se terminaba demandando de este último la revisión y valoración los antecedentes recogidos durante la investigación, y la determinación de si serían o no suficientes para sustentar una acusación en un juicio futuro, lo que comprometía el mencionado principio e incidía de manera clara sobre la imparcialidad del juzgador al involucrarlo de antemano en la valoración de los antecedentes obtenidos en la indagatoria.

El Código Procesal Penal, en efecto, no recoge una hipótesis de sobreseimiento temporal como las reguladas en el artículo 409 N°1 y N° 2 del Código de Procedimiento Penal, de suerte que aquél sólo se admite en aquellos casos que recoge el artículo 252 del primero de los códigos mencionados, sin perjuicio de otros muy excepcionales como el del artículo 10 de ese mismo cuerpo legal. En consecuencia, el amplio grupo de casos en los que no ha sido posible afirmar con la investigación la existencia de un delito o de la participación de determinada persona, solo tienen acogida en la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal.

Un aspecto final del punto en que se ha detenido este comentario, surge en el párrafo final del considerando noveno de la sentencia, ya transcrito en este trabajo, cuando señala que *“En realidad, **el derecho que emana del inciso segundo del artículo 83 de la Constitución resulta exigible en relación al legislador**, con el fin de que éste contemple un derecho a que, mediando un debido control judicial, el querellante pueda llevar adelante la persecución penal”*, y en el razonamiento décimo tercero al afirmar que el reconocimiento del derecho a ejercer igualmente la acción penal *“(…) exige que el **legislador contemple las medidas de control judicial** que, limitando un eventual actuar arbitrario del Ministerio Público, hagan factible la interposición de una acusación por parte del querellante privado”*.

Esta última es la razón, como se ha dicho, para en definitiva hacer lugar al requerimiento y declarar inaplicable el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, como se lee en el razonamiento vigésimo segundo:

**“VIGÉSIMO SEGUNDO:** *Según se ha expuesto previamente, el ejercicio de la facultad que el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, confiere al Ministerio Público se encuentra exenta de un control judicial efectivo. Con ello se vulnera el derecho que al ofendido por el delito confiere el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, constatación que conlleva necesariamente la declaración del de inaplicabilidad de aquel, por ser la fuente legal de la referida facultad para el caso concreto;*”.

Lo anterior deja claramente señalado que la deficiencia que se advierte en la sentencia sería una deficiencia legal consistente en la ausencia de una instancia de control judicial de la decisión de no perseverar, que a su juicio es necesaria para salvaguardar el derecho a ejercer la acción penal, lo que sin embargo se hace en el marco de un mecanismo de jurisdicción negativa que, como la inaplicabilidad, únicamente alcanza para inhibir la aplicación de un precepto legal, pero no para crear un precepto que no está en la ley. Es por ello que el remedio, esto es, la inaplicabilidad del artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, no resuelve la deficiencia que ha llevado a declararla.

Por el contrario, la configuración de un régimen que contemple al cierre de la investigación únicamente las opciones de pedir el sobreseimiento o la acusación, entra en conflicto con el mandato constitucional dirigido al Ministerio Público en orden a ejercer en su caso la acción penal, para transformarlo en un mandato legal de acusar cada vez que no se pueda afirmar el sobreseimiento temporal o definitivo, teniendo a la vista que entre las causales para esto último no se encuentran las mencionadas hipótesis recogidas por el Código de Procedimiento Penal, derivadas de la insuficiencia de elementos probatorios obtenidos durante la investigación.

Sobre este último aspecto, en una sentencia anterior ya mencionada en este trabajo, los sentenciadores de minoría hacían las siguientes reflexiones:

*“¿Solo acusar o sobreseer? Los efectos de eliminar la atribución de no perseverar en la investigación y su irrelevancia para el caso concreto*

*22° Discrepamos con la mayoría en un acápite que se vincula directamente con lo anterior. Si el argumento es que la víctima querellante no puede “ejercer igualmente la acción penal”, en tanto el Ministerio Público ha solicitado audiencia para comunicar su decisión de no perseverar en la investigación y dicha decisión, sin que la causa esté formalizada, le imposibilita a la querellante, luego, forzar acusación y sostener por sí sola la acción penal, el problema no se resuelve por la vía de inaplicar la norma que posibilita al Ministerio Público comunicar decisión de no perseverar, en tanto ello generará una solución con sólo dos caminos para el persecutor público: o acusa o pide sobreseimiento definitivo. Y no puede hacer lo primero si, desde el cumplimiento irrestricto que debe al principio de objetividad, no mantiene elementos probatorios para sostener una acusación; y, tampoco lo segundo, si no cuenta con antecedentes que le permitan formarse convicción, por ejemplo, desde el listado que formula el artículo 250 del Código Procesal Penal, de que el imputado es completamente inocente de la imputación que hizo nacer la indagatoria”<sup>8</sup>.*

En esas condiciones, la decisión estimatoria del requerimiento provoca, en teoría, un problemático escenario para un amplio número de casos en los que no se encuentre

<sup>8</sup> Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, Rol N° 5363-2018 INA, de veintinueve de octubre de dos mil diecinueve.

fundamento serio para acusar y no existan, asimismo, elementos para afirmar un sobreseimiento que está sujeto a un restringido margen legal, casos que quedarán en un terreno indefinido o bajo presión para ampliar el ámbito de la acusación, en la búsqueda de escenarios que provean de una resolución para el asunto, abarcando una parte del espacio que hasta aquí corresponde a aquellas indagatorias que no entreguen fundamentos serios para su ejercicio. En cualquiera de esos dos casos, surgen otras importantes dificultades con parámetros constitucionales derivados de la exigencia de racionalidad y justicia tanto de la investigación como del procedimiento, desde que la indefinición choca con el mandato que se extrae de la sentencia Rol 815-2007 del Tribunal Constitucional, que no obstante referirse al artículo 230 del Código Procesal Penal, asienta la necesidad de conducir el proceso a su culminación legal, y la extensión del ámbito de la acusación que se enfrenta al mandato constitucional de investigación objetiva, del artículo 83 inciso primero de la Ley Fundamental, y la de acusar, en su caso.

Para ir cerrando este comentario, queda pendiente alguna referencia a la formalización, cuya ausencia late en cada paso del análisis del veredicto. Es un hecho que el requerimiento no apuntó contra las disposiciones de los artículos 229 y 230 del Código Procesal Penal, por lo que el Tribunal no pudo extender sus consideraciones a dichos preceptos, pero no se puede dejar escapar que el conflicto planteado incide en un nudo que incluye la comunicación de cargos tantas veces aludida. Esta última, como se decía al inicio, aparece especialmente unida a la autonomía constitucional del Ministerio Público en el campo de la investigación de los delitos, desde que la realización de la formalización altera en tal grado el curso de la indagatoria, que no puede sino estar en manos del órgano que la dirige con exclusividad, por mandato de la constitución. La formalización no es un acto sin consecuencias o un mero trámite puesto en el camino para la realización de actuaciones posteriores, pues si así fuera no tendría explicación la reclamación por formalizaciones arbitrarias del artículo 232 del aludido código. La interdicción de la arbitrariedad que deja a la vista esta última disposición, exige que quien lleva a cabo la formalización cuente con elementos para a lo menos individualizar uno o más delitos y afirmar, asimismo, algún grado de participación de la persona formalizada, toda vez que según la disposición legal lo que se comunica es el desarrollo de una investigación en su *contra*. Ahora, el hincapié que hace la sentencia analizada en la falta de un control judicial de la decisión de no perseverar y el hecho que esa falta no quedará resuelta con la inaplicabilidad del artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, hacen volver la mirada hacia la formalización, toda vez que para asegurar que un querellante formule una acusación al término de la investigación, sería necesario formalizar cada vez que se deduzca una querrela. Esta solución, sin embargo, se presenta tan problemática como la supresión de la decisión de no perseverar -que termina configurando un proceso penal que no recoge la insuficiencia de los elementos de prueba recogidos-, ya que entraría en conflicto, cuando menos, con la autonomía del órgano investigador, la prohibición de la arbitrariedad y las garantías de una justa y racional investigación, provocando además una cuestionable diferencia entre procesos penales, según si hay o no una querrela, todo lo cual impide transitar ese camino.

Como conclusión de este comentario, son tres los aspectos que interesa destacar de la sentencia analizada:

1. Que la sentencia suscrita por la mayoría de los Ministros del Tribunal, no reconoce un derecho subjetivo de la víctima que implique una obligación para el Ministerio Público como contraprestación, pero afirma la existencia de un derecho a la acción penal que no se reduciría *a que la ley contemple vías para que los ofendidos puedan, en algunas oportunidades y bajo ciertas condiciones, acusar, sino que comprende el derecho a que el legislador le posibilite recibir tutela de parte de la judicatura cada vez que el Ministerio Público realice conductas que hagan cesar la pretensión punitiva.*
2. Que sin perjuicio de los derechos y facultades que se les reconoce en el proceso penal, los Ministros disidentes concluyen que las víctimas deben someter su ejercicio a la forma que la ley establece, afirmando además que no tienen consagrado un derecho subjetivo, de rango constitucional, a la investigación y a la condena del supuesto culpable del delito. Todo lo anterior, sin perjuicio de las obligaciones que, además, tiene el Ministerio Público de acuerdo a la Constitución y la Ley.
3. Que la sentencia se apoya en la apreciación mayoritaria de una infracción constitucional que no se deriva directamente de un derecho a ejercer una acción penal, que igualmente reconocen, sino de la falta de tutela judicial de la misma, falta que sin embargo no se remedia con la inaplicabilidad del artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal. Esta decisión, en cambio, termina configurando teóricamente un procedimiento que deja sin reconocimiento ni espacio el amplio grupo de casos en los que la investigación –sujeta a límites– no entrega elementos serios para acusar y al mismo tiempo no alcanza para situarse dentro del exigente y estrecho campo reservado para el sobreseimiento en el Código Procesal Penal, lo que provoca otras consecuencias problemáticas en el marco de un procedimiento y una investigación que deben cumplir con exigencias de racionalidad y justicia de acuerdo al texto constitucional.

**DIVISIÓN DE ATENCIÓN DE  
VÍCTIMAS Y TESTIGOS**

# ACCESO A LA JUSTICIA DE VÍCTIMAS DE DELITO PERTENECIENTES A GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Paula Baeza Quintana<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

Durante los años 2017 y 2018, la División de Atención a las Víctimas y Testigos realizó un proceso de capacitación en todas fiscalías regionales y locales, cuyo propósito fue dar visibilidad a la importancia de la calidad de la respuesta que reciben las personas que requieren información de sus causas, y que son realizadas a través del “Sistema de Información y Atención a Usuarios – SIAU” que, como se sabe, se inició el año 2012. Hasta el 2017, si bien se desarrollaron estándares de calidad de la respuesta, el foco de la gestión estaba centrado en instalar y alcanzar altos niveles de cumplimiento a los indicadores de plazo de respuesta. Se consideró, entonces, necesario dar un paso más y desarrollar acciones para el cumplimiento de dichos estándares. Es así, como se implementó un plan de capacitación regional, al cual estuvieron convocados fiscales, funcionarios y funcionarias de todo el país.

Este antecedente es fundamental para introducir el artículo que se desarrollará a continuación, especialmente porque estas jornadas de capacitación –en total 27, con la asistencia de 585 fiscales, funcionarios y funcionarias, de todas las fiscalías locales y regionales–, fue el momento propicio escogido para promover el derecho de acceso a la justicia de víctimas de delito, siendo el cumplimiento de los estándares de calidad de la respuesta un instrumento válido para ello. En otras palabras, estas jornadas de capacitación, permitieron relevar el rol que, como puerta de entrada al sistema de justicia penal, le corresponde al Ministerio Público desempeñar en la promoción, protección y garantía plena del acceso a la justicia como derecho humano, independientemente de nuestra función o tarea particular. De esta forma, recepcionistas, gestores, abogados y abogadas asistentes, fiscales y administradores y administradoras, participaron de un proceso de reflexión relativo a este rol, identificando su propia contribución.

---

<sup>1</sup> Profesional de la División de Atención de Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

A partir de estas jornadas, se elaboró un proyecto focalizado en la promoción del acceso a la justicia de víctimas de delito pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, que por una parte permitiera caracterizar a estas víctimas y sus requerimientos diferenciales de atención y protección y, por otra, identificar las acciones necesarias para introducir en los modelos de atención y protección un enfoque más inclusivo. En el marco de este proyecto se ejecutó el “Estudio Descriptivo sobre Víctimas de Delito Pertenecientes a Grupos en Situación de Vulnerabilidad y sus Necesidades de Atención y Protección”<sup>2-3</sup>, desarrollado por la Facultad de Psicología de la Universidad San Sebastián. Cabe señalar aquí, el período en que fue desarrollado el Estudio, corresponde a un período de particular contexto social y sanitario a nivel nacional, lo que obligó a aplicar medidas de adecuación a la aplicación de los diversos instrumentos de investigación contemplados y a desarrollar estrategias metodológicas dinámicas.

El artículo que se desarrolla a continuación presenta aquellos resultados más relevantes de este Estudio, obtenidos en un extenso proceso de investigación aplicada, que da cuenta de la efectiva existencia de necesidades diferenciales que requieren ser visibilizadas, y que propone un conjunto de acciones requeridas para alcanzar los estándares mediante acciones para la promoción, protección y garantía del derecho de acceso a la justicia, de las víctimas de delito pertenecientes a los grupos en situación de vulnerabilidad.

## **LAS VÍCTIMAS DE DELITO PERTENECIENTES A GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD**

Tal como señalan las bases de licitación que dieron origen el Estudio, al mencionar los avances del Ministerio Público en materia de atención y protección de víctimas de delito a través de los Modelos de Orientación, Protección y Apoyo (OPA) y del Sistema de Información y Atención de Usuario (SIAU) implementados desde al año 2009 y otras acciones positivas, tales como la reciente implementación de la Ley 21.057 de Entrevista Videograbada –dirigida a proteger la participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso penal–, se reconoce que si bien la aplicación estandarizada a nivel nacional de estos modelos ha permitido que el Ministerio Público contribuya decididamente en el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de acceso a la justicia de las víctimas de delito, se ha considerado necesario, generar nuevas acciones positivas en pro de las víctimas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, permitiendo de esta forma la adecuación de sus contenidos y alcance, y visibilizando las necesidades diferenciales que estas víctimas presentan en su relación con el sistema de justicia penal y en particular con la Fiscalía. Es decir, identificar sus necesidades específicas de atención y protección, y desarrollar acciones en base a este conocimiento de su condición sociocultural, bajo el principio de igualdad y no discriminación. Entre los grupos en esta condición se identificaron como prioritarios a: las personas con discapacidad; las

<sup>2</sup> Resolución FN/MP N° 1941/2019 - Adjudica licitación pública para la contratación de “Estudio descriptivo sobre víctimas de delito pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad y sus necesidades de atención y protección”. Ministerio Público, septiembre 2019.

<sup>3</sup> Para el Estudio se articuló un equipo de trabajo multidisciplinario integrado por profesionales de la División de Atención de Víctimas y Testigos, la División de Estudios, la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, y la Unidad de Planificación y Coordinación Estratégica.

personas mayores; las personas migrantes; los niños, niñas y adolescentes; las mujeres; las personas LGBTQ+, y los pueblos originarios.

En este marco, la investigación abordó tempranamente los conceptos de vulnerabilidad y grupos en situación de vulnerabilidad, estableciendo una posición teórica y epistemológica en relación a estos, a los cuales también se sumó la dimensión de interseccionalidad, como elemento intrínseco de este análisis.

Respecto de la vulnerabilidad, desde el ámbito social, se pudieron advertir algunas posturas predominantes. Por una parte, aquella que establece que la vulnerabilidad puede entenderse como el resultado y consecuencia de múltiples factores de riesgo social y de cómo estos se distribuyen, y por otra, la que sostiene que la vulnerabilidad es un atributo personal o colectivo asociado a condiciones de fragilidad, precariedad o incertidumbre, y que se trataría de condiciones dinámicas que afectan las posibilidades de integración o movilidad social<sup>4</sup>.

Asimismo, desde lo normativo-jurídico se relevaron los acuerdos de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que aprobó en el año 2008 las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad”, logrando con ello, dar sustento jurídico-normativo a la existencia de necesidades diferenciales para el ejercicio pleno del acceso a la justicia, e imponiendo a los integrantes del poder judicial el “deber insoslayable de hacerse cargo de que la edad, el sexo, el estado físico o mental, la discapacidad, la pertenencia a minorías o a comunidades indígenas, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, la privación de libertad, las condiciones socioeconómicas hacen vulnerables a millones de personas más allá de que el derecho los declare iguales” (CJI, 2008).

En estas Reglas, se establecen unos principios de base, que reconocen que una persona o grupo se encuentra en situación de vulnerabilidad cuando *“su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Principio 3)”*. Por su parte, dentro de lo que denomina ‘causas de la vulnerabilidad’, se mencionan: *“la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas – culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad (Principio 4)”*.

Se estableció, de esta forma, un alcance operativo para el análisis y la investigación: la vulnerabilidad sería concebida como un proceso relacional, que se hace cargo de ciertas condiciones de base. Pensar de esta forma el concepto de vulnerabilidad, lo convierte en un instrumento útil para realizar una serie de análisis multidimensionales, donde interactúan dinámicamente un gran conjunto de variables no solo económicas, como puede ser la pobreza, sino que además el sexo, el género, la discapacidad, la edad, la pertenencia a minorías o a comunidades indígenas, la migración, la territorialidad y otras. En efecto,

<sup>4</sup> Varios autores citados en “Segundo Informe: Estudio Descriptivo sobre Víctimas de Delito Pertenecientes a Grupos en Situación de Vulnerabilidad y sus Necesidades de Atención y Protección”. Universidad San Sebastián, junio 2020, páginas 64 y siguientes.

permite pensar la relación entre factores económicos, sociodemográficos, sociopolíticos e institucionales, cruzados además con factores subjetivos derivados de la propia percepción de los sujetos con relación a su calidad de vida, valores, creencias y la misma percepción de los riesgos a los cuales se encuentran expuestos, poniendo énfasis en las diferencias y en las tensiones que se derivan de estas relaciones de diferencia, comprometiendo por ejemplo el pleno ejercicio de los derechos de algunos sujetos y/o grupos, más allá de la definición de igualdad ante la ley.

En definitiva, no se trataría de pensar en una condición estática, de personas o grupos, sino de considerar que, como señalan algunos autores<sup>5</sup>, todas las personas somos seres vulnerables. Ni las personas ni los grupos son *en sí mismos* vulnerables, sino que están o podrían estar sujetos a condiciones o situaciones de vulnerabilidad que emergen a partir de la interacción con el contexto sociocultural, y es justamente esa interacción la que se debe analizar dinámicamente, pues ninguna situación de vulnerabilidad es necesariamente permanente.

Este consenso, permitió también al equipo de investigadores tomar posición con respecto al uso del concepto de interseccionalidad, como una herramienta que permite una perspectiva de análisis útil para identificar las situaciones y requerimientos diferenciales de los grupos en situación de vulnerabilidad. En efecto, como herramienta, posibilita aprehender las relaciones sociales como construcciones sincrónicas de distintos órdenes, género, etnia y diferentes configuraciones históricas, mostrando la complejidad en la que se sitúan los sujetos pertenecientes a grupos sociales que experimentan exclusiones y desventajas para acceder a la justicia, a recursos, a oportunidades y a la movilidad social.

Esta conceptualización debe considerar, por lo tanto, la posibilidad que en ciertas víctimas concurren una o más de las situaciones de vulnerabilidad, siendo esta interseccionalidad especialmente relevante en aquellas condiciones más generales como las relativas a la edad o al sexo que pueden concurrir entre sí o bien con alguna otra u otras de las características, por ejemplo: víctima niña; mujer indígena; persona mayor con discapacidad, y entre muchas otras situaciones que deben ser reconocidas al momento de interactuar con las víctimas. Esto es clave: si no se sabe cuál es la condición de base de la víctima y no se conocen sus necesidades diferenciales, se podría estar incurriendo en un riesgo de vulneración de derechos, ya sea porque se aplican ciertos estereotipos y sesgos en el contacto, o porque desconociendo su situación, no se aplican correctamente los principios de igualdad y no discriminación.

La noción de interseccionalidad fue incluida, por tanto, de manera transversal y tomando su alcance más amplio, es decir, como una herramienta de análisis que permite el trabajo jurídico y de políticas públicas, abordando las múltiples discriminaciones a que podrían estar expuestos determinados colectivos<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> En específico, se consideró la apreciación de la vulnerabilidad e interseccionalidad en diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y múltiples estudios nacionales e internacionales sobre esta materia.

## INSTRUMENTOS Y TÉCNICAS DE LA INVESTIGACIÓN

En virtud de los objetivos de investigación, la unidad ejecutora diseñó una estrategia multimétodo, que combinó e integró técnicas documentales, cualitativas y cuantitativas, a objeto de abordar suficientemente la complejidad y multidimensionalidad del problema de investigación: víctimas de delito pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad y sus necesidades diferenciales de atención y protección, los estándares del acceso a la justicia y las acciones requeridas para mitigar las brechas y obstaculizadores existentes para su ejercicio pleno.

De esta forma se conceptualizó el fenómeno de estudio desde dos perspectivas: una de tipo jurídico-normativa y otra victimológica; a la vez que se identificaron, por una parte, los actores intervinientes en el proceso de investigación: las víctimas de delito pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad; los fiscales, funcionarios y funcionarias del Ministerio Público a nivel nacional, regional y local; y la sociedad civil, representada por expertos del ámbito jurídico y psicosocial; y por otra, las fuentes de información de tipo normativa, procedimental y estadística a nivel internacional, nacional y aquella disponible en el Ministerio Público.

En los párrafos siguientes se presenta y describe cada una de las técnicas utilizadas y su contribución al cumplimiento de los objetivos del Estudio, siendo necesario señalar que todas las técnicas aplicadas contaron con definiciones éticas y de confidencialidad, específicas y consensuadas entre el Ministerio Público y el equipo ejecutor de la Universidad San Sebastián.

### 1. RECOLECCIÓN Y REVISIÓN DE FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

Esta técnica fue utilizada para indagar sobre el fenómeno de la victimización de personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad; sus impactos diferenciales; las características de las víctimas; las dificultades o problemas a los que se enfrentan en el acceso a la justicia y los protocolos, modelos de atención, buenas prácticas y/o recomendaciones que se han desarrollado en la materia. Se estimó necesario realizar una revisión y sistematización de investigaciones nacionales e internacionales desarrolladas en esta temática. De esta manera, fue posible conocer las diversas aproximaciones conceptuales y metodológicas que diversos autores han propuesto, así como los hallazgos más relevantes de dichos estudios. Esta revisión bibliográfica, permitió además el análisis y la construcción de las nociones relevantes para servir de marco teórico de este Estudio, como es el caso de los conceptos de vulnerabilidad, de grupo en situación de vulnerabilidad, de interseccionalidad, riesgo, daño, amenaza, discriminación, entre otras.

### 2. RECOLECCIÓN Y REVISIÓN DE FUENTES NORMATIVAS

Esta técnica fue utilizada para identificar y sistematizar los derechos, garantías y estándares de cumplimiento, nacionales e internacionales, para el acceso a la justicia de víctimas de delitos pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad; establecer las brechas normativas entre estos estándares y la legislación nacional, y la normativa

interna del Ministerio Público; valorar las brechas existentes entre los estándares definidos y la práctica en el sistema de justicia penal chileno; y realizar recomendaciones que permitan superar las brechas normativas.

Se utilizaron tres técnicas de investigación: a) Recolección y revisión de fuentes normativas (dogmáticas, normativas y jurisprudenciales); b) Grupo de discusión con fiscales; y c) Encuesta y entrevistas a expertos temáticos del ámbito jurídico.

En la **Recolección y revisión de fuentes normativas**, la investigación pudo determinar las garantías generales y específicas, llegando a establecer que el acceso a la justicia está asociado al reconocimiento del derecho de todas las personas a resolver los conflictos jurídicos en que se vean involucrados por medios institucionales, y para obtener del sistema de justicia una tutela efectiva de sus derechos. De esta forma el acceso a la justicia se concibe más allá de una simple asociación con las garantías procesales básicas, sino que desde una perspectiva integral. Asimismo, se visualizó la necesaria focalización de políticas públicas también en aquellos grupos más vulnerables de la sociedad, asegurándoles, desde el Estado, una tutela judicial efectiva en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna, principio fundamental de la teoría de los derechos humanos.

El **Grupo de discusión con fiscales** permitió contrastar y/o complementar los resultados del análisis estrictamente normativo, con la percepción de fiscales, funcionarios y funcionarias. De esta forma se logró conocer la comprensión y alcance existente entre los fiscales acerca del principio de no discriminación y la identificación de obstáculos en el acceso a la justicia de acuerdo a cada grupo en situación de vulnerabilidad; examinar el nivel de conocimiento e identificación de instrumentos normativos internacionales, nacionales e internos por parte de los fiscales e identificar nudos problemáticos; conocer acciones adoptadas por los fiscales en determinados casos prácticos que involucran grupos en situación de vulnerabilidad y la adecuación de las actuaciones a los estándares normativos; y conocer la opinión de los fiscales en cuanto a la adecuación de los estándares normativos nacionales e internacionales, al desarrollo de sus funciones.

Finalmente, la **Encuesta y entrevista a expertos temáticos del ámbito jurídico**, como técnica mixta, fue utilizada para revisar y validar con los expertos, el marco teórico-normativo general que distingue entre garantías generales de las víctimas de delitos; las garantías generales de las víctimas de delitos pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad; y las garantías específicas para cada uno de los grupos en situación de vulnerabilidad. Asimismo, se buscó abordar la pobreza como noción transversal, y la necesidad de una mirada de la vulnerabilidad desde el concepto de interseccionalidad; e indagar sobre las valoraciones de los expertos acerca del grado de cumplimiento que existe de los estándares internacionales y nacionales, vinculados a víctimas de delitos pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, en el contexto nacional y en particular en el Ministerio Público.

### 3. ENCUESTA A FISCALES, FUNCIONARIOS Y FUNCIONARIAS

Esta técnica fue utilizada para obtener la percepción de fiscales, funcionarios y funcionarias respecto a los desafíos institucionales y las acciones más importantes que implica la

atención a víctimas de delito, en especial aquellas que pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad. En lo particular, se buscó identificar los derechos de las víctimas que, en opinión de los fiscales, funcionarios y funcionarias, deberían ser más activamente protegidos; conocer la percepción sobre los desafíos institucionales, las acciones más relevantes y el nivel de preparación que tienen fiscales y funcionarios(as) para la atención de víctimas de delito; y conocer la percepción sobre el impacto que el delito tiene sobre las víctimas y las necesidades de estas, en especial las más vulnerables.

La encuesta fue enviada a través del correo electrónico institucional del Ministerio Público a todos los fiscales, funcionarios y funcionarias de la Fiscalía Nacional y de las Fiscalías Regionales de Atacama, Araucanía, Metropolitana Oriente y Metropolitana Sur, en el que se invitó a responder en forma anónima, un formulario online disponible en los servidores de la Fiscalía Nacional, y se aplicó los días 15 y 16 de enero de 2020, siendo respondida por 104 fiscales y 731 funcionarios y funcionarias, cifras que corresponden al 13,3% de la dotación total de fiscales y al 20,6% de la dotación de funcionarios y funcionarios que recibieron la invitación a responder la encuesta.

Los resultados de la encuesta, permitieron conocer la percepción de fiscales, funcionarias y funcionarios, en distintos ámbitos, los que se detallan a continuación<sup>7</sup>:

- **Atención a las víctimas:** en relación a los aspectos más desafiantes de atender a las víctimas, un 73,1% de fiscales y un 37,6% de funcionarios, indicaron en primer lugar el asegurar la participación de las víctimas en el proceso, seguida de asegurar la protección de las víctimas con un 21,2% y un 26,1% respectivamente. Respecto de la preparación de los fiscales para atender eficazmente a las víctimas un 59,6% de fiscales y un 44,8% de funcionarios indicó estar bien o muy bien preparados.
- **Impacto del delito y necesidades de las víctimas:** el bienestar psicológico de las víctimas fue relevado al primer lugar de las preferencias en relación al impacto del delito en las víctimas, tanto de fiscales (75%) como de funcionarios (84,7%). Por su parte, dentro de las necesidades más importantes para las víctimas después de ocurrido el delito, se mencionaron como más relevantes: la información sobre el proceso penal y lo que podría ocurrir: 35,6% de fiscales y 27,8% de funcionarios; la protección contra ataques, agresiones o amenazas: 32,7% de fiscales y 37,9% de funcionarios; el apoyo psicológico para la víctima o un miembro de su hogar: 26% de fiscales y 29% de funcionarios. A su vez, al ser consultados por la importancia del rol del Ministerio Público en atender dichas necesidades, sobre el 80% de fiscales y funcionarios indicó que era importante o muy importante.
- **Desafíos del Ministerio Público:** respecto de este ámbito se consultó por los perfiles de víctimas en situación de vulnerabilidad que presentan mayores desafíos a la institución. Fiscales y funcionarios ubicaron a los niños, niñas y adolescentes en el primer lugar con un 14,2% y 12,4% respectivamente, seguidos de las víctimas de delitos en contexto de violencia intrafamiliar con 10,3% y 12,3% respectivamente. En tercera posición se ubicó a las personas migrantes (10,8% y 11,5%), seguidas de víctimas con algún trastorno psiquiátrico (9,9% y 10,5%) y de las personas mayores (9,9% y 9%).
- **Derechos de las víctimas que debieran ser más activamente protegidos / promovidos**

<sup>7</sup> Informe de trabajo "Encuesta a Fiscales y Funcionarios". Estudio Descriptivo sobre Personas pertenecientes a Grupos en Situación de Vulnerabilidad. Universidad San Sebastián, junio 2020.

**por el Ministerio Público:** en relación a este aspecto, tanto fiscales (25,0%) como funcionarios (18,1%) relevaron el derecho a recibir un trato digno acorde a su condición de víctima; seguido del derecho a obtener de las policías, los fiscales y los organismos auxiliares, apoyo y facilidades para realizar los trámites en que deban intervenir y para asistir a las audiencias judiciales en que se trate su caso (17,8% de fiscales y 10,6% de funcionarios), y del derecho a ser atendida por jueces, fiscales y policías (18,3% y 17%). El derecho a solicitar medidas de protección frente a hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia se ubicó en un cuarto lugar (13% de fiscales y 17,1% de funcionarios).

#### 4. ENCUESTA A VÍCTIMAS<sup>8</sup>

La aplicación de encuestas a víctimas de delito tuvo como propósito el caracterizar a las personas en esta condición según su pertenencia a grupos en situación de vulnerabilidad. En particular, la encuesta permitió conocer la percepción sobre el nivel de impacto del delito en los diversos ámbitos de la vida de las personas, la sensación de seguridad y las necesidades generales que surgen a partir de ello; identificar las expectativas y percepción de las víctimas respecto al contacto con la Fiscalía y el Sistema de Justicia en general; y conocer las características personales de las víctimas y los delitos asociados.

La encuesta fue aplicada de manera presencial durante el mes de enero 2020, por profesionales habilitados en las salas de espera de atención de público de las Fiscalías Locales de Copiapó, Vallenar, Calera en la Región de Atacama; de Temuco, Villarrica, Nueva Imperial y Angol en la Región de la Araucanía; de San Miguel, Puente Alto y Especializada de Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales de la Región Metropolitana Sur; y en las Fiscalías Locales de Las Condes, Ñuñoa y Peñalolén en la Región Metropolitana Oriente. Fue respondida por un total de 601 víctimas de delito.

En lo que sigue, se dan a conocer los principales hallazgos y resultados.

- **Características personales de las víctimas:** las víctimas encuestadas tenían en promedio 42 años, en un 93,8% eran de nacionalidad chilena, un 15,4% indicó pertenecer a algún pueblo originario o indígena, en un 63,2% de género femenino y un 36,6% masculino, un 14,4% indicó tener alguna condición de discapacidad, y el 80,1% indicó tener educación media o superior.
- **Características de los delitos:** en relación al delito del cual fue víctima, se consultó a las personas, en base a la determinación de *cluster* realizada por el equipo de investigación<sup>9</sup>. Al respecto, un 23% fue víctima de delitos de lesiones, un 11% de robos violentos, un 20% de delitos de violencia intrafamiliar, un 12% de delitos de estafa y económicos. En otras categorías hubo un 34% de respuestas. También se releva que un 28,2% de las

<sup>8</sup> Segundo Informe "Estudio Descriptivo sobre Personas pertenecientes a Grupos en Situación de Vulnerabilidad". Universidad San Sebastián, junio 2020, páginas 39 y siguientes.

<sup>9</sup> La definición de delitos utilizando una metodología de *cluster* permitió agrupar las respuestas en las siguientes categorías: delitos contra la libertad e intimidad de las personas; las lesiones (en sus diferentes niveles); los delitos violentos; los delitos no violentos; los delitos de tortura, malos tratos, genocidio y lesa humanidad; los delitos contra leyes de propiedad intelectual e industrial; los delitos sexuales; los delitos económicos y tributarios; y una categoría general de otros delitos. Primer Informe "Estudio Descriptivo sobre Víctimas de Delito pertenecientes a Grupos en Situación de Vulnerabilidad y sus Necesidades de Atención y Protección". Universidad San Sebastián, noviembre 2019.

personas encuestadas indica haber sido víctima de dos o más delitos.

- **Aspectos victimológicos:** la encuesta indagó respecto de la percepción sobre el nivel de impacto del delito en los diversos ámbitos de la vida de las personas, la sensación de seguridad y las necesidades generales que surgen a partir de ello. Respecto del impacto del delito, las víctimas señalan que el bienestar psicológico es un ámbito fuertemente impactado por el delito, siendo la categoría que concentra el porcentaje más alto de respuestas como “impacto muy alto” (43,3%). En relación a la sensación de seguridad/inseguridad, el 82,2% de las víctimas encuestadas señalan que luego de ocurrido el delito, se sintieron más inseguras o mucho más inseguras. De este grupo, casi un tercio (29,3%) señaló que asocian dicha inseguridad a la creencia que podían ser objeto de un daño a nivel personal o de algún ser querido. En términos de necesidades, un 32,8% de las víctimas indicó como la más importante o prioritaria el tener o recibir información sobre el proceso penal y lo que podría ocurrir, y en segundo lugar con un 25,2%, el tener o recibir protección contra ataques, agresiones o amenazas.
- **Expectativas y percepción de las víctimas respecto al contacto con la Fiscalía y el Sistema de Justicia en general:** en este ámbito se indagó en relación al primer contacto con la Fiscalía y sus impresiones sobre este. Las víctimas indicaron que el primer contacto tuvo lugar, en un 50,9% de los casos, el mismo día, al día siguiente o en unos pocos días posteriores a la ocurrencia del delito. Respecto del medio utilizado para este primer contacto, un 51,1% indicó que fue a través de un funcionario en las oficinas de la Fiscalía, un 21,7% con un fiscal o abogado asistente, y un 4,7% con un psicólogo o asistente social. En relación a la calidad de este primer contacto, un 86,5% declaró haber entendido por qué estaban hablando con él/ella, un 60% indicó haber sentido que estaban preocupados por su seguridad, un 85,8% tuvo la percepción que le hablaban en un lenguaje claro y comprensible para él/ella, y un 89% sintió que le ponían atención y respondieron sus inquietudes. En relación al ejercicio de sus derechos y a la percepción de igualdad y no discriminación, un 95,5% indicó haber sido atendido sin discriminación, y un 69,1% indicó que pudo ejercer sus derechos de información y participación en el proceso. Finalmente, se permitió a las personas indicar aquello que le hubiese gustado que hubiese sido distinto en su experiencia con la Fiscalía. En relación a esto, las respuestas más frecuentes fueron: un 25% solicitó mayor rapidez, un 15,7% más y mejor información, y un 5,3% solicitó la existencia de un abogado de las víctimas.

## 5. ENTREVISTA A INFORMANTES CLAVES DE NIVEL NACIONAL Y REGIONAL, A FISCALES, FUNCIONARIOS Y FUNCIONARIAS Y A VÍCTIMAS DE DELITO<sup>10</sup>

Esta técnica, basada en entrevistas cualitativas semiestructuradas o entrevistas basadas en un guión, fue utilizada para conocer la percepción en relación a las expectativas, necesidades, demandas de atención y protección de las víctimas de delito pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, así como los desafíos institucionales para la satisfacción de estas necesidades diferenciales, desde la percepción de los diversos actores intervinientes. En particular, en el caso de las entrevistas a víctimas de delito se buscó indagar en las expectativas y demandas de atención y protección, así como su percep-

<sup>10</sup> Informe análisis descriptivo de “Entrevistas a víctimas, fiscales, funcionarios e informantes”. Estudio Descriptivo sobre Personas pertenecientes a Grupos en Situación de Vulnerabilidad. Universidad San Sebastián, junio 2020.

ción sobre la relación entre su pertenencia a grupos en situación de vulnerabilidad y la experiencia de victimización.

Se realizaron 27 entrevistas presenciales, de estas tres correspondieron a informantes claves del Ministerio Público a nivel nacional y regional, 5 a fiscales a nivel local, 5 a administradores de fiscalía local y 14 a víctimas. A nivel regional el trabajo fue desarrollado en las Fiscalías Regionales de Atacama, Araucanía, Metropolitana Sur y Metropolitana Oriente.

Los principales hallazgos obtenidos del proceso de entrevistas permitieron identificar las diferentes expectativas de las víctimas de delito, relacionadas principalmente con sus valoraciones positivas, que se centran fuertemente en los vínculos con los funcionarios de Fiscalía. Esto coincide con el reconocimiento de entregar un servicio basado en la empatía por parte de los funcionarios de Fiscalía. Así también, se valora el tema del apoyo psicológico, que es reconocido principalmente en las entrevistas a fiscales.

En cuanto a las dinámicas que están en colisión con las expectativas de las víctimas, estas se relacionan con las sensaciones que se generan, algunas propias del servicio, otras asociadas al delito, y se menciona también el contexto socio político del país, que genera una sensación de impunidad y desconfianza con las instituciones de justicia de manera general. Esto es reconocido por los informantes claves y los funcionarios. Las sensaciones del servicio se relacionan con la lentitud de los procesos, las coberturas del servicio, y mecanismos de declaración, que generan una sensación amarga de atención. Lo último llama la atención, ya que se relaciona a la falta de entendimiento de los procesos de Fiscalía, uno de los desafíos y barrera que reconocen los funcionarios.

Finalmente, se puede indicar que las expectativas de atención también se pueden ver sesgadas por experiencias en otras instituciones (como las de justicia, ya sea tribunales, o las fuerzas de orden público), que generan una sensación de desconfianza al acercamiento a Fiscalía. Ante esto, se reconoce desde los funcionarios la necesidad de poder establecer acciones permanentes de extensión de la Fiscalía, que comprometa el educar a la sociedad civil en relación a sus servicios.

## **6. ENTREVISTAS A PROFESIONALES URAVIT Y A PROFESIONALES PSICOSOCIALES EXPERTOS EN ATENCIÓN DIRECTA A PERSONAS PERTENECIENTES A GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD**

Esta técnica se utilizó para profundizar en aspectos de conocimiento de las características y necesidades de algunos de los grupos en situación de vulnerabilidad, que podrían no estar suficientemente recogidas en la aplicación de las demás técnicas utilizadas en el Estudio. Este es el caso de las poblaciones de migrantes, personas LGBTQ+, personas con discapacidad, personas mayores y pueblos originarios. Se consideró, por tanto, entrevistar a profesionales del ámbito psicosocial que se relacionan directamente con dichos grupos y que tuvieran experiencia acumulada. Asimismo, se consideró necesario entrevistar a profesionales de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos, tomando como base de esta decisión, las propias menciones de las víctimas en relación al contacto, y el conocimiento específico en materia de protección de estos profesionales.

Se entrevistó a 5 profesionales expertos y a 5 profesionales de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos, las que se realizaron mediante sistemas telemáticos durante el mes de mayo de 2020.

## 7. REVISIÓN DE BASES DE DATOS

El análisis de las bases de datos del Ministerio Público, permitió conocer la cantidad y tipo de víctimas que son registradas, en función de la pertenencia a grupos en situación de vulnerabilidad; e identificar sus características particulares, a partir de las variables asociadas y posibles de obtener de dicha fuente. En este análisis se consideraron bases de datos de los años 2016, 2017 y 2018, extraídas desde los sistemas informáticos de la institución.

A continuación se presenta la información obtenida de las bases de datos para los años 2016, 2017 y 2018. Cabe señalar que en dicho sistema no hay registro específico que permita caracterizar a todas las víctimas de todos los grupos en situación de vulnerabilidad. De esta forma no es posible determinar la cantidad de víctimas y los delitos asociados para los siguientes grupos: personas con discapacidad; personas LGBTQ+, personas de pueblos originarios. Para aquellos en que sí existe dicho registro específico se presenta la siguiente información: cantidad de víctimas, totales y por género (masculino/femenino); y delitos más frecuentes<sup>11</sup>, y en ambos casos, su evolución en el período.

### MUJERES

- La cantidad de víctimas mujeres registradas en SAF representan un 37,9% respecto al total de víctimas, para el año 2018. La cantidad de víctimas mujeres registradas alcanza un total de 510.364 en 2016, 512.246 en 2017 y 527.947 en 2018, evidenciando un 3% de crecimiento entre 2016 y 2018.
- Los delitos que experimentan las víctimas mujeres en mayor proporción (considerando los tres años) son los delitos contra la libertad e intimidad de las personas (18%); las lesiones (16,2%); los robos no violentos (12,9%) y los hurtos (9,8%).
- Los delitos que más han aumentado entre el 2016 y 2018 son los delitos de tortura, malos tratos, genocidio y lesa humanidad (527%); los otros delitos (204%); y los delitos sexuales (36%).

### PERSONAS MIGRANTES

- La cantidad de víctimas migrantes registradas en SAF representa un 3,1% respecto al total de víctimas en general, para el año 2018.
- La cantidad de víctimas migrantes mujeres registradas en SAF alcanza un total de 10.455 en 2016, 13.977 en 2017 y 19.767 en 2018, evidenciando un 89% de crecimiento en

<sup>11</sup> Cabe señalar que para la investigación, se realizó una agrupación de delitos utilizando una metodología de *cluster*, quedando las siguientes categorías: delitos contra la libertad e intimidad de las personas; las lesiones (en sus diferentes niveles); los delitos violentos; los delitos no violentos; los delitos de tortura, malos tratos, genocidio y lesa humanidad; los delitos contra leyes de propiedad intelectual e industrial; los delitos sexuales; los delitos económicos y tributarios; y una categoría general de otros delitos. Primer Informe “Estudio Descriptivo sobre Víctimas de Delito pertenecientes a Grupos en Situación de Vulnerabilidad y sus Necesidades de Atención y Protección”. Universidad San Sebastián, noviembre 2019.

el período analizado.

- La cantidad de víctimas migrantes hombres registradas en SAF alcanza un total de 8.803 en 2016, 12.544 en 2017 y 21.294 en 2018, evidenciando un 141% de crecimiento en el período analizado.
- Los delitos que experimentan las víctimas migrantes mujeres que más aumentan entre el 2016 y 2018 son los otros delitos (442%); los delitos económicos y tributarios (178%); los delitos contra la fe pública (146%), las faltas (128%) y los delitos sexuales (121%).
- Los delitos que experimentan las víctimas migrantes hombres que más aumentan en el período estudiado son los otros delitos (650%); los delitos de tortura, malos tratos, genocidio y lesa humanidad (450%); las faltas (291%) y los delitos económicos y tributarios (273%).

#### PERSONAS MAYORES

- La cantidad de víctimas adultos mayores registradas en SAF representa un 9,1% respecto al total de víctimas en 2018. Esta proporción es similar a la de años anteriores.
- La cantidad de víctimas adultas mayores mujeres registradas en SAF alcanza un total de 45.050 en 2016, 46.857 en 2017 y 50.724 en 2018, evidenciando un 13% de crecimiento en el período estudiado.
- Los delitos que experimentan en mayor proporción las personas mayores, son los robos no violentos (22,8%); los delitos económicos y tributarios (13%); los delitos contra la libertad e intimidad de las personas (11,4%) y los hurtos (11,2%).
- Los delitos que experimentan las víctimas adultas mayores mujeres que más aumentan entre el 2016 y 2018 son los delitos contra leyes de propiedad (400%); los otros delitos (181%) y los delitos de drogas (86%).
- Los delitos que experimentan las víctimas adultos mayores hombres que más aumentan entre el 2016 y 2018 son los delitos de tortura, malos tratos, genocidio y lesa humanidad (1300%); los delitos contra la propiedad (629%); los delitos de justicia militar (200%) y los delitos de drogas (82%).

#### NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

- La cantidad de víctimas NNA registradas en SAF representa un 6,4% respecto al total de víctimas en 2018. Esta proporción es similar a la de años anteriores.
- La cantidad de víctimas NNA de sexo femenino registradas en SAF alcanza un total de 49.387 en 2016, 49.258 en 2017 y 53.283 en 2018, evidenciando un 8% de crecimiento en el período analizado.
- La cantidad de víctimas NNA de sexo masculino registradas en SAF alcanza un total de 32.904 en 2016, 32.923 en 2017 y 34.841 en 2018, evidenciando un 6% de crecimiento en el período analizado.
- Los delitos que experimentan en mayor proporción los NNA de ambos sexos en el período estudiado son: las lesiones (23,2%), los hechos de relevancia criminal (21,9%), los delitos sexuales (21,3%), y los delitos contra la libertad e intimidad de las personas (9,7%).
- Los delitos que experimentan las víctimas NNA de sexo femenino que más aumentan entre el 2016 y 2018 son otros delitos (1591%); los delitos de tortura, malos tratos, genocidio y lesa humanidad (350%); los delitos contra leyes especiales (62%); los delitos de

drogas (38%) y los delitos sexuales (35%).

- Los delitos que experimentan las víctimas NNA de sexo masculino que más aumentan entre el 2016 y 2018 son otros delitos (3.251%); los delitos de tortura, malos tratos, genocidio y lesa humanidad (244%) y los delitos de drogas (125%).

## EL MODELO DE PROTECCIÓN GENERAL Y ESPECIAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA<sup>12</sup>

El Estudio realizó una completa revisión de los cuerpos normativos nacionales e internacionales que permiten identificar el derecho de acceso a la justicia en relación a las víctimas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad. A partir de esta revisión se estableció la existencia de una normativa nacional que requiere de un ordenamiento importante, si bien existe de manera general y específica y fue posible su identificación y evaluación en función de los estándares internacionales<sup>13</sup>.

### El derecho de acceso a la justicia como derecho humano

Uno de los objetivos centrales del Estudio correspondió a determinar el alcance y contenido del derecho de acceso a la justicia, sus estándares de cumplimiento, y la normativa que permite establecer cuándo una víctima de delito perteneciente a un grupo en situación de vulnerabilidad se enfrenta a situaciones que de alguna forma facilitan o impiden su ejercicio pleno, y por lo mismo cómo debe incorporarse este aspecto en los distintos modelos de protección, instructivos y procedimientos. De esta forma el análisis se centró en desarrollar el análisis del derecho de acceso a la justicia como derecho humano.

La investigación permitió observar el reconocimiento de la categoría “grupo en situación de vulnerabilidad” e identificar la existencia de un conjunto de garantías generales, que puedan ser aplicadas a dicha categoría. En este análisis se ha determinado la estrecha conexión entre el derecho de acceso a la justicia y el principio de igualdad o no discriminación, base fundamental de la teoría de los derechos humanos, detrás del cual –contemplado casi sin exclusión en todas las declaraciones y convenciones del derecho internacional de los derechos humanos–, descansa la idea que, si los derechos humanos son inherentes al ser humano, en el caso del derecho de acceso a la justicia, todos los seres humanos, sin distinción, son sus titulares.

De esta forma se pudo establecer que el acceso a la justicia está asociado al reconocimiento del derecho de todas las personas a resolver los conflictos jurídicos en que se vean involucrados por medios institucionales, y para obtener del sistema de justicia una tutela efectiva de sus derechos, siendo este un componente central de un Estado Democrático de Derecho, ya que es una garantía de la vigencia y realización de los derechos de las personas. Su fundamento, al igual que el de todos los derechos fundamentales, se encuentra en el reconocimiento de la igual dignidad de todas las personas, que se debe

<sup>12</sup> Segundo Informe “Estudio Descriptivo sobre Personas pertenecientes a Grupos en Situación de Vulnerabilidad”. Universidad San Sebastián, junio 2020, páginas 83 y siguientes.

<sup>13</sup> Para conocer el catastro completo de este análisis, consultar el Primer Informe “Estudio Descriptivo sobre Personas pertenecientes a Grupos en Situación de Vulnerabilidad”. Universidad San Sebastián, noviembre 2020.

concretar, entre otros aspectos, en la igualdad ante la ley, en la no discriminación y en el reforzamiento de garantías de los grupos en situación de vulnerabilidad.

El acceso a la justicia cumpliría entonces un rol primordial, puesto que entrega garantías para su operatividad, garantizando el efectivo disfrute de los derechos reconocidos en diversos instrumentos internacionales. Por tanto, es deber de los Estados garantizar que las personas, sin distinción alguna, puedan reclamar la protección judicial una vez que sus derechos han sido vulnerados. Esta obligación, no solo implica para los Estados no impedir el acceso a recursos judiciales o de otra índole (obligación negativa), sino también organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a ellos, *“removiendo obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia”*; criterio fundamental para determinar los estándares a cumplir para asegurar el acceso a la justicia de víctimas pertenecientes a colectivos en situación de vulnerabilidad.

Del profuso análisis realizado, relevaremos aquí lo que sostiene el ex Juez de la CIDH, Cañado Trindade: *“el derecho de acceso a la justicia es el pilar básico de la protección de los derechos humanos, en los planos tanto nacional como internacional”*, ya que constituye un verdadero *“derecho al Derecho”*. Asimismo, afirma basándose en la jurisprudencia del Sistema Interamericano, que *“es un derecho de amplia dimensión (concepción lato sensu), que comprende no solo el acceso formal a un tribunal o juez, sino también las garantías judiciales, al igual que el derecho a la prestación jurisdiccional”* incluyendo las eventuales reparaciones y la ejecución de la sentencia” (El Derecho de Acceso a la Justicia en su Amplia Dimensión, A.A., Cañado Trindade, Santiago, Chile, CECO/COH/Librotecna, 2008, págs. 61 y 62).

### Garantías generales del acceso a la justicia de víctimas del delito

El análisis conjunto de las normativas nacionales e internacionales vinculadas a las víctimas permite afirmar que en ambos niveles, se establecen estándares generales –a ser alcanzados por el Estado–, en los siguientes ámbitos:

- Derecho a un trato justo.
- Derecho a recibir información y apoyo.
- Derecho a entender y ser entendido.
- Obligación de adecuar los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas.
- Protección de las víctimas.
- Resarcimiento e indemnización.

Especial relevancia en este punto toman aquellas garantías identificadas en el marco del Estudio<sup>14</sup> y que hacen referencia a grupos en situación de vulnerabilidad específicos, y que se presentan a continuación.

### Garantías específicas del acceso a la justicia para víctimas de delito

En los informes del Estudio, el equipo jurídico sostiene que los derechos de las víctimas

<sup>14</sup> Ídem.

parecen haberse desarrollado más profusamente en los instrumentos jurídicos de la comunidad europea<sup>15</sup>, citando, por ejemplo, el artículo 13 de Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que entrega a las víctimas el derecho a un recurso efectivo, toda vez que señala a: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”. El vocablo “toda persona”, incluye a las víctimas dentro del ámbito de protección. Del mismo modo se analizó la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, que permitió la adopción en España de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, construida como catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante, las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad.

Por su parte, a partir de las Reglas de Brasilia, ya citadas, se relevan los conceptos normativos de victimización primaria y secundaria. La primera de ellas, llama a alentar la adopción de medidas adecuadas para mitigar los efectos de la infracción. La victimización secundaria, en tanto, procura que el daño sufrido por la víctima de delito no se incremente producto de su contacto con el sistema de justicia. En este sentido, se establece la necesaria protección durante todas las fases del procedimiento penal, respecto de la integridad física y psicológica de las víctimas, en especial aquellas que corran riesgo de intimidación, represalias o victimización reiterada o repetida, protección particular sobre aquellas víctimas que prestarán testimonio durante el proceso judicial, y la protección a la víctima de violencia intrafamiliar, poniendo atención en garantizar su seguridad una vez que la persona a la que se le atribuye la realización de la violencia, es puesta en libertad.

A nivel nacional, la legislación no aborda de manera explícita la categoría de “grupo en situación de vulnerabilidad” para construir y desarrollar su contenido normativo. Consecuentemente, no es posible identificar en ella un tratamiento sistemático y uniforme de, primero, las garantías generales de la víctima de delitos y, segundo, de las garantías generales de las víctimas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad. Lo mismo ocurre con la normativa interna del Ministerio Público la que, si bien ofrece respuestas comunes para algunos de los grupos, ello se debe más bien a su asociación a delitos específicos en los que son vistas como víctimas habituales, y no una comprensión o desarrollo de la categoría de vulnerabilidad como tal.

---

<sup>15</sup> Ídem.

## RECOMENDACIONES PARA ALCANZAR LOS ESTÁNDARES PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE VÍCTIMAS PERTENECIENTES A GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD Y ATENDER SUS NECESIDADES DIFERENCIALES DE PROTECCIÓN<sup>16</sup>

Teniendo como base el proceso de investigación desarrollado, el Estudio se hizo cargo de identificar ciertas recomendaciones organizadas en las siguientes dimensiones: generales, normativas, de accesibilidad, de atención y protección, y organizacionales, además de identificar las necesidades diferenciales de cada grupo en situación de vulnerabilidad. En los párrafos siguientes se incluyen aquellas de carácter general y normativo, para dar cuenta del objetivo del Estudio.

### RECOMENDACIONES GENERALES

- Profundizar y extender las políticas, planes y acciones desarrolladas por la Fiscalía, incorporando los conceptos de vulnerabilidad e interseccionalidad, respecto de los grupos ya mencionados fortaleciendo y estableciendo mecanismos para evitar la estigmatización de las víctimas en tales situaciones.
- Continuar el fortalecimiento y extensión de una cultura institucional que tienda a la inclusión, es decir, que sea capaz de acoger la diversidad, a través de la comprensión del contexto sociohistórico que atraviesa cada una de las víctimas, con mecanismos que permitan mitigar los obstáculos de acceso que se les presentan, así como la detección oportuna de factores de riesgo (interactivos e interrelacionales) que se dan con mayor frecuencia en estos grupos. Se incluyen en esta recomendación las acciones de inducción y capacitación inicial y continua para todos los fiscales y funcionarios, y extensivas a las instituciones relacionadas y colaboradoras.
- Profundizar y extender la coordinación con los diversos servicios públicos vinculados a los diferentes grupos en situación de vulnerabilidad, desarrollando protocolos para mitigar las diferentes barreras a las que se ven expuestos según su condición sociocultural.
- Habilitar canales de información específica que permita la retroalimentación de las políticas públicas dirigidas a personas de estos grupos vulnerables, que incluya, información acerca de los tipos de victimización delictual más frecuente, dinámicas delictivas, las posibilidades de acción de Fiscalía, y las necesidades en materia de política pública que es posible visibilizar a partir de sus demandas de atención y protección.
- Incorporar, a través de un órgano consultor de la sociedad civil, el diseño de procedimientos de atención y protección ajustados a las reales necesidades de estos grupos. La participación propuesta se debería materializar no solo a través de la incorporación de organismos de atención y/o acogida, sino también a través de personas y/u organi-

<sup>16</sup> Segundo Informe “Estudio Descriptivo sobre Personas pertenecientes a Grupos en Situación de Vulnerabilidad”. Universidad San Sebastián, junio 2020, páginas 421 y siguientes.

zaciones de personas, víctimas o no, pertenecientes a grupos vulnerables.

### ALGUNAS RECOMENDACIONES NORMATIVAS

- Promover la creación y/o reformas de legislación nacional, que permitan avanzar hacia el pleno ejercicio del derecho de acceso a la justicia, de todas las víctimas de delito pertenecientes a grupos en situación de discapacidad.
- Evitar la dispersión de instrumentos, estableciendo, en cambio, un marco normativo general de la víctima (estatuto de la víctima), que permita comprender y ofrecer una respuesta lo más amplia e inclusiva posible a las víctimas de delito, que abarque las situaciones de vulnerabilidad en particular, determinadas como categorías de protección reforzada.
- Establecer protocolos de actuación que incorporen el enfoque de derechos humanos, con una comprensión de la víctima como una persona capaz de entender y ser partícipe del proceso penal. Lo anterior comprende toda la relación asociada al derecho de acceso a la justicia y no solo el proceso judicial. En el caso de los niños, niñas y adolescentes, que se reconozca su derecho a ser oído, su autonomía progresiva y el interés superior centrado en su persona.
- En relación a las consideraciones de género, se recomienda la revisión constante de los protocolos actuales, con el objeto de facilitar y fomentar la efectiva, uniforme y transparente investigación de actos de violencia física, sexual y psicológica del que son víctimas mujeres y población LGBTIQ+. Es recomendable que los protocolos abarquen una descripción de la complejidad en las pruebas, y los requisitos mínimos para establecer una fundamentación probatoria adecuada, incentivando la investigación multidisciplinaria.
- Reforzar los estándares existentes de debida diligencia, para lo cual se sugiere que las investigaciones sean desarrolladas por personas capacitadas para identificar los prejuicios subyacentes a la violencia de género experimentada por estas poblaciones, y que se constituyen en barreras de acceso y formas de discriminación.
- Concebir los cambios normativos solo como el punto de partida de una transformación de la cultura institucional, en la relación con las víctimas en situación de vulnerabilidad. De lo contrario, se corre el riesgo de suponer que todo se ha resuelto con el establecimiento de una norma.

### REFLEXIONES FINALES

En estas páginas hemos intentado dar cuenta del amplio conocimiento adquirido en base al Estudio realizado. Como hemos dicho, hoy, la institución cuenta con una investigación robusta, a la que podrá acudir cada vez que sea necesario para implementar acciones en favor de las víctimas de delito pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, tanto en el proceso de investigación penal como en la protección y para

anticipar y prevenir la revictimización.

Creemos que el desafío es importante y complejo, pero también, que en la medida que se adopten en forma gradual las recomendaciones, será posible avanzar en los estándares de promoción, protección y garantía del acceso a la justicia, atendiendo a las necesidades diferenciales y al principio de igualdad y no discriminación.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
ANTICORRUPCIÓN

# DELITOS ASOCIADOS A LOS DOCUMENTOS DENOMINADOS “SALVOCONDUCTOS” Y “PERMISOS” OBTENIDOS PARA AUTORIZAR EL DESPLAZAMIENTO DE PERSONAS DENTRO DEL TERRITORIO NACIONAL EN VIGENCIA DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE CATÁSTROFE POR PANDEMIA COVID 19

Claudia Ortega Forner<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

Con motivo de la situación pandémica que afecta a Chile por efectos del denominado COVID 19 o Coronavirus, se ha debido declarar Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, lo que ha motivado la restricción del derecho de libre tránsito por el territorio nacional, siendo requerida por la autoridad la obtención de salvoconductos y permisos de desplazamiento por parte de la población, a través de Carabineros de Chile, por la vía presencial o a través de la plataforma Comisaría Virtual. Ello ha permitido detectar

---

<sup>1</sup> Abogada de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

situaciones de mal uso o adulteraciones de dichos documentos que han derivado en denuncias presentadas ante el Ministerio Público.

A continuación, se analizarán las distintas hipótesis delictuales asociadas a la mala utilización o falsedades cometidas en los referidos salvoconductos o permisos, su respectiva calificación jurídica y algunas recomendaciones investigativas.

## 2. ESTADO DE CATÁSTROFE Y CONSECUENCIAS

Mediante Decreto Supremo N° 104, de fecha 18 de marzo de 2020, se decretó Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, por calamidad pública, en el territorio chileno por un plazo de 90 días desde la publicación del respectivo decreto, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 41 de la Carta Fundamental y el artículo 8° de la Ley N° 18.415, designando a continuación a los jefes regionales de la defensa nacional que tomarían el mando de acuerdo con el estado de excepción, el que ha sufrido prórrogas sucesivas.

En virtud de la declaración de estado de excepción constitucional, conforme al artículo 43 de la Carta Fundamental, pueden restringirse las libertades de locomoción y reunión y el derecho de propiedad, y es designado un Jefe de la Defensa Nacional quien tiene competencias legales para reponer la normalidad en la zona geográfica determinada y, además, el Presidente de la República puede delegar en él otras atribuciones para ese mismo fin.

Entre otras atribuciones, durante el Estado de Catástrofe es posible controlar la entrada y salida de la zona declarada en ese estado, y el tránsito en ella, así como dictar las directrices e instrucciones necesarias para el mantenimiento del orden en la zona, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 7 N°1 y N°7, en relación al artículo 5 N°4, todos de la Ley N° 18.415.

Con posterioridad, el Ministerio de Salud procedió a dictar numerosas resoluciones exentas<sup>2</sup> que tienen su fundamento, entre otros, en el Decreto Supremo N° 104, las que disponen medidas de carácter sanitario, entre las cuales se encuentran cordones y aduanas sanitarias, aislamientos o cuarentenas domiciliarias, restricciones de salida de las personas de sus domicilios y de desplazamiento y el llamado Toque de Queda entre las 22:00 y 05:00 horas.

En relación con los aislamientos o cuarentenas a poblaciones generales, se exceptúan de las mismas a aquellas personas cuya labor es indispensable para el abastecimiento de la zona, otorgamiento de servicios críticos y servicios sanitarios, en el ejercicio de dichas funciones.

---

<sup>2</sup> Las referidas resoluciones pueden ser consultadas en el sitio web de la Biblioteca del Congreso Nacional <https://www.bcn.cl/coronavirus/leyes?tema=Aislamiento%20y/o%20Cuarentena>.

### 3. SALVOCONDUCTOS Y PERMISOS DE DESPLAZAMIENTO

El 23 y 25 de marzo de 2020 se dieron a conocer los primeros instructivos para salvoconductos<sup>3</sup> y permisos de desplazamientos<sup>4</sup>, respectivamente, por parte del Ministerio del Interior, disponiendo que los referidos documentos deberán ser obtenidos por parte de la ciudadanía en Carabineros de Chile, a través de la Comisaría Virtual o en forma presencial.

Los salvoconductos son instrumentos temporales que autorizan a las personas a realizar actividades fundamentales solo durante horarios de toque de queda. Adicionalmente, también se utilizan para el caso particular de tener que circular a través de Cordones Sanitarios. Los salvoconductos no sirven para desplazarse durante el día en zonas declaradas bajo cuarentena sanitaria.

Los permisos de desplazamiento son instrumentos temporales que autorizan a las personas para realizar actividades fundamentales y abastecerse de bienes y servicios esenciales, en comunas que están declaradas en cuarentena sanitaria.

Los permisos solo permiten desplazamientos durante el día (entre 05:00 y 23:00 horas) en zonas declaradas en cuarentena sanitaria. No permiten desplazamiento en horarios de Toque de Queda<sup>5</sup>.

Por su parte, el artículo 4° de la Ley N° 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, dispone que esta institución prestará a las autoridades administrativas el auxilio de la fuerza pública que estas soliciten en el ejercicio legítimo de sus atribuciones.

### 4. DECLARACIÓN JURADA Y DELITO DE PERJURIO

Al momento de completarse los datos requeridos para emitirse el documento respectivo a través de la Comisaría Virtual (tanto para el caso de salvoconductos como para los permisos de desplazamiento), se requiere aceptar que se están entregando datos verdaderos y se advierte que en caso de comprobarse falsedad en la declaración de la causal invocada para requerir el documento, se incurrirá en las penas del artículo 210 del Código Penal, que regula el delito de perjurio.

Al respecto, el artículo 210 del Código Penal dispone: *“El que ante la autoridad o sus agentes perjurare o diere falso testimonio en materia que no sea contenciosa, sufrirá las penas de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”*.

Se discute, desde la perspectiva jurisprudencial, si para incurrir en el delito de perjurio, la

<sup>3</sup> Disponible en: [https://cdn.digital.gob.cl/public\\_files/Campa%C3%B1as/Corona-Virus/documentos/Descargas/instructivo-salvoconducto.pdf](https://cdn.digital.gob.cl/public_files/Campa%C3%B1as/Corona-Virus/documentos/Descargas/instructivo-salvoconducto.pdf).

<sup>4</sup> El Oficio N°8.935, de fecha 25 de marzo de 2020 del Ministerio del Interior y del Ministerio de Defensa Nacional estableció el Instructivo para Permisos de Desplazamientos, el cual fue reemplazado posteriormente por el instructivo contenido en oficio N° 9460 de 1° de abril de 2020. Luego dicha normativa ha seguido siendo actualizada de acuerdo con la contingencia. El documento vigente a septiembre de 2020 puede ser consultado en: [https://cdn.digital.gob.cl/public\\_files/Campa%C3%B1as/Corona-Virus/documentos/Instructivo\\_Cuarentena\\_120620v4.pdf](https://cdn.digital.gob.cl/public_files/Campa%C3%B1as/Corona-Virus/documentos/Instructivo_Cuarentena_120620v4.pdf) [Fecha de consulta: 2 de noviembre de 2020].

<sup>5</sup> El Toque de Queda fue decretado entre las 23:00 y las 05:00 horas del día siguiente.

falta a la verdad debe realizarse previo juramento o promesa legalmente exigido como solemnidad en la declaración –como sostiene la doctrina dominante–<sup>6</sup>, o si dicho juramento o promesa es innecesario para configurar el mismo. La jurisprudencia de la Corte Suprema se ha pronunciado en ambos sentidos. La más reciente se ha inclinado por considerar que dicho juramento o promesa se preste como formalidad legalmente exigida<sup>7</sup>, en tanto que la misma Corte ha resuelto, particularmente en asuntos administrativos, que el juramento no forma parte de la descripción típica, y que el delito se comete, con la simple falta a la verdad ante la autoridad, aunque no medie juramento<sup>8</sup>.

Por su parte, Garrido señala que para incurrir en el delito, la falsedad de la declaración, previo juramento o promesa, ha de referirse a circunstancias de carácter substancial; de modo tal que la no coincidencia de la verdad o realidad con hechos de naturaleza secundaria o circunstancial, es insuficiente para dar vida al tipo penal<sup>9</sup>.

Sin perjuicio que de acuerdo con el texto legal, el juramento o promesa no forman parte del tipo penal, lo cierto es que el formulario de la Comisaría Virtual hace una remisión a las penas del perjurio si se comprobare la falsedad de la declaración prestada, por lo que no estamos en presencia de una norma que establezca un ilícito penal en sí misma, sino que simplemente ante una advertencia en cuanto a la aplicación de penas que no es formulada por ninguna norma legal, y en consecuencia, lo preceptuado en el formulario de la Comisaría Virtual no es suficiente para la tipificación de un injusto penal. No obstante, lo cierto en este caso, es que independientemente de la remisión a las penas del perjurio, la conducta de aportar datos falsos, tanto en cuanto a la identidad de una persona, como en lo relativo a la narración de hechos sustanciales en cuanto al contenido mismo del permiso, entendemos que se correspondería con la conducta que penaliza el perjurio del Art. 210 del Código Penal, por cuanto se trataría de una declaración falsa ante la autoridad. En la medida en que dicha conducta contenga los elementos del tipo referido se podrá aplicar directamente la norma, sin que necesariamente deba hacerse referencia a lo señalado en el formulario de la Comisaría Virtual, más allá de que ese sea el soporte en donde se plasma la conducta de aportar antecedentes falsos a la autoridad.

Tratándose de permisos individuales, la responsabilidad recaerá sobre el beneficiario del permiso. Por otra parte, tratándose de permisos de carácter colectivo, en los cuales se requiere una declaración jurada por parte de un representante de la empresa respectiva, la responsabilidad será de quien efectúa la declaración falsa, no pudiendo extenderse dicha responsabilidad a la persona jurídica por el delito de perjurio, por no estar este tipo penal expresamente contemplado en la Ley N° 20.393, sin perjuicio de su responsabilidad por el delito del artículo 318 ter, si procediere, que sí se encuentra expresamente contemplado como base de la responsabilidad penal empresarial.

<sup>6</sup> Por todos, ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte Especial*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, Tomo IV, p. 194. Las disquisiciones doctrinales, como puede verse con detalle en el texto citado y en GARRIDO, Mario. *Derecho Penal, Parte Especial*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, Tomo IV, págs. 119 - 120, se refieren únicamente a la clase de juramento legalmente exigido para configurar el delito.

<sup>7</sup> Corte Suprema, 7 marzo 1988. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXV, 2ª parte, sec. 4ª, p. 10.

<sup>8</sup> Corte Suprema, 18 junio 1980. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXVII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 90. Antes, en el mismo sentido, Corte Suprema, 28 mayo 1957. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LIV, 2ª parte, sec. 4ª, p. 66.

<sup>9</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, Tomo IV, p. 118.

En cualquier caso, deberán considerarse las distintas hipótesis de autoría contempladas en el Art. 15 del Código Penal para sancionar a quienes pudieran haber participado en la declaración falsa. Lo anterior, es independiente de la sanción que proceda conforme a los artículos 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal respecto de quien circule con ese permiso, estando impedido de hacerlo, si correspondiere.

## 5. DELITO DE FALSIFICACIÓN Y USO MALICIOSO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE SALVOCONDUCTOS Y PERMISOS DE DESPLAZAMIENTO PARA ESTOS EFECTOS

### 5.1 Delito de falsificación de instrumentos públicos y uso malicioso de los mismos

El delito de falsificación de instrumento público contemplado en el artículo 193 del Código Penal, sanciona el empleado público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad:

1. Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica.
2. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.
3. Atribuyendo a los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.
4. Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales.
5. Alterando las fechas verdaderas.
6. Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido.
7. Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto, o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero original.
8. Ocultando en perjuicio del Estado o de un particular cualquier documento oficial.

Por su parte, el artículo 194 del Código Penal, sanciona al particular que cometiere en documento público o auténtico alguna de las falsedades designadas en el artículo 193.

Finalmente, el artículo 196 del mismo cuerpo legal, sanciona al que maliciosamente hiere uso de los instrumentos falsos regulados precedentemente en el código.

La pena para el autor de la falsedad conforme al artículo 193 es de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, viéndose atenuada cuando el autor de la falsedad no es el funcionario público llamado a emitirlo, caso en el cual la pena es de presidio menor en sus grados medio a máximo.

Al que maliciosamente usare los documentos falsos se le aplicarán las mismas penas como si fuere autor de la falsedad, según corresponda.

## 5.2 Concepto de documento

Previo a analizar conductas delictuales relativas a la falsificación de instrumento público, es necesario hacer referencia a lo que se debe entender por documento para efectos jurídicos.

La doctrina más antigua coincide –con matices– en el siguiente concepto: “Todo escrito, firmado o reconocido por una persona, que deja constancia de hechos de los cuales derivan consecuencias jurídicas”, de este parecer, DEL RÍO<sup>10</sup> y LABATUT<sup>11</sup>.

ETCHEBERRY amplía este concepto, más allá del elemento de escrituración, en los siguientes términos: “Todo objeto que representa un hecho o una manifestación de pensamiento, emanado de un autor y fijado en forma permanente”<sup>12</sup>.

Esta última definición coincide a grandes rasgos con lo afirmado por POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ<sup>13</sup>, quienes reconocen que existen medios de representación del pensamiento que poseen una eficacia probatoria a veces mayor que la escritura, como la fotografía, la cinta cinematográfica, una grabación, etc. Lo fundamental parece ser que tenga un valor de símbolo o signo y no es necesario que conste de palabras ni que sea escrito.

Por su parte, GARRIDO MONTT<sup>14</sup> lo define como “el objeto material sobre el cual recae la acción en los delitos de falsificación”, advirtiendo la falta de acuerdo entre los tratadistas, acerca de la amplitud de su noción. Afirma, sin embargo, que existe una tendencia de la doctrina actual, por comprender en tal noción un abanico muy amplio de objetos en que se hace constar, con relativa permanencia, un hecho con trascendencia jurídica, como una grabación, una película, un gráfico, etc. A fin de cuentas, documento es aquel soporte material o ficto que da cuenta en forma permanente de un hecho.

Para Luis Emilio Rojas, se trataría de una declaración de una persona fijada en signos que expresan en el tráfico jurídico un acto de voluntad o la observación de una circunstancia fáctica jurídicamente relevante, es decir, el nexo de atribución entre persona y declaración se fija en el documento. Por ende, documento es fijación de una declaración. Esta fijación normalmente se realiza en el medio de la escritura, sin embargo, también puede efectuarse, concurriendo ciertos presupuestos, en otros signos no lingüísticos, por ej. en lenguaje codificado. Por lo anterior, se define documento como la fijación en signos de la declaración de una persona, que sirve a la producción de efectos jurídicos, no meramente probatorios los que derivan directa o indirectamente del contenido de la declaración fijada en signos. Si estos expresan un acto de manifestación o declaración de voluntad, entonces los efectos jurídicos nacen directamente de ésta y se trataría de un documento dispositivo, por ej. una escritura de compraventa o un documento administrativo. Si los signos expresan solamente la observación de un hecho jurídicamente

<sup>10</sup> DEL RÍO, Raimundo. *Derecho Penal*. Santiago, Chile, Editorial Nascimento, 1935-36, p. 143.

<sup>11</sup> LABATUT GLENNA, Gustavo. *Derecho Penal*. 7ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2000, Tomo II, p. 53.

<sup>12</sup> ETCHEBERRY, ob. cit., Tomo IV, págs. 156-157.

<sup>13</sup> POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, p. 559.

<sup>14</sup> GARRIDO, ob. cit., Tomo IV, p. 52. Cfr. “Del Río”, ob. cit., p. 143.

relevante, se trataría de un documento testimonial, por ej. el recibo de un pago o un certificado de defunción. En ambas clases de documento, al optar el sujeto jurídico por fijar en signos su declaración de voluntad o testimonial, queda vinculado normativamente a esta y debe responder por su contenido<sup>15</sup>.

Por su parte, Mayer y Vera, plantean una definición del concepto de documento desde una perspectiva jurídico penal, el interés tutelado por dichos delitos está constituido por la triple funcionalidad documental, esto es, la función de perpetuación, de garantía y de prueba de los documentos, funciones de las cuales es posible deducir los elementos que deben estar presentes para considerar a un objeto como documento.

La función de perpetuación, entendida como el registro perdurable de una determinada declaración, se desprende que el documento es esencialmente un soporte material que, como tal, fija una declaración del pensamiento humano. Por esto se afirma que el documento, para efectos penales, es en realidad el resultado de combinar un soporte material y datos, hechos o narraciones procedentes de una declaración de conocimiento o voluntad, de modo que ambos aspectos deben considerarse como un todo. La función de garantía, esto es, aquella que permite reconocer a su autor, lo que implica que en todo soporte que se califique de tal debe existir un autor, que está tras la declaración contenida en dicho soporte y al cual puede imputársele el contenido de la misma. Finalmente, de la función probatoria, se desprende la necesidad de que el documento tenga incidencia en el tráfico jurídico, sea que se trate de una eficacia probatoria en sentido estricto o de una relevancia jurídica más amplia<sup>16</sup>.

Siguiendo a los autores más modernos, podríamos concluir que un documento, para efectos jurídicos, podría definirse como la declaración de una persona, fijada en signos que expresan en el tráfico jurídico un acto de voluntad o la observación de una circunstancia fáctica jurídicamente relevante, con funcionalidades de perpetuación, garantía y prueba.

### 5.3 Concepto de documento o instrumento público para efectos penales

Determinada, someramente, una definición de documento para efectos jurídicos, y antes de pronunciarse sobre si se puede aplicar la calificación jurídica de falsificación de instrumentos a las adulteraciones que se efectúen a los salvoconductos y permisos temporales a los que hemos hecho referencia, previamente, es necesario determinar, si se trata o no de documentos públicos para efectos penales.

Abordando el concepto de Documento Público, se observa que la noción avanza en lo que dice relación con la certeza y calidad probatoria que pueda tener el mismo, al ser revestido de ciertas formalidades. Este tipo de documentos hace fe respecto de todos porque cuenta con la garantía de autenticidad dada por el Estado. Este asume esa responsabilidad y otorga esa

<sup>15</sup> ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. "Falsedad documental como delito de engaño" En: Rev. Chil., v. 41, n.2, Santiago, agosto 2014, págs. 523-554. Disponible en: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=50718-34372014000200006&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=50718-34372014000200006&lng=es&nrm=iso)> <http://dx.doi.org/10.4067/50718-34372014000200006>. [Fecha de consulta: 4 de noviembre de 2020].

<sup>16</sup> MAYER, Laura; VERA, Jaime "El documento como objeto material de las falsedades documentales y del sabotaje informático en el Derecho penal chileno". En: *Polít. crim.*, Vol. 14, N° 27 (Julio 2019), Art. 12, págs. 419-455. Disponible en: <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/05/Vol14N27A12.pdf>, págs. 421-422 [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2020].

garantía a la sociedad por cuanto ha entregado la administración de dicha fe pública a un grupo determinado de personas, sea porque cumplen una función pública con tal exclusivo propósito, sea porque obran bajo su tutela o control a través de la ley. De allí que la falsificación de un instrumento público es un delito universal que ofende a la sociedad entera<sup>17</sup>.

Más que la verdad contenida en el instrumento propiamente tal, al legislador le interesa la genuinidad del mismo.

Una parte mayoritaria de la doctrina afirma que corresponde a ramas del derecho distintas al derecho penal precisar su contenido; así, el Código Civil en su artículo 1699 y el de Procedimiento Civil en sus artículos 342 y 345 propocionan una definición de lo que debe entenderse por documento público. Del mismo parecer LABATUT, basándose en jurisprudencia de la Corte Suprema, indica que “instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario” y que “otorgado ante escribano y/o incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública”.

Con algún matiz, GARRIDO considera que “la calidad de público de un documento la otorga la ley” y que “no existe un criterio meramente penal que establezca que se entiende por tal”, y por ello serán las “leyes civiles, comerciales, laborales, procesales y análogas las encargadas de hacerlo”<sup>18</sup>.

Un segundo grupo de autores plantea la necesidad de contar con un concepto propio de documento público para efectos penales<sup>19</sup>, entre los que destaca COUSIÑO, quien plantea la primacía de los elementos gramatical y teleológico de la ley, por sobre el histórico, al momento de desentrañar el concepto de documento público y sostiene que si se tiene en cuenta el sentido natural y obvio del término documento, lo que castigarían los tipos penales sería “la falsificación de cualquiera escritura, papel o documento que pueda justificar o probar alguna cosa”<sup>20</sup>. Asimismo, plantea la idea de la fe probatoria o la fe pública como bien jurídico protegido por estas figuras y que la falsificación de cualquier instrumento, en términos amplios, que puede servir de medio de prueba, constituye objeto material de los delitos de falsedad documental.

17 ROJAS, Luis Emilio. “Deconstrucción del modelo dominante de comprensión de los delitos de falsedad documental” [en línea]. En: *Política Criminal*, Vol. 9, N° 18, Santiago, Chile, 2014, págs. 477-520. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v9n18/arto6.pdf> [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2020], propone una nueva revisión crítica del concepto documento, toda vez que denuncia: “la doctrina presa de este modelo de comprensión aplica la relevancia jurídica como un criterio esencial y cualitativo que diferencia entre, por un lado, documentos propiamente tales –documentos públicos, oficiales y mercantiles equivalentes a éstos–, que per se son dignos de protección e inmediatamente relevantes jurídicamente. Y, por otro lado, documentos deficitarios –documentos privados y mercantiles equivalentes a éstos–, que per se son indignos de protección y cuya relevancia jurídica es mediata por estar supeditada a la lesión de un bien jurídico personal. Se trata de una cesura conceptual que es reflejo de la primera dicotomía a nivel de bienes jurídicos protegidos (supra 2.1.) y que parece ser consecuencia del olvido en el cual ha caído el concepto de documento”.

18 GARRIDO, ob. cit., p. 58.

19 MAYER LUX, Laura y VERA VEGA, Jaime. “El concepto de documento público y de documento oficial para efectos de los delitos de falsedad documental: Consideraciones histórico-dogmáticas para su determinación”. En: *Libro Homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*. CÁRDENAS ARAVENA, Claudia y FERDMAN NIEDMANN, Jorge (coordinadores), Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, Chile, Legal Publishing, 2016, p. 759 que en su pie de página 28 suman a este planteamiento a POLITOF, MATUS y RAMÍREZ (Lecciones..., ob. cit., p. 559). En términos más restrictivos citan al propio Garrido Montt, “El documento, en especial el público o auténtico, en el ámbito penal”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol 26, N° 1, Valparaíso, Chile, 2005, págs. 199 y sgtes.

20 MAYER y VERA, “El concepto...”, ob. cit., p. 759.

Sigue esta línea de interpretación ETCHEBERRY, quien es del parecer que nuestro ordenamiento jurídico no nos ofrece una definición amplia y general de lo que debe entenderse por documento<sup>21</sup> y que por ello no hay razón para dar a la definición del artículo 1699 del Código Civil una aplicación generalizada, ya que su validez está circunscrita a la prueba de las obligaciones en materia civil. Afirma que, siguiendo el criterio clásico, podrían considerarse documentos públicos en materia penal los instrumentos mencionados en el artículo 342 y 346 del Código de Procedimiento Civil o en el artículo 1702 del Código Civil. Por tal razón propone un concepto penal de documento público “que responda al concepto general de “documento”, que armonice con el origen histórico de las disposiciones, que cubra satisfactoriamente las hipótesis contempladas en la ley y que responda a la finalidad de tutela de la seguridad del tráfico jurídico que inspira a estas disposiciones penales”. Conceptualiza así al documento público como: “[t]odo documento a cuya formación o custodia debe concurrir un funcionario público obrando en su carácter de tal y en el cumplimiento de sus funciones legales”. Por exclusión, entiende por documento privado, todo aquel que, cumpliendo con la definición general de documento, no sea público.

Lo examinado permite advertir que lo determinante para el derecho civil y procesal, en lo que dice relación con el documento público, es su capacidad probatoria; en cambio para el derecho penal lo primordial es brindar protección y seguridad al tráfico jurídico.

Un planteamiento diferente exponen FRANCISCO GRISOLÍA y LUIS EMILIO ROJAS, quienes, sin proporcionar un concepto de documento público ni abordar los aspectos diferenciadores con el documento privado, sientan las bases para delimitar entre ambos objetos materiales<sup>22</sup>, teniendo en cuenta los intereses subyacentes a los tipos de falsedad documental y la naturaleza de las declaraciones que contienen los documentos.

GRISOLÍA plantea que en un documento pueden plasmarse dos órdenes de declaraciones, unas que denomina declaraciones de ciencia, en las que su autor expresa una percepción sensorial y otra que denomina de voluntad, en las que su autor expresa un querer, vinculando ambas con el bien jurídico protegido por las falsedades documentales, interés que identifica con la eficacia probatoria, advierte que “[d]entro del sistema legal de pruebas, hay un determinado grupo de declaraciones de ciencia que gozan de plena eficacia probatoria. No así la generalidad de estas declaraciones ni, en ningún caso, las declaraciones de voluntad”<sup>23</sup>. Afirma, asimismo, que aquellas que denomina de ciencia gozan de una máxima eficacia probante, que no reposa en una simple y normal presunción de sinceridad sino en una certeza jurídica de verdad. Entre estas ubica a las que representan hechos propios del funcionario, a las que representan datos que este percibió sensorialmente, o bien, a las que representan hechos que el funcionario ha podido comprobar por los medios que establece la ley.

Por su parte ROJAS, tomando como premisa una idea común de verdad y que enfrentamos en delitos de falsedad, identifica diversos injustos en los delitos del art. 193 y art. 194

<sup>21</sup> ETCHEBERRY, ob. cit., Tomo IV, p. 156.

<sup>22</sup> MAYER y VERA, “El concepto...”, ob. cit., págs. 766-767.

<sup>23</sup> GRISOLÍA, Francisco. “Nota”. En: *Revista de Ciencias Penales*, 3ª época, N° 2, T. XV, Santiago, 1956, p. 95. Citado por MAYER y VERA, “El concepto...”, ob. cit., p. 766.

(falsedad de documentos públicos), por una parte, y art. 197 (falsificación de documentos privados), por otra, siendo especialmente interesante la temática que apunta a identificar en qué consistiría la verdad del documento público y la del documento privado, concluyendo que la verdad de este último solo apunta a su autenticidad, esto es, al hecho de haberse realmente otorgado (y autorizado) por las personas y de la manera que en el mismo se exprese. En cambio, la verdad del documento público sería más amplia, pudiendo referirse a la correspondencia entre la narración y el hecho externo al que ésta alude, siempre que se trate de declaraciones testimoniales, o en terminología de GRISOLÍA, de declaraciones de ciencia. En cambio la declaración de voluntad, por representar un querer, no podría ser verdadera o falsa en el sentido indicado<sup>24</sup>.

#### 5.4 Documento oficial

Otro concepto a tener presente, para estos efectos, es el de documento oficial, cuyo estudio reviste especial interés por cuanto requiere menos formalidades que el documento público, pero tiene similar fuerza probatoria.

Se trata de un documento que cada día se hace más frecuente en su utilización por parte del Estado subsidiario, que delega funciones que le son propias, a terceros particulares. Realidad que no es ajena para la doctrina penal y así, GARRIDO<sup>25</sup> precisa: “para el legislador nacional el oficial es un documento público”. Por su parte ETCHEBERRY<sup>26</sup> precisa que es documento oficial “cualquier documento otorgado por un funcionario, con o sin solemnidades y aún los privados que se encuentren bajo la custodia de un funcionario o al servicio de un fin público”.

Más contemporánea, TATIANA VARGAS PINTO<sup>27</sup>, introduce matices al concepto propuesto por ETCHEBERRY reduciendo su campo de acción y, si bien afirma que su sentido natural y obvio mantiene una conexión con la idea de auténtico, entiende que ofrece un alcance más reducido en cuanto sus efectos se mantienen dentro de la administración.

De una opinión diversa y más amplia POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ<sup>28</sup>, plantean que la conducta que sanciona el art. 193 N° 8 del Código Penal no recae sobre documentos públicos solamente, sino sobre cualquier documento oficial, esto es, cualquier documento otorgado por un funcionario, con o sin solemnidades y aun los privados que se encuentren bajo la custodia de un funcionario o al servicio de un fin público.

Por su parte, el abogado GUILLERMO RUIZ PULIDO<sup>29</sup>, al analizar el concepto de instrumento público, nos aclara que el género es el documento auténtico, el que puede dividirse en instrumento público y en documento oficial; presentándose este último como documento oficial auténtico o documento simplemente oficial.

<sup>24</sup> ROJAS, Luis Emilio. “Deconstrucción...”, ob. cit., págs. 499 y sgtes.

<sup>25</sup> GARRIDO, ob. cit., Tomo IV, p. 59.

<sup>26</sup> ETCHEBERRY, ob. cit., Tomo IV, p. 160.

<sup>27</sup> VARGAS PINTO, Tatiana. *Falsificación de instrumento Privado*. Santiago, Chile, Editorial Libromar 2013, p. 21.

<sup>28</sup> POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Lecciones...*, ob. cit., p. 569.

<sup>29</sup> RUIZ PULIDO. “Instrumento Público y Ley Penal...”. En: *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 6, Abril, Santiago, Chile, Andros Impresores, 2002, p. 59.

De esta manera, señala que documento público e instrumento público son sinónimos desde el punto de vista de su autenticidad y fuerza probatoria, y se caracterizan por emanar de un funcionario público a quien la ley otorga la facultad o competencia con tal preciso objeto y a quien impone, además, el deber de veracidad. Tanto la falsedad material cuanto la ideológica le son propias. Excepcionalmente este deber de veracidad le es exigido al particular.

Por su parte, el documento oficial auténtico por naturaleza es aquel propio de la Administración del Estado que ha sido legitimado por un ministro de fe u otro encargado -no necesariamente funcionario público ni ministro de fe pública-, al que se otorgó la facultad de atestarlos del modo en que lo hace, quien testimonia un hecho dentro de su competencia, otorgada tal facultad por expresa disposición de ley. Por otra parte, documento simplemente oficial son todos los demás que circulan al interior de la Administración del Estado, o se expidan al exterior, una vez desarrollado y cumplido íntegramente el proceso jurídico natural al que estuvieron sometidos. Se trata de aquel que nace o se desarrolla dentro de la Administración del Estado, entendiéndose por tal la constituida por los órganos a que hace referencia el artículo 1º, inciso 2º, de la Ley N° 18.575. Se caracteriza por carecer de intervención de un ministro de fe y por provenir de empleados cuya función es sólo dar curso progresivo a la ritualidad a que se encuentra sujeto el documento.

El documento oficial goza de la presunción de genuinidad de acuerdo con principios y normas jurídicas básicas de nuestra institucionalidad sin que sea necesario norma legal expresa que así lo señale. Si el funcionario que lo emite es empleado público, en sentido estricto, responderá como tal, en la medida en que concurren las demás circunstancias del artículo 193 del Código Penal.

### 5.5 Documento electrónico

El documento electrónico es cada día más frecuente dentro de la administración del Estado, sin que exista un sustrato material “de papel” que dé cuenta y prueba de las obligaciones contraídas por las partes o ciudadanos, sin perjuicio de la posibilidad de traspararlo a un sustrato de papel.

Este nuevo formato, según BACIGALUPO, no ha variado el concepto de documento en sí mismo, sino que ha variado la manera en las que se llevan a cabo las funciones tradicionales del documento, básicamente el soporte en el cual se perpetúa la declaración de la voluntad que se documenta, la forma de garantizar la imputación del contenido de la declaración a quien la realizó y la prueba de la autenticidad mediante una certificación de determinados signos, análoga a una certificación de carácter notarial, a través de un servicio de certificación electrónica<sup>30</sup>.

Por su parte, Mayer y Vera, estiman que es preferible adoptar un concepto amplio de

30 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Documento electrónico y delitos de falsedad documental” [en línea]. En: *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, España, 2002. Disponible en: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-12.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-12.pdf). [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2020]. Que indica en dicho texto que ello se ve confirmado por el art. 3.1 del RDL 14/1999 que establece que “la firma electrónica avanzada, siempre que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales”.

documento, que no identifique al documento necesariamente con un (papel) escrito. Por un lado, en el moderno tráfico jurídico el soporte escrito ha dejado de ocupar el lugar que tenía al dictarse el Código Penal, abriendo paso a otros, v. gr. los electrónicos. Por otra parte, la ausencia de un concepto penal de documento a nivel positivo lleva a considerar lo dispuesto en normas extrapenales, en las que se advierte una clara tendencia a ampliar la noción de documento<sup>31</sup>.

Dentro de la legislación chilena, la Ley N° 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación es la que regula lo referente a los documentos electrónicos y sus efectos legales, la utilización de firma electrónica, la prestación de servicios de certificación de estas firmas y el procedimiento de acreditación al que podrán sujetarse los prestadores de dicho servicio de certificación, con el objeto de garantizar la seguridad en su uso.

La normativa permite que los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, sean válidos de la misma manera y produzcan los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito.

Lo anterior no será aplicable a los actos o contratos otorgados o celebrados en los casos siguientes:

- a. Aquellos en que la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico;
- b. Aquellos en que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes, y
- c. Aquellos relativos al derecho de familia.

La firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales<sup>32</sup>.

Asimismo, la norma dispone que los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumentos públicos deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada<sup>33</sup> y los actos, contratos y documentos de los órganos del Estado, suscritos mediante firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos por escrito y en soporte de papel. Con todo, para que tengan la calidad de instrumento público o surtan los efectos propios de este, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada<sup>34</sup>.

Por su parte, el Decreto Supremo N°1, de 11-06-2015, aprueba la Norma Técnica Sobre Sistemas y Sitios Web de los Órganos de la Administración del Estado, y entre otros, se fundamenta en la Ley N° 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma.

<sup>31</sup> MAYER, Laura; VERA, Jaime "El documento como objeto ..." . ob. cit., p. 450.

<sup>32</sup> Artículo 3°, Ley N° 19.799.

<sup>33</sup> Artículo 4°, Ley N° 19.799.

<sup>34</sup> Artículo 7°, Ley N° 19.799.

## 5.6 Falsificación o uso malicioso de salvoconductos y permisos de desplazamiento

Como se señaló anteriormente en este artículo, la restricción al derecho de tránsito de las personas dentro del territorio nacional ha requerido que la autoridad regule aquellos casos en que se puede hacer excepción a esta restricción, y para ello se ha dispuesto la obtención de salvoconductos y permisos de desplazamiento por parte de la población, a través de la plataforma Comisaría Virtual y también en forma presencial ante Carabineros de Chile.

La plataforma web Comisaría Virtual ha sido desarrollada por la División encargada de la Transformación Digital del Estado, denominada Gobierno Digital, que tiene como misión cumplir con el mandato legal del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (SEGPRES) de coordinar y asesorar intersectorialmente a los órganos de la Administración del Estado en el uso estratégico de las tecnologías digitales, apoyando su uso, datos e información pública para mejorar la gestión y la entrega de servicios cercanos y de calidad a las personas, y se regula conforme a la norma técnica contenida en Decreto Supremo N°1, de 11 de junio de 2015.

Conforme a la normativa precedentemente citada, tanto los salvoconductos como los permisos de desplazamiento, son documentos emitidos por Carabineros de Chile, respondiendo al mandato de la autoridad del Ministerio del Interior, en relación con las resoluciones sanitarias del Ministerio de Salud, de acuerdo al Estado de Catástrofe decretado por el Presidente de la República y contienen implícitamente un permiso de la autoridad para desplazarse en tiempos de restricción y confinamiento, según a la normativa derivada del Estado de Catástrofe.

De acuerdo con la definición de la RAE, “**Salvoconducto**, es un documento expedido por una autoridad para que quien lo lleva pueda transitar sin riesgo por donde aquella es reconocida”. Por su parte, la misma fuente, en una de sus acepciones, define “**Permiso**, como licencia o consentimiento para hacer o decir algo”.

Los referidos documentos aparecen suscritos por el Comisario, Teniente Coronel Juan Velásquez Villarroel, y señalan, dentro de su contenido la referencia a la declaración de Estado de Catástrofe, para luego señalar los datos personales de una persona (ingresados por ella misma a través del portal), y luego, limitaciones de fecha y horario, además de un período de validez. Por ende, ambos documentos son emitidos por un funcionario público mandatado para ello, quien lo hace en el ejercicio de sus funciones.

Como se ha dicho, los referidos salvoconductos y permisos, también pueden ser emitidos de manera presencial, en dependencias de Carabineros de Chile, generándose un documento en soporte de papel y no electrónico, como en el caso de la Comisaría Virtual.

Tratándose de los salvoconductos y permisos emitidos en forma electrónica, estos están provistos de firma digital, la cual puede ser verificada mediante un código por la autoridad competente. Por consiguiente tendrían la garantía de legitimidad de su autor, como lo señalan Mayer y Vera. Dichos documentos pueden ser utilizados directamente en formato digital, y también pueden ser impresos en soporte de papel, teniendo la misma validez, y produciendo los mismos efectos. Por ello y atendidas las características que

se han señalado para los documentos públicos para efectos penales, todas ellas se encuentran presentes respecto de los salvoconductos y permisos de desplazamiento emitidos tanto por la Comisaría Virtual, como en forma presencial. Se trata de documentos emitidos por la autoridad competente para ello, que tienden a hacer fe respecto de una situación de excepción a la restricción de desplazamiento, autorizando al usuario para circular dentro del territorio nacional en los casos y plazos que el mismo documento señalan. Es decir, surten sus efectos jurídicos y pueden ligarse directamente a su autor. En ningún caso podríamos pensar que estamos frente a un documento privado, y, por cierto, también podría dárseles la denominación de oficiales, a los que se hizo referencia precedentemente, siempre desde la perspectiva del derecho penal.

El objeto material de las falsedades documentales puede ser un documento escriturado (en papel) o un documento electrónico. En ese sentido, y en contra de lo que plantea un sector de la doctrina, no es efectivo que las modalidades típicas del artículo 193 del Código Penal requieran que el agente opere siempre sobre un (papel) escrito, lo que abre la posibilidad a que el comportamiento recaiga en documentos de otra índole<sup>35</sup>.

De acuerdo con lo anterior, las falsedades que puedan cometerse respecto del mismo, se corresponderían con el delito de falsificación de instrumentos públicos.

En caso de ser cometida alguna de las falsedades señaladas por el artículo 193 del Código Penal por parte del mismo funcionario llamado a emitir el documento, ya sea de manera electrónica o en formato de papel, se aplicarán las penas señaladas en el referido artículo.

Tratándose de una falsedad cometida por una persona distinta de quien lo emite, esencialmente el usuario o beneficiario del permiso, u otro tercero, corresponderá aplicar las penas señaladas en el artículo 194 del citado cuerpo legal. Dichas falsedades deberán referirse a adulteraciones en la materialidad del soporte de papel, en alguna de las modalidades señaladas por el artículo 193. Si no fuere posible determinar al autor de la falsedad, será el usuario del documento público sancionado como si fuera el autor de la misma, conforme al artículo 196 del Código Penal. Sin perjuicio de que pudiera existir un concurso real de delitos en cuanto a la información declarada ante la autoridad, que se sancionará conforme al artículo 210 del Código Penal y sin perjuicio de las sanciones que puedan proceder conforme a los artículos 318, 318 bis y 318 ter.

## 6. CONCLUSIONES

De lo expuesto precedentemente, se concluye que en relación con los documentos denominados salvoconductos y permisos de desplazamiento emanados de parte de Carabineros de Chile (en forma presencial o a través de la Comisaría Virtual) podrían concurrir dos tipos de delitos:

- a. Delito de perjurio, conforme al artículo 210 del Código Penal, en cuanto se entreguen

<sup>35</sup> MAYER, Laura; VERA, Jaime “El documento como objeto ...”, ob. cit., p. 450.

antecedentes falsos a la autoridad para la obtención de los referidos documentos, que sancionará al beneficiario directo cuando se trate de un salvoconducto o permiso individual, y a quien haya hecho la declaración falsa respecto de otros, cuando se trate de un documento de carácter colectivo.

- b. Delito de falsificación de documentos públicos, cuando se realizan falsedades en el documento mismo, ya sea por el funcionario público llamado a emitirlo o por un particular, sancionándose conforme a los artículos 193 y 194, respectivamente.

En caso que no sea posible acreditar la autoría de la falsedad, el portador del documento deberá ser sancionado conforme al artículo 196 del Código Penal, por el delito de uso malicioso de instrumento público falso.

Lo anterior, sin perjuicio de la sanción que proceda conforme a los artículos 318, 318 bis y 318 ter, si procediere.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN TRÁFICO ILÍCITO DE  
ESTUPEFACIENTES Y  
SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

# COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE CULTIVO ILEGAL DE ESPECIES VEGETALES DEL GÉNERO CANNABIS. HALLAZGO CASUAL – PRUEBA DEL AUTOCONSUMO

Lorena Rebolledo Latorre<sup>1</sup>

En el presente comentario, se dará revista a las consideraciones vertidas por la Corte Suprema<sup>2</sup> para rechazar el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de la acusada, condenada por el delito de cultivo ilegal de especies vegetales del género cannabis, previsto y sancionado en el artículo 8° de la Ley de Drogas, N°20.000. En primer lugar, se niega la existencia de una infracción sustancial de garantías fundamentales en un hallazgo casual, originado en la revisión por parte de la policía de una dependencia separada del domicilio, con ocasión de una entrada y registro voluntario. En segundo término, no se acoge la alegación subsidiaria fundada en una errónea aplicación del derecho, debido a que no se acreditó por parte de la defensa la existencia de un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo que, en el caso concreto, permitiese sancionar los hechos de un modo diferente, esto es, como una falta de consumo personal del artículo 50° de la Ley de Drogas.

<sup>1</sup> Abogada de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público. Magíster en Derecho Penal, Universidad de Talca, Chile y Pompeu Fabra, Barcelona.

<sup>2</sup> Antecedentes del fallo: recurso de nulidad penal rechazado; Rol: 24.703-2020, de 02 de julio de 2020. Partes: Ministerio Público con María Verónica Benito Soza, Ministros: Sr. Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S. El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar dicta sentencia condenatoria por el delito de cultivo ilegal de especies vegetales del género cannabis. La defensa recurre de nulidad invocando las causales del artículo 373, letras a) y b), del Código Procesal Penal. El máximo tribunal, en fallo unánime, rechaza el recurso, descartando la existencia de vulneración de garantías constitucionales y errónea aplicación del derecho.

## 1. SUPUESTOS FÁCTICOS ESTABLECIDOS POR EL TRIBUNAL DEL FONDO, NO SON REVISABLES EN SEDE DE NULIDAD

En este punto, la Corte Suprema recuerda que el recurso de nulidad no constituye instancia, por ello, por su intermedio, queda vedado cuestionar los presupuestos fácticos establecidos por el tribunal del fondo, salvo que se hubieren infringido las normas reguladoras de la prueba.

*“Los sentenciadores fijaron los hechos ya reproducidos en el basamento tercero así como a los que se aludirá más adelante, guiándose por las normas que rigen la apreciación de la prueba en este proceso. Derivado de lo anterior es que en esta sede de nulidad no pueden desconocerse dichos hechos asentados por los magistrados del grado, para sustituirlos por aquellos que se desprenderían de los antecedentes incorporados ante esta Corte de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, pues ello permitiría transformar el recurso de nulidad en una nueva instancia para discutir los hechos ya fijados por el Tribunal y se instalaría de paso una oportunidad para que el recurrente debata nuevamente los presupuestos fácticos establecidos por los sentenciadores de la instancia”* (considerando cuarto de la sentencia de la Corte Suprema).

De igual forma, al desecharse las alegaciones de la defensa en torno a considerar que hubo una voluntad viciada por parte de la imputada, al momento de otorgar su consentimiento para el ingreso policial conforme lo dispuesto en el artículo 205 del Código Procesal Penal, reitera la imposibilidad que le asiste al máximo Tribunal vía recurso de nulidad, de apreciar por segunda vez los hechos ya fijados por el Tribunal a quo.

Siguiendo el mismo razonamiento, se expresa que los hechos establecidos por el tribunal de la instancia no excluyeron de la autorización para la entrada y registro, el sector del inmueble “patio posterior” en donde fueron halladas las plantas de cannabis; considerándose además plausible el ingreso a esa estructura, pues obraron en cumplimiento de una orden de detención, antecedente que no fue discutido.

## 2. HALLAZGO CASUAL

En este caso, mediante la consecución de una diligencia de entrada y registro legal, los funcionarios policiales incautaron la droga hallada imprevistamente, dando aviso al órgano persecutor de las especies encontradas –plantas de cannabis– por tratarse de un hecho que revestía caracteres de delito. Al respecto, la fundamentación de la sentencia expone que la disposición aplicada, en concreto, el artículo 215 del CPP “...no hace más que consagrar el principio, ya asentado en la doctrina y jurisprudencia comparadas, del “hallazgo casual” –que constituye una excepción a la recolección de la prueba ilícita–, esto es, “(...) cuando se obtienen resultados probatorios derivados de la realización de determinadas diligencias encaminadas en un principio a la investigación de un determinado delito distinto o afectando a un tercero no inicialmente investigado” (considerando noveno de la sentencia de la Corte Suprema)<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> En el mismo sentido, véase Corte Suprema, ROL N° 139-2019, 6 de junio de 2019 y Corte Suprema ROL N° 17.706-19, 1 de agosto de 2019. Disponible en: [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl)

Si bien se concuerda plenamente con el máximo tribunal respecto de la aplicación de la doctrina de los hallazgos casuales, o también denominada descubrimientos ocasionales<sup>4</sup>, consagrada en el artículo 215 del Código Procesal Penal, se difiere en cuanto a que considera que ésta sería “una excepción a la recolección de prueba ilícita”<sup>5</sup>. La norma en comento está referida a prueba que da cuenta de la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito, obtenida con ocasión de una actuación policial legítima, esto es, en cumplimiento de una orden judicial en el marco de una investigación penal, diversa al motivo del descubrimiento<sup>6</sup>. Es así como se ha sostenido que *“Los hallazgos casuales, si bien se asemejan a las denominadas “excepciones a las reglas de exclusión”, son instituciones procesales esencialmente diferentes, por cuanto las excepciones a las reglas de exclusión parten de la base 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 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”*<sup>7</sup>.

### 3. AUTOCONSUMO: CARGA DE LA PRUEBA Y PROXIMIDAD EN EL TIEMPO

Reconociendo la teoría de la carga probatoria dinámica, la sentencia subraya que *“pesa sobre el acusado la carga de aportar antecedentes sobre el destino de autoconsumo que esgrime”* (considerando 11° de la sentencia de la Corte Suprema) y, además, se pronuncia sobre la naturaleza del recurso de nulidad que, como tal, no puede revisar ni establecer hechos, desde el momento que, conforme a la ley, esta actividad procesal tiene por destinatarios a los jueces de la instancia. De este modo, al no acreditarse por la defensa, durante la etapa de juicio oral, que las plantas de cannabis se hubieren destinado a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, no le corresponde al máximo tribunal pronunciarse sobre este punto. Por el contrario, sí fue acreditada por parte del ente persecutor la difusión de esta especie vegetal a terceras personas, descartándose por consiguiente un consumo personal y, al estimarse por el tribunal de la instancia, que la cantidad de plantas (en concreto, catorce), además, la disposición en que fueron encontradas (en maceteros), se establecieron indicios suficientes para tener por probado

4 ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana. “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”. En: *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, N° 2, España, Madrid, 2011, págs. 14 y sgtes.

5 Al respecto, ASUA BATARRITA, Adela. “Caso Nécora” (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 649/1996, de 7 de diciembre). *Casos que Hicieron Doctrina en Derecho Penal*. Sánchez-Ostiz, Pablo (coord.), 2ª edición, España, Madrid, Editorial La Ley, 2011, págs. 459 y sgtes.

6 Sobre este punto, GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. “El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal”. En: *La Ley Penal*, N° 109, España, Madrid, Editorial la Ley, 2014.

7 Con mayores referencias, IVELIC MANCILLA, Alejandro. *Los Hallazgos Casuales en las Interceptaciones Telefónicas*. Tesis para optar al grado de Magíster con mención en Derecho Público. Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2019, págs. 69-70.

que la posesión o tenencia de dichas plantas de cannabis excedía el límite para estimar, conforme a la prueba de cargo, la posibilidad que las mismas fueran destinadas por la imputada a un consumo personal próximo en el tiempo; y, en consecuencia, se daban en la especie todos los elementos del tipo penal de cultivo ilegal de especies del género cannabis.

A su turno, sobre la base del mismo principio probatorio la sentencia añade que tampoco se justificó por parte de la defensa un consumo medicinal que pudiera ser estimado como una justificación o excusa de la tenencia de la droga. En este punto, es necesario recordar que en nuestro país no está autorizado el uso medicinal de la especie vegetal cannabis sativa, desde el momento que el único organismo competente para emitir pronunciamientos al respecto es el Instituto de Salud Pública, a través de la Agencia Nacional de Medicamentos (ANAMED), que ha autorizado la comercialización, hasta ahora, de solo un producto farmacéutico en base a cannabis, denominado Sativex. Con ello, la sentencia objeto del presente comentario viene a confirmar las constantes alegaciones del Ministerio Público en la medida que, las personas que cultivan cannabis para un uso medicinal se alejan de la licitud en su accionar, toda vez que le atribuyen capacidades medicinales a una planta al margen de las autorizaciones legales de los organismos competentes.

## TEXTO DEL FALLO

Santiago, dos de julio de dos mil veinte

### Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, en causa Ruc N° 1900097394-K y Rit N° 429-2019, por sentencia de veinte de febrero de dos mil veinte, condenó a **MARÍA VERÓNICA BENITO SOZA** como autora del delito previsto y sancionado en el artículo 8° de la Ley N° 20.000, sorprendido en la comuna de Quilpué, el 24 de enero del año 2019, a sufrir la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, más multas y accesorias legales.

La defensa de la acusada dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el 12 de junio recién pasado, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos.

### Y considerando:

**Primero:** Que el recurso invoca, de manera principal, la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por vulneración de los derechos al debido proceso, a la intimidad e inviolabilidad del hogar y a la privacidad, en relación a los artículos 205 y 206 del mismo código.

Explica que no hubo autorización voluntaria de la acusada para el ingreso a su domicilio por los funcionarios policiales ni se presentaron los supuestos legales que permiten prescindir de la misma. Precisa que la fiscalía no probó la existencia de una autorización libre y voluntaria, siendo la acusada presionada e intimidada frente a cinco carabineros que golpearon con palos y piedras el portón de su residencia.

Asimismo, reclama que el registro se llevó a cabo en un lugar diverso a aquel para el cual supuestamente se otorgó el permiso de ingreso, puntualizando que el hallazgo de las plantas es realizado en una dependencia aparte del domicilio –un cuarto en el patio trasero, con puerta y cerrojo–, cuya revisión no fue autorizada por la acusada.

Al concluir, pide por esta causal que se declare la nulidad del juicio oral y de la sentencia, excluyendo la totalidad de las pruebas indicadas en el considerando sexto del fallo recurrido.

**Segundo:** Que, en subsidio de la anterior, se invoca la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal por errónea aplicación del derecho, ya que las conductas descritas en el artículo 8° de la Ley N° 20.000 se sancionan conforme al artículo 50 del mismo texto si el cultivo se realiza para consumir la sustancia de manera personal, exclusiva, próxima en el tiempo en un lugar que no sea público o de libre acceso al público, como en este caso, agregando que por las mismas circunstancias no se puso en riesgo el bien jurídico salud pública.

En virtud de esta causal solicita que se invalide solo la sentencia y se dicte, sin nueva audiencia pero en forma separada, una de reemplazo que absuelva a la acusada.

**Tercero:** Que los hechos que la sentencia impugnada tuvo por acreditados, son los siguientes: *“El 24 de enero del año 2019, siendo aproximadamente las 09:00 horas, funcionarios de carabineros de la Sección de Investigaciones Policiales concurren hasta el domicilio ubicado en calle Del Arrayán N°1654, casa B, de la comuna de Quilpué, con el objeto de dar cumplimiento a una orden de detención respecto de María Miovilovich Benito, quien supuestamente mantenía domicilio en dicho lugar. Al llegar, se entrevistaron con María Verónica Benito Soza, madre de la imputada, quien autorizó a efectuar el ingreso al domicilio con el objeto de dar cumplimiento a la orden de detención, encontrando carabineros, en el patio posterior del mismo, una estructura artesanal, de material ligero, tipo indoor, de 1,5 por 1,20 y de altura de 2 metros aproximados, abastecido de iluminación artificial y ventilación, y proveído de electricidad con un cable de extensión eléctrico desde el interior de un dormitorio. A la vista, mantenía 14 plantas en proceso de cultivo del género cannabis sativa, cada una en sus respectivos maceteros. Efectuada la prueba de campo a las plantas halladas en el sistema indoor, resultó positiva ante la presencia de tallos, ramas, hojas, todas del género cannabis sativa, las cuales fluctuaban entre una altura de 80 centímetros a 1,4 metros de alto, sin tener la imputada autorización para efectuar el cultivo de dichas especies vegetales.”*

Estos hechos fueron calificados como delito de cultivo ilícito de la especie vegetal Cannabis, descrito y sancionado en el artículo 8°, en relación con el artículo 1°, ambos de la Ley N° 20.000.

**Cuarto:** Que, en relación a las infracciones y errores que se plantean en el arbitrio, cabe reparar que, como se constata de la lectura del fallo, las circunstancias en que se produjo el ingreso al inmueble por los policías y el hallazgo de las plantas, así como el destino que a las sustancias obtenidas de estas últimas daría la imputada, fueron el meollo de lo discutido en el juicio oral cuya invalidación aquí se pretende, instancia en que la prueba rendida fue sometida al escrutinio de todos los intervinientes así como del tribunal, ello

bajo el respeto de los principios de bilateralidad de la audiencia, oralidad, publicidad e intermediación. Corolario de esta actividad probatoria, los sentenciadores fijaron los hechos ya reproducidos en el basamento tercero así como a los que se aludirá más adelante, guiándose por las normas que rigen la apreciación de la prueba en este proceso. Derivado de lo anterior es que en esta sede de nulidad no pueden desconocerse dichos hechos asentados por los magistrados del grado, para sustituirlos por aquellos que se desprenderían de los antecedentes incorporados ante esta Corte de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, pues ello permitiría transformar el recurso de nulidad en una nueva instancia para discutir los hechos ya fijados por el Tribunal y se instalaría de paso una oportunidad para que el recurrente debata nuevamente los presupuestos fácticos establecidos por los sentenciadores de la instancia. Así las cosas, dado que la jurisprudencia se ha uniformado en entender que el juicio oral constituye una etapa más –adicional a la audiencia de preparación de juicio oral– para discutir y probar la ilicitud de la prueba de cargo, ello trae aparejado que para estimar cumplido el requisito previsto en el artículo 377 del Código Procesal Penal de haber preparado el recurso, dicha ilicitud debe ser reclamada oportunamente en el juicio oral, lo que de paso conlleva entonces que el tribunal de la instancia siempre se habrá pronunciado sobre este asunto y determinado los hechos acreditados o no probados en relación a la alegación de ilicitud, hechos a los que como ya se explicó, en este particular tipo de casos, deberá estarse este Tribunal al resolver el recurso que afinque en la misma materia (en ese sentido, SCS, Rol N° 2519-18, 26 marzo 2018).

**Quinto:** Que, en lo tocante al reclamo principal encuadrado en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal que funda el recurso interpuesto, éste se construye en base a dos supuestas infracciones, primero, un ingreso no autorizado conforme al artículo 205 del Código Procesal Penal, dada la falta de libertad de la imputada –dueña o encargada del inmueble– al entregar su venia para el acceso por los agentes y, segundo, que ese permiso, en todo caso, no comprendía el lugar en que fueron habidas las plantas que constituyen el objeto del delito atribuido.

Sobre los aspectos cuestionados en el arbitrio, en el motivo 14° del fallo impugnado se lee lo siguiente, *“De acuerdo a las declaraciones contestes de los funcionarios policiales que participaron de la diligencia que culminó con la detención de la acusada, concurrieron a su domicilio de calle Del Arrayán, donde a viva voz llamaron hacia el interior, saliendo a su encuentro María Benito Soza, a quien se le hizo saber la calidad de funcionarios de carabineros y el motivo de su presencia en el lugar. Según se pudo apreciar en la fotografía 1, el frontis del domicilio tenía un cierre perimetral consistente en una reja de fierro, tapada con madera, por lo que desde la vía pública no era posible ver hacia el interior y viceversa, siendo entonces consistente lo aseverado por los policías en que hubo un diálogo previo antes de que se obtuviese la autorización de la acusada para ingresar al inmueble, lo que ella misma confirmó al señalar que consintió en la entrada, diciéndoles ‘pasen, pasen’, porque ‘quien nada hace, nada teme’. De ello también quedó constancia en las actas respectivas, tanto del ingreso como del hecho de haber prestado declaración voluntaria, sin presencia de abogado, aquiescencia que también negó la enjuiciada, quien debió ser contrastada a través de la lectura pertinente de los documentos en cuestión.”*

**Sexto:** Que, como se verifica con el extracto recién reproducido, el tribunal no establece

como hecho demostrado ninguna de las circunstancias en que el recurso se funda para sostener que la imputada no habría entregado su autorización voluntariamente, no obstante que en el juicio fue escuchada la versión de la acusada en ese orden (declarando que los policías *“empezaron a golpear el portón con palos, piedras, por lo que se asustó y salió encontrándose con carabineros, quienes andaban en busca de su hija, por una situación familiar de ella. Les insistió muchas veces que su hija no vivía con ella, pero fue demasiada la insistencia y entraron, porque el que nada hace, nada teme, y ella no tenía nada escondido”*, según se transcribe en el motivo 5° del fallo) prefiriendo los sentenciadores la versión de los policías sobre la forma en que se habrían desarrollado los hechos, convicción de aquéllos que, como ya fue explicado, no puede ser modificada en esta sede por el expediente de valorar por segunda vez ahora únicamente el registro de audio del testimonio de la acusada.

**Séptimo:** Que, de la misma forma, el fallo impugnado tampoco establece como hecho demostrado que la acusada hubiese excluido, explícita o implícitamente, de la autorización que dio a los policías para ingresar a su domicilio, el sector del inmueble (*“patio posterior”*) donde se hallaba la construcción en que se encuentran las plantas de cannabis sativa, lo que es concordante con la circunstancia de que ello ni siquiera fue declarado por la encartada en el juicio, según se lee en su transcripción en el fallo y, es así, como tampoco se escucha en el audio reproducido en estrados de dicho atestado.

**Octavo:** Que, por otra parte, dado que en la construcción en que se mantenían las plantas, por las características que sienta el fallo (*“una estructura artesanal, de material ligero, tipo indoor, de 1,5 por 1,20 y de altura de 2 metros aproximados, abastecido de iluminación artificial y ventilación, y proveído de electricidad con un cable de extensión eléctrico desde el interior de un dormitorio”*), podría ocultarse una persona, resultaba del todo razonable que los policías procedieran a indagar si en su interior se encontraba quien debían ubicar y detener, no siendo discutida la existencia de la orden de detención contra la hija de la acusada.

**Noveno:** Que debe tenerse presente, asimismo, que la actual redacción del artículo 215 del Código Procesal del ramo permite –en la diligencia de registro– incautar objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado que permitan sospechar la existencia de un hecho punible distinto. Luego, si ha sido establecido que la entrada y registro al domicilio de la acusada se practicó legalmente –por contar con su consentimiento–, los funcionarios policiales podían incautar y luego dar aviso al Ministerio Público de la existencia de las especies encontradas en aquel domicilio, por revestir caracteres del delito materia de autos.

Tal disposición no hace más que consagrar el principio, ya asentado en la doctrina y jurisprudencia comparadas, del “hallazgo casual” –que constituye una excepción a la recolección de la prueba ilícita–, esto es, *“(…) cuando se obtienen resultados probatorios derivados de la realización de determinadas diligencias encaminadas en un principio a la investigación de un determinado delito distinto o afectando a un tercero no inicialmente investigado”* (ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana, “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”, Revista internacional de estudios de Derecho Procesal y Arbitraje

n° 2 (2011), pp. 1-69, p. 4. Citado por Raúl Núñez Ojeda, Ramón Beltrán Calfurrapa y Nicolás Santander Akkrass en “Los hallazgos casuales en las diligencias de incautación e intervención de las comunicaciones digitales en Chile. Algunos problemas” Polít. crim. vol.14 no.28 Santiago dic. 2019. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000200152>).

**Décimo:** Que, entonces, toda vez que la causal principal del recurso se basa en hechos y circunstancias que no han sido tenidas por ciertas en el juicio oral, defecto que tampoco pudo subsanarse con la prueba rendida ante esta Corte, este primer motivo será desestimado.

**Undécimo:** Que ahora en lo concerniente a la causal subsidiaria de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, se esgrime la errónea aplicación del derecho, ya que las conductas descritas en el artículo 8° de la Ley N° 20.000 se sancionan conforme al artículo 50 del mismo texto si el cultivo se realiza para consumir la sustancia de manera personal, exclusiva, próxima en el tiempo en un lugar que no sea público o de libre acceso al público, como en este caso, agregando que por las mismas circunstancias no se puso en riesgo el bien jurídico salud pública.

Al respecto, primero, esta Corte ya ha declarado que pesa sobre el acusado la carga de aportar antecedentes sobre el destino de autoconsumo que esgrime (SSCS Rol N° 35.154-16 de 27 de julio de 2016 y Rol N° 12.564-18 de 16 de agosto de 2018) y, situados en ese contexto, al igual como sucede con la causal principal, el recurso en esta sección se ampara en hechos que no fueron establecidos por los jueces de la instancia, quienes, como se lee en el basamento 14°, establecieron que *“no se demostró que las plantas de marihuana estuviesen destinadas a un consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Del propio relato de la acusada, se deduce que lo producido por la cannabis, como su aceite, Benito Soza lo compartía con otras personas que sufrían sus mismas dolencias, excluyéndose por ende, el consumo personal. Lo anterior resulta acorde con el número de plantas –14– superior al máximo que se pudieran admitir en un auto cultivo autorizado (7 según el Proyecto de ley pendiente en nuestro país), y la etapa en la que se encontraba el vegetal (aun en macetero, no cortada ni secada) lo que también hacía también excluir la proximidad en su consumo. Por otra parte, tampoco se justificó que la acusada se encontrara autorizada por algún facultativo médico, que le hubiese recetado el uso o consumo de la cannabis, para paliar las consecuencias de sus enfermedades, como solución a sus dolencias, como adujo, dado que en ninguno de los documentos incorporados por la Defensa se registra prescripción alguna de esta sustancia, sino por el contrario, se encontraba bajo tratamiento con fármacos, como los señalados en los datos de atención indicados.”*

**Duodécimo:** Que, de esa forma, el motivo subsidiario de nulidad tampoco podrá prosperar, al fundarse en hechos y circunstancias que se apartan de lo asentado en por los magistrados del grado, hechos y circunstancias a los que debe ceñirse estrictamente el examen de esta Corte cuando se alega un error en la aplicación de la ley sustantiva a los mismos, como en este caso.

**Décimo tercero:** Que, atendido todo lo que se ha venido razonando, no habiéndose demostrado una infracción sustancial a una garantía fundamental ni un error en la aplicación del derecho, el recurso deberá ser desestimado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 y 376 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa de la acusada **MARÍA VERÓNICA BENITO SOZA** contra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, en causa Ruc N° 1900097394- K y Rit N° 429-2019, con fecha veinte de febrero de dos mil veinte, y contra el juicio oral que le antecedió, los que por consiguiente, **no son nulos**.

Regístrese y devuélvase

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Llanos.

Rol N° 24.703-2020

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S.

Santiago, dos de julio de dos mil veinte.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN COOPERACIÓN  
INTERNACIONAL Y  
EXTRADICIONES

# COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA LA OBTENCIÓN DE PRUEBA EN UNA CAUSA DE EXTRADICIÓN PASIVA

Álvaro Hernández Ducos<sup>1</sup>

## CONTEXTO

1. Usualmente, cuando el sistema penal de un Estado (policía, fiscalía, tribunales) solicita la extradición de una persona que se encuentra en el territorio de otro Estado para ser juzgada, aporta una serie de elementos investigativos o de prueba que han sido producidos en ese mismo país, conforme a sus propias leyes de procedimiento.  
Así, por ejemplo, si Chile pide la extradición de una persona que se encuentra en Argentina, se enviará como antecedente fundante de esa solicitud una copia de la carpeta de investigación desarrollada por el fiscal chileno correspondiente y, en la inmensa mayoría de los casos, esos antecedentes investigativos se habrán desarrollado en nuestro país y conforme a nuestras leyes de procedimiento.
2. En el sistema de extradiciones pasivas vigente en nuestro país, contenido en normas del Libro IV, Título VI, Párrafo 2° del Código Procesal Penal, es posible incorporar antecedentes probatorios de dos formas diferentes:
  - a. Antecedentes fundantes de la solicitud formal de extradición, que son presentados directamente por el Estado requirente a través de conductos diplomáticos, y que usualmente corresponden a la investigación realizada en ese país, conforme a su propia legislación. La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha sido constante en afirmar que esos antecedentes no deben sujetarse a la normativa procedimental chilena y que basta con que el representante del Estado requirente (usualmente un abogado del Ministerio Público) haga una breve relación de ellos al inicio del juicio de extradición para tenerlos por incorporados. De esta manera se incorporan entonces de-

<sup>1</sup> Abogado, Subdirector de la Unidad Especializada en Cooperación Internacional y Extradiciones, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

claraciones de testigos, informes periciales, informes policiales, documentos, etc., que han sido desarrollados conforme al procedimiento legal del Estado requirente.

- b. En forma excepcional, el representante del Estado requirente puede ofrecer y rendir prueba producida en Chile, conforme a nuestras leyes de procedimiento, teniendo en cuenta, eso sí, que el juicio de extradición no es un juicio oral y que por ende no se le aplican las normas del juicio oral.

### **Causa de extradición pasiva en contra de N.Z.C., requerida por la República Francesa, para su juzgamiento por el delito de homicidio calificado por premeditación (Rol Corte Suprema 4.008-2017)**

Esta causa fue iniciada en el año 2017 a través de una solicitud de detención previa con fines de extradición, bajo el Rol Corte N° 4.008-2017 y asignada al Sr. Jorge Dahm Oyarzún, como Ministro Instructor. Posteriormente, en diciembre de 2019, la República Francesa formalizó el pedido de extradición y el juicio mismo tuvo lugar en cuatro sesiones diferentes en marzo de 2020<sup>2</sup>.

La solicitud formal de extradición tenía por objeto que la persona requerida fuera entregada a las autoridades francesas, para ser juzgado por los tribunales de ese país, por el homicidio calificado por premeditación de una joven de nacionalidad japonesa que había desaparecido en la ciudad de Besanzón, luego de un encuentro con el requerido.

En primera instancia, el ministro Jorge Dahm concedió la extradición solicitada el 02 de abril de 2020, resolución que fue confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema con fecha 18 de mayo de 2020.

El tema que queremos relevar en este trabajo es el uso intensivo que se le dio a la cooperación internacional para la obtención de prueba, que fue incorporada a la causa de extradición y en base a lo cual fue concedida.

Los antecedentes investigativos que aportó Francia como elementos fundantes de su demanda de extradición contenían diversos medios probatorios, básicamente declaraciones de testigos, informes bancarios, documentos e incluso una declaración del imputado, que fueron obtenidos de terceros países.

Por otra parte, el Ministerio Público de Chile, como representante legal de los intereses de Francia en esta causa de extradición, también ofreció, y produjo en Chile, prueba testimonial y documental proveniente de otros países y obtenida mediante cooperación internacional.

#### **1. Prueba aportada por Francia obtenida mediante cooperación internacional**

En los antecedentes fundantes de la solicitud de extradición formulada por la República Francesa, que contenían más de 2.000 fojas, venían múltiples diligencias investigativas

---

<sup>2</sup> 05 de marzo, alegatos de apertura de cada una de las partes; 18 de marzo, videoconferencia para la declaración de testigos desde Tokio, Japón; 19 de marzo, videoconferencia para la declaración de testigos desde Besanzón, Francia, y 26 de marzo, para los alegatos de clausura y conclusiones de cada una de las partes.

desarrolladas y obtenidas en ese país, tales como declaraciones de testigos, informes periciales, fijaciones fotográficas, informes policiales sobre diversas situaciones, etc.

Pero además destacaban diligencias investigativas y elementos probatorios obtenidos mediante cooperación internacional en otros países, en particular de tres: España, Japón y Chile.

- a. **Con España:** se incorporaron en la carpeta de investigación francesa las declaraciones prestadas ante la Policía Española por un primo del imputado, quien residía en la época de los hechos en la ciudad de Barcelona y donde alojó un tiempo en días posteriores a la comisión del crimen, aportando información inculpatoria.
- b. **Con Japón:** fueron incorporadas las declaraciones testimoniales de la madre y una hermana de la víctima, así como de varias amigas del imputado y de un profesor en ese país tanto del imputado como de la víctima. Estas declaraciones aportaron datos inculpatorios y destruyeron una de las coartadas del imputado, que trataba de hacer ver que la víctima seguía viva en la semana siguiente a su desaparición.
- c. **Con Chile:** las autoridades francesas, entre 2017 y 2019, formularon diversos requerimientos de asistencia legal mutua a Chile, invocando para ello la Convención Europea sobre la materia (Estrasburgo, 1959), a la cual nuestro país adhirió en el año 2012. La mayoría de las diligencias solicitadas pudo llevarse a cabo, pero otras no, por diversos motivos.

Entre las diligencias solicitadas y aportadas por Chile se encuentra la petición de visita de una delegación francesa compuesta por el fiscal de la causa, un juez de instrucción y efectivos policiales, quienes participaron como testigos en la toma de declaración del imputado y de los integrantes de su familia, en base a un largo cuestionario elaborado por ellos y que fuera ejecutado por la Fiscalía de Alta Complejidad, de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte en abril de 2019. También, a través de la misma Fiscalía, se hicieron una entrada y registro al domicilio del imputado y la incautación de algunos documentos encontrados, así como la obtención de huellas dactilares del requerido.

Además, solicitaron y obtuvieron información sobre movimientos y pagos efectuados por tarjetas bancarias chilenas del imputado en Francia y sobre otras informaciones, que fueron útiles para determinar los pasos del requerido durante su estadía en Europa.

Por otra parte, a través de la red policial INTERPOL, accedieron a una declaración escrita que presentó el propio imputado en forma espontánea a la Oficina Central Nacional en Chile, que pertenece a la Policía de Investigaciones de Chile (PDI).

Las diligencias efectuadas en estos países y agregadas a la investigación francesa fueron fundamentales para acreditar la identidad del requerido, posicionarlo en lugares y horarios específicos antes y después de la comisión del delito, aportar elementos inculpatorios y desarmar coartadas presentadas por la defensa.

Lo más relevante es que fueron expresamente consideradas en la resolución del Ministro Instructor, especialmente al validar el requisito de la letra c) del artículo 449 del Código Procesal Penal, referido al estándar de acusación que exige nuestro sistema legal de extradiciones pasivas.

## 2. Prueba producida en Chile mediante cooperación internacional

El Ministerio Público de Chile, actuando como representante de los intereses de la República Francesa en el juicio de extradición, ofreció y produjo en audiencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 444 del Código Procesal Penal, una serie de elementos probatorios que fueron obtenidos a través de la cooperación internacional, con Japón y con Francia.

- a. **Con Japón:** hay que tener presente que no existe ningún tratado o instrumento internacional que permita o regule la cooperación internacional entre Chile y Japón en el ámbito penal. En este sentido, todo el trabajo se hizo a través de la relación directa con la Embajada y el Consulado de Japón en Santiago, por cuanto la víctima era de nacionalidad japonesa y las autoridades de ese país siempre estuvieron preocupadas sobre el desarrollo del juicio de extradición en Chile.

De esta manera, se pudo coordinar y obtener la declaración por videoconferencia desde la ciudad de Tokio, Japón, de la madre de la víctima y de sus hermanas. Más allá de la importancia que los parientes directos de la víctima pudieran declarar ante el Ministro Instructor, aportaron informaciones relevantes sobre la relación personal que sostuvieron con el requerido, quien mantuvo una relación amorosa con la víctima y que además vivió en su casa durante varios períodos de tiempo.

Para llevar a cabo esta declaración, el Sr. Ministro Instructor habilitó una sesión especial dedicada únicamente a escuchar a estas personas el día 18 de marzo de 2020, tomando en consideración que entre Santiago y Tokio hay doce horas de diferencia. Y el Ministerio Público contrató los servicios de un intérprete español-japonés, sugerido por la Embajada de Japón, que estuvo presente en la sala de audiencias.

En Tokio, sirvió de ministro de fe la Sra. Cónsul General de Chile en Japón, quien además facilitó su oficina y su computador para la videoconferencia, siendo apoyada por personal policial japonés.

Además de la videoconferencia, el Ministerio Público incorporó como documento, una sentida carta escrita por las tres declarantes, en que manifiestan su dolor por la desaparición de la víctima y esperan que se haga justicia en este caso. Esta carta arribó a través del Consulado de Japón en Santiago, en idioma japonés y con traducción al español.

- b. **Con Francia:** a través de tratativas directas con la Fiscalía Francesa, se obtuvo la autorización para que pudieran prestar declaración por videoconferencia desde la ciudad de Besanzón, en Francia, los dos agentes policiales principales que llevaron la investigación en ese país.

Esta videoconferencia se llevó a cabo en una audiencia exclusivamente fijada para ello por el Sr. Ministro Instructor, el día 19 de marzo de 2020. Los funcionarios policiales franceses declararon desde la Fiscalía de esa ciudad, en presencia del Cónsul General de Chile en Francia, quien tuvo la gentileza de trasladarse desde sus oficinas habituales en la ciudad de París a Besanzón, en virtud de un protocolo de acuerdo de cooperación suscrito en septiembre de 2015 entre el Ministerio Público

y el Ministerio de Relaciones Exteriores, sobre videoconferencias internacionales.

En la sala de audiencias se encontraba presente una intérprete español-francés contratada por el Ministerio Público.

Además de esas declaraciones por videoconferencia, el Ministerio Público ofreció y obtuvo autorización del Ministro Instructor para reproducir en audiencia un elemento probatorio proporcionado por las autoridades francesas, consistente en un registro de video, que fuera publicado en la plataforma computacional DailyMotion por el propio imputado, en el que aparece solo él, quien en forma amenazante se dirige a la víctima para reprocharle su conducta sentimental y le pone condiciones para seguir adelante. Este registro fue grabado en septiembre de 2017 en idioma inglés, que era la lengua en la cual se comunicaba el imputado con la víctima. Y en la copia que aportó la fiscalía francesa y que se incorporó a la carpeta de extradición en Chile a través de un CD, se le agregaron subtítulos en idioma francés y español.

Al igual que los antecedentes aportados por Francia junto a su solicitud de extradición, estos medios de prueba fueron expresamente considerados en la resolución del Ministro Instructor, especialmente al validar el requisito de la letra c) del artículo 449 del Código Procesal Penal, referido al estándar de acusación que exige nuestro sistema legal de extradiciones pasivas.

En síntesis, la extradición está considerada en sí misma una herramienta de cooperación internacional entre Estados para evitar la impunidad de los delitos en los casos en que los imputados o condenados se trasladen a otro país para evadir su responsabilidad penal.

Pero en este caso, además, se logró obtener tanto por parte de Francia como de Chile, cooperación internacional bajo la forma de asistencia legal mutua con terceros países, para producir elementos probatorios que fueron relevantes en la obtención de una sentencia que concedió la extradición de una persona a la que se le imputaba haber participado como autor de un homicidio calificado.

## TEXTO DEL FALLO

Santiago, dos de abril de dos mil veinte.

### VISTOS:

Mediante oficio N° 530 de 01 febrero de 2017, el Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores remitió a este Tribunal la Nota N° 2017-077751 de la Embajada de Francia, fechada el 31 de enero de 2017, por la cual se solicitó la detención preventiva con fines de extradición del ciudadano chileno N.H.Z.C., cédula de identidad N° xxx, por su presunta participación en calidad de autor del delito de homicidio voluntario con premeditación de la ciudadana japonesa N.K., hecho cometido en la ciudad de Besançon y se lo requiere para ser juzgado en dicho país por ese ilícito, contemplado en los artículos 221-1, 221-3 apartado 1, 132-72, 224-1 apartado 1 y reprimidos por los artículos 221-8, 221-9, 221-9-1, 221-11, 224-1, 2249 y 224-10 del Código Penal francés.

Por decisión del 3 de febrero de 2017 el tribunal resolvió que, sin perjuicio que los antecedentes aportados reunían los requisitos formales establecidos en el artículo 442 del Código Procesal Penal, la finalidad pretendida por el peticionario podía ser satisfecha con una medida cautelar personal de menor intensidad, decretándose la medida cautelar de arraigo nacional por el término de 2 meses. Dicha medida se dejó sin efecto el 21 de marzo de 2018, atendido que no se formalizó el pedido de extradición en el plazo de dos meses fijado por la resolución de fecha 3 de febrero de 2017, ordenándose el archivo de los antecedentes.

Mediante oficio N° 5413 de 21 de noviembre, el Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores remitió a este Tribunal la Nota N° 0693638 de la Embajada de Francia, fechada el 15 de noviembre de 2019 por la cual se solicitó la extradición del ciudadano chileno N.H.Z.C., vinculada a estos autos, por el asesinato de N.K..

El 2 de diciembre de 2019, el Tribunal tuvo por formalizado el pedido de extradición formulado por el Tribunal de Gran Instancia de Besançon, de la República francesa, en contra del requerido N.Z.C., fijando la audiencia prevista en el artículo 448 del Código Procesal Penal, la que se realizó los días 5, 18, 19 y 26 de marzo del presente año, con la presencia del requerido N.H.Z.C.; de sus abogados particulares Joanna Heskia Tornquist e Ignacio Sotomayor Uribe; y en representación del Estado requirente, los abogados Antonio Segovia y Álvaro Hernández, de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones del Ministerio Público.

En dicha audiencia, el tribunal expone al requerido cuales son sus derechos y le hace presente que puede prescindir de la audiencia de extradición voluntariamente, por aplicación del artículo 454 del Código Procesal Penal, accediendo a un juicio abreviado y estar en conformidad de ser puesto a disposición del Estado Francés, el requerido rechaza la opción y manifiesta querer continuar con la audiencia.

A continuación, se recibieron los alegatos de apertura y contestación, comenzando con la intervención del Ministerio Público que solicita se acceda a la solicitud de extradición que formula el Estado requirente, a fin de que el requerido Z.C. sea juzgado por la autoridad requirente de dicho país, por su presunta participación en calidad de autor de un delito de homicidio con premeditación. Según sostiene el persecutor, para analizar si procede jurídicamente o no este pedido de extradición, se debe atender a los requisitos establecidos en el Código Procesal Penal chileno y a los principios generales de derecho internacional, ya que no existe tratado bilateral o multilateral de extradición vigente entre los Estados Chile y Francia.

A) En cuanto a los aspectos formales, el Ministerio Público destaca que el requerimiento cumple todas las exigencias del derecho nacional, incluso aquellas derivadas de los principios de derecho internacional. Respecto al cumplimiento de los aspectos sustanciales, el persecutor examina uno a uno los requisitos establecidos en el artículo 449 del Código Procesal Penal. De este modo, según afirma el fiscal, se cumple la exigencia de letra a) ya que no hay ninguna duda de que la persona que se encuentra en audiencia es precisamente la persona que es requerida por las autoridades francesas, en virtud de todos los datos filiatorios del requerido, su identificación completa, su nombre, su fecha de nacimiento, fotografías y huellas digitales acompañados y de las notificaciones que se le han

practicado para que comparezca a estas audiencias o bien la propia notificación en que el Tribunal le comunicó la solicitud de detención previa y las cautelares que se aplicaron en dicha oportunidad.

Para analizar si el delito imputado es de aquellos que autorizan la extradición, a la luz de los principios de derecho internacional, conforme dispone la letra b) del artículo 449 del Código Procesal Penal, el persecutor estima conveniente revisar los hechos que fundamentan la petición de extradición: a N.Z. se le imputa haber dado muerte dolosamente y con premeditación conocida a la ciudadana japonesa, de 21 años, N.K., en una fecha no determinada, entre los días 04 y 06 de diciembre del año 2016, y luego haber escondido su cuerpo de manera tal que nunca fuera encontrado por las autoridades judiciales. Ese es el núcleo de la imputación penal. Así, relata que la víctima conoció al requerido-imputado en el año 2014, mientras él estudiaba en la universidad de Tsukuba en Japón, y en el año 2015 iniciaron una relación amorosa, seria y formal, al punto que N. visita Chile, donde es presentada a su familia.

Más tarde, prosigue el fiscal, N. vuelve a Japón, y en agosto del año 2016, aproximadamente un año después viaja a Francia, específicamente a Besançon, a un curso universitario en el centro de lingüística aplicada, lugar desde donde ella decidiría poner término a la relación que mantenía a distancia con N.Z., iniciando una nueva relación amorosa, en septiembre del mismo año 2016, con un ciudadano francés de nombre Arthur Del Piccolo.

Previo a su viaje a Europa, continúa relatando, el requerido desde Chile arrendó un automóvil en la localidad de Dijon, que es muy cercana a Besançon. Esto es muy importante, afirma la fiscalía, porque da cuenta de que el objetivo del viaje a Europa del requerido era encontrarse con N.K., y según se verá a continuación, justamente para darle muerte, lo cual verifica la premeditación conocida en este caso concreto.

El fiscal enfatiza que el requerido, en la declaración que voluntariamente presta en Chile ante las autoridades de Interpol, señala que había viajado a Europa para conocer universidades europeas, lo cual evidentemente es falso, pues ninguna universidad fue conocida durante su trayecto y además, luego del asesinato, viaja a Barcelona (España) a encontrarse con un primo, a quien le manifiesta que su viaje se debió a su participación en un seminario en la ciudad de Ginebra, lo que también resultó ser falso. La verdad es que viajó a Europa con la finalidad de dar muerte a N.K..

El 29 de noviembre de 2016, Z. aterriza en Ginebra, se traslada a Dijon, donde retira el auto. El 01 de diciembre, adquiere en el supermercado Carrefour de Dijon, un bidón con cinco litros de productos inflamables para estufa de petróleo, fósforos y cloro; el mismo día recorre una zona forestal que es no turística, aledaña a la zona de Rahon y Dole, caracterizada por sus bosques, por ríos y por ser una zona evidentemente aislada; luego de eso, continúa el relato, entre el 01 y el 04 de diciembre del año 2016 Z. espía a N.K. en Besançon, viaja en el auto todos los días a Besançon, se esconde en la residencia donde ella vivía, la sigue.

El persecutor señala que el 04 de diciembre Z. toma contacto con ella después de las 16:00 horas y la invita a comer a un restaurant en Ornans, cerca de Besançon. Vuelven

a la residencia donde habitaba N.K. pasada las 22:00 horas, y aproximadamente a las 03:30 horas de la madrugada del 05 de diciembre finalmente le da muerte.

Luego, prosigue el relato, Z. habría trasladado a N.K., con una maleta y una frazada hasta su auto, dirigiéndose a la misma zona boscosa no turística que había visitado el día de su llegada a Dijon, en la zona de Rahon, donde permanece entre las 05:55 hasta las 07:44 de la mañana, para luego devolver el auto en Dijon.

Finalmente, agrega que el requerido realiza actividades para encubrir lo ocurrido, como enviar mensajes falsos a familiares y amigos, haciéndose pasar por N.K., y comprar un pasaje para dar a entender que N. había viajado hacia otra localidad, lo que resultó ser falso.

Estima que de esta forma se cumple con los criterios que hacen extraditable el delito. Los principios de (i) doble incriminación y de (ii) mínima gravedad, pues el delito de homicidio con premeditación que se imputa, en Francia se encuentra previsto y sancionado en los artículos 221 N°1, 221 N°3, párrafo 1, 221 N°8, 9, 11 y 132 N°72, del Código Penal francés, con una pena de reclusión a perpetuidad; mientras que en Chile, está tipificado en el artículo 391 N° 1, circunstancia quinta del Código Penal, que tiene asignada una pena de 15 años y 1 día a presidio perpetuo. Además, (iii) también es claro que no se está ante un delito político o conexo; (iv) que el Estado requirente tiene jurisdicción y competencia para conocer de los hechos, ya que la legislación francesa consagra el principio de territorialidad; (v) que no se encuentra prescrita la acción en este caso, ya que en Francia el plazo no es menor a diez años y en Chile podría llegar a los 15 años; (vi) que tampoco existe un juzgamiento previo o paralelo por los mismos hechos en el Estado requirente o en el Estado requerido; y (vi) el delito no va a ser conocido por Tribunales de excepción o ad hoc.

Agrega que en cuanto al requisito del artículo 449, letra c), la fiscalía señala que el estándar de esta norma no pretende que los antecedentes permitan condenar al requerido N.Z., como autor de un homicidio calificado. Lo que se pretende en un juicio de extradición, como ha señalado reiteradamente la Corte Suprema, es que se cumplan los requisitos legales para determinar si la persona requerida debe ser extraditada o no, no si va a ser condenada o no, el estándar es de acusación y no de condena, para que sean los tribunales del estado requirente, en este caso la República Francesa, los que tengan que juzgar propiamente y determinar si procede o no una condena y cuál será la pena aplicable en su caso

De este modo, el persecutor entiende que el artículo 449 letra c) remite claramente al artículo 248 del Código Procesal Penal, considerando la misión del Fiscal, al momento de terminar su investigación, y básicamente lo que señala es que los antecedentes deben ser serios, convincentes y graves para sostener la acusación.

En ese sentido, refiere que las autoridades francesas cumplen con ese estándar, al remitir un voluminoso expediente, con una investigación realmente acabada y detallada: declaraciones de múltiples testigos; mapas, fotografías, documentos, informativos sobre distintas personas y situaciones; una serie de diligencias que fueron realizadas por la policía y por la fiscalía francesa, usando técnicas forense modernas de investigación, refiriéndose a al vehículo alquilado por el requerido, que contaba con un medio tecnoló-

gico que permitía su geolocalización, y por lo tanto mediante triangulación de señales se obtienen todos los lugares en que ese vehículo estuvo, a qué horas, y lo mismo se aplicó en relación al teléfono celular de Z. y a la información de su tarjeta de crédito Visa del Banco de Chile.

Afirma la fiscalía que toda esta información fue cruzada y las autoridades francesas concluyen que N.Z., viajó a Francia de manera premeditada, y realizó una serie de acciones conducentes a la comisión del delito de asesinato.

El persecutor señala que N.K. desaparece entre el 04 y el 05 de diciembre del año 2016, y la denuncia a la policía francesa se hace recién el día 14 de diciembre de 2016. El 15 de diciembre, prosigue, la policía francesa registra la habitación donde vivía N.K., en una residencia universitaria, y encuentra que el dormitorio está perfectamente ordenado, y que no falta prácticamente nada: está toda la ropa de N., todos sus zapatos, y llama la atención inmediatamente que se encuentra la única chaqueta que tenía, en circunstancias que por esa fecha es invierno o está próximo a comenzar el invierno. Agrega que hallan además el computador y la cartera de N.K. y dentro de su cartera está su tarjeta bancaria, su tarjeta de descuentos en la red de ferrocarriles francesa y hay 565 euros, que son más o menos \$500.000.- pesos chilenos.

Llama la atención de la fiscalía que ella hubiese podido abandonar voluntariamente su pieza dejando toda su ropa, dejando su abrigo en medio del invierno, y dejando todos sus medios de pago en la habitación. Añade que lo único faltante en la habitación sería una maleta grande de N.K. y una frazada de su cama.

Indica también que es un hecho de la causa que la última vez que N.K. fue vista con vida fue el día 04 de diciembre del año 2016, cuando fue a comer a un restaurant “La Table de Gustave”, en una localidad cercana que se llama Ornans, a 25 kilómetros de Besançon, y que nunca más tuvo contacto con nadie, salvo dos o tres comunicaciones a las que referirá más adelante, y que la justicia francesa considera que tuvieron como única misión encubrir el delito de asesinato. Desde esa fecha nunca más es vista con vida, desaparece, y las autoridades galas concluyen que, a pesar de no haberse encontrado el cadáver, ella está fehacientemente muerta.

La premeditación, según la parte requirente, se evidencia por cuanto Z. arrienda un vehículo desde Chile, entre el 30 de noviembre y el 7 de diciembre, para retirarlo en la ciudad de Dijon, que queda a 100 kilómetros de Besançon, donde vivía N.K.. Una vez en Dijon, según consta en los antecedentes aportados por Francia, Z. va todos los días a esa ciudad. La misma noche del 30 de noviembre el Renault Mégane alquilado por él habría viajado a Besançon, las antenas que registran el paso del GPS del vehículo lo sitúan llegando a eso de la 01:00 de la mañana a las cercanías de la residencia, donde permanece hasta las 08:00 de la mañana, y posteriormente hay un movimiento, también registrado por una segunda antena que cubre el sector donde se ubica el centro de lingüística en el cual N. cursaba sus estudios de francés. Para la fiscalía esto implica un seguimiento por parte del requerido a su víctima y todos los días hay señales de que él está en Besançon, principalmente por compras que efectúa con su tarjeta visa del Banco de Chile, en un lugar de comida rápida o Subway, en una tienda de vestuario, en un almacén.

La fiscalía agrega que el viernes 02 de diciembre, Z. es visto dentro de la residencia universitaria donde vivía N.. Dos testigos que residen allí lo declaran: la estudiante argelina, Nadia Ouaked, y la estudiante británica, Rachel Roberts. Esta última que dice haber hablado con Z. en la cocina: “me habló en inglés con un acento americano”.

Continúa el relato señalando que el domingo 04 de diciembre de 2016, N.K. va como todos los domingos a un curso de danza, y sale de él a las 04:00 hrs. de la tarde. Es vista por dos personas, su novio Arthur Del Piccolo y por una amiga, Nicole Poirie. Es la última vez que estas personas ven viva a N.K..

Poco después, N.K. se encuentra con N.Z., y van a cenar a un restaurant llamado “La Table de Gustave”, en Ornans, a unos 25 kilómetros de Besançon. Todos los camareros interrogados posteriormente señalan positivamente por medio de reconocimiento fotográfico que ellos dos cenaron esa noche en ese lugar. N.Z. paga con su tarjeta de crédito Visa del Banco de Chile, y a eso de las 11:00 hrs. de la noche retornan a la ciudad de Besançon. Se determina también, que a las 22:34 horas de esa día, yendo por la ruta que une Ornans con Besançon se activa un foto radar en la ruta y cursa una multa de tránsito por exceso de velocidad al auto Renault Mégane, que él había arrendado en Dijon días antes. Y desde las 23:00 horas del día domingo 4 de diciembre hasta las 04:23 hrs. del día martes 06 de diciembre, más de un día, dicho automóvil permanece estacionado en las cercanías de la residencia universitaria, lo cual indica que el señor Z. se quedó en la misma noche en que sacó a cenar a N.K. y se quedó hasta la madrugada, no del día siguiente, sino que del día subsiguiente, del martes 06 de diciembre, y es por eso que las autoridades francesas señalan que el homicidio debió haber ocurrido entre el día 04 y el día 06 de diciembre en un momento indeterminado.

Pero la parte requirente sostiene que el homicidio se produjo el lunes 05 de diciembre, a las 03:21 horas de la madrugada, cuando todos los habitantes de la residencia universitaria escuchan un grito. Quince testigos son interrogados y todos coinciden en haber escuchado un grito de terror, de angustia, de sufrimiento, algunos dicen: “parecía una película de terror”. Se escucha un grito horroroso, seguido de un golpe seco, como que una persona hubiera golpeado contra un muro y posteriormente a eso silencio sepulcral. Otra persona dice “daba la impresión de que estaban asesinado a alguien”. ¿Cómo se sabe la hora precisa?, cuestiona el fiscal, y es porque muchos de los estudiantes de la residencia se comunican por mensajería y comentan si han escuchado ese grito tan horroroso, y en todos sus teléfonos, cuando son interrogados posteriormente por la policía francesa, las comunicaciones constan minutos después de las 03.21 de la madrugada del lunes.

Añade la parte requirente que N.Z. el día 29 de diciembre estando ya en Chile, entrega una declaración escrita ante la Policía de Investigaciones en Chile, y el señala de que efectivamente fue a cenar con N.K. al restaurante en Ornans y vuelve con ella a Besançon. Según se relata en esa declaración, Z. ingresa a su dormitorio (de N.), toma una ducha y tienen una relación sexual y que producto de esa relación sexual, en que ella estaba particularmente compenetrada, dio gritos de placer. Arguye que no es lo mismo un grito de placer en un acto sexual con un grito de terror cuando una persona está siendo asesinada; son dos gritos totalmente diferentes, afirma la fiscalía.

Adicionalmente, cuando la policía francesa revisa la pieza de N.K. toma huellas digitales por toda la pieza, en una taza, en las paredes, en los muebles, encuentra huellas digitales, las que son comparadas y coinciden con las huellas dactilares de N.Z.. No hay dudas de que N.Z. estuvo esa noche en ese lugar, y después de ese grito horrible de terror nunca más se sabe de N.K..

Según relata la fiscalía, el automóvil arrendado por Zepeda vuelve a moverse el martes a las 04:23 horas, siendo detectado por las antenas de GPS, y se dirige hacia una zona boscosa que se encuentra entre Besançon y Dijon, la misma zona que él había visitado previamente el día 01 de diciembre, que carece de interés turístico y que por esa fecha se encuentra llena de barro por la lluvia. El vehículo permanece en esa zona más o menos hasta las 07:30 horas y el persecutor enfatiza que en esa época en Francia amanece a las 09.00 de la mañana, es decir, estaba de noche.

Por otro lado, agrega la requirente, la policía francesa detecta una serie de situaciones en las que N.Z. quiso encubrir el delito. En primer lugar, está la estrategia del Consulado, supuestamente N.K., en días posteriores al día 05 de diciembre, envía comunicaciones a sus amigos y a su familia señalándole que ha tenido un problema con su pasaporte y que debe concurrir al Consulado de Japón en la ciudad de Lyon (y para ello, en la misma fecha adquiere un boleto de tren entre Besançon y Lyon, sólo ida). El problema es que todo esto es falso, porque N.K., no se atendía administrativamente en el Consulado de Lyon, y de hecho ahí no hay un consulado propiamente tal, sino solamente oficinas administrativas, ella se atendía en el Consulado de Estrasburgo.

Lo segundo es que alguien, usando la tarjeta de crédito bancaria de N.K., adquiere un pasaje con destino a Lyon en su nombre, y lo hace desde un local comercial en la ciudad de Dijon, y lo efectúa a la misma hora, con minutos de diferencia, en que N.Z. compra diversos artículos en la tienda Toison d'Or, según el registro de su tarjeta de crédito Visa del Banco de Chile.

En tercer lugar, la policía francesa entrevista a todos los pasajeros de los asientos contiguos de ese tren, que fue desde Besançon a Lyon, y todos son categóricos en afirmar que no había ninguna joven de aspecto asiático que haya viajado en ese asiento.

En cuarto lugar, la parte requirente afirma que N.Z. pide a Negumi Sugihara, una amiga japonesa que había hecho en su estadía en Japón, que por favor traduzca del inglés al japonés la siguiente frase: "Tomo un tren para irme de viaje, no podré usar el Wifi y estaré en Lyon". Ella lo traduce sin saber para qué y se lo envía y ese es el mismo mensaje que Z., usando las redes sociales de N.K., envía a la familia de ésta en Japón. Luego Z., el día 15 de diciembre pide a Sugihara que por favor borre todos los mensajes previos que ha tenido con ella y que le envíe como prueba el pantallazo donde aparece que esos mensajes han sido eliminados.

Hay un segundo hecho similar que denota el encubrimiento que quiere hacer N.Z., a otra amiga suya en Japón, la señora Rina Sakamaki. A ella le escribe el 11 de diciembre del año 2016, y le pide que le traduzca ciertas frases del inglés al japonés, frases como: "tengo un nuevo novio", "me voy sola". Ella también se los traduce y esos mismos mensajes traducidos fueron enviados por Z., usando las redes sociales de N.K. a la familia y a diversos

amigos de N.K. en Japón. También el 15 de diciembre, Z. le pide borrar los mensajes y que le envíe un pantallazo donde conste aquello.

La parte requirente agrega que Z., el día 07 de diciembre devuelve el auto que había arrendado y los empleados afirman que el auto venía extremadamente sucio, lleno de lodo, por fuera, pero también en el lugar del conductor y en el maletero, lo que da cuenta de que estando en la zona boscosa a las 06:00 hrs. de la mañana, en algún minuto debió bajarse del auto y volver a subirse dejando la suciedad.

Expone que el 07 de diciembre N.Z. se traslada a Suiza, 250 kilómetros hacia el este, y en Suiza toma un avión que lo conduce directamente a la ciudad de Barcelona en España, donde lo recibe durante cuatro días su primo, J.F.R.. El persecutor recalca R., que es médico, declara que en algún momento tuvo una larguísima conversación con N.Z., donde el tema era cómo se asfixia a una persona, preguntándole con detalle cómo era que se podía asfixiar o ahorcar a una persona cuánto demoraba en morir una persona siendo asfixiada, cuáles eran los signos vitales que un médico podría determinar que una persona que ha sido ahorcada o asfixiada está muerta. Además, agrega la fiscalía, Z. habría pedido no comentar ni hacer publicaciones sobre su visita en Barcelona, por supuestos problemas con su padre.

Su anfitrión, R., agrega más información, porque indica que le preguntó por su polola japonesa y Z. le dice no haberla visto desde que terminaron, hace muchos meses, sin contarle que estuvo hace pocos días con ella. Además, Z. le había dicho que estaba en Europa para reemplazar a alguien en un seminario en Suiza. En una segunda declaración, R. contará que recibió un llamado de Z., donde le habría dicho que en los momentos difíciles la familia se debía apoyar, lo que a R. le habría parecido una amenaza velada, para que no cooperase más allá de lo estrictamente necesario con la policía.

Añade la fiscalía en referencia a la declaración escrita presentada voluntariamente por Z. ante la Policía de Investigaciones, el día 29 de diciembre de 2019, señalando que también sería esta un acto de encubrimiento. En aquella el requerido afirma que viajó a Europa para buscar alternativas académicas para un posible post grado. Agrega que se trasladó para hacer turismo a Francia, que se encontró con N.K. en Besançon, que la sacó a comer y que volvió a su dormitorio esa noche donde habría tenido relaciones sexuales con ella, que habría gritado de placer; dice que posteriormente se fue el día 05 de diciembre y que nunca más supo de ella. Esa es la versión que da, confirmando hechos que las autoridades francesas ya habían determinado, salvo por las características del grito.

Finalmente, expone, que todos los mensajes que habría enviado N.K. después del 06 de diciembre a sus familiares y a sus amigos, cesan el día 12 de diciembre y esto es absolutamente coincidente con el día que Z. toma el avión en Ginebra para devolverse a Chile y al momento en que llega a Chile, el día 13 de diciembre del año 2016. Nunca más existe algún tipo de mensajería, ni de contacto, ni de compras que se pudieran haber hecho con la tarjeta bancaria de N..

Todos esos antecedentes, concluye la Fiscalía francesa, conducen a la acusación por asesinato con premeditación, en Chile homicidio calificado con premeditación, y es por esas razones que las autoridades francesas solicitan la extradición del señor N.Z., para que

sea juzgado por los Tribunales franceses, para responder por el homicidio N.K..

B) La defensa, por su parte solicita el rechazo de la solicitud de extradición de N.Z., señalando que no se cumplen los requisitos para concederla, en particular el estándar que establece nuestro Código Procesal Penal, en el artículo 449 letra c), dado que no existen antecedentes suficientes para presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del señor Z., al menos en este estado de la investigación.

Afirma la defensa, que debe de exigirse un estándar mínimo, de que los hechos por los cuales se está requiriendo a su representado ocurrieron y que en ellos tuvo participación el requerido. En este sentido, continúa, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que tiene que ser un conjunto de indicios con una coherencia lógica suficiente, para inferir que razonable y seriamente podría formularse acusación en contra de la persona del requerido.

Expone que el estándar mínimo requiere de un conjunto de indicios con coherencia lógica suficiente, para inferir que razonable y seriamente podría formularse acusación. En el presente caso, los antecedentes que se presentan carecen de seriedad y coherencia.

Afirma que esta jurisprudencia recurre al artículo 248 del Código Procesal Penal, que impone al fiscal un estándar para deducir acusación, cual es un fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, que se corresponde a una garantía de un debido proceso, porque a los jueces, a los tribunales de justicia, les corresponde dictar sentencias que sean fundadas y conforme a derecho, y en ese sentido esto es un presupuesto objetivo que debe ser acreditado, conjuntamente con uno de carácter subjetivo. Señala que la jurisprudencia, entiende que esta seriedad tiene relación con la ponderación de antecedentes: graves, juiciosos y mesurados.

La defensora sostiene que este estándar no se encuentra satisfecho en el presente caso, porque no existen antecedentes válidos, serios, coherentes, numerosos que permitan efectivamente formar una convicción al nivel del estándar de acusación en Chile, de que ha ocurrido primero la muerte de N.K., y menos el homicidio, menos aún el actuar doloso de la persona requerida, y menos aún la premeditación conocida.

Señala la defensa, la imperiosa necesidad de que se demuestre que aquí existe un delito de homicidio, cual es el estándar mínimo en Chile para formular acusación. No es lo mismo acreditar participación que acreditar existencia del delito. Cita el artículo 140 del Código Procesal Penal que, para los efectos de poder otorgar una medida cautelar personal, requiere que se encuentren los presupuestos materiales que acrediten la existencia del delito y para la participación presunciones fundadas, pero se debe que acreditar la existencia del delito, y en ese sentido si para la formalización se exige entregar los presupuestos materiales mucho más aún esta necesidad de justificar la existencia del delito para los efectos de deducir acusación.

Agrega que no sólo se necesitan antecedentes que demuestren que esta persona murió, cosa que acá no existe de modo alguno, no está justificado, pero además se tienen que demostrar circunstancias precisas de dicha muerte porque se debe justificar, para que exista un homicidio, que esa muerte se produjo por el actuar doloso de una tercera persona.

Expone la defensa, que la investigación presentada por el Ministerio Público, representando al estado requirente, carece de antecedentes que demuestren el eventual fallecimiento de N.K.. Esta investigación no explora posibilidades alternativas para su desaparición. No explora la posibilidad de que ella se hubiese suicidado, por ejemplo, no explora la posibilidad de que ella se hubiera accidentado, y no explora tampoco la posibilidad de su desaparición voluntaria.

Agrega que la participación de un tercero en la muerte de N.K. debe ser fundamentada sobre bases reales, tangibles, sustanciales; no sobre caprichos o conjeturas, no sobre actividades sospechosas, que es en lo que se basa, a su juicio, esta solicitud de extradición. En este caso evidentemente no existe cadáver y por lo mismo no existe autopsia, tampoco ningún antecedente probatorio que permita presumir fundadamente ni la muerte y menos la posible causa de esta. Así, la defensa considera que el estándar no se alcanza, porque la investigación no acredita fehacientemente que la señorita K. se encuentra fallecida, por la acción y participación de un tercero.

Afirma que no se encontró nada relevante en el sitio del suceso: no se encontró sangre, no se encontraron indicios de violencia, no se encontró ningún olor particular dentro de la pieza, a pesar de que según la propia tesis del Ministerio Público N.K. habría permanecido fallecida más de 27 horas dentro de la habitación. Respecto a los gritos en la noche señala que ninguno de ellos pudo ser ubicado en la habitación de N.K., incluso de aquellos vecinos de pieza, ninguno dice que estos gritos provengan de su habitación.

También, afirma la defensa, que tampoco existe ningún antecedente serio que permita justificar la disposición del cuerpo. El auto de N.Z. fue enteramente inspeccionado, le sacan la alfombra del maletero y no se encuentran restos ni trazas de ningún delito. Incluso contra las máximas de la experiencia, N.Z. entrega el auto sucio; si alguien ocultó un cadáver dentro de un auto, lo primero que haría supuestamente una persona inteligente es ir a lavar el auto y entregarlo completamente limpio, aspirado, sin embargo, lo entrega tal y como lo arrendó.

Añade que también se aportan por la requirente teorías alternativas de donde se habría dispuesto del cuerpo: en cursos de agua, en bosques. Y sin embargo, por la investigación se sabe exactamente en qué lugares estuvo N.Z., por el GPS del auto. Esas zonas con cursos de agua y bosques fueron exhaustivamente sondeadas, con buzos, con sonares, con perros descubre cadáveres, pescadores y cazadores locales, pero nunca en todos estos años han visto, ni han encontrado un cuerpo ni nada relevante ni indicativo de la existencia de un cadáver.

En relación con la participación de N.Z., la defensa señala que se trata de especulaciones sobre su carácter, y la investigación no sigue hipótesis alternativas de participación, existiendo motivos para investigar a otras personas. Así, menciona a dos testigos distintos que declaran haber visto a una persona extraña dentro de la residencia de N.K., al parecer africana –lo que se descartaría a su representado–; y hay una segunda persona a investigar: el novio engañado, ya que N.Z. se había encontrado con su ex novia, cenaron, y tuvieron relaciones sexuales, en circunstancias que ella tenía novio; en suma, líneas de investigación que no se desarrollaron y que, si fuese real el asesinato de N.K., podrían involucrar a otra persona.

Concluye la defensa que, para conceder esta extradición, se debe responder la pregunta sobre si deduciría acusación el Ministerio Público en este caso, atendido el estándar que tenemos en nuestro país en el artículo 449, letra c), del Código Procesal Penal, y atendida la inexistencia de cadáver y la falta de fundamento serio que confirme la muerte de N.K..

Si bien en teoría es posible que se acuse a una persona de homicidio sin que exista cadáver, por el principio de libertad probatoria, lo cierto es que, según la defensa, esta libertad probatoria tiene límites, dados por la lógica, la razonabilidad, los principios de las máximas de la experiencia, que en este caso no se respetan. Y cita como ejemplo un párrafo del requerimiento que dice: “la ausencia de vertido de sangre, prueba las acciones homicidas consistentes en asfixiar, estrangular o golpear”, es decir, mediante un hecho negativo, como no haberse encontrado sangre, se deduce o tiene por acreditado que hubo asfixia, estrangulamiento o golpe. Evidentemente esto no es lógico, no se sustenta en ningún principio, en ningún principio que nos regule, por lo tanto, terminada esta audiencia, la defensa solicitará el rechazo por no cumplirse este estándar.

Por último, la defensa agrega que este es el caso prototípico en Chile de la presunta desgracia, donde no es imaginable que a este estado del procedimiento, con estos antecedentes, el Ministerio Público no siga investigando antes de presentar una acusación, menos aún por homicidio y en ese sentido solicita el rechazo.

C) Que, el 18 de marzo del año en curso se tomó parte de la prueba testimonial, mediante videoconferencia, prestando declaración T.K. y H.K., madre y hermana de N.K., respectivamente, ambas ofrecidas por el Ministerio Público. La cónsul chilena en Japón, doña Ángela Francisca Tobar Belmar, en su calidad de Ministro de Fe, acredita la identidad de ambas testigos verificado sus documentos de identidad. Previa individualización y juramento de cada testigo, éstas declaran interviniendo el traductor e intérprete Akira Uchimura Moraga, quien también juró previamente desempeñar fielmente su función.

La testigo T.K. interrogada por el Ministerio Público, señaló que N. era una persona muy seria y alegre, que quería ser exitosa y siempre fue la número uno en su clase. Agrega que le gustaba el área internacional y se enfocó en aprender idiomas, y le empezó a nacer este sueño de estudiar en el extranjero, y por ello se esforzó mucho para ganarse la beca para hacerlo en Francia.

Respecto a N.Z., la testigo T. indica que su hija lo conoció a fines del primer año de la universidad. Tiempo después ella le mostró una carta donde él decía haberse enamorado a primera vista de N., empezando una relación entre ambos. Agrega que su familia compartió varias veces con Z.. Mientras N. estaba con la beca en Francia, él se quedaba en su casa en Japón por muchos días. Tras la ruptura entre ellos, T. recomendó a su hija no pensar en esta situación, y disfrutar con sus amigos en Francia, pero N. le habría respondido que “N. estaba pensando todo el tiempo en ella y que se sentía mal”.

Tras la desaparición de N., T. dice que N.Z. nunca intentó contactarlos ni comunicarse con ellos. Afirma eso sí, que el 9 de diciembre de 2016, recibió un mensaje en que N. decía: “mi novio me está controlando o presionando muy fuertemente”, y a ella le pareció extraño, porque creía que N. y ella habían vuelto y estaban bien, así es que al preguntarle, N. le habría contestado que “hace poco tengo un nuevo novio, su nombre es Arthur”. T. afirma

que el mensaje estaba descontextualizado, que su forma de expresión era rara, así que lo conversó con su otra hija, H., y ella le respondió que en el grupo de familia también había un mensaje extraño de ella, que decía “la próxima semana voy a Luxemburgo, así es que no voy a poder usar internet, quizás no los voy a poder contactar”. A T. y sus hijas les pareció que no eran mensajes de N., no entendían qué es lo que estaba pasando, pero no hicieron nada, porque no tenían ningún conocido en Francia.

La defensa no contrainterrogó a T.K..

Prestó declaración la testigo H.K., la que, interrogada por el Ministerio Público, dice que su hermana N. tenía planes de futuro, que su familia es muy humilde, pues sólo tienen a su madre, y que ella veía en los estudios una forma de ascender socialmente.

Agrega que N. nunca había perdido el contacto con su familia antes de su desaparición. Afirma que hablaban muy seguido por teléfono, mediante Line, y también por chat, dice que estaba feliz en su vida en Francia.

Añade que conoció a N.Z. y que él se quedó varias veces en su casa. Afirma que lo que no le gustaba de esa relación es que él “estaba pegado a [su] hermana”, de modo que se metía en el tiempo de ellas dos. H. reconoce que su opinión de Z. era mala, y que por eso su hermana no le contaba mucho de su relación con él. Con todo, H. dice haber escuchado “que peleaban mucho sobre temas de dinero, y también sobre que ella no podía salir mucho con sus amigos, porque él la controlaba mucho”.

H. señala que el 5 de diciembre de 2016, a las 09.00 de la noche de Japón, llamó por videoconferencia a N., como solían comunicarse, pero ella no contestó. Más tarde le habría llegado un mensaje en que ella decía que no podía usar su celular. Para H. era un mensaje muy inusual, porque “ella y los japoneses, normalmente no se expresan de esa manera”. Después, afirma la testigo, le insistió sin obtener respuesta.

La defensa contrainterrogó, a H. por un intercambio de mensajes entre ella y Arthur Del Piccolo, donde este último le indica que tiene un problema, pues él recibió un mensaje el martes en la mañana, en el que N. menciona algo que sólo ella (N.) podía conocer. Al respecto H., responde que sí, aunque no tiene claras las fechas, Arthur mencionaba algo que N. decía que sólo ella podría saber, y H. aclara que se habría tratado de un gesto de racismo que vivió en el colegio francés, al comienzo de viaje y que la tuvo muy enojada.

El 19 de marzo, también mediante video conferencia, prestan declaración dos testigos domiciliados en Francia, los señores Christophe Touris, comandante de la Policía Francesa, y David Bourne, Brigadier de la Policía Francesa, ambos ofrecidos por el Ministerio Público. Con ellos se toma contacto por intermedio del cónsul chileno en Francia, don Gustavo González Bulo, quien, en su calidad de Ministro de Fe, verifica la identidad de ambos testigos con sus documentos de identidad. Previa individualización y juramento de cada testigo, éstos declaran por intermedio de la traductora e intérprete Virginia Parada Lillo, quien también juró previamente desempeñar fielmente su función.

El testigo Christophe Touris interrogado por el Ministerio Público, señala que es jefe de la Sección Criminal de la Policía, con 26 años de servicio, encargándose de asuntos criminales. Señala que el 13 de diciembre de 2016 tuvo noticia de la desaparición de N.K., y

dice que era preocupante porque pasaron muchos días sin que se supiera nada. Además, agrega que en su habitación encontraron todas sus cosas, incluida su chaqueta, siendo pleno mes de diciembre, lo que les hizo pensar también en un secuestro.

Señala que el primer sospechoso fue el novio, Arthur Del Piccolo. Hicieron las verificaciones, realizaron escuchas con autorización judicial. Afirma que se revisó el apartamento de N.K., con pericias científicas y técnicas incluso. Al mismo tiempo, señala el policía, se trazaron las actividades de N.K. y notaron que el domingo 04 de diciembre, ella había salido de Besançon, a un restaurante en Ornans. Luego se sabría que N.Z. cenó con ella, que él pagó la cuenta con su tarjeta bancaria chilena y que volvieron a la residencial de N.K. en un vehículo alquilado por Z., que recibió una multa por exceso de velocidad en la autopista hacia Besançon.

Consultado por qué el caso se convirtió en un caso de homicidio, Touris dice que es por tres motivos: primero, por los desplazamientos de N.Z.; segundo, porque determinaron que alguien utilizaba la cuenta telefónica de N.K. y su teléfono portátil, para disimular que ella vivía; y tercero, el testimonio de varias personas de la residencia que decían que a las 03:21 horas exactamente, se habían escuchado unos gritos aterradores de una niña, de una mujer, y golpes en los muros. Esto lleva a Touris a concluir que N.K. fue asesinada.

Sobre los mensajes que recibe la familia de N.K., Touris dice que no era normal el tipo de mensajes y de hecho recibieron uno en el cual ella presentaba a su nuevo novio, lo que es extraño porque parece que N. ya lo había presentado antes, entonces, aparentemente no sería ella quien envió ese segundo mensaje.

Señala, que se trazaron los lugares donde estuvo N.Z.: llegó a Francia el día 30 de noviembre y el día 7 de diciembre deja el territorio en un bus. Señala que llegó primero a Dijon, donde arrendó un automóvil y parte a Besançon, donde vivía N.K., volviendo a Dijon el 01 de diciembre, donde compra en el Supermercado Carrefour bencina, fósforos, una bolsa y detergentes. Agrega que Z. fue visto en la cocina de la residencial universitaria de N. y que la noche del 02 al 03 de diciembre durmió en el Hotel de Ornans. Es muy importante –dice el testigo– precisar que los vehículos de arriendo cuentan con un chip, que no es exactamente un GPS, pero que permite a las compañías de vehículos saber dónde éste se encuentra. Sabemos que el 4 de diciembre el auto de Z. se queda en Besançon, no se mueve de ahí hasta el martes 06 de diciembre a las 04:23 horas de la madrugada.

El testigo Touris se refiere a un recorrido que hizo Z. el 01 de diciembre en el vehículo: permaneció durante más de dos horas al sur de Dole, a 50 kilómetros de Besançon, entre las 16:50 horas y las 18:51 horas, y en ese período del año está de noche. El 06 de diciembre, afirma el policía, Z. hace exactamente el mismo recorrido, permanece exactamente la misma cantidad de tiempo, entre las 05:57 y las 07:10 horas. El testigo exhibe un mapa por video conferencia y señala los lugares con un lápiz. Describe el sector como una zona de planicie, que tiene dos ríos y también hay una zona con mucho bosque, un río tiene un caudal de 20 metros de ancho, que tiene caminos y rutas por todas partes, agrega, es bastante atractiva en el verano, en el mes de julio y de agosto, el resto del tiempo no tiene ningún interés turístico.

En lo que se refiere a la búsqueda de N., el testigo señaló numerosas diligencias realizadas para encontrarla.

Contrainterrogado por la defensa, Touris asiente o confirma las siguientes afirmaciones: que la policía francesa hace una primera entrada a la habitación de N.K., el día 15 de diciembre a las 17:31 horas; que en esa entrada se hace un registro minucioso de la habitación y que se instruye al conserje de la residencia que se preserve el registro de las cámaras de seguridad; que su habitación medía 9 metros cuadrados; que, en ese primer registro, la billetera de N.K. no es encontrada; y que la policía francesa ingresa en una segunda oportunidad a la habitación el mismo día 15 de diciembre, a las 20:00 horas.

Respecto a la afirmación relativa a que en el segundo ingreso, la policía entró acompañada de Arthur Del Piccolo a la pieza, y que en ese segundo registro fue encontrada la billetera de N.K., el testigo Touris, señala no tener el apoyo suficiente para responder con ese nivel de detalle.

Luego, el señor Touris confirma que Shintaro Obata era vecino de N. en la residencia, ocupando la habitación a su derecha, e interrogado por el origen de los gritos oídos de la noche del 5 de diciembre, señala que éstos provienen desde lejos; también reconoce que Adrien Laurent, ocupaba la habitación de en frente a la de N.K., pero no recuerda si él declaró que los gritos venían de la habitación a su izquierda, como afirma la defensa.

Prosiguiendo el contra examen, Touris ratifica que diversos estudiantes vivían en habitaciones de la residencial, como Laure Sillet, de la habitación 133, al frente de la de N.K.; Kevin Belmont, de la habitación 131; Nabil Drissi, habitación 135; Arsaln Sefica, habitación 206; Armand Durand, habitación 306.

Sin embargo, luego la defensa pregunta por las declaraciones de estos estudiantes, relativas a los gritos de la noche del 5 de diciembre, afirmando que ellos no dijeron que provenían desde la habitación N.K., sino que señalaron no saber de dónde o si provenían desde otro lugar: así la defensa pide confirmar que Laure Sillet declara que los gritos venían del segundo piso, de arriba de su habitación; que Kevin Belmont dice desconocer de dónde vienen los gritos; que Nabil Drissi dice no creer que los gritos provinieran del primer piso; que Arsaln Sefica pensaba que venían del tercer piso; y que para Armand Durand los gritos provenían del exterior de la residencia. En todos estos casos el testigo Touris responde que sí, pueden haber dicho eso, pero “que la construcción del edificio no permite localizar exactamente de donde pueden venir esos gritos, si es del piso de arriba, si es del lado, si es del frente”, y añade que “estamos hablando de un edificio antiguo, donde los ruidos se repercuten un poco en todas partes de él”.

Touris confirma además que Nabil Drissi, después de escuchar los gritos, salió de la habitación, pasó cerca de la habitación de N.K., y no escuchó nada especial, pero previene que fue así “porque los gritos ya habían parado”.

En otro tema, el testigo responde las preguntas de la defensa, ratificando que Arthur Del Piccolo declara una primera vez el 13 de diciembre, y en esa declaración dice que el día 12 de diciembre, él vio desde el exterior que en la habitación de N.K. había luz. Respecto a esa declaración, Touris reconoce que Arthur Del Piccolo dice que el 13 de diciembre, él le pregunta a la señora de la limpieza si le puede abrir la puerta, y él ingresa a la pieza, pero Touris agrega que no lo habría hecho sólo, sino con un amigo.

Luego, se repasa la segunda declaración de Arthur Del Piccolo, realizada el 15 de diciem-

bre, y Touris asiente, respecto a que Arthur declara haber recibido un mensaje de N.K. el 04 de diciembre, en el cual ella le señala que tenía un problema, y un segundo mensaje el día 05 de diciembre, a las 11:45 horas, en cual ella le dice que lo ama.

Ante la pregunta sobre si en esa segunda declaración el señor Del Piccolo afirma que el martes 06, a las 10:45 horas, recibe un mensaje de N., que sólo puede ser de ella, el testigo Touris señala que no tiene los antecedentes ni ningún soporte, sino que tiene las cosas en general, no los detalles del procedimiento. Respecto a si el 19 de diciembre Arthur Del Piccolo presta su tercera declaración, Touris señala que no recuerda. La defensa le pregunta por los dichos de Del Piccolo, relativos a que faltaban unas botas, pero Touris aclara que le mostraron unas fotos de la habitación de N., y entonces dijo que no faltaba ningún zapato. Por último, niega que Del Piccolo se hubiese enojado con N.K., porque salía con otros jóvenes, y dice no saber sobre otro testigo que afirmaría haber salido a cenar con N., molestándose Del Piccolo con él.

El policía Touris señala que el personal de Rent a Car fue interrogado, declarando que el auto devuelto por Z. estaba muy sucio, sin haber sido lavado, que tuvieron que aspirarlo. El testigo señala no recordar que los empleados dicen que Z. había solicitado un auto pequeño, tipo Renault Clio.

El testigo reconoce que el pasaporte de N.K. no es encontrado. Al serle mostrado, también reconoce el set de reconocimiento fotográfico que se exhibió a los testigos en relación a N.Z.. Sin embargo, Touris no recuerda otros puntos consultados, sobre hechos como el ingreso de otros estudiantes a su habitación el 10 de diciembre, o que las luces de ésta hubiesen estado encendidas el 12 de diciembre, o la presencia de un individuo norafricano por la residencia Rousseau. Tampoco puede responder si el conserje de la residencia declaró en la investigación. Y finalmente confirma que los estacionamientos de la residencia tenían una barrera, y no todo el mundo podía pasar si no había una tarjeta de autorización.

A continuación presta declaración de la misma manera el testigo David Brone, quién interrogado por el Ministerio Público señala que ha estado involucrado en la investigación del caso desde el 15 de diciembre de 2016. Consultado sobre las conclusiones de la investigación y la personalidad del requerido, el testigo señala que se llegó a la conclusión que N.K. había sido asesinada. Esto en resumidas cuentas se sustenta en lo siguiente: Se determinó que todas las comunicaciones y trámites posteriores al 4 de diciembre de 2016 no provenían ni fueron efectuados por N.K., si no que fue el requerido quien uso sus redes sociales. Esto queda de manifiesto debido a que las conexiones a las redes sociales de ella fueron siempre hechas en el lugar en donde se encontraba N.Z., además el lenguaje usado en dichas comunicaciones es incoherente y no se corresponden al estilo de N.K..

Otro tanto ocurre cuando se sube en las redes sociales de N.K. una foto con Arthur Del Piccolo, presentándolo como su nuevo novio, siendo que aquel ya había sido presentado a su familia como tal. Está también el testimonio de Rina Sakamaki, quien fue contactada el 11 de diciembre de 2016 por el requerido para que ésta le tradujera la frase “tengo un nuevo novio y me voy sola”, frase que sería luego subida a las redes sociales de N. junto a una foto donde ella aparece con Arthur del Piccolo.

En ese mismo sentido, otra testigo identificada como Megumi Sugihara, dice que fue contactada por el requerido dos meses antes de la desaparición de N. con el fin que le tradujera la frase “yo parto en viaje, me voy en un tren y no tengo acceso a la red de Wifi”. Señala que el requerido, luego de ser contactado por el profesor de N.K. para consultarle sobre su desaparición, solicitó a las testigos en mención que borrarán los mensajes donde les solicitaba las traducciones al japonés. Además, el requerido menciona al profesor que no tenía ningún lazo con la víctima desde el mes de septiembre.

Se determinó que desapareció sin llevarse abrigo, en circunstancias que la región de France-Compté es muy fría en esa época del año. Su dinero, zapatos, tarjetas de pago y transporte fueron encontrados en su habitación.

Las personas de la residencia universitaria dicen que oyeron gritos de terror alrededor de las 03.21 horas de la madrugada. Algunos incluso dijeron que tales gritos eran comparables con el de una película de terror y que podrían hacer pensar que a alguien lo estaban matando. Dichos testimonios son contestes entre si, y que sin perjuicio que es difícil identificar de donde provienen los gritos dada la construcción del edificio, sólo N.K. desapareció esa noche.

Respecto a la personalidad del requerido, indica que N.Z. es una persona muy inteligente, pero a la vez es muy celoso, posesivo y manipulador. Así dan cuenta las múltiples conversaciones que mantuvo con la víctima y a las cuales tuvieron acceso los funcionarios policiales.

La defensa plantea como incidencia que el testigo está leyendo los antecedentes de la investigación, en circunstancias que cuando la defensa interrogó al testigo anterior éstos no estaban disponibles, en ese sentido, solicita que se instruya al testigo que responda directamente a las preguntas del Ministerio Público, parte que se allana a dicha solicitud.

Continuando con su interrogatorio, el Ministerio Público consulta al testigo si dicha personalidad posesiva, obsesiva y manipuladora constituye un móvil suficiente para que hubiera viajado a Francia a matar a N.K..

La defensa objeta la pregunta, en atención a que dada su calidad de policía, el testigo no puede dar opinión de tipo médico psiquiátrico, ya que no es perito psicológico ni psiquiatra, ni ha hecho referencia a informes psicológicos del requerido. El Tribunal acoge la objeción, por cuanto el testigo debe responder sobre hechos, no opiniones.

El Ministerio Público pregunta al testigo respecto a la posibilidad que N.Z. hubiese extraído el cuerpo de N.K. y llevado al auto que se encontraba al exterior de la residencia. A ello responde que es perfectamente posible atendido a que estaba de noche y todo el mundo dormía. Indica además que las cámaras de video ubicadas en el acceso principal y en la parte de atrás del edificio son de mala calidad.

Responde que N.K. media 1 metro y 70 centímetros y que su cuerpo cabría en un Renault Scénic.

Consultado, indica que el 15 de diciembre de 2016 se hicieron tres ingresos a la su habitación. El primero por la policía francesa de una comisaría, quienes hicieron una constatación somera. Luego, alrededor de las 20.00 horas entró la policía judicial para hacer una investigación más técnica. Para más tarde, en el último ingreso, evaluar los detalles,

como la ropa, los zapatos y cualquier otro importante, sabiendo en todo caso que la habitación había sido sellada y nadie más podía entrar.

El Ministerio Público pregunta por los objetos que pertenecían a N.K. y que no fueron encontradas en su habitación, a lo cual responde que faltaba una maleta, una frazada, el pasaporte y su teléfono, sin perjuicio que estaba el cargador de este último.

Señala que es difícil determinar el tamaño de la maleta desaparecida, dado que solo contaban con una fotografía de ésta. Sin embargo, atendidas las proporciones, es difícil imaginar que N.K. pudiese entrar en dicha maleta, por cuanto lo más probable es que haya sido llevada al automóvil envuelta en la frazada desaparecida.

En cuanto a los mensajes presuntamente enviados por N.K. con posterioridad al 5 de diciembre de 2016, indica el testigo que no conoce la cantidad exacta que fue enviada, pero sí que fueron remitidos a amigos franceses y japoneses, al profesor japonés, a su profesora de danza y a Arthur del Piccolo, más nunca al requerido. Añade que aquellos que intentaron contactar a N., recibieron respuestas anómalas y de manera bastante tardía.

Consultado señala que el día 6 de diciembre se compró un pasaje de tren para viajar de Besançon a Lyon con la cuenta bancaria japonesa de N.K., y que dicha compra se hizo desde un centro comercial de Dijon en donde se encontraba Z., según indica la dirección IP. Expone que en base a las declaraciones de los pasajeros, N.K. nunca tomó dicho tren.

Continúa con su declaración señalando que después de haber hecho una ida y vuelta a la residencia de N.K. el 1° de diciembre, el requerido compró en el trayecto de Besançon a Dijon, 5 litros de bencina, una caja de fósforos, detergente y cloro. Además, el 29 o 30 de noviembre, en cuanto llegó a Dijon, compró una tarjeta SIM con su tarjeta bancaria, a nombre de él pero dando una dirección falsa, tarjeta que permitió geolocalizar a N.Z..

El Ministerio Público consulta al Sr. Bourne respecto a una persona de etnia o características raciales africanas que habría sido mencionada en una declaración de un amigo de N.K. y si su participación en el homicidio fue descartada, a lo cual responde que efectivamente se reconoció a una persona de estas características, pero que todas las pistas fueron investigadas. En particular las relacionadas con Arthur Del Piccolo, quien fue el primer sospechoso. Éste último fue interrogado, se le hicieron escuchas y pesquisas a su teléfono y computadora. Señala que fue él quien los llevó hacia N.Z., diciendo que era celoso, posesivo, y que incluso le había pirateado su Facebook, lo que en un principio no fue tomado en cuenta, ya que parecía increíble que un chileno atravesara el océano para ir a asesinar a su polola.

Señala que, gracias a la localización del teléfono, supieron que N.K. cenó con un hombre en Ornans, a 35 kms. de Besançon, entre las 19 y las 22 horas. Luego toman conocimiento que el restaurant en Ornans fue pagado con una tarjeta bancaria chilena, momento en que los dichos de Arthur del Piccolo cobran relevancia. Después descubren que el requerido reservó el arriendo de un auto el 17 de noviembre, para ser usado por 15 días, entre el 30 de noviembre y el 7 de diciembre, contradiciendo las declaraciones de Z. y haciendo pensar que se había fijado fechas claves o límites para la acción.

Respecto a si Arthur del Piccolo quiso incriminar a N.Z. en el asesinato de N.K., el testigo

responde que ningún elemento permite concluir que él haya tenido alguna relación con el hecho y que se hicieron todas las constataciones para arribar a esa conclusión.

Sobre la posibilidad que la víctima haya desaparecido por voluntad propia, el Sr. Bourne señala que esa idea fue rápidamente abandonada ya que N. era una persona seria que no faltaba nunca a clases; además participaría muy próximamente en una gala de baile. Nunca le habló a nadie de partir de viaje. No se llevó su ropa, sus zapatos, ningún medio de transporte. La teoría del suicidio, por otro lado, no sería posible ya que N.K. era feliz con Arthur del Piccolo, tenían proyectos e iban prontamente a visitar a los padres de éste, además, nunca había hablado con nadie sobre el suicidio.

El Ministerio Público señala que en los antecedentes se encuentra la declaración espontánea que N.Z. presta ante Interpol Chile, en donde manifiesta que viajó a Europa para conocer universidades con el objeto de realizar actividades de postgrado. Luego, en Barcelona, indica que fue a Europa para participar en un seminario que se iba a realizar en la ciudad de Ginebra en reemplazo de un profesor que no pudo asistir. Consultado sobre si la policía francesa corroboró dichas declaraciones, el testigo indica que se trata de aseveraciones sin sentido. Explica que el requerido estuvo solo medio día en Ginebra y que luego se desplazó a Dijon y a Besançon. Dice que decidió ir a ver a N.K. cuando hizo una escala en Madrid, y que va a Besançon en tren. Lo cual sería falso, ya que el día 17 ya había hecho la reserva del automóvil en Dijon.

Continúa comentando que el requerido se detiene entre las 18.50 y las 19.50 horas en una zona boscosa que no representa ningún interés turístico, y que en esa época del año oscurece a las 16.30 horas. En su declaración dice que tira su teléfono en una acequia, en circunstancias que su seguimiento fue gracias a dicho teléfono, por tanto, siempre lo tuvo.

Le comenta al primo que vive en España que esa visita fue absolutamente imprevista y que comieron en un restaurant de Ornans porque no encontró ningún restaurant abierto en Besançon, siendo que en Besançon existen 220 restaurantes, y en Ornans solo 11.

Contra examinado por la defensa se le consulta al testigo si recuerda que se hayan encontrado recibos bancarios del BNP en la habitación de N., a lo cual el Sr. Bourne responde que sin perjuicio de no recordar dicha circunstancia, no se realizó ninguna operación a través de la cuenta en el BNP de N..

El testigo indica que Arthur del Piccolo declaró en varias oportunidades, y que si bien en su primera declaración dijo que N.K. tenía dos pares de botas idénticas, cambió su declaración luego que se le mostraran fotos del lugar, señalando que efectivamente no faltaba nada.

La defensa precisa al testigo que fue en la tercera declaración de Arthur, de fecha 19 de diciembre, donde éste menciona que N. tenía dos pares de botas, y consulta si existió una cuarta declaración en donde pudo haber cambiado su versión. A lo anterior, el testigo responde no conocer la fecha de la declaración, pero que fue en la declaración donde se les muestran los zapatos cuando rectificó su versión.

Consultado el testigo, éste señala que el señor del Piccolo mencionó un acontecimiento en donde tuvo celos de otro estudiante de nombre Florant Miné, pero que hay que tener

en cuenta que las costumbres japonesas son distintas a las nuestras y ella no veía nada de malo en ir a tomar una copa con un amigo.

La defensa recuerda al testigo la declaración de Ludobick Ranín. El Sr. Bourne indica que se trataba de un profesor que fue a cenar con N.K.. Consultado, agrega que Arthur del Piccolo se molestó con N. por haber salido a comer con el profesor, sobre todo porque él pensaba que cuando un profesor lleva a una persona a un restaurante de buena categoría, es porque tiene alguna intención detrás de ello. Sin embargo, eso no pasó a mayores debido a que siguieron en pareja y eran muy felices juntos.

Finalizada la recepción de la prueba testimonial se procede a recibir la prueba documental.

El Ministerio Público incorporó en la audiencia dos elementos documentales que son vistos y escuchados: (i) el video aportado por las autoridades francesas en su carpeta, que corresponde a un DVD, que contiene una grabación que hace el propio N.Z., en una plataforma informática que se llama Dailymotion, en que el se refiere de manera directa a N.K.. Z. habla en inglés y viene con subtítulos en castellano y en francés. Y (ii) la carta preparada por la familia de N.K. que fue enviada a través del consulado de Japón en Santiago, con fecha 28 de enero de 2020. La defensa también rindió en la audiencia su evidencia documental, consistente en:

Actas de la investigación desarrollada por la policía francesa:

Acta N° 00187/2016/00120, de fecha 16 de diciembre de 2016, y Acta N° 00187/2016/001028, de fecha 21 de diciembre de 2016, ambas confeccionadas por la Policía Judicial de Francia, en la traducción D1066, que es una respuesta de la sociedad telefónica SFR respecto al teléfono o al chip de teléfono adquirido por N.Z. en Francia, el cual, en lo que interesa, señala que el teléfono de N. no sale de Besançon hasta el día 06 de diciembre a las 08.01 de la mañana.

Tres Publicaciones en medios de prensa:

Noticia titulada “Etudiante disparue á Besançon: l’inquiétante vidéo du suspect chilien”, publicada en Le Parisien, con fecha 04 de enero de 2017. Aparece el rostro de N.Z., claramente.

Noticia titulada “Assassinat de N.: tout accuse son ancien petit ami chilien”, publicada en Le Parisien, con fecha 05 de enero de 2017. Aparecen dos fotos de N.Z..

Noticia titulada “N.: entre certitudes et mysteres, le point complet sur l’enquete”, publicada en Est Republicain, con fecha 11 de enero de 2017.

Set con fotografías, que en específico contiene:

Fotografía de la entrada a la residencia universitaria Rousseau de la Universidad Franche-Comté.

Fotografía de la salida de emergencia de la residencia universitaria Rousseau de la Universidad Franche-Comté.

Fotografía de la fachada posterior y salida de emergencia de la residencia universitaria Rousseau de la Universidad Franche-Comté.

Fotografía de la salida posterior de la residencia universitaria Rousseau de la Universidad Franche-Comté.

Fotografía de los estacionamientos de vehículos que encuentran ubicados fuera de las residencias universitarias Rousseau, Coubert y Thouret de la Universidad Franche-Comté.

Fotografía, desde un segundo ángulo, de los estacionamientos de vehículos que encuentran ubicados fuera de las residencias universitarias Rousseau, Coubert y Thouret de la Universidad Franche-Comté.

Fotografía de la cámara de seguridad y de foco de luz ubicado en los estacionamientos de vehículos que encuentran ubicados fuera de las residencias universitarias Rousseau, Coubert y Thouret de la Universidad Franche-Comté.

Fotografía de un foco de luz ubicado en los estacionamientos de vehículos que encuentran ubicados fuera de las residencias universitarias Rousseau, Coubert y Thouret de la Universidad Franche-Comté. Página 322

Capturas de pantalla:

Captura de pantalla realizada en Google Maps, en la que se encuentra fijada la ubicación de la comuna de Choisey, Francia.

Captura de pantalla realizada en Google Maps, en la que se encuentra fijada la ubicación de la comuna de Rahon, Francia.

Captura de pantalla realizada en Google Maps, en la que se puede ver la ubicación de los edificios de residencias universitarias Rousseau, Coubert y Thouret de la Universidad Franche-Comté.

Captura de pantalla realizada en Google Maps Street View, en que se ve la barrera de entrada a la residencia universitaria Rousseau de la Universidad Franche-Comté, ubicada en la Rue de l'Épitaphe.

Captura de pantalla realizada en Google Maps Street View, en que se observa una vista general a la entradas y estacionamientos de las residencias universitarias de la Universidad Franche-Comté.

Captura de pantalla realizada en Google Maps Street View, en que se observan los estacionamientos de las residencias universitarias de la Universidad Franche-Comté.

Captura de pantalla realizada en Google Maps Street View, en que se observan los estacionamientos el edificio de la residencia Thouret de la Universidad Franche-Comté.

Capturas de pantalla con las propiedades de archivo de las imágenes individualizadas en la letra C, todas las cuales dicen la fecha en que fueron sacadas: 29 de marzo de 2017.

La defensa renunció a las otras pruebas ofrecidas no mencionadas en el listado.

Finalizada la entrega de material de prueba por las partes es preguntado el requerido expresamente si desea prestar declaración, manifestando que desea hacer uso de su derecho a guardar silencio

Finalmente, en las alegaciones finales, el abogado del Ministerio Público reiteró que la solicitud de extradición cumple con todos los requisitos legales para ser concedida.

Por su parte la defensa, nuevamente expuso su argumentación en cuanto a que el pedido de extradición no cumple con los requisitos que exige el ordenamiento jurídico, toda vez que los antecedentes en que se funda no son serios y graves para justificar una acusación en contra de su representado.

### CONSIDERANDO:

1° Que cabe considerar que la extradición pasiva no constituye propiamente un juicio, pues no persigue acreditar la existencia del delito y determinar la persona del delincuente para imponerle una pena o absolverlo, sino que consiste en un mero “procedimiento” destinado a establecer la concurrencia de los requisitos que la hacen procedente, en lo relativo al sujeto extraditable, al delito y su naturaleza y a la extensión de la sanción aplicable.

2° Que entre la república de Chile y la de Francia no existe tratado de extradición, de modo que de conformidad a lo que señala el artículo 449 letra b) del Código Procesal Penal procede invocar, los principios de Derecho Internacional, conforme a los cuales la extradición es un instituto de cooperación internacional destinado a evitar la impunidad de determinados delitos y asegurar el castigo de sus responsables por el Estado requirente.

3° Que tales principios se encuentran claramente manifestados en la Convención de La Habana de 20 de febrero de 1928 que aprobó el Código de Derecho Internacional Privado y en la Convención de la 7ª Conferencia Internacional Americana, ratificada por Chile el 2 de julio de 1935, como, asimismo, en los tratados bilaterales suscritos sobre la materia por diversos países y en la doctrina sustentada por la generalidad de los tratadistas. (S.C.S. roles 29.402, de 25 de noviembre de 1992, 2221-2000, de 17 de julio de 2001 y 1548-2005, de 24 de mayo de 2005).

4° Que en conformidad a los principios mencionados precedentemente la extradición está regulada por los siguientes requisitos: a) que se trate de un hecho que revista caracteres de un delito tanto en la legislación del país requirente como en la del país requerido; b) que el delito tenga asignada una pena privativa de libertad de un año como mínimo; c) que se trate de un delito actualmente perseguible en términos de existir decreto de aprehensión o prisión pendiente; d) que la acción penal o la pena no se encuentren prescritas; e) que el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho; y f) que no se refiera a un delito político o conexo con alguno de éstos.

5° Que para fundamentar la solicitud de extradición, Francia acompaña el texto de la solicitud de extradición propiamente tal (Referencia N° de fiscalía: 16-351-81 - N° de instrucción: 3-16-48), que señala: (a) individualiza al requerido N.Z.C. (fecha de nacimiento, sexo, nacionalidad chilena y último domicilio); así como también los nombres y domicilios de sus padres; (b) la calificación jurídica de los hechos, esto es, homicidio voluntario con premeditación de N.K., en calidad de autor, penado con reclusión criminal a perpetui-

dad, según prevén los preceptos ya enumerados; (c) los datos del magistrado emisor de la solicitud, Fiscal de la República ante el Tribunal de gran instancia de Besançon, señor Étienne Manteaux; (d) un resumen del procedimiento realizado; (e) la regla de prescripción de la acción pública: un plazo de 20 años contados desde el último acto de investigación realizado (artículo 7 del Código Procesal Penal francés); y (f) un detallado relato de los hechos, que resume el conjunto de las investigaciones realizadas en seis apartados (del N° I al VI) y que son comendas al final (en el N° VII), en una síntesis de los elementos que fundan los cargos y la procedencia de la extradición de N.Z..

6° Que las normas pertinentes a aplicar de acuerdo con la fecha de los hechos imputados son aquellas contempladas en el Código Procesal Penal, artículos 440 y siguientes y, en particular, el artículo 449, inciso final que autoriza recurrir a los tratados vigentes y, a falta de estos, a los principios del Derecho Internacional. En este sentido el Código de Derecho internacional Privado o de Bustamante, constituye una norma obligatoria para nuestra República en todo lo que no resulte contrario a la legislación nacional, a los que se ha hecho referencia precedentemente.

7° Que, en cuanto al requisito formal, la norma que lo regula es el artículo 440 del Código Procesal Penal, estimándose cumplido este requisito al haberse hecho llegar la solicitud por vía diplomática a través de la Embajada de Francia en Chile, dirigida a la Dirección General de Asuntos Jurídicos, del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante nota 0693638, de fecha 15 de noviembre de 2019, la que a su vez remitió mediante oficio N° 5413, de 21 de noviembre de 2019 a esta Corte, todos los antecedentes formales.

Asimismo, el artículo referido declara procedente para Chile una petición de extradición pasiva, cuando se trate de individuos que se encontraren en territorio nacional y que en el país requirente estuvieren imputados de un delito o condenados a una pena privativa de libertad superior a un año.

8° Que, por su parte, en lo concerniente a la normativa nacional aplicable, el artículo 449 del Código Procesal Penal dispone que el tribunal concederá la extradición si estimare comprobada la existencia de las siguientes circunstancias:

- a.- La identidad de la persona cuya extradición se solicita.
- b.- Que el delito que se le imputa o aquél 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 del 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.

9° Que analizando la concurrencia de las circunstancias que exige el artículo 449 del Código Procesal Penal, cabe señalar que en cuanto a la exigencia de la letra a) esto es, sobre la identidad del requerido, la solicitud de extradición acompaña todos los datos filiatorios, la identificación completa del requerido, su nombre, fecha de nacimiento y además se acompañan los antecedentes entregados por la Oficina Central de Interpol Santiago, que contienen su fotografía, huellas dactilares, y su asistencia a las audiencias del artículo 448 del Código citado, de lo cual no cabe duda que es la persona requerida por la justicia francesa.

10° Que respecto al artículo 449 la letra b) del señalado cuerpo legal que exige que el delito sea de aquellos extraditables, aquí se debe aplicar los principios generales del derecho, debiendo cumplir una serie de características:

- 1.- Que el delito sea incriminable a cualquier título en las legislaciones de ambos estados, requirente y requerido, lo que se conoce como principio de doble incriminación.
- 2.- Que tenga asignada una pena mínima de un año de privación de libertad.
- 3.- Que el Estado requirente tenga jurisdicción y competencia para conocer de los hechos por los cuales se solicita la extradición.
- 4.- Que no se trate de un delito político o conexo a un delito político.
- 5.- Que la acción penal o la pena, en este caso la acción penal no se encuentre prescrita.
- 6.- Que no haya cosa juzgada y que no exista un juzgamiento paralelo por los mismos hechos en el estado requirente o requerido.
- 7.- Que, el delito no vaya a ser conocido por tribunales de excepción, ad hoc o que se trate de un delito militar.

11° Que en relación a este caso el delito imputado por la justicia francesa es el de homicidio voluntario con premeditación conocida de la ciudadana japonesa de 21 años N.K. y luego haber escondido su cuerpo, de manera tal que nunca fuera encontrado por las autoridades judiciales, delito previsto y sancionado en los artículos 221 N° 1, 221 N° 3, párrafo 1, 221 N° 8, 9, 11 y 132 N° 72 del Código Penal Francés. La pena asignada a este delito es la de reclusión a perpetuidad.

En nuestra legislación, sería constitutivo de un delito de homicidio calificado cometido con premeditación conocida, tipificado en el artículo 391 N° 1, circunstancia quinta del Código Penal, que tiene asignada la pena de presidio mayor en su grado máximo, es decir de 15 años y un día, a la de presidio perpetuo.

Con lo cual se entiende cumplido el principio de doble incriminación y pena mínima.

12° Que en cuanto a la prescripción, los hechos por los cuales se le imputa autoría ocurrieron entre 1 y el 6 de diciembre de 2016. En Francia, país en que la prescripción de la acción penal para un delito de esa especie es de un plazo no menor a diez años, por lo tanto, no se encuentra prescrita, y en Chile, la prescripción de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 94 del Código Penal, no sería menor de 10 años, hasta 15 años si se tratare de la pena de presidio perpetuo que se asigna al homicidio calificado. Por lo tanto, ni en Francia ni en Chile la acción penal se encuentra prescrita.

13° Que, respecto de la jurisdicción del Estado requirente, Francia la ha ejercido en base al principio de territorialidad, consagrado en su legislación; un tribunal francés ha decretado órdenes de arresto y ha solicitado formalmente la extradición.

14° Que no se trata de un delito político, ni conexo a un delito político, pues carece de motivaciones políticas. Es un crimen motivado por intereses privados.

15° Que respecto de la cosa juzgada, no existe en Chile ningún juzgamiento, ni investiga-

ción por estos mismos hechos y en Francia, la única investigación que está vigente es la que motiva el pedido de extradición y en consecuencia no hay ningún tipo juzgamiento previo.

16° Que sobre la naturaleza del delito, no es un delito militar, tanto el presunto autor como la víctima, ostentan la naturaleza de civiles y el delito tampoco tiene algún interés militar por lo tanto no se trata de un delito de esas características.

17° Que finalmente la solicitud de extradición lo es para que las autoridades competentes civiles y ordinarias y no para que tribunales de excepción o tribunales ad hoc juzguen estos hechos en la República Francesa. Es el tribunal de apelación de gran instancia de Besançon quien pide la extradición para juzgarlo en esa sede jurisdiccional.

18° Que en consecuencia, se cumplen con todos los requisitos establecidos en la letra b) del artículo 449 del Código Procesal Penal de acuerdo con los principios generales de derecho internacional.

19° Que en cuanto a si se cumple o no el requisito de la letra c) del artículo 449 del Código Procesal Penal que señala que “Se concederá la extradición si es que existen antecedentes suficientemente serios, graves y concordantes que pudiese presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen”.

En este caso, la ley se pone en una situación hipotética, en cuanto a que, si los hechos hubiesen ocurrido en Chile y un Fiscal del Ministerio Público, hubiera agotado la investigación, se hubiese presentado acusación. así el estándar que señala esta norma es el de acusación. No se pretende que los antecedentes permitan condenar al imputado lo que sólo podría verificarse solo en un juicio seguido en su contra.

Teniendo en consideración esta situación, el artículo 449, letra c) del Código Procesal Penal, se remite al artículo 248 del Código Procesal Penal, el que señala es que los antecedentes deben ser serios, convincentes y graves para sostener la acusación, sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva en el juicio de culpabilidad respectivo.

Lo que se procura en un juicio de extradición, y así lo ha señalado reiteradamente nuestra jurisprudencia, es que si se cumplen los requisitos legales para determinar si la persona requerida debe ser extraditada o no, el estándar es de acusación y no de condena, es decir que si se cumple con los requisitos de los principios generales de derecho, se pueda llegar a determinar que procede o no la extradición, para que sean los tribunales del estado requirente, en este caso la República Francesa, los que tengan que juzgar propiamente y determinar si procede o no una condena, y si procede condena, cuál será la pena aplicable.

20° Que, para estos efectos, los antecedentes investigativos presentados por Francia incluyen: declaraciones de múltiples testigos, mapas, fotografías, una serie de diligencias que fueron realizadas por la policía y por la fiscalía francesa, todos esos antecedentes, proporcionan fundamentos serios que nos lleva a concluir que el estándar de acusación y por ende el requisito de cumplir con lo dispuesto en el artículo 449 letra c), se halla satisfecho.

21° Que N.Z. y N.K. se conocen en Japón en octubre de 2014 e inician una relación senti-

mental. Esta se prolonga en el tiempo, llegando ella a visitar Chile siendo presentada a los padres de N., lo que se verifica entre septiembre y octubre de 2015.

N. regresa a Chile para continuar sus estudios universitarios en la Universidad de Chile en mayo de 2015 hasta inicios de abril de 2016, cuando regresa a Japón para volver nuevamente a Chile el 9 de octubre de 2016.

N. viaja a Francia en agosto de 2016, donde obtuvo una beca para estudiar idiomas, radicándose en la ciudad de Besançon. Estando allí ella pone fin a la relación afectiva que mantenía con N., en octubre de 2016. Luego inicia una nueva ración con un francés llamado Arthur del Piccolo. N., desde Japón le envía innumerables mensajes para que ponga fin a la relación con el francés. Sube a las redes sociales un video en que le señala que ha hecho cosas malas por las que debe pagar; le da un plazo para arreglar la situación.

A N. se lo describe como una persona inteligente, posesiva y celosa. No soporta la ruptura e intentar conquistarla.

Sale de Chile N. rumbo a Europa el 28 de noviembre de 2016, con destino a Madrid y desde allí a Ginebra, no sin antes haber arrendado un auto que le sería entregado en la ciudad de Dijon el 30 de noviembre de 2016 para utilizarlo hasta el 7 de diciembre de ese año.

Retira el automóvil en esa ciudad el 30 de noviembre y se dirige a Besançon donde estudia N.. Hay un continuo desplazamiento hacia esa ciudad, como también a las zonas boscosas próximas a la ciudad. Ello aparece registrado por el GPS con que está equipado el automóvil. Es visto en las inmediaciones de la residencia donde ella se hospeda el 1° de diciembre, lo mismo el 2 de diciembre cuando en horas de la tarde es sorprendido por otros estudiantes al interior de la residencia en dos oportunidades. Ese mismo día hay registros del uso de su tarjeta de crédito en esa ciudad. Lo mismo ocurre el 3 de diciembre.

El 4 de diciembre se encuentra personalmente con N. y la invita a cenar dirigiéndose ambos a la ciudad de Ornans. Regresan a la residencia de N. en Besançon donde pasan a la habitación de ella, lugar donde según el dicho de N. mantiene relaciones sexuales. Más tarde él señala haberse retirado. El automóvil arrendado por N. no registra movimiento desde que llega a la residencia de N. sino hasta el 6 de diciembre 2019 en la madrugada.

Varios testigos, todos ellos estudiantes y residentes del edificio manifiestan haber oído alrededor de las tres de la madrugada unos gritos aterradores y un golpe seco como en la pared. Manifiestan no haber indagado mayormente el origen del mismo puesto que los gritos cesaron.

Desde el 5 de diciembre de 2016 en adelante el paradero N. es absolutamente desconocido. Nadie la ha visto ni ha tenido contacto real con ella.

N. devuelve el automóvil arrendado, y se dirige a España, alojándose algunos días en casa de un pariente en la ciudad de Barcelona. En las conversaciones con su primo relata no haber visto N. desde hace mucho tiempo.

Revisada posteriormente la habitación de N. por la policía esta se encontraba ordenada. Al interior de esta estaba su cartera, su tarjeta bancaria, la suma de €565, su compu-

tadora, su agenda, su tarjeta de descuento para ser utilizada en los trenes franceses, también su abrigo y sus zapatos. Les llama la atención a los policías que no sería posible abandonar el lugar sin abrigo y zapatos puesto que en esa época ya comienza el invierno y hace mucho frío. Lo único que faltaba en la habitación es una maleta y una frazada.

Después de la desaparición de N. tanto su madre como su hermana, así como Artur del Piccolo señalan haber recibido mensajes desde la cuenta de redes de N., pero el lenguaje utilizado les pareció extraño. A lo anterior cabe señalar que en una época precedente N. solicitó a unas amigas japonesas traducir frases del inglés al japonés tales como “tengo nuevo novio”, “me voy sola”, mismas que aparecen incluidas en mensajes como si fueran escritos por N.. Les llama la atención que los textos que reciben tienen errores gramaticales, de lo que deducen que tales textos no son de la mano de N.. A lo anterior cabe agregar que las mismas personas que hicieron las traducciones expresan que N. las contactó para que borrarán de sus comunicaciones la petición que les había hecho de traducir frases, y que le mandaran pruebas de que lo habían realizado.

También con posterioridad aparecen unas compras realizadas con la tarjeta de N., con la que se compró un pasaje de Besançon a Lyon. Se constató que ella nunca utilizó tal pasaje. La compra de éste se realizó desde un centro comercial en la ciudad de Dijon, mismo centro en el cual se registran minutos después una compra de objetos con la utilización de la tarjeta de crédito N.. A familiares comunicó que estaría en Lyon por problemas de su pasaporte, a lo que señalan que ello no es así por cuanto en esa ciudad no hay consulado Japonés, solo una oficina comercial. El consulado está en Estrasburgo.

A lo anterior cabe agregar los constantes desplazamientos del automóvil arrendado por N. por zonas boscosas, no habitadas, y de escaso interés turístico en el invierno.

22° Que con todos los antecedentes anteriormente reseñados y pormenorizados en la parte expositiva es la sentencia es posible estimar que existen antecedentes con fundamento serio, cierto y grave, que permiten sostener que la última persona que estuvo con N. fue N.. Después de ello ella desaparece. Mantuvieron una relación afectiva que terminó de mala manera tiempo antes, ruptura que no fue aceptada por N., dado los términos en que se refieren los múltiples mensajes que le dirigió. A ello cabe agregar los múltiples desplazamientos que realizaba en Besançon antes de encontrarse con N., como asimismo su conducta después de su desaparición, lo que permite concluir que con tales antecedentes se había dictado una acusación en contra del requerido como autor del ilícito de homicidio calificado.

23° Que lo alegado por la defensa en el sentido de que no hay antecedentes suficientes para ello, especialmente por la circunstancia de no haber sido hallado cadáver, ni vestigios de este, cabe señalar que de acuerdo con lo que dispone el Código Procesal Penal chileno y disposiciones procesales francesas, es posible probar la muerte de una persona no sólo mediante la presencia de su cadáver, sino que por los demás medios de prueba que franquea la ley.

Por estas consideraciones y visto, además lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes del Código procesal penal y lo establecido en las disposiciones legales de la Convención sobre extradición suscrita en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay,

el 26 de diciembre de 1933 y del Código de Derecho Internacional Privado, citadas en la parte considerativa de esta sentencia y la aplicación de los principios generales de derecho internacional se declara.

Se acoge la solicitud de extradición pasiva presentada por la República Francesa, respecto del ciudadano chileno N.H.Z.C., para los efectos de ser juzgado por del delito de homicidio voluntario con premeditación en contra de la persona de N.K., perpetrado entre los días 4 y 6 de diciembre de 2016, delito previsto y sancionado en los artículos 221 N° 1, 221 N° 3, párrafo 1, 221 N° 8, 9, 11 y 132 N° 72 del Código Penal Francés.

Ejecutoriada que sea esta sentencia, póngase al requerido a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores para ser entregado al país solicitante.

Regístrese, notifíquese y, en su oportunidad, archívese.

Rol N° 4008-2017.

Dictada por el ministro de la Corte Suprema de Justicia, don Jorge Dahm Oyarzun.

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

# ¿EXTRADICIÓN FUNDADA EN “CORTESÍA INTERNACIONAL”? COMENTARIO A SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA ROL 39.598-2020

Antonio Segovia Arancibia<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 18 de mayo de 2020 la Sala Penal de la Corte Suprema, conociendo de un recurso de apelación interpuesto por la defensa del requerido, confirmó, por unanimidad, la sentencia dictada en primera instancia por el Ministro Sr. Jorge Dahm Oyarzún, en virtud de la cual accedió a un pedido de extradición formulado por la República Francesa<sup>2</sup>; todo ello en el marco de un proceso de extradición pasiva<sup>3</sup> gobernado domésticamente por las disposiciones contenidas en los artículos 440 y siguientes del Código Procesal Penal.

El Estado requirente solicitaba, en síntesis, la entrega del ciudadano chileno N.H.Z.C., con la finalidad de que fuera juzgado<sup>4</sup> por las autoridades competentes francesas por su presunta participación en calidad de autor de un delito consumado de homicidio con premeditación, cometido en contra de la ciudadana japonesa N.K. Los hechos habrían

<sup>1</sup> Abogado, Director de la Unidad Especializada en Cooperación Internacional y Extradiciones, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

<sup>2</sup> Sentencia de fecha 2 de abril de 2020, Rol N° 4008-2017.

<sup>3</sup> La extradición es pasiva cuando se evalúa desde la perspectiva del Estado requerido, es decir, aquel en cuyo territorio se encuentra la persona buscada. Será activa, entonces, cuando el análisis parte del Estado requirente, aquel que solicita la extradición a otro Estado. Vid., en general, UNODC, *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*, Viena, 2012. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual\\_Legal\\_Assistance\\_Ebook\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_S.pdf). [fecha de consulta: 25 de agosto de 2020].

<sup>4</sup> Configurándose así un proceso de extradición con fines de juzgamiento, en oposición al proceso de extradición cuya finalidad es el cumplimiento de una sentencia definitiva condenatoria. Vid., por ejemplo, Naciones Unidas, *Informe del grupo de trabajo oficioso de expertos sobre las mejores prácticas de extradición*, 2004. Disponible en: [https://www.unodc.org/pdf/ewg\\_report\\_extraditions\\_2004.pdf](https://www.unodc.org/pdf/ewg_report_extraditions_2004.pdf). [fecha de consulta: 25 de agosto de 2020].

ocurrido en la ciudad de Besancon, Francia, a comienzos de diciembre del año 2016.

Una de las cuestiones jurídicas debatidas durante el proceso, aunque con mayor profundidad en segunda instancia, consistió en determinar las bases o fundamentos normativos del pedido de extradición. En efecto, ante la ausencia de un tratado bilateral o multilateral vigente entre Chile y Francia que regulara sus relaciones extradicionales en este caso concreto, la defensa sostuvo que debía analizarse si podía aplicarse el principio de reciprocidad como única alternativa fundante del proceso de extradición. En su concepto, no se daban los presupuestos necesarios para que el Estado requirente pudiera garantizar reciprocidad a futuro y, en consecuencia, ante la falta de fundamento o base jurídica de la solicitud, esta debía necesariamente decaer.

La sentencia de la Sala Penal que se comentará en lo sucesivo, sin embargo, determinó que, frente a la ausencia de un instrumento internacional positivo vigente, el principio de reciprocidad no es el único aplicable para fundar un requerimiento de extradición; y que, en este caso concreto, la petición se formula con base al principio de cortesía internacional que nuestra legislación sí permite valorar como base legal de la petición del Estado requirente. Agrega, además, que se trata de principios o bases orientadoras simplemente, que en ningún caso pueden primar por sobre los principios de cooperación internacional y justicia –no impunidad de delitos de cierta gravedad–, que rigen los procesos de extradición.

Se comenzará con un breve análisis, en lo pertinente al presente trabajo, del fallo de primera instancia, para luego analizar con mayor detalle la decisión de la Sala Penal en relación a los fundamentos normativos de la extradición en particular, para así concluir valorando la decisión de la Corte, especialmente desde la perspectiva del derecho chileno.

## II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En la sentencia de primera instancia, el Ministro Instructor Sr. Dahm tiene por cumplidos todos los requisitos necesarios para acceder al pedido de extradición, y establecidos a nivel normativo en el plano doméstico e internacional, los cuales analiza pormenorizada e individualmente. Comienza la explicación de su razonamiento advirtiendo, como ya era sabido, que entre las Repúblicas de Chile y Francia no existe tratado bilateral de extradición vigente que regule la materia, y el tipo de delito tampoco hacía posible la invocación por parte del Estado requirente de alguna convención multilateral que permitiera servir de base subsidiaria<sup>5</sup>, sin perjuicio de lo cual “(...) de conformidad a lo que señala el artículo 449 letra b) del Código Procesal Penal procede invocar, los principios de Derecho Internacional...”<sup>6</sup>.

A nivel formal, estudia el fallo los requisitos contemplados en el artículo 440 del Código

5 Como por ejemplo la Convención Europea de Extradición, de la cual el Estado de Chile no es Parte; o la aplicación de alguna de las Convenciones multilaterales *temáticas* existentes a nivel de Naciones Unidas que contienen estatutos de extradición, como aquella en materia de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Viena, 1988); delincuencia organizada transnacional y sus protocolos en materia de trata de personas, tráfico ilícito de migrantes y tráfico ilícito de armas (Palermo, 2000); corrupción (Mérida, 2003); entre otras, que no regulaban el delito específico materia del proceso y, por lo tanto, no podían servir de fundamento jurídico al pedido.

6 Sentencia de 2 abril, ob. cit., considerando 2°.

Procesal Penal, única norma que a nivel nacional regula la materia, y en consecuencia aplicable al caso concreto ante la ausencia, como se dijo, de un tratado o convención bilateral o multilateral que gobernara normativamente el proceso. Tiene por cumplido el contenido de la disposición, en la medida en que constata que la solicitud de extradición fue tramitada por canales diplomáticos: la Embajada de Francia en Chile remitió el expediente mediante Nota Diplomática a la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, la que a su vez lo hizo llegar mediante oficio a la Corte Suprema, para así iniciar su tramitación. En el mismo considerando, aprovecha el fallo de tener por cumplidos las otras exigencias del artículo 440, aunque no propiamente formales: la circunstancia de que el requerido se encuentre en territorio nacional y que sea buscado por un delito de cierta gravedad (que tenga asignada una mínima penalidad)<sup>7</sup>.

Luego, entra de lleno en el estudio de los requisitos establecidos en el artículo 449 del Código Procesal Penal, norma que establece tres condiciones necesarias para que se acceda a un pedido de extradición<sup>8</sup>. Da por satisfecha aquella exigida en la letra a) de la disposición en comento, esto es, que se encuentre comprobada la identidad de la persona cuya extradición se solicita, valorando los antecedentes filiatorios, fotografías, huellas dactilares y demás acompañados en el expediente de extradición, a lo cual se agrega la circunstancia de que el requerido asistió a todas las audiencias del proceso siendo notificado con los datos aportados por el requirente y sin nunca cuestionar que no fuera efectivamente la persona requerida por la República Francesa<sup>9</sup>.

En relación al requisito contemplado en la letra b) del artículo 449, esto es, que el delito que se imputa o aquel por el cual hubiera sido condenado sea de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes o, a falta de estos, en conformidad con los principios del derecho internacional, el análisis es algo más complejo. En efecto, ante la imposibilidad de aplicar un tratado internacional vigente para verificar la extraditabilidad del delito, nuestra legislación dispone que deben utilizarse los denominados principios generales de derecho internacional. Tales principios se extraen, como el propio fallo reconoce, de dos instrumentos jurídicos vinculantes para el Estado de Chile: la Conven-

<sup>7</sup> Sentencia de 2 de abril, ob. cit., considerando 7°. El artículo 440 del Código Procesal Penal dispone: "Artículo 440.- *Procedencia de la extradición pasiva. Cuando un país extranjero solicitare a Chile la extradición de individuos que se encontraren en el territorio nacional y que en el país requirente estuvieren imputados de un delito o condenados a una pena privativa de libertad de duración superior a un año, el Ministerio de Relaciones Exteriores remitirá la petición y sus antecedentes a la Corte Suprema*".

<sup>8</sup> Artículo 449: "**Fallo de la extradición pasiva.** 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 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".

<sup>9</sup> Sentencia de 2 de abril, ob. cit., considerando 9°.

ción de La Habana, o Código de Derecho Internacional Privado<sup>10</sup>, y la Convención de Extradición de Montevideo<sup>11</sup>, según los cuales el delito será extraditable en la medida que: i) sea imputable a cualquier título en las legislaciones de ambos Estados involucrados en el proceso (principio de doble incriminación); ii) que tenga asignada una pena mínima de un año de privación de libertad (principio de mínima gravedad); iii) que el Estado requirente tenga jurisdicción y competencia para conocer los hechos que motivan el pedido de extradición; iv) que no se trate de un delito político o conexo a un delito político; v) que la acción penal o la pena no se encuentren prescritos; vi) que no exista cosa juzgada ni tampoco un juzgamiento paralelo por los mismos hechos en cualquiera de los dos Estados; vii) que el delito no vaya a ser conocido por tribunales de excepción, ad hoc o se trate de un delito militar<sup>12</sup>.

Cabe destacar que la doctrina así descrita, esto es, aquella según la cual los principios generales se extraen de los instrumentos internacionales señalados, y que se manifiestan en esencia en los requisitos enunciados, ha tenido amplio y antiguo reconocimiento en la jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>13</sup>. Sentado lo anterior, entonces, el fallo continúa verificando, de modo positivo, que en el caso bajo juzgamiento se cumplen cada una de las exigencias derivadas de la aplicación de los principios generales (los hechos son incriminados en las legislaciones de ambos Estados, tienen asignadas una pena mayor a la de un año de privación de libertad, la acción penal no se encuentra prescrita, etc.)<sup>14</sup>.

Finalmente, la sentencia se dedica a discurrir sobre si los antecedentes aportados por el Estado requirente colman el estándar establecido en la letra c) del artículo 449 del Código Procesal Penal, esto es, si permitieren presumir que con ellos en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los mismos hechos. En el presente caso se trató sin duda del aspecto más debatido durante el proceso, en tanto las autoridades francesas nunca pudieron encontrar el cuerpo de la víctima. La prueba de su muerte producida por la acción premeditadamente homicida del requerido, en consecuencia, debió construirse tanto en Francia como en nuestro país fundamentalmente de modo indiciario, teniendo siempre en cuenta la naturaleza especial del proceso de extradición. Como apunta el Ministro Dahm: “Lo que se procura en un juicio de extradición, y así lo ha señalado reiteradamente nuestra jurisprudencia, es que si se cumplen los requisitos legales para determinar si la persona requerida debe ser extraditada o no, el estándar es de acusación y no de condena, es decir que si se cumple con los requisitos de los princi-

<sup>10</sup> Convención de Derecho Internacional Privado, suscrita en La Habana, Cuba, el 20 de febrero de 1928. Promulgada por Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 374, del 10 de abril de 1934, publicado en el Diario Oficial con fecha 25 de abril de 1934.

<sup>11</sup> Convención sobre extradición suscrita en Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 26 de diciembre de 1933. Promulgada por Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 942, del 6 de agosto de 1935, publicado en el Diario Oficial con fecha 19 de agosto de 1935.

<sup>12</sup> Sentencia de 2 de abril, ob. cit., considerando 10°. Cabe destacar que el Ministro Dahm también entiende que los principios generales así enumerados tienen su fuente en los tratados bilaterales suscritos por “diversos países” y en la “(...) doctrina sustentada por la generalidad de los tratadistas”, ibid., considerando 3°.

<sup>13</sup> A la jurisprudencia citada en el propio fallo en el considerando 3° cabría agregar, a modo ejemplar, las siguientes: sentencias de la Corte Suprema de fecha 9 de julio de 2012, Rol N° 8684-2011; 10 de enero de 2012, Rol N° 9471-2011; 2 de mayo de 2016, Rol N° 37531-2015.

<sup>14</sup> Sentencia del 2 de abril, ob. cit., considerandos 11° a 18°.

pios generales de derecho, se pueda llegar a determinar que procede o no la extradición, para que sean los tribunales del estado requirente, en este caso la República Francesa, los que tengan que juzgar propiamente y determinar si procede o no una condena, y si procede condena, cuál será la pena aplicable”<sup>15</sup>. Y en relación a la ausencia del cadáver indica: “Que lo alegado por la defensa en el sentido de que no hay antecedentes suficientes para ello, especialmente por la circunstancia de no haber sido hallado cadáver, ni vestigios de este, cabe señalar que de acuerdo con lo que dispone el Código Procesal Penal chileno y disposiciones procesales francesas, es posible probar la muerte de una persona no sólo mediante la presencia de su cadáver, sino que por los demás medios de prueba que franquea la ley”<sup>16</sup>.

De esta forma, la sentencia de primera instancia no analiza con mayor detalle las consecuencias de la ausencia de un tratado bilateral o multilateral de extradición que sirva de fundamento normativo al proceso, más allá de la constatación de aquello y de la aplicación de los principios generales de derecho internacional para el estudio en sede de extraditabilidad del delito invocado. La única mención genérica al respecto la formula en el considerando 2° cuando, a propósito de la inexistencia de tratado y aplicación de los principios, agrega que conforme a éstos “(...) la extradición es un instituto de cooperación internacional destinado a evitar la impunidad de determinados delitos y asegurar el castigo de sus responsables por el Estado requirente”<sup>17</sup>. Es el fallo de segunda instancia, en definitiva, el que aborda de lleno la cuestión.

### III. LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN SEGUNDA INSTANCIA

#### El fallo y sus argumentos centrales

Como se apuntó precedentemente, conociendo de un recurso de apelación deducido por la defensa del requerido en contra de la sentencia de primera instancia, la Sala Penal de la Corte Suprema, con fecha 18 de mayo de 2020, confirmó el fallo apelado de forma unánime. En relación a la ausencia de instrumentos internacionales aplicables, desestimó las alegaciones de la defensa que en esencia postulaban que a falta de tratado vigente cabría analizar únicamente si se daban o no los presupuestos exigidos por el principio de reciprocidad, que en el caso concreto no se encontraban presentes pues Francia había solicitado a Chile la extradición de un ciudadano chileno, en circunstancias que la legislación francesa no permite la extradición de connacionales franceses<sup>18</sup>. Le estaría vedado a Francia, en estas condiciones, ofrecer reciprocidad alguna pues sería incapaz de acceder a un pedido de extradición que formulara el Estado de Chile en contra de un ciudadano francés. Sin tratado y sin reciprocidad, en esa lógica, no había sustento nor-

<sup>15</sup> Sentencia del 2 de abril, ob. cit., considerando 19°.

<sup>16</sup> Ibíd., considerando 23°.

<sup>17</sup> Ibíd., considerando 2°.

<sup>18</sup> Vid., artículo 696-2 del Código Procesal Penal francés. Disponible en: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=536C4FBB48886303DCD7955423BFEF67:tplgfr315\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006167511&cidTexte=LEGI-TEXT000006071154&dateTexte=20200902](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=536C4FBB48886303DCD7955423BFEF67:tplgfr315_2?idSectionTA=LEGISCTA000006167511&cidTexte=LEGI-TEXT000006071154&dateTexte=20200902). [fecha de consulta: 26 de agosto de 2020].

mativo alguno de la solicitud de extradición, la que en consecuencia debía ser rechazada.

La Corte desestima el planteamiento de la recurrente bajo dos grandes categorías de análisis: la irrelevancia de la nacionalidad del requerido en el marco de los procesos extradicionales, en particular bajo las consideraciones del principio de reciprocidad; y la circunstancia de que existen otros principios que, además de la reciprocidad, pueden servir de fundamento a los pedidos de extradición.

En relación a la nacionalidad, señala la Corte: “Que, en lo atinente a las peticiones finales de la defensa, referidos a los cuestionamientos formulados por la recurrente, respecto a la obligación de su entrega, atendido el principio de reciprocidad, resulta atinente destacar, sobre este punto, que se trata más bien de un principio orientador y que la ley nacional, al igual como ocurre con la mayoría de los países, no contiene disposición constitucional o legal que prohíba la extradición de nacionales y si bien dentro de la evolución histórica de la institución de la extradición, en un primer momento primó la idea de no entregar a los nacionales vía extradición, fundada en razón de desconfianza en los tribunales extranjeros, o la falta de posibilidad de defenderse del extraditado, en la actualidad esa tesis ha perdido fuerza y se ha ido uniformando la doctrina en el sentido de considerar como injustificadas las razones invocadas para no concederla”<sup>19</sup>.

Como señala el fallo, la doctrina según la cual la nacionalidad del requerido cumple un rol relevante en la decisión sobre su extradición o no, ha ido perdiendo fuerza<sup>20</sup>. En nuestro país, además, no existe prohibición constitucional ni legal que impida la entrega de nacionales a otros Estados, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en lugares como Francia. Con este pronunciamiento, además, los jueces dejan entrever que existen otras razones más importantes, que superan las objeciones que pueda plantear la nacionalidad del imputado, que deben tenerse en cuenta al momento de resolver un pedido de extradición. Estas dicen relación con los principios de cooperación internacional y no impunidad que luego desarrollan en los considerandos siguientes a propósito, justamente, de las bases normativas del proceso<sup>21</sup>.

Esta línea argumental, por último, es interesante pues por regla general, si la extradición de una persona es denegada exclusivamente en razón de su nacionalidad, el Estado requerido asume la obligación de juzgar él mismo los hechos materia del proceso, bajo la máxima *aut dedere aut judicare*: extraditar o juzgar. La Corte pareciera sugerir, entonces, que es el lugar donde ocurrieron los hechos y deba llevarse adelante el juicio respectivo

<sup>19</sup> Sentencia de fecha 18 de mayo de 2020, ob. cit., considerando octavo.

<sup>20</sup> Para una visión general en el ámbito europeo, vid. CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. *An introduction to international criminal law and procedure*. Tercera edición, Reino Unido, Cambridge University Press, 2014, págs. 102-103.

<sup>21</sup> Existen dos sentencias previas, ejecutoriadas, en las cuales se ha accedido a peticiones de extradición de la República Francesa en iguales condiciones (sin existir tratado vigente aplicable): sentencia de fecha 10 de enero de 2012, Rol N° 9471-2011, y sentencia de fecha 9 de agosto de 2011, Rol N° 4282-2011, ambas de la Corte Suprema (en primera o segunda instancia). En este último caso, además, Francia pidió la extradición basada en el principio de reciprocidad expresamente, aunque no existe un análisis sobre el punto, ni en primera ni en segunda instancia.

donde mejor se realizan los principios enunciados<sup>22</sup>. Tal razonamiento puede encontrarse en sentencias anteriores, por ejemplo, en fallo de primera instancia de fecha 5 de junio de 2020, pronunciado por el Ministro Haroldo Brito, se señaló: “Por último, en cuanto a la petición de la defensa, para procesar en Chile, a juicio del Instructor, de hacerse lugar a ella, se afectarían gravemente las posibilidades de rendir prueba, porque éstas han de encontrarse en el lugar de los hechos. En efecto, salvo por alusiones genéricas a la familia del requerido y a la crisis sanitaria, la defensa no ha esgrimido ni acreditado circunstancias suficientemente graves para acceder a su petición. Por el contrario, la carga de realizar el juicio en nuestro país podría dificultar la persecución criminal o tornarla ilusoria, dado que toda la prueba existente se encuentra Argentina, lo que en términos prácticos puede significar la impunidad, razón que lleva a desestimar la solicitud”<sup>23</sup>.

Respecto a los fundamentos jurídicos de la extradición, indica el tribunal: “Noveno: Que, por otra parte, según aparece del mérito de los antecedentes, la solicitud de extradición expresa que “En ausencia de convención internacional firmada entre Francia y Chile que reglamenten el derecho de la extradición, la presente solicitud de extradición se basa en el principio de cortesía internacional y será examinada en aplicación del derecho chileno de la extradición.

En el mismo sentido y, complementando lo anterior, útil resulta lo señalado por DAVID A. SADOFF, en su tratado “Bringing International Fugitives to Justice. Extradition and Its Alternatives”, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2016, quien reconoce que la extradición puede fundarse en tratados bilaterales o multilaterales, legislación doméstica, el principio de reciprocidad o la mera cortesía internacional.

Décimo: Que, considerando que el procedimiento de extradición es un instrumento de cooperación internacional, en el cual se debe dirimir si el requerido es o no extraditable, valga reiterar, que su fundamento radica en la comunidad de intereses de todos los Estados para asegurar la persecución de los delitos poniendo a los imputados que se hallaren en sus respectivos territorios a disposición de los titulares penales de los órganos de la jurisdicción de otros Estados, siempre que concurren los presupuestos que lo hacen admisible y eficaz, y que se consignan en los tratados o en el derecho consuetudinario. Sus motivos prácticos se concretan en la necesidad de no dejar impunes delitos de cierta importancia y en llevar obligadamente a los responsables a rendir cuentas a un proceso en marcha o a enfrentar las decisiones tomadas en uno ya concluido (SCS, Rol Nro. 1858-2010, 21 de junio de 2010 y Rol N° 19567-20 de 14 de abril de 2020).

En tal contexto, lo argumentado por la defensa, en cuanto al principio de la reciprocidad, no puede primar como fundamento para negarla por sobre los actuales principios de cooperación internacional que fueron invocados por el requirente y a los que Chile ha adherido”<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Para un análisis en profundidad y la naturaleza, contenido y efectividad de la obligatoriedad, puede verse BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law: second revised edition*. Leiden, Holanda, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, págs. 487 y sgtes.

<sup>23</sup> Sentencia de fecha 5 de junio de 2020, Rol N° 27409-2020.

<sup>24</sup> *Ibid.*, considerandos noveno y décimo.

En esta parte del fallo se explicitan dos argumentos centrales: uno más bien fáctico, y que dice relación con la solicitud cursada por las autoridades francesas, y otro sustantivo. Según el primero, en ninguna parte del requerimiento se alude al principio de reciprocidad; por el contrario, el mismo se fundaría en el principio de cortesía internacional, el cual, de acuerdo con la doctrina que cita el considerando en revisión –y que se abordará más adelante–, puede constituir, junto a la reciprocidad, base jurídica suficiente en los procesos de extradición en la ausencia de tratados vigentes. De acuerdo al segundo razonamiento, aun cuando consideráramos la aplicación o no del principio de reciprocidad, este no puede primar por sobre los principios de cooperación internacional, cuya finalidad principal es evitar la impunidad de delitos de cierta gravedad. Con la finalidad de valorar, de modo genérico, la decisión de la Corte en este punto, conviene repasar brevemente las diferentes posibilidades que existen para fundar, normativamente, un pedido de extradición, así como su recepción –o no– en la legislación chilena.

### Fundamentos normativos de la extradición

En términos generales, la extradición puede basarse en tratados, acuerdos o convenciones internacionales, legislación doméstica y la aplicación de principios tales como la reciprocidad o la cortesía internacional<sup>25</sup>. Lo más usual será que los pedidos de entrega se formulen sobre la base de tratados bilaterales o multilaterales que expresamente regulan las relaciones en materia de extradición entre los Estados. Chile ha culminado una serie de tratados bilaterales con diferentes países, específicamente en materia de extradición, que permiten fundar los pedidos mutuos y regulan el procedimiento y condiciones de aplicación<sup>26</sup>. Desde una perspectiva multilateral, hay dos tipos de instrumentos relevantes: aquellos dedicados exclusivamente a la regulación de la extradición<sup>27</sup>, y otros que contienen estatutos de extradición para ser utilizados de manera supletoria ante la ausencia de otras normas. Así, por ejemplo, las Convenciones de Naciones Unidas contra

<sup>25</sup> Para un panorama general, SADOFF, David A. *Bringing International Fugitives to Justice. Extradition and Its Alternatives*. Estados Unidos, Cambridge University Press, 2016, págs. 138-152. Vid., también, CRYER et. al., ob. cit., págs. 98-100.

<sup>26</sup> A modo absolutamente ejemplar: Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de Estados Unidos de América, suscrito en Washington, Estados Unidos, el 5 de junio de 2013. Promulgado mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 207, de 22 de diciembre de 2016, publicado en el Diario Oficial con fecha 18 de abril de 2017; Tratado de Extradición entre la República de Chile y la República Italiana, y su Protocolo Adicional, suscrito el Tratado con fecha 27 de febrero de 2020 en Roma, Italia, y el Protocolo Adicional el 4 de octubre de 2012 en Santiago de Chile. Promulgados mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 85 del 3 de mayo de 2017, publicado en el Diario Oficial con fecha 4 de agosto de 2017; Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República de Chile y el Reino de España, suscrito el 14 de abril de 1992. Promulgado mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 31 del 10 de enero de 1995, publicado en el Diario Oficial con fecha 11 de abril de 1995; Tratado de Extradición entre Chile y el Perú, suscrito en Lima, Perú, el 5 de noviembre de 1932. Promulgado mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 1152 del 11 de agosto de 1936, publicado en el Diario Oficial con fecha 27 de agosto de 1936; Tratado de Extradición entre Chile y Paraguay, suscrito en Montevideo, Uruguay, el 22 de mayo de 1897. Promulgado mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 1.152, publicado en el Diario Oficial con fecha 13 de noviembre de 1928; Tratado de Extradición celebrado entre los Gobiernos de Chile y la República Oriental del Uruguay, suscrito en Montevideo, Uruguay, el 10 de mayo de 1907. Promulgado el 23 de noviembre de 1909, publicado en el Diario Oficial con fecha 30 de noviembre de 1909, entre otros.

<sup>27</sup> Además del Código de Derecho Internacional Privado y Convención de Montevideo, ya citados, cabría agregar como instrumento multilateral relevante para Chile el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Parte del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, suscrito en Río de Janeiro, República Federativa de Brasil, el 10 de diciembre de 1998. Promulgado mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 35, de fecha 17 de febrero de 2012, publicado en el Diario Oficial con fecha 18 de abril de 2012.

el tráfico ilícito de drogas, la corrupción, la delincuencia organizada transnacional, o convenciones europeas como aquella sobre la ciberdelincuencia, de las cuales Chile es Estado Parte, permiten ser utilizadas para fundar solicitudes de extradición ante la ausencia de otros instrumentos bilaterales o multilaterales específicos, y cuando se trate de un proceso relativo a alguno de los delitos contemplados en las referidas convenciones<sup>28</sup>.

Otros acuerdos internacionales, menos usuales, incluyen aquellos arreglos que regulan mecanismos similares a la extradición o entrega en situaciones particulares, por ejemplo de guerra o post-conflicto, como el Tratado de Versalles de 1919; aquellos que regulan entregas en casos específicos, por ejemplo el Memorando de Entendimiento firmado entre el Reino Unido y Ruanda que permitía el traslado a este último país de cuatro personas acusadas de participar en el genocidio ocurrido en dicho país en 1994; y otros esquemas internacionales de entrega que no son propiamente tratados, paradigmáticamente la regulación europea a través de la denominada euroorden<sup>29</sup>.

Luego, ante la ausencia de tratados bilaterales o multilaterales podrá ser invocada la legislación doméstica de un Estado en la medida en que permita utilizarse como base normativa para dar curso a un proceso de extradición; y/o principios tales como la reciprocidad o la cortesía internacional. El primero, como principio, es "(...) básicamente una promesa de que el Estado requirente otorgará al Estado requerido el mismo tipo de asistencia en el futuro, si se presentara la ocasión"<sup>30</sup>. Se trata, sin duda, de un principio relevante en materia de relaciones internacionales en general, y para la cooperación internacional en materia penal en particular. En el ámbito de las extradiciones, por ejemplo, existen países que han condicionado a nivel legal los procesos a las promesas de reciprocidad que formulen los Estados requirentes frente a la ausencia de tratados o convenciones aplicables. Así, por ejemplo dentro de la región, en Argentina, el artículo 3° de la Ley N° 24.767 dispone: "En ausencia de tratado que la prescriba, la ayuda estará subordinada a la existencia u ofrecimiento de reciprocidad"<sup>31</sup>. El artículo 513 N°2 del Código Procesal Penal peruano, por su parte, establece: "Cuando la extradición, en ausencia de Tratado, se sustente en el principio de reciprocidad, la Fiscalía de la Nación y el Ministerio de Relaciones Exteriores informarán al Poder Judicial los casos en que tal principio ha sido invocado por el Perú y en los que ha sido aceptado por el país extranjero involucrado en el procedimiento de extradición, así como los casos en que el país extranjero ha hecho lo propio y el Perú le hubiere dado curso y aceptado"<sup>32</sup>. En Europa, otros ordenamientos

28 Así, por ejemplo, el artículo 16.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, dispone: "Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo". En detalle, BOISTER, Neil. *An Introduction to Transnational Criminal Law*. 2ª Ed., Reino Unido, Oxford University Press, págs. 356-359. Vid., también, SADOFF, ob. cit., págs. 144-5.

29 SADOFF, ob. cit., págs. 145-150.

30 UNODC, ob. cit., p. 23.

31 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/41442/norma.htm>. [fecha de consulta: 27 de agosto de 2020].

32 Disponible en: [http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones\\_oficiales/img/CODIGOPROCESALPENAL.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPROCESALPENAL.pdf). [fecha de consulta: 27 de agosto de 2020].

jurídicos también contienen menciones expresas al principio de reciprocidad<sup>33</sup>. Por último, pueden encontrarse decisiones judiciales que exijan promesa de reciprocidad para dar curso a una petición de extradición<sup>34</sup>.

De esta forma, el principio de reciprocidad se ha venido configurando en la base jurídica de peticiones de extradición por excelencia ante la ausencia de instrumentos positivos aplicables. Sin embargo, no ha estado exento de críticas, incluso en pronunciamientos anteriores de la propia Corte Suprema, que lo han calificado como un principio de carácter puramente político y no jurídico<sup>35</sup>. Como consecuencia, algunos sostienen que debiera simplemente renunciarse al principio de reciprocidad y reemplazarlo por el principio de mejor justicia, es decir, que el juzgamiento se produzca allí donde ocurrieron los hechos por el juez naturalmente competente<sup>36</sup>. El considerando décimo del fallo en comento va precisamente en esta línea, cuando señala que el fundamento de la extradición radica “(...) en la comunidad de intereses de todos los Estados para asegurar la persecución de los delitos poniendo a los imputados que se hallaren en sus respectivos territorios a disposición de los titulares penales de los órganos de la jurisdicción de otros Estados, siempre que concurren los presupuestos que lo hacen admisible y eficaz, y que se consignan en los tratados o en el derecho consuetudinario”, y agrega que “(...) en tal contexto, lo argumentado por la defensa, en cuanto al principio de la reciprocidad, no puede primar como fundamento para negarla por sobre los actuales principios de cooperación internacional que fueron invocados por el requirente y a los que Chile ha adherido”<sup>37</sup>.

Además de lo anterior, consigna la Corte que el pedido no se fundó en el principio de reciprocidad, sino que en el de cortesía internacional<sup>38</sup>, según el cual la extradición se concede como un gesto liberal de buena voluntad, es decir, para el cual no se exige ni demanda nada a cambio<sup>39</sup>. Para algunos, incluso, la extradición en ausencia de tratado siempre tiene un componente de cortesía internacional que se basa en una obligación moral a extraditar, especialmente bajo la premisa de que no existiría una obligación ge-

33 Como ocurre por ejemplo en el artículo 827 N° 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&p=20200728&tn=1#tvi-3>. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2020].

34 SADOFF, ob. cit., p. 152.

35 Así, en fallo de fecha 13 de septiembre de 1954, la Corte declaró: “(...) el principio de reciprocidad está edificado sobre plataformas de escasas consistencias jurídicas, porque hace que un Estado sea justo o injusto sólo en virtud de la conducta de otro Estado; y esto, en verdad, no es ético ni jurídico; es un principio bárbaro oriundo de una época primitiva”, citado por POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Segunda edición actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003, p. 146.

36 *Ibid.*, p. 146. Véase, sin embargo, con matices, GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. “Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional: el caso de Chile”, en: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (coordinador académico). *Delito, Pena y Proceso. Libro Homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*. Santiago, Chile, Editorial jurídica, 2008, págs. 187 y siguientes.

37 Sentencia del 18 de mayo de 2020, ob. cit., considerando décimo.

38 La expresión en inglés, *comity*, tiene acepciones conceptuales más amplias en el derecho internacional. En el ámbito específico de las extradiciones, se ha entendido más bien como un acto de *cortesía* entre Estados.

39 REBANE, Kai I. “Extradition and individual rights: the need for an International Criminal Court to safeguard individual rights”. En: *Fordham International Law Journal*, Volume 19, Issue 4, 1995, p. 1650. Disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1507&context=ilj>. Para algunos ejemplos de casos concretos, puede verse SADOFF, ob. cit., p. 152. [fecha de consulta: 27 de agosto de 2020].

neral normativa (positiva o consuetudinaria) para los Estados en este sentido<sup>40</sup>. La argumentación según la cual existen principios de cooperación internacional y justicia para extraditar, según explicita la Corte, también pueden subsumirse en la idea de cortesía: ante la ausencia de tratado, e imposibilidad de aplicación de reciprocidad, puede de todas maneras accederse al pedido para que se juzguen los hechos y se haga justicia (sea que se termine condenando o absolviendo). La pregunta que resta por responder, entonces, es si esta forma de justificar el pedido de extradición, para finalmente acceder a él, tiene asidero en la normativa nacional, cuestión que revisaremos brevemente a continuación.

### La regulación chilena

En el análisis que se viene desarrollando, dos cuestiones al menos parecen relevantes: la primera es si bajo el ordenamiento doméstico se permite o no la extradición en ausencia de tratado o convención internacional; y la segunda es, en caso afirmativo, qué exigencias tienen –o no– las peticiones en estas condiciones, especialmente desde el punto de vista de su justificación.

En relación a la primera pregunta, como ya adelantáramos en el breve análisis de la sentencia de primera instancia, la respuesta es afirmativa, nuestra legislación permite expresamente que un proceso de extradición se lleve adelante aun ante la ausencia de tratado o convenio internacional. En primer lugar, no existe ninguna norma que expresamente determine o condicione la existencia de un proceso extradicional a un tratado o convenio vigente entre los Estados involucrados; luego, esta premisa es corroborada explícitamente en el artículo 449 letra b), norma que dispone:

“Artículo 449.- Fallo de la extradición pasiva. 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 aquél 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...”

De esta manera, nuestro Código Procesal Penal reconoce expresamente la posibilidad de que un requerimiento de extradición pasiva no se funde en un tratado o convenio internacional, al mismo tiempo, no condiciona la ausencia de tratado a la invocación por parte del Estado requirente del principio de reciprocidad o cualquier otro. A ese respecto, la ley guarda silencio. La referencia a los principios generales de derecho internacional se hace en relación a la verificación de una de las condiciones legales para acceder al pedido, no de su fundamento jurídico. En otras palabras, la norma ordena utilizar los principios generales de derecho internacional para evaluar la extraditabilidad del delito, ese solo requisito, y ningún otro. En este sentido, es decir, del limitado ámbito de acción de los principios generales bajo nuestra legislación, se ha pronunciado expresamente la propia Corte en fallos anteriores, cuando ha señalado: “Lo anterior significa que la utilización de los principios de derecho internacional, está prevista en el caso que no

<sup>40</sup> Así, por ejemplo, WOODS, Robert Herbert Jr., “Extradition: evaluating the development, uses and overall effectiveness of the system”. En: *Regent University Law Review*, Vo. 3:43, 1993. Disponible en: [https://www.regent.edu/acad/schlaw/student\\_life/studentorgs/lawreview/docs/issues/v3/3RegentULRev43.pdf](https://www.regent.edu/acad/schlaw/student_life/studentorgs/lawreview/docs/issues/v3/3RegentULRev43.pdf). [fecha de consulta: 27 de agosto de 2020].

existan tratados vigentes, y sólo para los efectos de determinar si el delito que se le imputa o por el cual está condenado el requerido, se encuentra dentro de aquellos que autorizan la extradición. Se trata, pues, de aspectos sustanciales, que dicen relación con la condición de extraditable de un delito, cuestión que la doctrina y la jurisprudencia han ido decantando a partir de lo estipulado en los tratados internacionales, en especial, del Código de Bustamante y de la Convención Interamericana de Extradición suscrita en Montevideo en el año 1933. Dichos principios, enunciados por la sentencia impugnada en el motivo sexto, se refieren a la mínima gravedad del delito, a la doble incriminación del hecho, a que se trate de delitos comunes y no políticos, que sea actualmente perseguible y que el estado tenga jurisdicción para juzgarlo<sup>41</sup>.

Así las cosas, el juez no se encontraría constreñido, bajo la ley chilena, para utilizar ningún principio o norma de derecho internacional en particular para acceder a un pedido de extradición que se formule en ausencia de tratado. Y, no cabe duda, según lo que hemos revisado, puede tener en consideración principios como los de reciprocidad y otros, tales como el de cortesía internacional analizado en el fallo en comento, el cual además orienta la aplicación de estos principios fundamentalmente a cumplir objetivos de justicia, promoviendo la cooperación internacional para evitar que la falta de acción de los Estados en su conjunto simplemente deje en la impunidad la comisión de delitos.

#### IV. CONCLUSIONES

Del breve análisis realizado se puede concluir entonces que, desde nuestro punto de vista, la sentencia de la Corte Suprema que en definitiva accedió a un pedido de extradición formulado por la República Francesa en ausencia de tratado o convención internacional que regule el caso concreto, es completamente consistente con nuestra legislación doméstica en materia de extradiciones, en la medida en que esta no limita la justificación de un pedido de extradición sin tratado a ningún principio o norma en particular. Por otra parte, el principio de cortesía internacional invocado por el Estado requirente tiene tradición y uso en el derecho internacional como base jurídica de procesos de extradición.

Por otra parte, la Corte destaca en su fallo que, sin perjuicio de la norma o principio que se invoque para fundar un proceso de extradición, esta nunca puede primar por sobre los principios de cooperación internacional y justicia que debieran regir en esta clase de procedimientos y que, en definitiva, están orientados a que los delitos sean juzgados, evitando con ello su impunidad.

#### TEXTO DEL FALLO

Santiago, dieciocho de mayo de dos mil veinte.

##### Vistos:

En estos autos rol ingreso Corte N° 39358-20 sobre extradición del ciudadano de nacionalidad chileno, N.H.Z.C., solicitada por la República de Francia, el Ministro Instructor don

<sup>41</sup> Sentencia de la Corte Suprema de fecha 6 de marzo de 2018, Rol N° 1174-2018.

Jorge Dahm Oyarzún, por sentencia de dos de abril pasado, hizo lugar a la extradición aludida, para que el requerido sea juzgado por su presunta participación en calidad de autor del delito de homicidio voluntario con premeditación de doña N.K., hecho cometido en la ciudad de Besançon, e instruyó que una vez ejecutoriada la presente sentencia se ponga al requerido a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores para ser entregado al país solicitante.

En contra de dicha decisión la defensa del requerido N.H.Z.C., interpuso recurso de apelación, conociéndose el mismo en la audiencia pública del pasado 13 de mayo en curso, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha, citándose a los intervinientes a la comunicación del fallo para el día de hoy.

### Considerando:

**Primero:** Que la defensa del requerido N.H.Z.C., dedujo recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por el Ministro Instructor Sr. Jorge Dahm Oyarzún que, acogiendo la solicitud formulada por la República de Francia, accedió a extraditarlo, por el delito de homicidio voluntario con premeditación de doña N.K., con arreglo a lo normado por en los artículos 221 N° 1, 221 N° 3, párrafo 1, 221 N° 8, 9, 11 y 132 N° 72 del Código Penal Francés.

En primer lugar, la defensa esgrime que, con el mérito de los elementos probatorios aportados por la parte requirente, no es posible tener por satisfecho el estándar de acusación que exige el artículo 449 letra c) del Código Procesal Penal, al no existir antecedentes suficientes que permitan presumir que en Chile se deduciría acusación en contra del requerido, toda vez que carecen de la seriedad necesaria como para que en base a ellos se pueda acreditar la existencia del delito que se le imputa.

En este sentido asevera, luego de reproducir los antecedentes tenidos como suficientes para presentar una acusación, de los cuales extrae sus conclusiones, que no existen evidencias serias de que haya ocurrido un homicidio. Así –continúa el impugnante–, todo lo que existe en el proceso es una desaparición. En tal sentido destaca que no solo se debe probar la existencia de la muerte, sino se debe además establecer la causa precisa de la misma y que ésta se debe a la acción homicida de terceros, lo que, afirma, no acontece en la especie.

En segundo término refiere que el fallo no se hace cargo de las contradicciones y menos de la prueba de descargo. En su opinión, un número muy importante de los antecedentes fueron controvertidos, en base a la propia prueba ofrecida por las partes y las declaraciones testimoniales escuchadas. Dada la consideración precedente, estima que el sentenciador omite una mínima argumentación para tenerlos por serios, ciertos y graves, toda vez que, como señaló precedentemente no aparece, ni se menciona, en qué habría consistido el delito imputado, al no describirse ninguno de los elementos del tipo penal de homicidio. De este modo –prosigue su narración– se desarrollan brevemente actos anteriores y posteriores, o actos preparatorios y actos de fase de agotamiento del delito, sin embargo, no se menciona antecedente alguno acerca de la existencia de un homicidio, limitándose a señalar que luego de estar con el señor Z., la señorita K. no fue vista nunca más.

Por ello, entonces, indica el recurrente, no existe una adecuada fundamentación que

permita analizar una cadena lógica, dada la inexistencia de indicios propiamente tales, siendo más bien, meras sospechas o probabilidades de que los hechos hayan sucedido.

Finalmente, asevera que la sentencia recurrida vulnera el principio de reciprocidad toda vez que Francia, no permite la extradición de sus nacionales, según lo dispone su legislación interna en el artículo 692 N° 2 de su Código Procesal Penal que dispone “Francia podrá extraditar a cualquier persona que no tenga nacionalidad francesa”.

Al respecto alega que el principio de reciprocidad es la costumbre de un Estado que concede a otro un trato semejante al que recibe de él, en base a la cooperación internacional, lo que en materia de extradición constituye una condición para acceder a la entrega de los requeridos. Que así las cosas, y dado que no existe reciprocidad por parte del Estado requirente, se debe ser aún más estricto en interpretar y exigir un cumplimiento sustancial a los requisitos de nuestro derecho interno, y que en el caso en comento se traducen en cumplir a cabalidad con la exigencia de la ya tantas veces mencionada, letra c) del artículo 449, lo que –en su opinión– no ocurre con la sentencia impugnada.

En la conclusión solicita que se revoque la resolución apelada y se rechace por improcedente la solicitud de extradición del señor N.Z.C., en todas sus partes.

**Segundo:** Que, en síntesis, los hechos que fundamentan la petición de extradición consisten en la imputación a N.Z. de haber dado muerte dolosamente y con premeditación conocida a la ciudadana japonesa, de 21 años, N.K., en una fecha no determinada, entre los días 04 y 06 de diciembre del año 2016, y luego haber escondido su cuerpo de manera tal que nunca fuera encontrado por las autoridades judiciales.

**Tercero:** Que, entre la República de Chile y la de Francia no existe tratado de extradición, de modo que las normas pertinentes a aplicar son aquellas previstas en el Código Procesal Penal, artículos 440 y siguientes y, en particular, el artículo 449, inciso final que autoriza recurrir a los tratados vigentes y, a falta de estos, a los principios del Derecho Internacional.

Ellos se encuentran contenidos, en cuanto concierne a nuestro país, en la Convención de La Habana de 20 de febrero de 1928, que aprobó el Código de Derecho Internacional Privado y la Convención de Montevideo de 1933 sobre Extradición.

**Cuarto:** Que en lo relativo al recurso deducido por la defensa, útil resulta recordar que la extradición consiste en la entrega que se hace por un país a otro de un individuo al que se acusa de un delito o que ha sido condenado ya por él, a fin de que este último lo juzgue o proceda al cumplimiento de la sentencia en el caso respectivo (Cury, Derecho Penal, Parte General, séptima edición, p. 218). Constituye la extradición el acto por el cual un Estado entrega a una persona a otro Estado que lo reclama para juzgarlo penalmente o para ejecutar una pena ya impuesta. (Sergio Politoff. Derecho Penal. Tomo I. p. 164).

Que, en concepto de esta Corte, la extradición pasiva no constituye propiamente un juicio, pues no persigue acreditar la existencia del delito y determinar la persona del delincuente para imponerle una pena o absolverlo, sino que consiste en un mero procedimiento, un antejuicio, destinado a establecer la concurrencia de los requisitos que la hacen procedente, en lo relativo al sujeto extraditable, al delito y su naturaleza y a la ex-

tensión de la sanción aplicable.(SCS Rol N° 41750-11 de 6 de marzo de 2018). Se trata, además, de una institución que procura hacer efectiva la competencia judicial internacional en materias penales; en otras palabras, es un instrumento de cooperación internacional que legitima la entrega de un individuo que ha delinquido al Estado que lo requiere, a fin de ser juzgado por un ilícito penal o para que se haga efectiva la cosa juzgada de una sentencia condenatoria ejecutoriada en el país que cometió el delito que motiva el requerimiento (SCS Rol N° 11015-19 de 20 de mayo de 2019).

Lo anterior guarda concordancia con lo manifestado en la Convención de La Habana de 20 de febrero de 1928 que aprobó el Código de Derecho Internacional Privado y en la Convención de la 7ª Conferencia Internacional Americana, ratificada por Chile el 2 de julio de 1935 (SCS roles N° 29.402, de 25 denoviembre de 1992, N° 2221-2000, de 17 de julio de 2001 y N° 1548-2005, de 24 de mayo de 2005).

**Quinto:** Que, en cuanto a las iniciales alegaciones de la defensa en relación con el cumplimiento de los requisitos de la letra c) del artículo 449 del Código Procesal Penal, cabe tener presente, que según dispone el artículo 248 del mismo cuerpo legal, en su letra b), la decisión del Ministerio Público de acusar resulta procedente cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma, y cuyo ejercicio descarta la concurrencia de una causal de sobreseimiento, temporal o definitivo, o bien la decisión de no perseverar la investigación por falta de antecedentes suficientes que permitan fundar una acusación.

Sobre el particular el Estado requirente acompañó elementos de prueba que se encuentran reproducidos y legalizados en la carpeta de extradición, en seis apartados, consistentes entre otros, en declaraciones de múltiples testigos, fotografías, diligencias realizadas por la policía y mapas, y de ellos, es posible colegir que en la especie existen antecedentes fundantes revestidos de la seriedad y gravedad que exige el legislador para proceder al enjuiciamiento del imputado, por lo que se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 449 letra c) del Código Procesal Penal, siendo su valoración una cuestión que debe ser planteada y discutida ante la autoridad del juzgamiento de fondo en la República de Francia, por lo que para esta etapa procesal de extradición los antecedentes formales son suficientes, pues evidencian que esa autoridad, valorando los elementos que ha reunido, está en disposición de juzgar al requerido y para ello lo solicita.

En efecto, sobre el asunto debatido, esta Corte ha sostenido, entre otros, en los pronunciamientos Roles N° 32.941-2018, de 10 de enero de 2019 y N° 27118- 2019, de 10 de noviembre de 2019, que el requisito de la letra c) del artículo 449 del Código Procesal Penal, exige que de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile sí se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen, por lo que es claro que dicha exigencia se satisface si los antecedentes que inculpan al acusado por un delito en particular son serios y de consideración, lo que no importa en caso alguno tener plena convicción de que se obtendrá una sentencia condenatoria en el juicio que con posterioridad se verifique en el país requirente y ante la jurisdicción que corresponda, pues de ser así, a priori se impediría al ente persecutor iniciar juicios contra el extraditabile y formular acusación, por la falta de certeza absoluta en la obtención efectiva de una condena.

**Sexto:** Que, así las cosas se comparten las argumentaciones del fallo recurrido, en cuanto

concluye que se satisfacen los requisitos del artículo 449 del Código Procesal Penal, pues los elementos de prueba deberán discutirse ante el tribunal llamado a conocer del fondo, sin que corresponda dilucidarla en este trámite, que no es un juicio penal sobre inocencia o culpabilidad, sino que tiene como único objetivo primordial hacer posible la cooperación internacional, en cuanto al enjuiciamiento criminal del requerido, a fin que una sentencia firme dictada por el órgano competente –en este caso los tribunales de la República de Francia– valorando las pruebas recibidas y los actos del debate, concluya sobre su absolución o condena (SCS Rol N° 4109-2018 de 29 de marzo de 2018).

**Séptimo:** Que, en cuanto argumentaciones de falta de fundamentación de la sentencia, esgrimidas por la defensa, esta Corte comparte los razonamientos tenidos en vista por la sentencia en revisión para desestimar tales alegaciones, toda vez que las mismas –resumidas en una falta de indicios lógicos y suficientes para inferir razonable y seriamente tanto la muerte de N.K., como su homicidio y el actuar doloso de la persona requerida– dicen relación con cuestiones de fondo, que dada su naturaleza deben necesariamente ser analizadas por los tribunales del Estado requirente, al momento de dictar el fallo correspondiente.

Conforme lo anterior, el segundo grupo de alegaciones de la defensa también será desestimado.

**Octavo:** Que, en lo atinente a las peticiones finales de la defensa, referidos a los cuestionamientos formulados por la recurrente, respecto a la obligación de su entrega, atendido el principio de reciprocidad, resulta atinente destacar, sobre este punto, que se trata más bien de un principio orientador y que la ley nacional, al igual como ocurre con la mayoría de los países, no contiene disposición constitucional o legal que prohíba la extradición de nacionales y si bien dentro de la evolución histórica de la institución de la extradición, en un primer momento primó la idea de no entregar a los nacionales vía extradición, fundada en razón de desconfianza en los tribunales extranjeros, o la falta de posibilidad de defenderse del extraditado, en la actualidad esa tesis ha perdido fuerza y se ha ido uniformando la doctrina en el sentido de considerar como injustificadas las razones invocadas para no concederla.

**Noveno:** Que, por otra parte, según aparece del mérito de los antecedentes, la solicitud de extradición expresa que “En ausencia de convención internacional firmada entre Francia y Chile que reglamenten el derecho de la extradición, la presente solicitud de extradición se basa en el principio de cortesía internacional y será examinada en aplicación del derecho chileno de la extradición”.

En el mismo sentido y, complementando lo anterior, útil resulta lo señalado por DAVID A. SADOFF, en su tratado “Bringing International Fugitives to Justice. Extradition and Its Alternatives”, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2016, quien reconoce que la extradición puede fundarse en tratados bilaterales o multilaterales, legislación doméstica, el principio de reciprocidad o la mera cortesía internacional.

**Décimo:** Que, considerando que el procedimiento de extradición es un instrumento de cooperación internacional, en el cual se debe dirimir si el requerido es o no extraditable, valga reiterar, que su fundamento radica en la comunidad de intereses de todos los Esta-

dos para asegurar la persecución de los delitos poniendo a los imputados que se hallaren en sus respectivos territorios a disposición de los titulares penales de los órganos de la jurisdicción de otros Estados, siempre que concurran los presupuestos que lo hacen admisible y eficaz, y que se consignan en los tratados o en el derecho consuetudinario. Sus motivos prácticos se concretan en la necesidad de no dejar impunes delitos de cierta importancia y en llevar obligadamente a los responsables a rendir cuentas a un proceso en marcha o a enfrentar las decisiones tomadas en uno ya concluido (SCS, Rol Nro. 1858-2010, 21 de junio de 2010 y Rol N° 19567-20 de 14 de abril de 2020).

En tal contexto, lo argumentado por la defensa, en cuanto al principio de la reciprocidad, no puede primar como fundamento para negarla por sobre los actuales principios de cooperación internacional que fueron invocados por el requirente y a los que Chile ha adherido.

Y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 370 letra b), 440 y 450 del Código Procesal Penal, se confirma la sentencia apelada de dos de abril de dos mil veinte, dictada por el Ministro Instructor Sr. Jorge Dahm Oyarzún, en los autos Rol N° 39598-20 de esta Corte Suprema.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Rol N° 39.598-2020

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Llanos S., y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Abuauad D. No firma el Abogado Integrante Sr. Abuauad, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

En Santiago, a dieciocho de mayo de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

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

# FEMICIDIO ÍNTIMO EN CHILE: DIEZ AÑOS DE LA LEY N° 20.480

*“Los juegos, los sueños, la escuela, los amigos, la familia, los cumpleaños, los viajes; la seguridad, la libertad, la dignidad y la vida han dejado de ser derechos para convertirse, vergonzosa, intolerable y lamentablemente en beneficios que se adquieren cuando “moderas” tu manera de hablar, cuando “cuidas” la manera en que vistes, los horarios en que sales, lugares que frecuentas, cuando dejas de confiar en las personas y cuando tu vida deja de ser tu vida”.*

Silvia Federici

Sebastián Aguilera Vasconcelos<sup>1</sup>

Nadia Robledo Alvial<sup>2</sup>

Roberto Rodríguez Manríquez<sup>3</sup>

Ivonne Sepúlveda Sánchez<sup>4</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

La incorporación del delito de femicidio en el ordenamiento jurídico chileno se verificó a través de la Ley N° 20.480 del 18 de diciembre de 2010, la que introdujo una serie de modificaciones al Código Penal, a la Ley N°20.066 de Violencia Intrafamiliar y a la Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia.

Una de las principales características de la Ley N° 20.480 es que se introduce el concepto de femicidio en nuestro Código Penal, con lo cual se logra lo que desde las teorías femi-

---

<sup>1</sup> Abogado de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

<sup>2</sup> Abogada de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

<sup>3</sup> Trabajador social de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

<sup>4</sup> Abogada de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

nistas se denomina nombrar, *visibilizar y conceptualizar*<sup>5</sup>. Nombrar tiene por objeto hacer un énfasis en las distintas manifestaciones de violencia hacia las mujeres, de manera de poder reconocer sus características y alcances. Por su parte, visibilizar implica hacer patentes las distintas violencias, mostrarlas para que se conozcan las circunstancias que la originan; y conceptualizar ha servido para elaborar nociones sobre la configuración de la violencia femicida/feminicida.

Asimismo, este nuevo tipo penal tuvo el indudable mérito de instalar en el debate público, una de las manifestaciones extremas de violencia contra las mujeres, lo que permitió ir generando conciencia en la sociedad sobre el abordaje de este tipo de violencia de género en cuanto a su prevención, investigación y sanción.

Además, la existencia de este tipo penal permitió contar con datos estadísticos certeros, lo que conlleva contabilizar el fenómeno, caracterizarlo y generar políticas públicas en los distintos órganos del Estado.

No obstante estos avances, varias fueron las críticas que se plantearon en torno a esta incorporación del femicidio, las cuales se centraron por una parte en la falta de necesidad de crear un tipo penal específico por existir y ser suficiente otro –homicidio–, la posible expansión del Derecho Penal<sup>6</sup> y la existencia de un Derecho Penal simbólico<sup>7</sup>. Desde la otra vereda, se criticó la introducción del tipo penal en la misma norma del parricidio y que por tanto no se incorporaran otras muertes en razón de género que en términos teóricos, son constitutivos de femicidio.

Más allá de los beneficios y cuestionamientos a esta nueva ley, lo cierto es que con su creación se reconoció como tipo penal lo que doctrinariamente se ha conocido como femicidio íntimo acotado, puesto que se circunscribió a “todo asesinato en que la víctima sea la cónyuge, conviviente o cualquier mujer con la que el agresor está o haya estado ligado por alguna relación afectiva”<sup>8</sup>.

Así, la Ley N° 20.480 incorporó en el inciso segundo del artículo 390 del Código Penal, el delito de femicidio, con el siguiente tenor:

*“Art. 390. El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.*

*Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio”.*

5 MUNÉVAR, Dora Inés. “Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género”. En: *Estudios Socio-Jurídicos*, N° 14 (1), Bogotá, Colombia, Universidad del Rosario, 2012, p. 143.

6 Sobre estas críticas, ver TOLEDO, Patsilí. *Femicidio*. México D.F., Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, págs. 66 y sgtes.

7 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio. “El discruso feminista y el poder punitivo”. En: BIRGIN, Haydeé. *Las trampas del poder punitivo. El género y el derecho penal*. Buenos Aires, Biblos, 2000, p.35, según quien “en ningún caso se puede pensar en sancionar leyes penales por el mero efecto simbólico”.

8 Historia de la Ley N° 20.480, p. 5.

## 2. OBJETO DE ESTUDIO Y METODOLOGÍA

El presente estudio tiene como objetivo caracterizar los femicidios en Chile entre diciembre de 2010 y marzo de 2020 mientras estuvo vigente la Ley N° 20.480. Para lograr este cometido, se tomaron en consideración algunas variables contenidas en el Registro de Femicidios como el año, región, vínculo entre víctima e imputado, nacionalidad, edad, medio comisivo, lugar de comisión, suicidio del imputado, existencia de causas previas de la víctima y en aquellas causas concluidas, el tipo de término correspondiente.

De esta manera, la información que se analiza en las tablas y gráficos estadísticos que se presenta a continuación, ha sido obtenida del mencionado Registro de Femicidios que consiste en una base de datos que contiene todos los casos de femicidio ingresados al SAF, los que son analizados por la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional. Este registro fue concebido como una herramienta diseñada para asesorar a los fiscales a cargo de las investigaciones, permitiendo hacer un seguimiento de los casos en las diferentes etapas del proceso penal; y también, con la finalidad de aportar a la comprensión del fenómeno de la violencia extrema de género contra las mujeres, ya que reúne información precisa y confiable de los femicidios ocurridos en todo el país.

Se espera que la descripción y análisis permita aportar a la política pública de protección, sanción y erradicación de la violencia extrema hacia las mujeres.

La información que dispone el Registro de Femicidios proviene del Sistema Informático de la Fiscalía de Chile (denominado SAF), el cual es una aplicación que permite gestionar los datos sobre cada caso ingresado a la Fiscalía a través de la digitación de diversa información sobre intervinientes, actividades y fases del proceso penal que recorren las investigaciones.

Las variables que componen el registro, tales como la caracterización de la víctima y el imputado, denuncias previas y el medio comisivo, entre otras, se obtiene desde el SAF, la que además se complementa con otras fuentes como es el Sistema Informático del Poder Judicial (SIAGJ). A su vez, cabe señalar que para mejorar la calidad de los datos que compone el registro se han generado instancias colaborativas entre órganos del Estado, como es el Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género y también con organizaciones de la sociedad civil como es la Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres, permitiendo complementar la información que se ingresa al registro.

### 3. FEMICIDIOS CONSUMADOS

#### 3.1 Frecuencia anual

GRÁFICO N°1: INGRESO DE FEMICIDIOS POR AÑO



Entre diciembre de 2010 y marzo de 2020, fueron asesinadas 298 mujeres en Chile por sus parejas íntimas.

Se observa entre los años 2011 y 2019 una curva de frecuencia de femicidios relativamente homogénea, con un promedio de 32 femicidios anuales, lo que evidencia la persistencia del fenómeno, basado en la creencia de la supremacía del hombre manifestada a través del ejercicio de poder letal hacia las mujeres<sup>9</sup>.

De acuerdo con lo señalado por Johnson<sup>10</sup>, existe un tipo de violencia masculina, al que denomina control coercitivo (o terrorismo íntimo) que puede llegar a ser letal para la mujer. Se trataría de sujetos que ocupan la violencia para controlar a su pareja, privándole de su autonomía y pudiendo atacarla en espacios públicos y privados, por lo cual, los celos extremos son un indicador de riesgo para la mujer, especialmente cuando ha existido violencia crónica durante un tiempo prolongado y además si ella ha manifestado su intención de terminar la relación o abandonar el hogar común.

Del análisis de los casos observamos que estas mujeres fueron víctimas de violencia extrema por su condición de género, es decir, por haber manifestado intención de separarse<sup>11</sup>, por salir del espacio doméstico llegando tarde al hogar después de

<sup>9</sup> En las sociedades patriarcales el femicidio representa la expresión última del dominio masculino, en este sentido: HENDEL, Liliana. *Violencias de género, las mentiras del patriarcado*. Buenos Aires, Paidós, 2017, p. 35, quien señala que estos asesinatos tienen como factor común la condición/posición de la mujer en la sociedad y la necesidad disciplinadora del sistema garante del orden patriarcal.

<sup>10</sup> JOHNSON, Michael. "Patriarchal terrorism and common couple violence: two forms of violence against women in U.S. families". En: *Journal of Marriage and the Family*, Vol. 57, N° 4, Minneapolis, EE.UU., 1995, págs. 283 y sgtes., citado en: QUINTEROS, Andrés y CARBAJOSA, Pablo. *Hombres maltratadores*. Madrid, España, Grupo 5, 2008, págs. 15-17.

<sup>11</sup> Véase a modo de ejemplo, Tribunal Oral en lo Penal de Quillota, 29 de septiembre de 2012, RUC N° 1101139264-6, RIT N° 102-2012, considerando tercero: "entre la víctima y el imputado existió un vínculo de convivencia de aproximadamente cuatro años, tal vez un poco más, tiempo durante el cual la víctima sufrió de constantes amenazas y maltrato psicológico, donde el acusado le manifestaba que si lo abandonaba le daría muerte a ella y a sus hijos, como también se acreditará que ella era quien trabajaba para mantenerlos mientras él se dedicaba a la ingesta de alcohol. Que la víctima cansada de todos estos hechos y con la posibilidad de iniciar una nueva relación que estaba en miras, mucha gente le indicaba que abandonara a esta persona y ella, a los más cercanos, le señalaba el motivo por el cual no lo dejaba: el temor de que le diera muerte a sus hijos. Precisó que ese día en la madrugada, al señalarle la víctima al acusado que lo iba a dejar, éste cumplió su amenaza y le propinó una estocada mortal causándole la muerte casi en forma instantánea".

visitar a familiares o amistades, de estudiar, de trabajar o salir a comprar<sup>12</sup> y por intentar construir una nueva relación de pareja<sup>13</sup>, en resumen, por no cumplir con el mandato de sumisión femenina y resistirse a la dominación de su pareja o ex pareja masculina, reduciéndose su cuerpo a la función de objeto destinado al consumo de la construcción de la masculinidad<sup>14</sup>.

Llama la atención la cantidad de 50 femicidios ocurridos en el año 2019, ya que a diferencia de los años anteriores, la incidencia promedio fue de 30 casos. Marcela Lagarde señala al respecto que los aumentos de los femicidios reflejan los cambios sociales promovidos por movimientos de mujeres que cuestionan el sistema patriarcal y la desigualdad estructural de género<sup>15</sup>, son por lo tanto una violencia ejemplar, un mensaje enviado no solo a las víctimas directas sino para todas las mujeres, para que respeten el orden social donde cualquier hombre es superior a ella porque hay una supremacía de género que se manifiesta ejerciendo el poder, y el poder más brutal en caso de lo patriarcal, es arrancar la vida<sup>16</sup>.

12 Véase a modo de ejemplo, Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, 19 de diciembre de 2011, RUC N° 1100152312-2, RIT N° 195-2018, considerando segundo: “(...) aproximadamente a las 02:00 hrs., de la madrugada del día 13 de febrero de 2011, en circunstancias que la víctima, Y.S.M.M, mujer de 23 años de edad, transitaba por la vía pública, intersección de calles Salman con Pehuen, Loncoche, en compañía de una amiga, con quien fue a comprar cigarrillos en las cercanías de su domicilio, fue abordada por su conviviente y padre de sus hijos, el imputado M.S.B, quien inició discusión con ella molesto porque había salido, frente a lo cual la amiga que acompañaba a la víctima se retiró del lugar, momentos en los cuales el imputado tomó en forma violenta a la víctima, llevándola hasta pasaje Las Rocas lugar en el cual la zamarreó, para luego propinarle con gran fuerza reiterados golpes de puño en el rostro y cabeza, para finalmente trasladarla en andas por la vía pública hasta ingresarla al domicilio común, ubicado en xxx [falleciendo producto de las lesiones de golpes y pies después de agonizar cinco días en el Hospital de Loncoche]”.

13 Véase a modo de ejemplo, Tribunal Oral en lo Penal de Quillota, 10 de septiembre de 2012, RUC N° 1101183825-3, RIT N° 100-2012, considerando séptimo: *Después que sus padres se separaron no hubo contacto entre ellos, su madre estaba muy feliz, estaban muy bien, muy contenta, sin discusiones diarias. Su mamá se estaba conociendo con otra persona, eran “amigos con ventaja”. Lo conoció en una ocasión, no recuerda su nombre. Pero su padre fue a la casa a buscar a su madre para ir a dar un paseo, le preguntó si sabía de la nueva relación sentimental de su madre, a lo que dijo que sí, él luego fue a la casa, se la llevó (a su madre) a un lado y se pusieron a hablar, pasó una media hora y su mamá salió llorando, su papá le pidió que le dijera por favor a su madre que volvieran y ella le dijo que no que para ella era muy doloroso. Luego el acusado le escribió que la quería, en el muro de facebook. Luego el 16, llamó a su madre y le pidió hablar con ella aproximadamente a las 4:00 de la mañana fueron los Carabineros y le dieron información que su mamá había fallecido. (su padre había atacado a su madre con un cuchillo del tipo cortaplumas de 16 centímetros de largo y 8 centímetros de hoja que portaba, con el cual le ocasionó cuatro heridas penetrantes en la zona cervical anterior y posterior, las cuales provocaron a la víctima una anemia aguda y la subsecuente muerte en el mismo lugar de los hechos)”.*

14 SEGATO, Rita. *Las estructuras elementales de la violencia*. Buenos Aires, Argentina, Universidad Nacional de Quilmes, 2003, p. 256.

15 LAGARDE, Marcela. *Claves feministas para el poderío y autonomía de las mujeres*. Managua, Nicaragua, Puntos de Encuentro. Managua, págs. 75-77.

16 EL PAÍS. Entrevista a Marcela Lagarde [en línea]. Madrid, España, 6 de marzo de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-03-06/cualquier-mujer-en-mexico-esta-en-riesgo-frente-a-los-hombres.html> [fecha de consulta: 31 de agosto de 2020].

### 3.2 Frecuencia por región

GRÁFICO N°2: FEMICIDIOS POR FISCALÍA REGIONAL



Como se puede apreciar, las Fiscalías Regionales Metropolitanas Centro Norte y Sur han concentrado la más alta cantidad de casos de femicidio consumado (33 y 32 respectivamente), lo que sumado a las otras dos Fiscalías Metropolitanas arroja un total de 106 casos, concentrando poco más de un tercio del total a nivel nacional en el período 2010-2020.

Considerando la alta demanda de la zona metropolitana, se justifica la creación de fiscalías especializadas dedicadas a la investigación y persecución de este tipo de delitos, como ocurre actualmente en la Fiscalía de Delitos de Género y Violencia Intrafamiliar en la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte y la Fiscalía Especializada de Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales de la Fiscalía Regional Metropolitana Sur.

Ahora bien, para analizar de manera adecuada el fenómeno en el territorio nacional es necesario considerar no solo la cantidad de casos por Fiscalía Regional, sino que la tasa de femicidios íntimos consumados (muertes por cada 100.000 mujeres), pues nos permite tener mayor certeza sobre la magnitud de la violencia ejercida hacia las mujeres en el país, e identificar la existencia o no de zonas en que la violencia extrema de género sea más explícita que en otros lugares. Para tener un parámetro de comparación, hay que tener presente que la tasa de femicidios consumados en Chile el año 2019 fue de 0,5, según también informa la CEPAL<sup>17</sup> y el Circuito Intersectorial de Femicidio<sup>18</sup>, con un promedio de 0,4 entre los años 2011 y 2019.

Para efectos de este análisis, se calculó la tasa anual de femicidios por cada Fiscalía Regional en base a los femicidios consumados registrados por el Ministerio Público y las Estadísticas Demográficas del Instituto Nacional de Estadísticas (INE). Como la tasa que se calcula es anual, se excluyeron los años 2010 y 2020 pues solo se registraron causas asociadas al tipo penal del artículo 390 inciso segundo del Código Penal en los meses de diciembre de 2010 y enero y febrero de 2020. Asimismo, se consideró la creación de la Región de Ñuble en Agosto de 2017, por lo que esta arroja cifras relevantes solo entre los años 2018 y 2019, y se consideraron, para efectos del cálculo, a estos habitantes como comprendidos en la VIII Región del Bío Bío en los años anteriores.

<sup>17</sup> CEPALSTAT, Bases de Datos y Publicaciones Estadísticas. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2018.

<sup>18</sup> CIF, Informe Circuito Intersectorial de Femicidio año 2019. Santiago, Chile, 2020.

TABLA N°1: TASA POR CADA 100 MIL MUJERES (2011-2019)

Región	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	T/P
I de Tarapacá	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.6	0.5	0.1
II de Antofagasta	0.4	0.4	0.0	0.3	0.7	1.0	0.3	0.0	0.9	0.4
III de Atacama	0.7	0.0	1.4	0.0	2.0	0.0	0.0	0.7	0.0	0.5
IV de Coquimbo	0.0	0.3	0.3	0.0	0.0	0.0	0.5	0.2	0.0	0.1
IX de la Araucanía	0.6	0.4	0.6	0.0	1.2	0.4	0.4	0.8	0.2	0.5
RM Centro Norte	0.1	0.1	0.6	0.2	0.1	0.6	0.3	0.3	0.9	0.3
RM Occidente	0.4	0.0	0.2	0.5	0.3	0.3	0.7	0.1	0.1	0.3
RM Oriente	0.0	0.2	0.2	0.3	0.1	0.1	0.1	0.3	0.0	0.2
RM Sur	0.3	0.2	0.5	0.6	0.5	0.2	0.5	0.5	0.4	0.4
V de Valparaíso	0.3	0.4	0.2	0.1	0.3	0.2	0.1	0.2	0.6	0.3
VI de O'Higgins	0.0	0.0	0.2	0.2	0.6	0.2	1.0	0.2	1.0	0.4
VII del Maule	0.6	0.4	0.6	0.0	0.6	0.0	0.5	0.5	0.0	0.4
VIII del Bio Bio	0.2	0.1	0.2	0.5	0.3	0.5	0.2	0.7	0.2	0.3
X de los Lagos	0.5	0.7	0.7	0.7	0.5	0.5	0.2	0.2	2.0	0.7
XI Aysén	2.0	4.0	2.0	0.0	2.0	0.0	5.8	0.0	0.0	1.7
XII de Magallanes	1.3	0.0	1.2	1.2	0.0	0.0	0.0	0.0	1.2	0.5
XIV de los Ríos	0.0	0.5	0.0	0.5	0.0	0.5	1.0	1.5	1.5	0.6
XV de Arica y Parinacota	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	1.6	0.2
XVI de Ñuble	-	-	-	-	-	-	-	0.0	0.8	0.4
<b>TOTAL NACIONAL</b>	<b>0.3</b>	<b>0.2</b>	<b>0.4</b>	<b>0.3</b>	<b>0.4</b>	<b>0.3</b>	<b>0.4</b>	<b>0.4</b>	<b>0.5</b>	<b>0.4</b>

De esta manera podemos observar las regiones del país que tienen tasas promedio de femicidios consumados por sobre la tasa promedio nacional, como el caso de la III Región de Atacama (0,5), la XII Región de Magallanes y la Antártica Chilena (0,5) y la X Región de Los Lagos (0,7). Asimismo, notamos que las Fiscalías Regionales Metropolitanas tienen tasas inferiores o iguales al promedio nacional.

Por sobre el resto de las otras regiones destaca el caso de la XI Región de Aysén, con una tasa promedio anual de 1,7 (325% más que el promedio); y con tasas anuales especialmente altas registradas los años 2012 (4,0) y 2017 (5,8), la más alta registrada en este estudio. Ello se condice en cierta medida con otros estudios realizados a propósito de la incidencia de la Violencia Intrafamiliar en las regiones del país, donde se destaca una alta tasa de violencia en contra de las mujeres en la región de Aysén, siendo de las más altas

en el período 2005-2018 junto con la región de Arica y Parinacota<sup>19</sup>. Esto podría estar asociado con la alta ruralidad y aislamiento de la región, lo que permitiría de mejor manera el predominio de culturas machistas y que las actitudes violentas hacia las mujeres sean más toleradas socialmente<sup>20</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de que esta cifra es altísima, hay que tener a la vista que Aysén es la región menos poblada del país y el impacto que tiene un femicidio se traduce en una tasa anual de cerca de 2,0. Además hay que considerar que del período estudiado, en 4 de los 9 años no se registró ningún femicidio consumado en la zona.

## 4. VÍCTIMA E IMPUTADO

### 4.1. Tramo etario de víctima e imputado

TABLA N°2: TRAMOS ETARIOS COMPARATIVOS ENTRE VÍCTIMA E IMPUTADO

tramo etario víctima	N°	%	tramo etario imputado	N°	%
17 y menos	2	1%	17 y menos	0	0%
18-29	78	26%	18-29	43	14%
30-39	89	30%	30-39	82	28%
40-49	62	21%	40-49	72	24%
50-59	40	13%	50-59	54	18%
60-más	27	9%	60-más	47	16%
<b>Total</b>	<b>298</b>	<b>100%</b>	<b>Total</b>	<b>298</b>	<b>100%</b>

Se puede apreciar en la tabla que no hay un tramo etario en las mujeres que predomine sobre otro. Sin embargo, se advierte que entre los 18 y 39 años el riesgo de una mujer de ser víctima de un femicidio aumenta de forma significativa. Son precisamente las etapas del ciclo de vida individual y familiar que se entrecruzan con los mandatos culturales para establecer proyectos de vida en común (matrimoniales y no matrimoniales) y el posterior nacimiento de hijos/as.

Entre los 18 y los 39 años, las mujeres comienzan una vida social activa, pública y productiva en términos laborales y educacionales, es decir, fuera del hogar, por lo anterior no resulta casual que el 52% de las mujeres que fueron asesinadas pertenezcan a este tramo etario, ya que son mujeres que han transgredido las normas de subordinación y estereotipos, especialmente cuando deciden poner fin a la relación o cuando comienzan una nueva relación<sup>21</sup>. En ese patrón de conducta habría un factor atávico de castigar justificadamente a una “mujer adúltera”. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos

19 FERNÁNDEZ, Guillermo. *Evolución del femicidio y de los delitos de violencia de género en Chile*. Santiago, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, 2019, p. 6.

20 BERVIAN, Gabriela et. al. “Violencia contra las mujeres rurales: concepciones de profesionales de la red intersectorial de atención”. En: *Enfermería global*, vol. 18, N° 54, Murcia, Universidad de Murcia, 2019, p. 151.

21 Ob. cit. n. 13.

Humanos recalca que la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer<sup>22</sup>.

A su vez, la pérdida de la pareja para el hombre no significa solamente un quiebre personal sino que la ruptura atenta contra el mandato social de hacer familia, criar hijos y tener (poseer) una mujer, tornándose la ruptura de pareja en un quiebre identitario en la vida del varón<sup>23</sup>. En este contexto de crisis, el femicidio es el desenlace más extremo de la violencia que puede ejercer un hombre tras significar esta pérdida como irreparable dentro de su construcción de masculinidad hegemónica<sup>24</sup>.

La infidelidad femenina se sitúa dentro de este mismo fenómeno<sup>25</sup>. La infidelidad de una mujer no es apreciada de la misma manera que la de un hombre, puesto que la sociedad castiga severamente cualquier acto que implique romper con la fidelidad al hombre con el que tiene una relación sexo afectiva, mientras que a él se le disculpa y se justifica su actuar violento cuando se ve agraviada su masculinidad. Así, aparece el hombre-víctima que es humillado por una mujer que lo expone ante el resto, y por lo cual ella merece el castigo letal<sup>26</sup>.

## 4.2 Nacionalidad

### Nacionalidad de la víctima e imputado

TABLA N°3: NACIONALIDAD DE VÍCTIMA E IMPUTADO

País de origen víctima	N°	País de origen imputado	N°
CHILE	273	CHILE	279
COLOMBIA	6	BOLIVIA	4
BOLIVIA	5	HAITÍ	4
HAITÍ	4	VENEZUELA	4
ARGENTINA	3	COLOMBIA	3
VENEZUELA	3	REPÚBLICA DOMINICANA	2
PERÚ	2	BRITÁNICA	1
REPÚBLICA DOMINICANA	1	PERÚ	1
BRITÁNICA	1		
		<b>Total</b>	<b>298</b>
<b>Total</b>	<b>298</b>		

22 CARDOSO, Emanuela. "Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: *Eunomia*, N° 9, Madrid, Universidad Carlos III, 2016, págs. 26-48.

23 Ob. cit. n. 11.

24 VALDIVIESO, Magdalena. "El patriarcado contemporáneo y sus violencias extremas contra las mujeres". En: *Femicidio y suicidio de mujeres por razones de género*. Santiago, Chile, FLACSO, 2017, p. 181.

25 Véase a modo de ejemplo, Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 1 de julio de 2018, RUC N° 1700518507-6, RIT N° 195-2018, considerando undécimo: "(...) El día 4 de junio de 2017, a las 23:30 horas aproximadamente, en el interior de una pieza del inmueble ubicado en [suprimido], Juan Guillermo Murakami Mantilla sostuvo una discusión por motivos de celos con [la víctima], quien era su conviviente y con quien tiene dos hijos en común, de 7 y 5 años de edad respectivamente, luego de eso la estranguló causándole la muerte".

26 SEPÚLVEDA, Ivonne. "Revisión de la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación en el delito de femicidio, con lentes de género". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 67, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2016, p. 194.

La migración en Chile en los últimos años, especialmente desde países latinoamericanos, ha tenido un crecimiento exponencial a través de diversas olas de ingreso a las distintas regiones del país. De acuerdo al INE, a fines del año 2019, la cantidad de personas extranjeras residiendo en Chile alcanza a 1,5 millones<sup>27</sup>.

Esta información resulta clave para entender la situación de las víctimas de femicidio extranjeras, ya que la migración incluye una débil inserción en la red de salud, asistencial y laboral lo que aumenta su condición de riesgo y vulnerabilidad al convivir con una pareja que ejerce violencia en un país nuevo y extraño<sup>28</sup>.

**TABLA N°4: FRECUENCIA DE FEMICIDIOS DE VÍCTIMAS MIGRANTES POR AÑO**

Año	Nº	Año	Nº
2010	0	2015	2
2011	0	2016	5
2012	0	2017	3
2013	2	2018	4
2014	0	2019	9
<b>Total</b>	<b>2</b>	<b>Total</b>	<b>23</b>

En la Tabla N° 4 se puede apreciar el número de femicidios de mujeres migrantes por año en el cual se observa un aumento paulatino y creciente de casos, especialmente desde el año 2015 en adelante, lo que es coincidente con las olas migratorias ocurridas en Chile.

Al respecto, es importante analizar e intervenir preventivamente la violencia que sufren las mujeres migrantes desde la óptica de la interseccionalidad, dado que su condición migratoria, muchas veces irregular, en edad fértil, en situación de pobreza, de incompreensión del idioma (por ejemplo víctimas haitianas) y aisladas, les deja en una precaria situación frente a los agresores, quienes como mecanismo de control, refuerzan el aislamiento de las víctimas, limitando su acceso a instituciones y organizaciones que podrían ayudarles<sup>29</sup>.

27 INE. Presentación de Resultados Definitivos del Censo 2017. Santiago, Chile, 2018. Disponible en: <http://resultados.censo2017.cl/Home/Download> [fecha de consulta: 31 de agosto de 2020].

28 NUDELMAN, Anita et. al. "Hearing their voices": Exploring Femicide among migrants and culture minorities". En: *Qualitative Sociology Review*, Vol. XIII (3), Lodz, Lodz University, 2017, p. 49.

29 AGUILERA, Andrea, VARGAS, Francisca y CASAS, Lidia. "Violencia sexual en contra de mujeres migrantes en el trayecto migratorio hacia Chile". En: Los efectos de la violencia sexual contra niñas y mujeres. Los casos de la violación con resultado de embarazo y de la violencia sexual contra las mujeres migrantes en la ruta hacia Chile. Santiago, Chile, 2018, págs. 111-150.

### 4.3 Vínculo

TABLA N°5: VÍNCULO ENTRE VÍCTIMA E IMPUTADO

Etiquetas de fila	N°
Conviviente	150
Cónyuge	87
Ex Conviviente	55
Ex Cónyuge	6
<b>Total</b>	<b>298</b>

A la luz de los datos recogidos, es posible afirmar que la mayor cantidad de mujeres asesinadas mantenían una relación de convivencia con su agresor, representando un 50,3% del total de femicidios ocurridos los últimos 10 años, mientras que las mujeres unidas por vínculo matrimonial representan un porcentaje del 29,1%, de los casos. El número de casos es menor cuando se trata de ex convivientes alcanzando un 18,4% y disminuye considerablemente respecto de aquellas mujeres que habían disuelto legalmente el vínculo matrimonial con su agresor, representando un 2,2%.

La lamentable cifra a nivel nacional, se condice con una investigación publicada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC por sus siglas en inglés) del año 2018<sup>30</sup>, la que dio cuenta que alrededor de 87.000 mujeres fueron asesinadas en todo el mundo el año 2017, de las cuales alrededor de 50.000 (equivalente a un 58%), lo fue a manos de su pareja íntima o familiares en el espacio privado, situación de hecho que da cuenta de la direccionalidad de estos crímenes de género en el que las mujeres víctimas son un fiel reflejo de la asimetría de poder existente en las relaciones entre hombres y mujeres.

## 5. LUGAR DE COMISIÓN DE LOS HECHOS

TABLA N°6: LUGAR DE COMISIÓN DE LOS FEMICIDIOS

Lugar	N°	%
Domicilio común	199	67%
Domicilio víctima	46	15%
Vía pública	38	13%
Domicilio imputado	9	3%
Establecimiento comercial	6	2%
<b>Total</b>	<b>298</b>	<b>100%</b>

<sup>30</sup> UNODC. *Global study on homicide*. Viena, Austria, 2018.

Respecto al lugar de ocurrencia de los femicidios en nuestro país, en virtud de la información disponible, se puede observar que el 66% de las mujeres víctimas sufrieron las agresiones mortales en el domicilio que compartían con el agresor, siendo el lugar de comisión con mayor ocurrencia (198 casos). La estadística también muestra que el segundo lugar más frecuente para la comisión del delito corresponde a la vivienda exclusiva de la víctima, representando un 16% del total de los casos.

Por otra parte, el 13% de los femicidios ocurrieron en la vía pública, ocupando el tercer lugar de frecuencia. En estos casos, resulta relevante señalar que la mayoría de ellos ocurrieron en lugares solitarios en los que la víctima tuvo escasa posibilidad de recibir ayuda de terceros.

Un número bastante menor de casos ocurrió en el domicilio del imputado, alcanzando un 3%. En la mayoría de los casos detectados, la mujer concurrió a dicho lugar por temas relativos al cuidado, educación o manutención de las/os hijas/os en común, lo cual fue aprovechado por el agresor para atacarla.

Por último, el 2% de los delitos investigados ocurrió en establecimientos comerciales. Pese a que en este grupo el número de casos es bastante menor respecto a los otros lugares de ocurrencia (solo 6 casos), impresiona que los hechos hayan ocurrido en espacios de libre acceso al público en los que el agresor mostró una total desinhibición al momento de ejecutar el hecho, pues en estos casos, a diferencia de lo señalado respecto de los ocurridos en la vía pública, se trata de establecimientos con tránsito y concurrencia frecuente de terceras personas.

### 5.1 Relación víctima e imputado y lugar de ocurrencia del femicidio

Para enriquecer el presente análisis, resulta interesante relacionar las dos variantes antes revisadas, esto es, el vínculo entre víctima e imputado y el lugar de ocurrencia de los femicidios. La siguiente tabla desagrega pormenorizadamente el lugar en que convivientes, cónyuges, ex convivientes y ex cónyuges mataron a sus víctimas:

Tabla N°7: Vínculo entre víctima e imputado y lugar de ocurrencia del femicidio

Vínculo / Lugar de Ocurrencia	N°
<b>CONVIVIENTE</b>	<b>150</b>
Domicilio común	118
Vía pública	15
Domicilio víctima	12
Establecimiento comercial	3
Domicilio imputado	2
<b>CÓNYUGE</b>	<b>87</b>
Domicilio común	80
Vía pública	7
<b>EX CONVIVIENTE</b>	<b>55</b>
Domicilio víctima	33
Vía pública	14
Domicilio imputado	6
Establecimiento comercial	2
<b>EX CÓNYUGE</b>	<b>6</b>
Vía pública	2
Domicilio víctima	2
Domicilio imputado	1
Establecimiento comercial	1
<b>Total</b>	<b>298</b>

Como se adelantó al referirnos al vínculo entre víctima e imputado, la mayoría de los casos tenía a ambos unidos por una convivencia o matrimonio al momento de los hechos, situación que se encuentra estrechamente relacionada con la alta preponderancia del domicilio común como lugar de ocurrencia más habitual de este delito y, tristemente, demuestra que el hogar es el espacio más peligroso para la vida de las mujeres.

Que el hogar común sea el escenario más frecuente donde ocurren los femicidios consumados no es casual. Las violencias contra las mujeres, tanto dentro como fuera del contexto familiar, se encuentran inevitablemente relacionadas con los roles impuestos por la sociedad patriarcal, roles que en el espacio íntimo cobran más fuerza, manifestándose de manera más prístina los mandatos y estereotipos en torno al espacio doméstico y al rol de las mujeres en él, evidenciando que son espacios diferenciados de poder. “Espacio

privado” y “división sexual del trabajo”, son conceptos que implican para las mujeres privarse de “lo público” entendiendo por tal a todo lo que no ocurre al interior del hogar (vida social, productiva económicamente, etc.). La división tan marcada respecto de los lugares que cada sexo debe ocupar es la base de la falta de independencia económica y subordinación de las mujeres respecto de los hombres, los que no solo se visualizan como dueños del poder adquisitivo, sino que también se posicionan como dueños de las mujeres<sup>31</sup>.

Es en la casa que comparte con el agresor donde se vislumbra con mayor claridad la funcionalidad de la violencia, la que se ejerce como mecanismo de control y práctica sistemática que busca asegurar, mantener y perpetuar la subordinación femenina por parte de los hombres.

## 6. MEDIO COMISIVO

TABLA N°8: MEDIO UTILIZADO PARA COMETER EL FEMICIDIO

Medio utilizado	N°	%
Arma blanca	150	50%
Arma de fuego	57	19%
Asfixia por estrangulamiento	29	10%
Objeto Contundente	27	9%
Golpes manos/pies	20	7%
Asfixia por sofocación	4	1%
Fuego/Incendio/Acelerante	4	1%
Asfixia por sumersión	2	1%
Intoxicación	2	1%
Empujar desde altura	2	1%
Otros	1	0%
<b>Total general</b>	<b>298</b>	<b>100%</b>

Como es posible observar en el gráfico, el arma blanca fue sin lugar a dudas el principal medio utilizado por los agresores para cometer el delito, alcanzando los 150 casos. Por ello, es posible afirmar que en un 50% de los femicidios consumados, la muerte de la mujer fue resultado de las heridas causadas por un objeto corto punzante manipulado por el agresor.

La alta ocurrencia en el uso de armas blancas para la comisión de los femicidios puede explicarse por la facilidad en el acceso a este tipo de armas, considerando que forma parte de los implementos habituales con los que cuenta una casa para fines domésticos y, además, existe libre acceso comercial a navajas más sofisticadas.

Así las cosas, resulta interesante analizar de manera particular el empleo de un arma

<sup>31</sup> Sobre estos planteamientos, ver KANDEL, Ester. *División sexual del trabajo ayer y hoy*. Una aproximación al tema. Buenos Aires, Dunken, 2006.

blanca para llevar a cabo un femicidio, pues impresiona que en la mayoría de los casos revisados se apuñaló más de una vez a la víctima, vislumbrando un patrón particularmente violento en las lesiones causadas. Este fenómeno se ha denominado como “overkill” entendido como el uso excesivo de la fuerza más allá de lo necesario para conseguir el objetivo pretendido<sup>32</sup>. Referirnos al overkill da cuenta de una manera particularmente agresiva de llevar a cabo la acción matadora, dejando huellas en el cuerpo de la mujer por medio de lesiones en ciertas áreas simbólicas que tienen una connotación especial para el agresor o lugares del cuerpo que se consideran de importancia social como el rostro, pecho y el corazón<sup>33</sup>.

El segundo medio más recurrente para causar la muerte de las mujeres víctimas fueron las armas de fuego; este medio fue utilizado en 57 de los 298 femicidios consumados, cifra que equivale al 19% de los casos. Aunque resulta ser menos frecuente que el arma blanca, se destaca la gran cantidad de casos en los que se causó la muerte de la mujer con un arma de fuego.

Las armas de fuego, a diferencia de las armas blancas, son objetos diseñados exclusivamente para matar y por ello detentan un gran poder letal que exige un esfuerzo reducido del agresor para concretar su objetivo. Asimismo, aumenta la probabilidad de efectividad en el resultado fatal, por ello el alto uso de este tipo de armas, ineludiblemente, pone en alerta al sistema judicial en su conjunto respecto al rol preventivo del Estado con las víctimas de violencia de género. La sola tenencia por parte del hombre de un arma de fuego, contribuye con el sostenimiento de las relaciones asimétricas, pues extienden el poder de quienes las poseen y la probabilidad de un femicidio aumentará considerablemente<sup>34</sup>.

El tercer medio más utilizado para causar la muerte de la mujer es el estrangulamiento, puesto que en 29 casos el delito se verificó a través de la asfixia manual de la víctima. Realizar la acción femicida por medio de “las propias manos,” da cuenta de un acto simbólico por parte del agresor, pues utiliza su propio cuerpo y su fuerza para concretar el asesinato de la mujer. Asimismo, el asesino logra tener un control total del cuerpo de la mujer, ya que la mantiene inmovilizada a su merced y con proximidad corporal con ella, lo que le permite ser a quien ella verá por última vez y ser quien percibirá su último aliento.

Otros de los medios más habituales para cometer el delito son los golpes con objetos contundentes, entre los cuales se encuentra la utilización de palos, hachas, martillos, entre otros, lo que representa un 9% de los femicidios consumados. De este medio comi-

<sup>32</sup> OACNUDH. *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*.

<sup>33</sup> Véase a modo de ejemplo, Tribunal Oral en lo Penal de Concepción del 5 de Junio de 2012, RUC N° 1110026118-0, RIT 179-2012, considerando segundo: “(...) ante lo cual el acusado, prevaleándose del conocimiento previo que tenía de dicha rutina, la oscuridad de la madrugada, el poco tránsito vehicular y de personas a esa temprana hora en que la víctima caminaba sola, y tomando ventaja de su menor envergadura física, situación de indefensión que aprovechó el acusado para lograr su objetivo, procedió, con ánimo de matarla, a abordarla en forma repentina y desprevenida, actuando a traición y sobre seguro, y haciendo uso del arma que portaba le infirió a la víctima aproximadamente 28 puñaladas en distintas partes del cuerpo, que le provocaron a ésta una anemia aguda y finalmente la muerte, casi instantáneamente en el mismo lugar”.

<sup>34</sup> ALFIE, Julián; MUCCI, Ana; ROMANO, A. *Cuando el macho dispara*. Buenos Aires, Argentina, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, 2019.

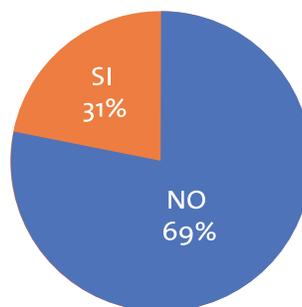
sivo destaca que se trata de objetos que pueden encontrarse presentes en la mayoría de las casas, lo que los hace ser de fácil alcance para el agresor.

Por su parte, cometer femicidio únicamente a través de golpes de manos y pies representa el 6,7% de los casos. Esta forma de comisión también implica un contacto corporal entre víctima y victimario y un control total del cuerpo de la víctima. La diferencia de esta forma de matar con el estrangulamiento, es que acá se requiere de fuerza en los golpes por lo que la dinámica agresiva resulta mucho más violenta, puesto que para que se verifique la muerte, es necesario propinar una gran cantidad de golpes.

Por último, existen medios comisivos menos recurrentes, como la asfixia por sofocación (4 casos), esto es, utilizando elementos para provocar la asfixia, como una almohada o plásticos; el fuego, esto es, prendiendo fuego directamente al cuerpo de la víctima o al lugar en que se encontraba (4 casos); la asfixia por sumersión, es decir, la utilización del agua para provocar la asfixia (2 casos); la intoxicación a través de algún fármaco (2 casos); y la caída desde altura al ser empujadas por el agresor (2 casos)<sup>35</sup>.

## 7. SUICIDIO DEL AGRESOR

GRÁFICO N°3: PORCENTAJE DE IMPUTADOS QUE SE SUICIDAN



Un tercio de los hombres que han asesinado a sus parejas o ex parejas se han quitado la vida a continuación de cometer el femicidio (91). Esto se condice con la evidencia internacional, en que el “femicidio-suicidio” o suicidio machista, alcanza un alto porcentaje, que varía entre un 18 y un 40% de los asesinatos de mujeres<sup>36</sup>.

De acuerdo a la evidencia obtenida, habría tres momentos en los que los agresores se precipitan al suicidio: inmediatamente después de asesinar a las mujeres; en las horas posteriores tras huir del sitio del suceso y perder su paradero; y una vez que han quedado en prisión preventiva, quitándose la vida antes de ser llevados a juicio o incluso en las horas antes de la lectura de su sentencia.

El femicidio en estos casos es la culminación de años de violencia de género, ya sea como reacción celosa irreflexiva o como pérdida del control ante la separación, y como señala

<sup>35</sup> La categoría “otros medios comisivos”, se refiere a la existencia de un caso ingresado por querrela en el que se imputa al agresor una comisión por omisión de ayuda a la víctima, por lo que no existe un elemento externo que se haya utilizado para cometer el delito.

<sup>36</sup> MATTHEWS, Shanaaz et. al. “Intimate femicide-suicide in South Africa: a cross-sectional study”. En: *Bulletin of World Health Organization*, 86 (7), World Health Organization (WHO), 2008, págs. 552-558.

Antúnez<sup>37</sup>, el suicidio posterior puede ser entonces un acto de remordimiento, vergüenza o temor a las consecuencias. Esto último se podría explicar a su vez por la alta penalidad asociada a esta conducta, que tiene una de las penas más altas de nuestro ordenamiento jurídico (presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado).

El sometimiento de la mujer se transforma en el sentido de vida para el sujeto controlador, por lo que cuando la mujer se libera de esa relación o pretende hacerlo, el agresor ve amenazado su control y busca recuperarlo de forma violenta<sup>38</sup>. Paradójicamente, la ira y la depresión por la pérdida del vínculo terminan con la pérdida real y definitiva de la persona objeto de su control, lo que tiende a incrementar la autodesvalorización, la rabia y el autorreproche del agresor<sup>39</sup>.

## 8. CAUSAS PREVIAS

TABLA N°9: VÍCTIMAS DE FEMICIDIO QUE HABÍAN HECHO A LO MENOS UNA DENUNCIA PREVIA (VINCULANTE ENTRE VÍCTIMA E IMPUTADO DEL FEMICIDIO)

Año	Nº
2010	1
2011	10
2012	9
2013	16
2014	12
2015	10
2016	4
2017	13
2018	16
2019	20
2020	2
<b>Total</b>	<b>113</b>

Del total de femicidios consumados durante el período, aproximadamente un 38% de las víctimas habían realizado denuncias penales previas por algún hecho constitutivo de violencia intrafamiliar en contra del mismo imputado. En todo caso, el presente estudio no abarca la existencia o no de procesos iniciados en sedes distintas a la penal, como tribunales de familia o centros de medidas cautelares.

37 ANTÚNEZ, Javier. "El feminicidio/suicidio. Una forma extrema de violencia de género". En: *Revista de Psicoterapia Psicoanalítica*, IX (3), Montevideo, Asociación uruguaya de psicoterapia psicoanalítica (AUDEPP), 2016, págs. 113-126.

38 MONTERO, Andrés. *El suicidio machista. Violencia de género. Los agresores*. Disponible en: <http://www.mujiresenred.net/spip.php?article700> [fecha de consulta: 31 de agosto de 2020].

39 OTAMENDI, María Alejandra. "Suicidios, Femicidios-suicidios y armas de fuego en Argentina". En: *Revista de Ciencias Sociales*, DS-FCS, vol. 33, n°46, Montevideo, Universidad de la República del Uruguay, 2020, págs. 107-130, p. 111.

Esto refleja que en la mayoría de los casos, hay una dificultad del sistema penal por advertir previamente y prevenir la ocurrencia de un episodio de violencia extrema<sup>40</sup>.

Si bien se puede apreciar una tendencia al alza en la cantidad de mujeres víctimas de femicidio que tenían denuncias penales previas (un alza del 100% si comparamos los años 2011 y 2019), si analizamos la cantidad anual por el porcentaje de mujeres asesinadas al año, observamos que se mantiene una tendencia en torno al 40% del total anual, con una anomalía estadística el año 2016 en que se registraron solo 4 mujeres asesinadas con denuncias previas, lo que corresponde a un 14% de dicho año.

TABLA N°10: VÍCTIMAS CON DENUNCIAS PREVIAS

Año	Con denuncia previa	Sin denuncia previa
2010	1	0
2011	10	15
2012	9	13
2013	16	17
2014	12	16
2015	10	25
2016	4	24
2017	13	24
2018	16	18
2019	20	30
2020	2	3
<b>TOTAL</b>	<b>113</b>	<b>185</b>

La mayoría de las víctimas con causas anteriores habían denunciado previamente al imputado en sede penal en una sola oportunidad (53%), pero en promedio, las mujeres asesinadas que denunciaron lo hicieron en dos oportunidades.

En ese sentido se observa con preocupación una importante cantidad de mujeres que

<sup>40</sup> En el mismo sentido, podemos observar que en el período 2007-2010 un 33% de los casos presentaba denuncias previas en el sistema, cfr. TALADRIZ, María José; RODRIGUEZ, Roberto. "El delito de femicidio en Chile". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 46, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2011, págs. 213-229, p. 227.

acumulaban 3 o más episodios de violencia previamente denunciados ante el sistema penal (29%), con una víctima que incluso llegó a denunciar anteriormente en 8 oportunidades distintas a su agresor.

TABLA N°11: CANTIDAD DE DENUNCIAS PREVIAS POR VÍCTIMA

Cantidad denuncias	Víctimas
1	60
2	20
3	20
4	4
5	8
8	1
<b>TOTAL</b>	<b>113</b>

### 8.1 Delitos denunciados con anterioridad

En cuanto a la caracterización criminal de las causas anteriores, podemos apreciar que se trata de delitos constitutivos de violencia intrafamiliar de menor intensidad, especialmente lesiones menos graves y amenazas. Así, del total de causas previas acumuladas, la mayoría corresponde a lesiones<sup>41</sup> (53%), seguido por amenazas (31%) y maltrato habitual (9,5%).

TABLA N°12: DELITO POR CAUSA PREVIA

Delito previo	Cantidad
Lesiones	117
Amenazas	68
Maltrato habitual	21
Desacato	6
Otros hechos	3
Daños	1
Porte de arma blanca	1
Violación de morada	1
Delitos sexuales	1
<b>TOTAL</b>	<b>219</b>

<sup>41</sup> Se consideran en la misma categoría las Lesiones Menos Graves y las Lesiones Leves, considerando lo dispuesto en artículo 494 N° 5 del Código Penal en relación al artículo 5 de la Ley N 20.066.

## 8.2 Vigencia de las causas y medidas cautelares o de protección

También es importante destacar que del total de víctimas de femicidio que registraban causas previas, solo 23 de ellas tenían alguna causa vigente.

De estas 23 víctimas con causas penales vigentes, en menos de la mitad (9) se encontraba vigente algún tipo de medida cautelar judicial decretada para resguardar la seguridad de la víctima, que en la mayoría de los casos (8) consistió en la prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9° letra b) de la Ley N° 20.066.

Adicionalmente, en otros 5 casos terminados por sentencia definitiva condenatoria o por suspensión condicional del procedimiento, se encontraban vigentes penas accesorias o condiciones del artículo 238 del Código Procesal Penal con el objeto de resguardar la seguridad de la víctima, y que fueron vulneradas por el agresor al momento de los hechos constitutivos de femicidio.

TABLA N°13: VÍCTIMAS CON CAUSAS PREVIAS VIGENTES AL MOMENTO DE LOS HECHOS

Víctimas con causas previas vigentes	N°
Terminadas	90
Vigentes	23
<b>Total</b>	<b>113</b>

TABLA N°14: VÍCTIMAS CON ALGUNA MEDIDA CAUTELAR VIGENTE AL MOMENTO DE LOS HECHOS

Víctimas con medida cautelar vigente	N°
Sin cautelar vigente	14
Con cautelar vigente	9
<b>Total</b>	<b>23</b>

En definitiva, la mayoría de las mujeres víctimas de femicidio no recurrieron previamente al sistema penal, y las que lo hicieron fue mayoritariamente por delitos de violencia intrafamiliar de menor entidad, que por lo mismo no se tradujeron en condenas que significaran la aplicación de una pena privativa de libertad, ni que respecto del imputado se hayan decretado medidas de protección de mayor entidad o extensión.

De ahí la necesidad del sistema penal y de la fiscalía en particular, de ejecutar esfuerzos coordinados con otros actores del sistema integral de protección de mujeres víctimas de violencia de género a fin de poder adoptar tempranamente medidas adecuadas que permitan prevenir y erradicar la violencia femicida.

En este sentido, el año 2016 se estableció una mesa de trabajo que culminó con un convenio entre el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Ministerio Público, Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones de Chile, que tuvo por objeto cumplir con las obligaciones que tiene el Estado para dar una debida protección a las mujeres que son víctimas de violencia por parte de sus parejas.

De este modo, estas instituciones acordaron crear un protocolo para la adopción de las primeras medidas y acciones de protección respecto de mujeres víctimas de violencia intrafamiliar que tengan o hayan tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él, o tengan un hijo o hija en común con este, cuya situación se ha conocido por denuncia y/o situación de flagrancia, contribuyendo a brindarles una protección oportuna y efectiva<sup>42</sup>.

## 9. TIPOS DE TÉRMINO

TABLA N°15: TIPOS DE TÉRMINOS DE LOS FEMICIDIOS

Tipo de término	N°
Sentencia definitiva condenatoria	142
Sobreseimiento definitivo	76
Facultad de no iniciar investigación	7
Archivo provisional	3
Decisión de no perseverar	2
Sobreseimiento temporal	1
Sentencia definitiva absolutoria	1
<b>Total</b>	<b>232</b>

En cuanto a los tipos de término, es dable destacar que la principal forma en la que culmina una investigación por hechos constitutivos de femicidio, es con una sentencia definitiva condenatoria. Con ello, queda de manifiesto el cumplimiento de la debida diligencia reforzada con la que actúan los/as fiscales ante casos que dan cuenta de la manifestación extrema de violencia contra las mujeres.

Si hacemos una revisión del total de las investigaciones en las que se ejerció la acción penal pública y que por tanto llegaron a juicio oral, en todas ellas<sup>43</sup>, esto es, en el 100% se obtuvo sentencia definitiva condenatoria, lo que refleja un éxito rotundo en las investigaciones llevadas a cabo por el Ministerio Público.

Asimismo, el sobreseimiento definitivo emerge como una forma en la cual culmina una gran cantidad de causas. Sin embargo, esta situación dice relación con la cantidad de sujetos femicidas que con posterioridad al acometimiento en contra de la mujer con la

<sup>42</sup> Convenio de colaboración interinstitucional para la aplicación de la Pauta unificada de evaluación inicial de riesgo en mujeres víctimas de violencia intrafamiliar en contexto de pareja y protocolo de protección inmediata. Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, Ministerio Público, Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones, 29 de julio de 2016.

<sup>43</sup> Si bien se advierte una sentencia absolutoria, esto se debe a que en una misma investigación se imputaron cargos en contra de un sujeto que actuó como autor mediato –que fue sancionado a título de homicidio por no tener alguno de los vínculos que establecía el artículo 390 inciso 2– y de otro sujeto que actuó como autor intelectual y que tenía la calidad de conviviente de la mujer asesinada, pero respecto del cual, no se logró convicción del tribunal para condenarlo.

cual tenían alguno de los vínculos señalados en la ley, se suicidan. De este modo, en tan solo cuatro casos no se verifica un sobreseimiento definitivo por muerte del imputado (artículo 250 del CPP)<sup>44</sup>.

Algo similar ocurre con la tercera forma de término más recurrente en este delito, esto es, la facultad de no iniciar investigación, ya que en todos los casos, se solicitó la aprobación de esta causal de término por haber mediado suicidio del imputado.

Una cuestión bien particular y respecto de la cual se ignora la razón de su ocurrencia, es con respecto a los archivos provisionales, pues en todos ellos el imputado se suicidó, cuestión que debería haberse reflejado a través de un sobreseimiento definitivo o con el ejercicio de la facultad de no iniciar investigación.

En un solo caso hay un sobreseimiento temporal, toda vez que en esta investigación se decretó la orden de detención del imputado, quien huyó del país, pero se encuentra privado de libertad y está pendiente su extradición por parte de su país de origen.

Del total de los casos terminados, en tan solo dos de ellos la Fiscalía decidió no perseverar en el procedimiento por no contar con antecedentes para fundar una acusación, lo cual deja de manifiesto que existe una alta eficacia en las investigaciones, toda vez que si sumamos las 142 causas en las cuales el Ministerio Público podía ejercer la acción penal pública y estos dos casos en los cuales no perseveró, tenemos que en un 98% de los casos hubo una respuesta punitiva ante las muertes de mujeres en manos de sus parejas y en tan solo un 2% no.

## 10. CONCLUSIONES

La tipificación del delito de femicidio el año 2010 ha permitido visibilizar y caracterizar el fenómeno femicida en nuestro país, dotando de un marco legal para identificar los hechos que se entienden como constitutivos de violencia extrema en contra de las mujeres. Este marco legal, aunque acotado, ha permitido realizar un levantamiento automatizado de los casos ocurridos desde su entrada en vigencia hasta su derogación en marzo de 2020, facilitando la realización de este estudio sin la necesidad de pesquisar otras fuentes de información para rescatar los casos, como ocurría con anterioridad.

A la luz de la información que fue posible obtener tras 10 años de aplicación de la Ley N° 20.084, podemos observar cómo la violencia letal en contra de las mujeres constituye un fenómeno persistente y arraigado culturalmente en nuestro país, con una frecuencia relativamente homogénea en estos años de estudio, con una importante concentración de casos en la Región Metropolitana y una altísima tasa de femicidios en la XI Región de Aysén.

Por ello, y sin perjuicio de los avances legales en esta materia, también es necesario activar servicios y recursos que promuevan la “prevención-protección” de la violencia hacia las mujeres, activando redes de apoyo formales e informales que les permitan sostener

<sup>44</sup> En tres de estos casos, se sobreseyó definitivamente por la causal contemplada en el artículo 250 a) del CPP; esto es, por no haber sido constitutivos de delito los hechos denunciados, puesto que en dos casos, se determinó que la mujer murió por causas naturales y en uno que ella se suicidó. Y en un caso, el imputado fue sobreseído por encontrarse loco, por lo que operó la causal contemplada en la letra c) del referido artículo.

en el tiempo su autonomía y desarrollar sus potencialidades, propender a una intervención integral que incluya programas de prevención y pesquisa de esta violencia con implementación de acciones coordinadas y colaborativas a nivel local que incluyan aspectos jurídicos, sociales, de salud mental, laborales y educativas.

En cuanto a las víctimas, podemos apreciar por una parte, que la violencia femicida no discrimina por edad. De otro lado, tanto imputados como víctimas son mayoritariamente de nacionalidad chilena, con un progresivo aumento de casos que involucran a personas migrantes. La mayoría de las víctimas eran convivientes de sus agresores al momento de los hechos, y el lugar más frecuente en el que son asesinadas es en el espacio privado, generalmente el domicilio común que comparten la víctima y/o sus hijos con el imputado. Si bien la mayoría de ellas no había denunciado previamente a sus agresores, ello no descarta la existencia de episodios previos de violencia en su relación, que pueden haber sido de conocimiento de otras instituciones del sistema o derechamente una cifra negra. Quienes sí tenían denuncias previas, eran por delitos de violencia intrafamiliar de menor gravedad, y la gran mayoría no tenía causas vigentes ni medidas de protección ni cautelares a su favor, vigentes al momento de la ocurrencia del delito.

En cuanto al imputado, resulta especialmente interesante el alto porcentaje de ellos que se suicida después de cometer el delito, fenómeno que se repite y ha sido mejor estudiado en otras partes del mundo. La información revisada puede dar origen a una línea de investigación que requiere de un análisis más profundo y cualitativo con fines de explorar los contextos sociales, motivaciones y creencias que estarían a la base en los femicidas-suicidas. Sin duda que un lugar común es la idea de apropiación del cuerpo de las mujeres, lo que es llevado al extremo en estos casos, cuando el agresor a partir de celos, infidelidad o cuando la víctima decide poner fin a la relación, toma para sí lo que creía poseer y posteriormente emprende el acto suicida.

La gran mayoría de los ataques femicidas son cometidos mediante el uso de arma blanca, lo que se asocia frecuentemente a conductas improvisadas y poco reflexivas, pues se hace uso de herramientas y utensilios que se encuentran a la mano en el hogar, como cuchillos de cocina. Esto también da cuenta de cómo el femicidio es generalmente la última escalada de un historial de abusos y violencia en contra de esas mujeres y de situaciones de alto control a su respecto.

Un estudio de Campbell<sup>45</sup> mostraba que en el 66% de los casos de muertes de mujeres, sus parejas calificaban con un alto puntaje en conductas de control. Un segundo estudio cualitativo, realizado con 30 mujeres que habían sobrevivido a un intento de asesinato, concluía que el 83% de sus parejas utilizaba conductas extremas de control, como acoso, celos exagerados, aislamiento social, limitaciones físicas o amenazas de violencia<sup>46</sup>.

---

45 CAMPBELL, Jacqueline, et al. "Risk factors for femicide in abusive relationships: Results from a multisite case control study". En: *American Journal of Public Health*, 93, 2003, págs. 1089–1097, citado en KELLY, Joan y JOHNSON, Michael. "Differentiation among types of intimate partner violence: research update and implications for interventions". En: *Family Court Review*, 46 (3), Association of Family and Conciliation Courts, 2008, págs. 476–499.

46 NICOLAIDIS, Christina et. al. "Could we have known? A qualitative analysis of data from women who survived an attempted homicide by an intimate partner". En: *Journal of General Internal Medicine*, 18, págs. 788–794, citado en KELLY, Joan y JOHNSON, Michael. "Differentiation among types of intimate partner violence: research update and implications for interventions". En: *Family Court Review*, 46 (3), Association of Family and Conciliation Courts, 2008, págs. 476–499.

Finalmente, destaca la alta tasa de efectividad del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal en este tipo de delitos, obteniendo sentencias condenatorias en prácticamente la totalidad de los casos en los que el imputado no se ha quitado la vida.

En definitiva, estos diez años de aplicación de la Ley de Femicidio nos han permitido caracterizar algunos elementos cuantitativos y cualitativos del fenómeno, constatar su persistencia en el tiempo, evaluar nuestra actividad como órgano encargado de la protección de las víctimas, de la investigación y del ejercicio de la acción penal pública. Del mismo modo, resulta información valiosa para orientar las políticas públicas a fin de prevenir, erradicar y sancionar la violencia de género extrema en contra de las mujeres de nuestro país, con un inmenso desafío por delante en la aplicación del nuevo tipo penal de femicidio.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA, Andrea, VARGAS, Francisca y CASAS, Lidia. “Violencia sexual en contra de mujeres migrantes en el trayecto migratorio hacia Chile”. En: *Los efectos de la violencia sexual contra niñas y mujeres. Los casos de la violación con resultado de embarazo y de la violencia sexual contra las mujeres migrantes en la ruta hacia Chile*. Santiago, Chile, 2018, págs. 111-150.

ALFIE, Julián; MUCCI, Ana; ROMANO, Aldana. *Cuando el macho dispara*. Buenos Aires, Argentina, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, 2019.

ANTÚNEZ, Javier. “El feminicidio/suicidio. Una forma extrema de violencia de género”. En: *Revista de Psicoterapia Psicoanalítica*, IX (3), Montevideo, Asociación uruguaya de psicoterapia psicoanalítica (AUDEPP), 2016, págs. 113-126.

BERVIAN, Gabriela et. al. “Violencia contra las mujeres rurales: concepciones de profesionales de la red intersectorial de atención”. En: *Enfermería global*, vol. 18, N° 54, Murcia, Universidad de Murcia, 2019, págs. 144-179.

CAMPBELL, Jacqueline, et al. “Risk factors for femicide in abusive relationships: Results from a multisite case control study”. En: *American Journal of Public Health*, 93, 2003, págs. 1089–1097, citado en KELLY, Joan y JOHNSON, Michael. “Differentiation among types of intimate partner violence: research update and implications for interventions”. En: *Family Court Review*, 46 (3), Association of Family and Conciliation Courts, 2008, págs. 476–499.

CARDOSO, Emanuela. “Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 9, Madrid, Universidad Carlos III, 2016, págs. 26-48.

CEPALSTAT, *Bases de Datos y Publicaciones Estadísticas*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2018.

CIF, *Informe Circuito Intersectorial de Femicidio año 2019*. Santiago, Chile, 2020.

FERNÁNDEZ, Guillermo. *Evolución del femicidio y de los delitos de violencia de género en Chile*. Santiago, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, 2019.

HENDEL, Liliana. *Violencias de género, las mentiras del patriarcado*. Buenos Aires, Paidós, 2017.

INE. *Presentación de Resultados Definitivos del Censo 2017* [en línea]. Santiago, Chile, 2018. Disponible en: <http://resultados.censo2017.cl/Home/Download> [fecha de consulta: 31 de agosto de 2020].

JOHNSON, Michael. "Patriarchal terrorism and common couple violence: two forms of violence against women in U.S. families". En: *Journal of Marriage and the Family*, Vol. 57, N° 4, Minneapolis, EE.UU., 1995, págs. 283 y sgtes., citado en: QUINTEROS, Andrés y CARBAJOSA, Pablo. *Hombres maltratadores*. Madrid, España, Grupo 5, 2008.

KANDEL, Ester. *División sexual del trabajo ayer y hoy. Una aproximación al tema*. Buenos Aires, Dunken, 2006.

LAGARDE, Marcela. *Claves feministas para el poderío y autonomía de las mujeres*. Managua, Nicaragua, Puntos de Encuentro, 1997.

MATTHEWS, Shanaaz et. al. "Intimate femicide-suicide in South Africa: a cross-sectional study". En: *Bulletin of World Health Organization*, 86 (7), World Health Organization (WHO), 2008, págs. 552-558.

MUNÉVAR, Dora Inés. "Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género". En: *Estudios Socio-Jurídicos*, N° 14 (1), Bogotá, Colombia, Universidad del Rosario, 2012, págs. 135-175.

NICOLAIDIS, Christina et. al. "Could we have known? A qualitative analysis of data from women who survived an attempted homicide by an intimate partner". En: *Journal of General Internal Medicine*, 18, pp. 788-794, citado en KELLY, Joan y JOHNSON, Michael. "Differentiation among types of intimate partner violence: research update and implications for interventions". En: *Family Court Review*, 46 (3), Association of Family and Conciliation Courts, 2008, págs. 476-499.

NUDELMAN, Anita et. al. "'Hearing their voices': Exploring Femicide among migrants and culture minorities". En: *Qualitative Sociology Review*, Vol. XIII (3), Lodz, Lodz University, 2017, págs. 48-68.

OACNUDH. *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*.

OTAMENDI, María Alejandra. "Suicidios, Femicidios-suicidios y armas de fuego en Argentina". En: *Revista de Ciencias Sociales*, DS-FCS, vol. 33, n°46, Montevideo, Universidad de la República del Uruguay, 2020, págs. 107-130.

SEGATO, Rita. *Las estructuras elementales de la violencia*. Buenos Aires, Argentina, Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

SEPÚLVEDA, Ivonne. "Revisión de la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación en el delito de femicidio, con lentes de género". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 67, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2016, págs. 177-207.

TALADRIZ, María José; RODRÍGUEZ, Roberto. “El delito de femicidio en Chile”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 46, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2011, págs. 213-229.

UNODC. *Global study on homicide*. Viena, Austria, 2018.

VALDIVIESO, Magdalena. “El patriarcado contemporáneo y sus violencias extremas contra las mujeres”. En: *Femicidio y suicidio de mujeres por razones de género*. Santiago, Chile, FLACSO, 2017.

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

# APLICACIÓN DE LA NORMA DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO

Marcelo Contreras Rojas<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 18 de febrero de 2015, se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.818 que introdujo una serie de modificaciones a la normativa contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. Entre ellas, se incorporó un inciso final al artículo 27 de la Ley 19.913, por medio del cual se establece que la pena aplicable para el delito de lavado de dinero deberá ser proporcional a la pena de la conducta ilícita generadora de los bienes que posteriormente serían lavados (delito base o precedente).

Desde un principio, tanto en la discusión parlamentaria como también en la generada por los académicos que participaron de la misma, no hubo mayores detractores en la incorporación de esta norma, siendo bastante transversal su aprobación, lo cual se justificaba desde diferentes perspectivas, ya sea por razones de justicia material<sup>2</sup>, como también por la necesidad de una mayor eficacia en cuanto a la aplicación de penas en el delito de lavado de dinero. Asimismo, existía un factor muy determinante que generalmente se ha transformado en un efecto catalizador de las modificaciones legales en estos ámbitos, referido a la necesidad que nuestro país cumpla con los estándares inter-

<sup>1</sup> Abogado, Subdirector Jurídico de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

<sup>2</sup> Respeto de un análisis del principio de proporcionalidad por parte de nuestro Tribunal Constitucional, Véase, ARNOLD, Rainer; MARTINEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Estudios constitucionales [en línea]. 2012, vol. 10, n° 1. Disponible en: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So718-52002012000100003&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-52002012000100003&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/So718-52002012000100003>. COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio. ¿EMPLA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EL TEST DE PROPORCIONALIDAD?: 128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudios constitucionales [en línea]. 2014, vol. 12, n° 1. Disponible en: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So718-52002014000100005&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-52002014000100005&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/So718-52002014000100005>. [fecha de consulta: 3 de agosto de 2020].

nacionales vinculados al catálogo mínimo de delitos base que debe incorporar nuestra regulación en materia de lavado de dinero<sup>3</sup>.

En ese tiempo, al catálogo que hacemos mención, le faltaban conductas importantes vinculadas a la criminalidad económica, como por ejemplo la estafa, el contrabando, delitos tributarios, propiedad intelectual o la falsificación de billetes. Quizás algunos se preguntarán qué vinculación existe entre la incorporación de un mayor número de delitos base y el establecer una norma de proporcionalidad. Como veremos, la relación se produce ya que, si bien se entendía que el delito de lavado de dinero se debe adaptar a los estándares internacionales, se consideraba un problema el que alguna de las conductas base que se pretendía incorporar tuviesen penas significativamente inferiores a la del lavado de dinero, lo cual generaba un problema de proporcionalidad en su aplicación práctica. Si uno analiza la discusión parlamentaria podrá advertir que este fue uno de los factores claves que permitió la incorporación de nuevos delitos base.

Con posterioridad a su publicación en el Diario Oficial, algunos medios de comunicación llamaban la atención respecto a motivos espurios para su establecimiento en nuestro ordenamiento jurídico<sup>4</sup>. Por otro lado, comenzaban a conocerse las primeras dudas e interrogantes que podían plantearse respecto de la norma. Entre ellas, las primeras en aparecer se referían a si se le había bajado la pena al delito de lavado de dinero, si esta puede ser entendida como una norma más favorable, si su incorporación limita la posibilidad de solicitar medidas intrusivas que requieren pena de crimen cuando el delito base tenga asociada una pena inferior o si los jueces de garantía deben tener presente esta norma al momento de analizar la solicitud de medidas cautelares personales.

Posteriormente, mientras avanzaban algunas investigaciones, aparecieron una serie de dudas vinculadas a la aplicación práctica de la norma, por ejemplo, referidas a si la pena mayor a considerar era en abstracto o en concreto, respecto de cómo se resuelven los casos en que los bienes lavados provienen de dos delitos base con penalidades distintas, si opera esta norma solo para las hipótesis dolosas o también es aplicable a la modalidad culposa y algunas incluso más específicas como aquellas vinculadas a delitos base que tienen penas diferenciadas como es el caso de la asociación ilícita.

El objetivo central de este trabajo es explicar el proceso y las razones que justificaron la incorporación de esta modificación a nuestro sistema penal, para posteriormente analizar la norma e intentar resolver las dudas que fueron surgiendo con su aplicación,

3 Historia de la Ley 20.818 [en línea]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/3958>, “El Subsecretario de Hacienda, señor Rodrigo Álvarez, hacía ver *“que el proyecto adecua las normas legales vigentes a los estándares internacionales establecidos por el Grupo de Acción Financiera (GAFI) y supera las deficiencias detectadas en nuestro Sistema Nacional de Prevención, Persecución y Sanción de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, por el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD) en la evaluación internacional que esa entidad efectuara el año 2006”*. [fecha de consulta: 14 de agosto de 2020].

4 Lavado de activos: Cómo se cocinó el cambio legal que eliminó el riesgo de cárcel para el delito de cuello y corbata [en línea]. Disponible en: <https://ciperchile.cl/2016/01/12/lavado-de-activos-como-se-cocino-el-cambio-legal-que-elimino-el-riesgo-de-carcel-para-el-delito-de-cuello-y-corbata/> “En febrero de 2015 se promulgó la ley que bajó las penas para quienes cometen delitos económicos o de corrupción y son acusados de lavado de activos. Ya se beneficiaron los autores del fraude de La Polar, pronto lo harán los imputados por acreditaciones universitarias dolosas y podría favorecer también al ex subsecretario Pablo Wagner. Siete años estuvo en el Congreso el proyecto que buscaba otorgar “proporcionalidad” en las penas, pero cuyo detalle se selló en una “cocina” sin parlamentarios” [fecha de consulta: 14 de agosto de 2020].

entendiendo que desde el año 2015 hasta fines de 2019 se han dictado 94 sentencias condenatorias en materia de lavado de dinero que la han aplicado<sup>5</sup>. En todo caso, desde un primer momento vale la pena señalar que el efecto de la norma solo es relevante en los casos vinculados a delitos base que posean una pena inferior a la del delito de lavado de dinero, ya que en otros que exista una pena similar entre el delito base y el delito de lavado de dinero, no producirá ningún efecto.

## II. PROPUESTA INICIAL. JUSTIFICACIÓN RESPECTO DE SU INCORPORACIÓN

La tramitación legislativa de la Ley 20.818, comenzó el 17 de agosto del año 2006 con la presentación de una moción de un grupo de diputados, que pretendía incorporar 2 normas que el Excelentísimo Tribunal Constitucional había declarado inconstitucional por razones de quorum, respecto de la tramitación de la Ley 20.019. Posteriormente, el ejecutivo se sumó a este proyecto acompañando una indicación sustitutiva que proponía diversas modificaciones con el objeto de hacerse cargo de las observaciones que había recibido nuestro país en su última evaluación internacional<sup>6</sup>. Dentro de las modificaciones que se planteaban como esenciales estaba aquella referida a ampliar el catálogo de delitos base, con la finalidad de incorporar varias conductas que los estándares internacionales consideraban como mínimas<sup>7</sup>. El problema que se presentaba con la eventual incorporación de estos delitos base se focalizaba en la desproporción que existía entre las penas que consideraba nuestro ordenamiento jurídico para estas conductas y aquellas asignadas al delito de lavado de dinero, ya que podían existir conductas base con penas de 540 días, en cambio, la pena del delito de lavado de dinero parte desde los 5 años y un día a quince años.

En un primer momento se analizó como una eventual fórmula para superar este escollo, el modificar la pena del delito de lavado de dinero estableciendo un marco penal más amplio, es decir, que el delito no comenzara con una pena de cinco años y un día hacía arriba, sino que con penas desde los tres años y un día o incluso más abajo hasta el

5 Desde el año 2007 al 2019, se han dictado 195 sentencias definitivas en materia de lavado de dinero, dentro de las cuales 167 han sido sentencias condenatorias y 28 absolutorias. Para una revisión de las sentencias condenatorias en materia de lavado de dinero, véase el VI Informe de Tipologías y Señales de Alerta de Lavado de Activos en Chile 2007-2019 [en línea]. Disponible en: <https://www.uaf.cl/descargas/entidades/Sentencias2020.pdf>. [fecha de consulta: 14 de agosto de 2020].

6 Estas observaciones se refieren a la tercera ronda de evaluación del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT). El informe de evaluación del año 2010 [en línea]. Disponible en: <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/miembros/chile/evaluaciones-mutuas-3/90-chile-3ra-ronda-2010/file>. [fecha de consulta: 08 de septiembre de 2020].

7 Para conocer las categorías de delitos mínimas que establecen los estándares internacionales, véase, el glosario establecido para las 40 recomendaciones del GAFI [en línea]. Disponible en: [https://www.uaf.cl/descargas/legislacion/internacionales/GAFI%20Nuevas\\_40\\_Recomendaciones.pdf](https://www.uaf.cl/descargas/legislacion/internacionales/GAFI%20Nuevas_40_Recomendaciones.pdf). “Categorías establecidas de delitos significa: participación en un grupo delictivo organizado y estafa; terrorismo, incluyendo financiamiento del terrorismo; tráfico de seres humanos y tráfico ilícito de migrantes; explotación sexual, incluyendo la explotación sexual de menores; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; tráfico ilegal de armas; tráfico ilícito de mercancías robadas y otros bienes; corrupción y soborno; fraude; falsificación de dinero; falsificación y piratería de productos; delitos ambientales; homicidio, lesiones corporales graves; secuestro, privación ilegítima de la libertad y toma de rehenes; robo o hurto; contrabando; (incluyendo los impuestos y cargos aduaneros); delitos fiscales (relacionado a impuestos directos e impuestos indirectos); extorsión; falsificación; piratería; y uso indebido de información confidencial o privilegiada y manipulación del mercado” [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2020].

mismo límite que estaba establecido en la ley que era de quince años. Si bien, a primera vista, parece una adecuada modificación, rápidamente fue descartada ya que los mismos estándares internacionales<sup>8</sup> establecían que la pena asignada al delito de lavado de dinero debe ser considerada una pena grave, lo cual fue interpretado como pena de crimen, por lo tanto, se consideró que la fórmula podía terminar siendo muy problemática en el próximo proceso de evaluación que le correspondía a nuestro país<sup>9</sup>. De lo anterior, debiese entenderse que nunca fue la intención de alguno de los actores bajar la pena del delito de lavado de dinero, sino buscar una aplicación que permita un mayor grado de proporcionalidad.

Ante este escenario, se realizó una propuesta inicial que establecía: *“En todo caso, la pena aplicable por el delito de lavado de activos de este artículo no podrá ser superior a la máxima establecida en la ley respectiva para el delito base o precedente”*. Esta propuesta tuvo algunas objeciones, por ejemplo, del Diputado Bustos, quien señaló que *“podría dar lugar a un problema de confusión conceptual, ya que podría darse el caso de defraudaciones importantes que, no obstante ello, la penalidad a aplicar estaría limitada por la establecida para el delito base”*.

Posteriormente, se produce una indicación de varios diputados (Burgos / Bustos / Monckeberg), que proponían la siguiente forma: *“En todo caso, la pena aplicable por el delito de este artículo, será presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 200 a 1000 UTM, además de las accesorias que correspondan, cuando el delito base o precedente del lavado de activos está sancionado en la ley con una pena de simple delito”*, siguiendo la lógica de penas que estaba establecida para el delito de asociación ilícita (artículo 293 y 294 del Código Penal), se realizaba una distinción entre el delito de lavado que proviniese de un simple delito y aquel que proviene de un crimen.

Teniendo en consideración que esta propuesta también podría interpretarse como una reducción de la pena del delito de lavado de dinero, se elaboró una indicación por parte del ejecutivo que establecía: *“En todo caso, la pena privativa de libertad aplicable en los casos de las letras a) y b) no podrá exceder de la pena mayor que la ley asigna al autor del crimen o simple delito del cual provienen los bienes objeto del delito contemplado en este artículo, sin perjuicio de las multas y penas accesorias que correspondan en conformidad a la ley”*, la cual fue aprobada por unanimidad en la Cámara de Diputados, siendo además compartida y aplaudida por los representantes de distintas instituciones que participaban en la discusión parlamentaria, por ejemplo, el Ministerio Público, que señalaba que *“apoya la incorporación de una norma de proporcionalidad ya que viabiliza la aplicación de la norma y resguarda la autonomía del delito de lavado de dinero”*<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Particularmente puede revisarse la recomendación 3 referida al delito de lavado de dinero, en conjunto con su nota interpretativa, como también la recomendación 35 referida a las sanciones. Aquí se observa que el delito de lavado de dinero debe ser considerado como un delito grave. [https://www.uaf.cl/descargas/legislacion/internacionales/GAFI%20Nuevas\\_40\\_Recomendaciones.pdf](https://www.uaf.cl/descargas/legislacion/internacionales/GAFI%20Nuevas_40_Recomendaciones.pdf)

<sup>9</sup> Nuestro país en el año 2019, comenzó su proceso de evaluación de cuarta ronda, desarrollado por GAFILAT. La principal diferencia de este proceso de evaluación en comparación a los anteriores, es que no solo se evalúa el cumplimiento técnico del país, sino también determinados indicadores de efectividad del sistema de prevención y sanción.

<sup>10</sup> Ibid, Nota N°3.

Más adelante, continuando con la discusión parlamentaria, en el Senado (segundo trámite constitucional) se volvió a problematizar la incorporación de esta norma, entendiendo que estaba mal redactada y podía generar problemas ya que permitía bajar la pena del delito de lavado de dinero a conductas sumamente graves<sup>11</sup>. De hecho, se presentaba como solución rechazar la modificación propuesta o discutir una indicación que limitaba su aplicación para ciertos delitos, considerando que podría establecerse proporcionalidad para los delitos financieros, pero no respecto de otros delitos. Se proponía incorporar otro inciso que señalaba: *“Con excepción de los delitos que tienen asignada pena de crimen en virtud de la ley N° 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes o en la ley 18.314, sobre conductas terroristas, más el catálogo del Código Penal que mencioné. No me parece adecuado aprobar una rebaja de pena en el delito de lavado de activos en función de las figuras penales ya aludidas”*<sup>12</sup>.

En definitiva, se optó por una tercera alternativa que consideraba enviar la iniciativa a la Comisión de Constitución para que nuevamente revisase si se aplicaba esta norma sólo a algunos delitos base o a todo el catálogo. La comisión lo revisó y decidió dejar la norma con aplicación general para todos los delitos base.

Desde nuestra perspectiva, los fundamentos que tuvo el legislador para incorporar tal norma permiten justificar plenamente su inclusión. En primer lugar, resulta necesario señalar que, en materia penal, tanto nacional como internacionalmente, se considera al principio de proporcionalidad como uno de los principios transversales dentro del ordenamiento jurídico y que en este ámbito limita el ius puniendi estatal. En este contexto, no consideramos que hubiese resultado sostenible una interpretación que quisiera apli-

<sup>11</sup> Respecto de la discusión parlamentaria relevante que se produjo en el segundo trámite constitucional, véase la discusión en Sala, fecha 02 de octubre, 2013. Diario de Sesión en Sesión 59. Legislatura 361. LEVANTAMIENTO DE SECRETO BANCARIO EN INVESTIGACIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS [en línea]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/3958/> “el Senador Orpis planteaba lo siguiente *“¿Cuál es el problema que surge? El lavado de dinero siempre tiene un delito base: el tráfico de drogas o la conducta terrorista. Y la norma de la ley N° 19.913 dispone: “Si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo,” -es decir, lavado de dinero- “será también sancionado conforme a ésta”. O sea, de acuerdo con la actual legislación, la persona debe cumplir la pena asignada al delito base y, además, la del delito de lavado de dinero. De ahí nace mi preocupación y diferencia con el texto que se sugiere, respecto del cual haré una propuesta luego de explicar el problema. Aquí se cambia radicalmente el criterio con la disposición final que se propone, que señala: “En todo caso, la pena privativa de libertad aplicable en los casos de las letras a) y b)” -es decir, el catálogo ya referido- “no podrá exceder de la pena mayor que la ley asigna al autor del crimen o simple delito del cual provienen los bienes objeto del delito contemplado en este artículo”. En otras palabras, el tope de la pena del delito de lavado de dinero está determinado por la sanción del delito base. Ahí radica mi preocupación. En la práctica, con relación a los delitos de la Ley de Drogas, consignados en el catálogo, se produce una rebaja de pena respecto del lavado de activos. Lo mismo ocurre con los delitos terroristas, que son extremadamente graves.*

*Y ello sucede, señor presidente, en una serie de otros delitos que contempla el aludido artículo 27, referidos al Código Penal y que son conductas sumamente delicadas. En efecto, se rebaja la pena del delito de lavado de activos cuando el delito base es, por ejemplo, el secuestro simple (artículo 141); el abuso sexual de mayores de 14 años (artículo 366); la facilitación de la prostitución (artículo 367); el tráfico de migrantes simple (artículo 411 bis), el tráfico que pone en peligro la salud o la integridad física del migrante y el tráfico que pone en riesgo la vida del migrante; la estafa (artículo 468), y las estafas calificadas (artículo 470). Señor Presidente, hay dos soluciones para abordar este asunto, considerando que el catálogo es mucho mayor. Respecto de las otras normas que se propone incorporar, me parece razonable que exista proporcionalidad, porque se trata de delitos de carácter financiero. Pero, en relación con la Ley de Drogas, la Ley Antiterrorista y el listado de delitos que acabo de mencionar referido al Código Penal, no me parece adecuado que deba rebajarse la pena en el delito de lavado de activos.”* [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2020].

<sup>12</sup> Ibid, Nota N°3.

car las penas de forma desproporcionada<sup>13</sup>, por lo cual, incorporar una norma que permita una aplicación proporcionada nos parece absolutamente necesaria.

### III. ESTRUCTURA DE LA NORMA QUE SE INCORPORA

En definitiva, se incorporó un inciso final al artículo 27, entendiendo que se introducía una norma de aplicación de pena para el adjudicador (aunque igualmente se generaron criterios de actuación para los fiscales), que la debería utilizar después de haber analizado la pena que corresponde por el delito de lavado de dinero aplicando las circunstancias eximentes, agravantes o atenuantes que corresponda.

La norma quedó expresada de la siguiente forma: *“En todo caso, la pena privativa de libertad aplicable en los casos de las letras a) y b) no podrá exceder de la pena mayor que la ley asigna al autor del crimen o simple delito del cual provienen los bienes objeto del delito contemplado en este artículo, sin perjuicio de las multas y penas accesorias que correspondan en conformidad a la ley”*.

Si analizamos su aplicación en un caso concreto, podremos advertir que la norma tiene incidencia práctica en las investigaciones en que el delito precedente tiene una pena inferior a la pena que tiene asignada el delito de lavado de dinero.

Pensemos en un caso vinculado al delito base de estafa (solo es delito base aquella que supere las 400 UTM) que tiene asignada una pena de presidio menor en su grado medio a máximo, es decir, de 541 días a 5 años. En este caso se encuentran acusadas 2 personas como autoras del delito de lavado de dinero, la primera de ellas tiene irreprochable conducta anterior, ha cooperado con la investigación y no tiene circunstancias agravantes, por lo cual, el fiscal solicita una pena de 3 años y un día. El juez está de acuerdo con la pena solicitada por el fiscal en consideración a las normas de determinación de la pena y la aplica, con posterioridad chequea si la pena aplicada está dentro del marco penal que la ley asigna para el delito de estafa sobre 400 UTM, pudiendo comprobar que efectivamente se encuentra dentro del marco penal, por lo cual, no se requiere modificar la pena aplicada. El segundo sujeto no tiene circunstancias atenuantes ni agravantes. El fiscal no puede solicitar la pena en su mínimo, esto es 5 años y un día, ya que debe tener en cuenta la norma de proporcionalidad al solicitar la pena en su acusación, por lo que solicita una pena de 5 años<sup>14</sup>. En este caso, el juez al realizar el análisis verifica que se encuentra dentro del marco penal del delito base y la podrá aplicar.

De las estadísticas producidas en los últimos años, podemos ver en los siguientes cuadros que, descartando las sentencias condenatorias que tienen como delito base el tráfico de drogas (en las cuales no se produce ningún efecto porque tienen igual pena), existen por lo menos 52 sentencias vinculadas a 149 personas en las cuales se debió analizar la aplicación de esta norma.

<sup>13</sup> Por ejemplo, se discutía que en determinados delitos vinculados a tráfico de drogas se terminaría rebajando la pena del lavado, particularmente, se referían al micro tráfico en el cual la pena asociada es de presidio menor en su grado mínimo a medio. Lo que no se planteaban era si es justo que las conductas de lavado provenientes de un delito de microtráfico tuvieran la misma pena asociada que conductas de lavado que provienen de un delito de tráfico.

<sup>14</sup> Cabe señalar que en el oficio N°77 / 2019 de fecha 28 de enero de 2019, que corresponde a la instrucción general que imparte criterios de actuación en el delito de lavado de dinero y otros tipificados en la Ley 19.913, se instruye a los fiscales solicitar en sus acusaciones o requerimientos las penas de acuerdo con esta norma.

Delito Base	N° de sentencias	%
Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas	42	44,7%
Corrupción y soborno	32	34,0%
Delitos económicos	11	11,7%
Contrabando	7	7,4%
Asociación ilícita	1	1,1%
Tráfico ilegal de armas	1	1,1%
Total	94	100,0%

Delito Base	N° de personas condenadas	%
Corrupción y soborno	103	46,2%
Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas	74	33,2%
Contrabando	21	9,4%
Delitos económicos	18	8,1%
Asociación ilícita	6	2,7%
Tráfico ilegal de armas	1	0,4%
Total	223	100,0%

#### IV. DUDAS QUE SE PRESENTABAN AL MOMENTO DE SU INCORPORACIÓN Y COMO SE HAN IDO RESOLVIENDO POR LOS DISTINTOS OPERADORES JURÍDICOS

##### a. La Ley 20.818 al incorporar una norma de proporcionalidad, ¿bajó la pena del lavado?

Se debe tener presente que la incorporación de la norma de proporcionalidad no modificó la pena del delito de lavado de dinero, si revisamos el inciso primero del artículo 27, se advierte claramente que la pena sigue manteniéndose en presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado medio, es decir, una pena de cinco años y un día a quince años y multa de 200 a 1000 UTM. Esta pena permite calificar al delito de lavado como un crimen, cuya conducta es considerada grave por el legislador penal. Como señalábamos anteriormente, en la tramitación legislativa se analizó por los Diputados la posibilidad de bajar la pena del delito de lavado de dinero, pero la opción fue desechada, teniendo presente que esto incumpliría lo requerido en los estándares internacionales y podría traer aparejada una mala evaluación internacional de nuestro país, en el entendido que la pena del lavado se había bajado.

Por otro lado, se hizo ver que algunos de los problemas que se mencionaban, no se referían directamente con la pena del delito de lavado de dinero, sino respecto a las bajas penas que tienen establecidas algunas conductas consideradas graves. Particularmente, nos estamos refiriendo a los delitos base vinculados a corrupción pública<sup>15</sup>, respecto de los cuales se señalaba por algunos que resultaría perjudicial el establecimiento de la norma de proporcionalidad, ya que afectaría las investigaciones vigentes en materia de corrupción pública y el delito de lavado de dinero, efecto que después de transcurridos 5 años desde su incorporación no hemos visto, por el contrario, hemos podido advertir como se aumentaron las penas en delitos de corrupción a través de la Ley 21.121<sup>16</sup>, la cual también incorporó nuevas figuras como delitos base a la Ley 19.913 y a la Ley 20.393.

En este mismo orden de ideas, se hacía ver que este tipo de normas ya había sido incorporado en nuestra regulación, poniéndose de ejemplo la disposición del Artículo 456 bis A inciso segundo referida al delito de receptación, que señala: *“Para la determinación de la pena aplicable el tribunal tendrá especialmente en cuenta el valor de las especies, así como la gravedad del delito en que se obtuvieron, si éste era conocido por el autor”*. Asimismo, se mencionaba que una norma similar se había propuesto introducir en el anteproyecto de Código Penal, preparado por el foro penal, en el que uno de los incisos del artículo 279 señalaba: *“En todo caso, nunca podrá imponerse una pena superior a la mayor asignada por la ley para el autor del delito más grave del cual provienen los bienes objeto del delito tipificado en este artículo”*<sup>17</sup>.

### b. ¿Esta norma puede ser entendida como más favorable?

Otra de las preocupaciones que se presentaba por parte de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se refería a si en los procesos que se encontraban en actual tramitación, podría invocarse el principio consagrado en el artículo 19 número 3 inciso octavo de la Constitución Política de la República, según el cual *“ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley*

<sup>15</sup> Se llama la atención respecto de un error de común ocurrencia, referido a entender que todas las conductas de corrupción pública son delitos base de lavado de dinero. Al respecto debemos señalar que solo algunas conductas están en el catálogo de delitos base del artículo 27 de la Ley 19.913, que son en *“los párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V, del Libro Segundo del Código Penal”*. Esto es los delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, cohecho y cohecho de funcionario público extranjero.

<sup>16</sup> Esta ley modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción [en línea]. Disponible en: [file:///C:/Users/marce/Downloads/Ley-21121\\_20-NOV-2018%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/marce/Downloads/Ley-21121_20-NOV-2018%20(1).pdf). [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2020].

<sup>17</sup> Para una revisión del artículo completo, véase el texto del anteproyecto [en línea]. Disponible en: <http://www.icpenales.cl/website/www.icpenales.cl/uploads/pdf/anteproyecto-foro-penal.pdf>. [fecha de consulta: 31 de agosto de 2020].

*favorezca al afectado*<sup>18</sup>. Esta consulta fue realizada al Fiscal Nacional por parte de Comisión de Constitución, legislación y Justicia de la Cámara de Diputados y ella fue respondida el 12 de marzo de 2015, de la siguiente forma: en términos generales se planteó que la posible utilización de una interpretación de la Ley 20.818 en cuanto a que esta es una ley más favorable al reo, habría que distinguir y analizar el caso en particular, ya que realizando un análisis completo de la ley esta contiene normas que podrían considerarse más favorables y otras que son más desfavorables, por ejemplo, la ampliación de la figura culposa. Ahora bien, si el delito base por el cual se le estaba imputando lavado de dinero posee una pena inferior a la del lavado, se podría ver beneficiado en la medida que el juez al momento de aplicar la pena del lavado después de hacer el juego de atenuantes y agravantes quisiera aplicar una pena superior a la del delito base, ya que en este caso debería aplicarse la norma de proporcionalidad, debiendo aplicar la pena más alta del delito base.

Otra eventual consecuencia que generaba preocupación se refería a que esta norma posibilitaba la aplicación de un juicio abreviado para casos de lavado de dinero. Al respecto, es importante tener presente que esta posibilidad siempre existió y se utilizó, de hecho, de las 89 sentencias que existen en materia de lavado de dinero en el año 2015, más de la mitad (50) eran sentencias dictadas en procedimientos abreviados. Señalado lo anterior, podríamos decir que la norma de proporcionalidad no tuvo una incidencia significativa respecto de la utilización de este procedimiento.

### **c. ¿Su incorporación limita la posibilidad de solicitar medidas intrusivas que requieren pena de crimen cuando el delito base tenga asociada una pena inferior?**

Esta pregunta se planteó respecto de las primeras investigaciones en el año 2015, en las cuales el delito base era el de cohecho. En algunas audiencias se discutió señalando que, teniendo presente la norma de proporcionalidad vigente, la pena que se arriesgaba por el delito de lavado de dinero no sería una pena de crimen, por lo cual, no corresponderían determinadas medidas intrusivas.

Como señalábamos anteriormente, desde nuestra perspectiva y según uno puede revisar en la historia de la ley, no se bajó la pena del delito de lavado de dinero, la cual sigue estando establecida en el inciso primero, por lo cual, no correspondería la alegación. Aunque también existe una razón de texto para señalar que no corresponde, que deriva de lo establecido en el artículo 33 letra a) de la Ley 19.913, que hace aplicable a las investigaciones por el artículo 27 y 28 las normas de la Ley de Tráfico de Drogas (Ley 20.000) respecto, entre otros puntos, en lo referido a las

<sup>18</sup> Según la jurisprudencia del Excelentísimo Tribunal Constitucional, “Una nueva ley es más favorable para el procesado no sólo cuando suprime o disminuye directamente la punibilidad del hecho por el que se lo juzga, sino también cuando consagra eximentes de responsabilidad penal o atenuantes que lo benefician, cuando suprime agravantes que lo perjudicaban, cuando reduce los plazos de prescripción o modifica la forma de computarla de manera que resulta alcanzado por ella, o cuando altera la descripción del delito (el tipo delictivo), agregándole exigencias que no concurrían en la conducta por la cual se lo procesa. (STC 2673 c. 57) (En el mismo sentido, STC 7181 c. 9)” [en línea]. Disponible en: <http://e.tribunalconstitucional.cl/resultado/Inciso--626--5294/>. [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2020].

técnicas especiales de investigación<sup>19</sup>.

#### **d. ¿Se debe tener presente por los operadores jurídicos esta norma al momento de analizar la solicitud de medidas cautelares personales?**

En relación con este punto ha existido bastante discusión. Al analizar técnicamente lo que señala el artículo 140 del Código Procesal Penal<sup>20</sup> podemos ver que se habla de “la gravedad de la pena asignada al delito”, o se menciona cuando los “delitos tengan asignada una pena de crimen”, por lo cual, siguiendo con el criterio que hemos sostenido en este trabajo, entendemos que el delito de lavado de dinero sigue teniendo una pena de crimen que corresponde a presidio mayor en sus grados mínimo a medio, no debiendo influir en la dictación de las medidas cautelares personales.

No obstante, en algunas audiencias se puede ver que esta norma ha sido tomada en consideración respecto de la dictación de medidas cautelares personales, justificándolo en que el juez de garantía debe realizar una prognosis de la pena que le corresponderá aplicar al imputado, es decir, en este ámbito se realizaría un análisis de la pena en concreto.

#### **e. ¿La pena mayor para considerar es en abstracto o en concreto?**

Respecto de esta duda consideramos que se puede resolver fácilmente, ya que existe un argumento de texto para entender que nos estamos refiriendo a la pena en abstracto. Al momento de analizar la norma, se puede advertir que se señala expresamente que es la pena mayor “que la ley asigna”, con lo cual debiese quedar claro que el legislador se está refiriendo a la pena en abstracto. En la tramitación legislativa, se solicitó al Ministerio Público que pudiese aportar un informe comparativo de las penas de los delitos base y la del delito de lavado de dinero, con el objeto de precisar y tener claridad respecto a que casos en particular se verían afectados por esta norma. Como hemos señalado desde un inicio, el principal efecto

19 Artículo 33.- Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, serán aplicables respecto de los delitos establecidos en los artículos 27 y 28, todas las normas de la ley N° 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y las que contenga cualquier otra ley que la sustituya o modifique, que se refieran a las siguientes materias: a) Investigación: se comprenden, especialmente, la colaboración de organismos del Estado, la facultad del Ministerio Público para efectuar actuaciones fuera del territorio nacional o sin previo conocimiento del afectado y la cooperación internacional en general; levantamiento del secreto bancario; gratuidad de los antecedentes requeridos durante la investigación; técnicas especiales de investigación, como la entrega u operación vigilada, la utilización de agentes encubiertos e informantes, la interceptación de comunicaciones y demás medios técnicos; protección de las personas que hayan colaborado con la investigación, incluyendo el resguardo de su identidad e imagen, cambio de identidad, secreto de determinadas actuaciones, registros o documentos como medida de protección cuando exista riesgo para su seguridad, sanciones en caso de infracción, y posibilidad de prestar testimonio de manera anticipada.

20 Artículo 140 del Código Procesal Penal, incisos 6 y 7: “Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como orden de detención judicial pendiente u otras, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley”.

de esta norma se vinculaba con los delitos económicos, por ejemplo: la estafa, los delitos de propiedad intelectual o el contrabando, como también algunos delitos de corrupción pública, aunque esta realidad cambió respecto de estos últimos con la modificación incorporada por la Ley 21.121, que aumentó las penas e incorporó nuevas conductas.

#### f. ¿Qué se entiende por “no podrá exceder”?

Vinculado estrechamente con el punto anterior, se empezó a plantear en las audiencias como se debía interpretar esta norma en cuanto que la pena del lavado no podrá exceder la pena mayor del delito base. Por ejemplo, en materia de estafa en la que la pena asignada por la ley es de presidio menor en su grado medio a máximo, es decir, de 541 días a 5 años. Por otro lado, la pena del delito de lavado de dinero es de presidio mayor en su grado mínimo a medio, es decir, de 5 años y un día a 15 años. Si en un caso de lavado con delito base estafa, el juez determina que la pena para el delito de lavado de dinero es de 5 años y un día, ya que corresponde aplicar la pena en su mínimo por el juego de circunstancias atenuantes y agravantes, no lo podrá realizar ya que el marco penal de la estafa llega solo hasta los 5 años, debiendo bajar la pena hasta la pena máxima del marco penal del delito base. La discusión se planteaba ya que algunos intervinientes esgrimían que el juez podía recorrer todo el grado máximo de la pena, es decir, para el lavado tendría que determinar una pena entre los 3 años y un día y los 5 años. Desde nuestra perspectiva, esta interpretación es un error ya que de ser correcta la norma hubiese establecido que la pena del lavado se encontrará dentro del marco penal del delito base y no hubiese establecido expresamente que se debe bajar la pena a la máxima que contemple dicho marco penal.

#### g. ¿Cómo se resuelven los casos en que los bienes lavados provienen de dos delitos bases con penalidades distintas?

Esta pregunta comenzó a plantearse respecto de la investigación de algunas organizaciones criminales en las cuales se podía apreciar que ya no solo estaban cometiendo el delito de tráfico de drogas, sino que también habían realizado otros delitos para los cuales tenían los conocimientos logísticos necesarios, como por ejemplo el contrabando de cigarrillos.

En un primer momento, algunas defensas plantearon que debía aplicarse el principio *in dubio pro reo* y considerar como límite a la pena del lavado la del delito base que tuviese una penalidad inferior. Esta argumentación que podía parecer atendible no fue acogida por los Tribunales, ya que algunos jueces señalaron que de aceptarse terminaba siendo un incentivo a quien ha cometido un delito grave cometer otro delito base que posea una penalidad inferior, ya que permitiría limitar la pena del delito de lavado de dinero.

Desde nuestra perspectiva, este tipo de casos se resuelve considerando el marco penal de los dos delitos base. En el ejemplo planteado, diríamos que el marco penal del contrabando es de presidio menor en su grado mínimo a medio, es decir de 61 días a 3 años. Por otro lado, la pena del tráfico de drogas es de presidio mayor en su

grado mínimo a medio, es decir, de cinco años y un día a quince años. En este caso, el marco penal contra el cual se debiese hacer la comparación para señalar que la pena de lavado es proporcional iría de los 61 días a los 15 años.

#### **h. Opera esta norma solo para las hipótesis dolosas o también es aplicable a la modalidad culposa**

La duda surge debido a como estaba descrita textualmente la norma de proporcionalidad, la cual solo se refiere a las conductas de la letra a y b, no haciendo mención al inciso sexto del artículo 27 en el cual se sanciona la conducta culposa, señalando: *“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”*.

Analizando esta situación, podemos entender que el legislador no hizo mención a este inciso ya que las conductas se encuentran descritas en las letras a y b, resultando desproporcionado que no se aplicara esta norma para los casos de lavado de dinero culposo. En otras palabras, no vemos como podría justificarse realizar una aplicación limitada únicamente a las conductas dolosas, si la finalidad de la norma es salvaguardar la proporcionalidad.

#### **i. Cómo resolver los casos en los cuales el delito base tiene penas diferenciadas**

Esta situación puede parecer bastante particular y se ha presentado ya que con la incorporación de la norma de proporcionalidad también se incluía como delito base el de asociación ilícita, que según el artículo 293 del Código Penal, tiene una pena diferenciada: *“Si la asociación ha tenido por objeto la perpetración de crímenes, los jefes, los que hubieren ejercido mando en ella y sus provocadores, sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Cuando la asociación ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados para los individuos comprendidos en el acápite anterior”*.

Posteriormente, el artículo 294 se refiere a la pena para quienes hayan participado y no estén incluidos dentro de las personas que describe el artículo 293, señalando que: *“Cualesquiera otros individuos que hubieren tomado parte en la asociación y los que a sabiendas y voluntariamente le hubieren suministrado medios e instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión, serán castigados, en el primer caso previsto por el artículo precedente, con presidio menor en su grado medio, y en el segundo, con presidio menor en su grado mínimo”*.

En primer lugar, consideramos que se debe diferenciar si estamos en presencia de un caso de autolavado o si es un lavado cometido por una tercera persona.

Cuando estemos en presencia de un caso de autolavado<sup>21</sup>, debiese tomarse en con-

<sup>21</sup> Por autolavado nos referimos a los casos en los cuales se persigue respecto de un mismo sujeto su responsabilidad penal en el delito precedente y en el posterior delito de lavado de dinero.

sideración el marco penal de la asociación ilícita dependiendo de la participación que se le atribuye al sujeto (como jefe o partícipe) y dependiendo de la gravedad de los delitos que comete la asociación ilícita (crímenes o simples delitos).

Por otro lado, si tuviéramos que analizar un caso respecto de un lavado cometido por una tercera persona, lo adecuado es identificar como se produce la relación de este tercero con los bienes de origen ilícito, si el sujeto decidió lavar los dineros de la asociación, el marco penal debiese ser el que se establece para los jefes y partícipes, distinguiendo la pena que corresponda aplicar para la asociación que haya perpetrado crímenes o simples delitos. Una solución similar a la que planteábamos cuando existen dos delitos base, pero en los casos que el sujeto lava el dinero que la asociación le ha pagado a una persona determinada, por ejemplo, a un partícipe de la asociación, en estos casos consideramos que el marco penal debiese ser el de los partícipes.

## V. CONCLUSIONES

En consideración al análisis desarrollado anteriormente podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. Se justifica la incorporación de la norma de proporcionalidad en el tipo penal de lavado de dinero contemplado en el artículo 27 de la Ley 19.913 teniendo presente la miscelánea lista de delitos base que contempla el catálogo, dentro de los cuales existen determinadas conductas que tienen asignada por el legislador una pena muy inferior a la del delito de lavado de dinero. Por otro lado, en cuanto a razones de orden práctico, se pudo comprobar que la incorporación de la norma logró destrabar la discusión respecto de la incorporación de nuevos delitos base que era necesario incluir al catálogo para dar cumplimiento a los estándares internacionales.
2. El inciso que se incorpora es una norma de aplicación de pena, una regla dirigida a los jueces al momento de establecer la pena en concreto, que no modificó la pena del delito de lavado de dinero, la cual sigue estando establecida en el inciso primero del artículo 27 y es de presidio mayor en sus grados mínimo a medio. Asimismo, cabe mencionar que se buscó una fórmula que permitiera no hacer perder autonomía al delito de lavado de dinero, habiéndose analizado otras alternativas las cuales fueron rechazadas. Reglas similares podemos encontrar en la legislación comparada y en nuestra regulación penal lo podemos ver respecto del delito de receptación, como también la norma que se proponía en el anteproyecto de Código Penal.
3. Al analizar las sentencias que se han dictado en materia de lavado de dinero desde su incorporación no se ha podido advertir ninguno de los efectos nocivos que se presagiaban que ocurrirían en el futuro, por ejemplo, referido a la pérdida de autonomía del delito de lavado de dinero o que pudiese ser interpretada como una reducción de la pena al delito de lavado de dinero. Por el contrario, se advierte que ha permitido una aplicación racionalizada de la pena en relación con la conducta generadora de los bienes de origen ilícito.
4. Es una norma que se aplica a todas las conductas de lavado de dinero, ya sea se hayan cometido de forma dolosa o culposa, ya que como señalábamos anteriormente la

norma se refiere específicamente a las conductas de la letra a) y b), es decir, se aplica a las dos hipótesis de comisión, sin diferenciar si se ha cometido con dolo o culpa.

5. Finalmente, señalar que consideramos absolutamente razonable y justificada la incorporación de esta norma a nuestro ordenamiento jurídico, comprendiendo la relevancia del principio de proporcionalidad como límite al *ius puniendi*.

# SANCIONES PENALES Y ADMINISTRATIVAS: EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS

Nicolás Lautaro Rosselot Alarcón<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 162 del Código Tributario señala que “[l]as investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio”. La pregunta que busca responder el presente trabajo es: ¿es coherente con el principio de legalidad en sede administrativa y penal la facultad en comento? Para responder a dicha pregunta, este trabajo se centrará en: (1) la discusión en torno a las similitudes y diferencias entre sanciones administrativas y penales, para luego revisar (2) el principio de legalidad en una y otra sede, (3) ver si dicho principio es coherente con la facultad del Director del SII y, finalmente, (4) se presentarán las conclusiones.

Concluiremos que la respuesta a la pregunta planteada debiese ser negativa, toda vez que el principio de legalidad en materia penal exige, por regla general, que la conducta esté descrita exhaustivamente en el tipo penal y la decisión discrecional del Director del SII implica otorgar a un ente administrativo la decisión acerca de si determinado hecho debe ser perseguido en sede penal o administrativa, violando dicho principio.

El contexto de la discusión es uno en que los sectores económicos regulados son testigos de la convivencia entre el derecho administrativo y el derecho penal. Algunos hablan de la omnipresencia y gravedad de las potestades sancionatorias de la Administración en estos sectores<sup>2</sup>, mientras que otros acusan la expansión –justificada o no– del derecho

<sup>1</sup> Postulante realizando su práctica profesional en la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público

<sup>2</sup> VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex. “Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo”. En: *Revista Política Criminal*, Vol. 12, N°24, Santiago, Chile, Universidad de Talca, 2017, p. 999.

penal económico<sup>3,4</sup>. Estos procesos solo se explican en una sociedad “del riesgo” en que el Estado debe intervenir en un contexto económico cambiante, donde hay particulares con intereses que superan las barreras nacionales<sup>5</sup> y donde existe la posibilidad de que se genere “una situación de peligro inimaginable en la historia de la civilización”<sup>6</sup>.

Sin embargo, la convivencia entre derecho administrativo y derecho penal dista de ser pacífica. Mucho se ha discutido acerca de las diferencias y similitudes que presentan las sanciones administrativas y las sanciones penales. En ese sentido, no existe consenso respecto de si las garantías penales deben aplicarse a las sanciones administrativas e incluso, de ser afirmativa la respuesta, no existe claridad respecto de la intensidad de dicha aplicación ni cuáles son las garantías que en definitiva deberían aplicarse.

Si existe algún consenso en la doctrina y jurisprudencia es en la necesidad de analizar el sentido y alcance del principio de legalidad en sede penal y administrativa, para entender que es una decisión del legislador optar por una u otra forma de respuesta ante una ilicitud. El objeto de este trabajo es analizar la respuesta que han dado la doctrina y jurisprudencia respecto de estas sanciones en general, y respecto del principio de legalidad en particular, para luego analizar el caso de los ilícitos tributarios, en el cual confluyen las sanciones penales -investigadas por el Ministerio Público - y las sanciones administrativas – investigadas por el Servicio de Impuestos Internos. Respecto de hechos que el legislador ha atribuido el carácter de delitos tributarios, es el Servicio de Impuestos Internos (en adelante, SII) el que termina decidiendo si continuar por la vía penal o solo quedarse en la vía administrativa.

Este trabajo es un nuevo esfuerzo por demostrar que se debe repensar la facultad del Director del SII para presentar una denuncia o querrela en el caso de los delitos tributarios. La facultad exclusiva del Director del SII ha sido analizada desde diversas aristas: desde la independencia del SII hasta la incoherencia de esta facultad en el ordenamiento jurídico nacional, por lo que haremos una breve revisión de algunas de dichas posturas, para concluir que el Ministerio Público debería tener la posibilidad de ejercer la acción penal en el caso de los delitos tributarios, sin necesidad de la denuncia o querrela previa por parte del Director del SII.

## II. SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y SANCIONES PENALES

Los juristas de la teoría del derecho han intentado esclarecer cuál es el común denominador de las normas jurídicas. Hart argumentó que éstas poseen diversos contenidos,

3 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Perspectivas del derecho penal económico en Chile”. En: *Persona y Sociedad*, Vol. XIX, N°1, Santiago, Chile, Universidad Alberto Hurtado, 2005, págs. 105 y sgtes.

4 SILVA, Jesús. *La expansión del derecho penal*. 2ª ed., Madrid, España, Editorial Civitas, 2001, págs. 25 y sgtes.

5 ROMÁN, Cristián. *Los principios del derecho administrativo sancionador* [en línea]. Número 69, Santiago, Chile, Revista de Derecho Público, 2007, p. 26. Disponible en: <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/39912/41481> [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2020].

6 CORDERO, Eduardo. *El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal* [en línea]. Vol. XXV, N°2, Valdivia, Chile, Revista de Derecho, 2012, p. 134. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n2/arto6.pdf> [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2020].

que no son abarcados por simples órdenes generales respaldadas por amenazas<sup>7</sup>, como ocurriría con la situación de un asaltante que entra a un banco y le ordena al oficinista que entregue el dinero amenazándolo con un arma. El autor plantea la distinción entre la norma o regla cuyo quebrantamiento puede ser delictivo como regla primaria (que también llamaremos norma o regla de conducta) y la regla que fija la pena capaz de ser impuesta producto del quebrantamiento de la regla primaria, denominada regla secundaria de adjudicación<sup>8</sup> (que también llamaremos regla o norma de sanción).

Así, la regla primaria, dirigida a la sociedad toda, podría ser aquella que prohíbe la extracción de drogas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos y la regla secundaria, dirigida a los jueces, la de presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales a quien incurre en la conducta prohibida (artículo 1° Ley 20.000). Lo dicho es aplicable para las normas jurídicas del derecho público<sup>9</sup>, y permite analizar las relaciones entre las normas de sanción tanto del derecho penal como del derecho administrativo.

Por un lado, la pena tiene una conexión con la protección de bienes jurídicos en el sentido de que se impone para reforzar la vigencia de la norma de comportamiento, pero su finalidad es diversa. La pena se refiere a un mal que una persona ha de padecer, una retribución porque se ha pecado<sup>10</sup>, según algunos, y que supone “una privación o restricción de bienes jurídicos”<sup>11</sup>. Así, por ejemplo, la pena de prisión afectará la libertad de una persona; la pena de multa afectará la propiedad; otras penas afectarán el derecho a participar en determinados cargos; etcétera. Por tanto, una sanción penal únicamente puede ser impuesta por un tribunal y puede llegar a ser constitutiva de una pena privativa de libertad.

Por otro lado, la sanción administrativa es, en palabras de Bermúdez, “[a]quella retribución negativa prevista por el Ordenamiento Jurídico e impuesta por una Administración Pública por la comisión de una infracción administrativa”<sup>12</sup>. En otros términos, la sanción administrativa sería un acto administrativo terminal impuesto por la Administración a través de un procedimiento administrativo sancionatorio y –podríamos agregar– no podrá implicar una privación de libertad. Su finalidad no es, en ningún caso, retributiva –con la prevención anteriormente mencionada–, sino que simplemente hacer ejecutable la norma de comportamiento administrativa. Sin embargo, tal definición no parece del todo satisfactoria pues únicamente se refiere a los órganos que intervienen en la

7 HART, Herbert. *El Concepto de Derecho* (traducción de Genaro Carrió). Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1998, p. 34.

8 HART, ob. cit., págs. 91 y sgtes.

9 MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “Las ‘reglas del derecho penal’ en el concepto de derecho de H.L.A. Hart”. En: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Giessen, Alemania, Universität Giessen, 2012, p. 581.

10 Cabe destacar que dicha función de la pena dista de ser pacífica. Algunos entienden que el fin de la pena cumple fines preventivos generales o especiales, positivos o negativos. Vid. PEÑARANDA, Enrique. “La pena: nociones generales”. En: *Introducción al derecho penal*. Madrid, España, Civitas-Thomson Reuters, págs. 255 y sgtes.

11 PEÑARANDA, Enrique, ob. cit., p. 257.

12 BERMÚDEZ, Jorge. *Elementos para definir las sanciones administrativas* [en línea]. Vol. 25, N°1, Santiago, Chile, Revista Chilena de Derecho, 1998. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650036> [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2020].

decisión y hasta dónde puede llegar la sanción, sin explicar, por ejemplo, qué estándares debe cumplir.

Para entender la discusión actual en torno a los estándares que debe cumplir esta sanción, resulta útil preguntarnos acerca de su historia y evolución. Gómez establece su origen en el poder de policía “comprensivo de un conjunto de medidas coactivas atribuidas a la Administración para garantizar que los particulares ajusten su actividad a los fines de interés general que persigue (...)”<sup>13</sup>, con el objeto de resguardar el orden público y la seguridad pública. En ese sentido, el ejercicio del poder de policía, con posterioridad a la Independencia, fue entregado a nuevas autoridades, desprovisto de las garantías sustantivas y procesales de la legislación penal. Las sanciones administrativas, cuyo origen es el poder de policía, da lugar a diversas formas de intervención administrativa, una de las cuales es la potestad sancionadora<sup>14</sup>.

El siguiente paso en el desarrollo de la sanción administrativa es el reconocimiento de ellas en el Código Penal de 1874, en sus artículos 20<sup>15</sup> y 501<sup>16</sup>. En ese sentido, la Administración podía establecer “penas” –sanciones gubernativas– en normas infralegales, siempre que no sean mayores a las señaladas en el Código Penal, salvo la existencia de leyes especiales. Aún no había claridad respecto de las particularidades de la sanción administrativa respecto de la penal.

A fines del siglo pasado, se discutió si acaso las sanciones administrativas podían ser impuestas por la Administración. En ese sentido es paradigmática la obra de Soto Kloss: “si sancionar es juzgar, y si para juzgar se requiere estar habilitado jurídicamente por la Constitución y el ordenamiento constitucional, y ello en Chile se ha entregado a los tribunales de justicia, y más encima ello debe hacerse a través del debido procedimiento (racional y justo), no parece sino elemental preguntarse ¿cómo entonces, el administrador (...) puede imponer sanciones administrativas (...) si carece constitucionalmente de jurisdicción?”<sup>17</sup>, se preguntaba el autor.

Sin embargo, le sucedieron a este autor otros que no se limitaron a analizar la constitucionalidad de la potestad, sino que ayudaron a determinar el marco normativo aplicable y las garantías y principios que debían regir esta actividad<sup>18</sup>. De esta forma, nuestra

<sup>13</sup> GÓMEZ, Rosa. *Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la Administración en Chile* [en línea]. Núm. 44, Bogotá, Colombia, Revista Derecho del Estado, 2019, p. 363. Disponible en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/3376/337662820013/html/index.html> [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2020].

<sup>14</sup> GÓMEZ, ob. cit., p. 368.

<sup>15</sup> Artículo 20 Código Penal: No se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas.

<sup>16</sup> Artículo 501 Código Penal: En las ordenanzas municipales y en los reglamentos generales o particulares que dictare en lo sucesivo la autoridad administrativa no se establecerán mayores penas que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales.

<sup>17</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. “Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración”. En: *Boletín de Investigaciones*, N° 44/45, Santiago, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1979/1980, págs. 95 y sgtes.

<sup>18</sup> GÓMEZ, ob. cit., p. 374.

jurisprudencia y doctrina se abocaron a la tarea de esclarecer los estándares que debía cumplir la sanción o, más precisamente, si las garantías penales debían aplicarse a las sanciones administrativas. El Tribunal Constitucional indicó en un comienzo que los principios del orden penal contemplados en la Constitución deben aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, ya que “ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”<sup>19</sup>. En este caso, el Tribunal Constitucional, conociendo del control preventivo de constitucionalidad de la Ley de Caza, incorpora no solo la doctrina del *ius puniendi* a las sanciones administrativas, sino que hace especial referencia a los principios de legalidad y tipicidad, por cuanto señala:

“10°. Que, entre ellos [los principios del orden penal], es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la existencia de una ley previa, la de una ley cierta”.

Diez años más tarde, señalaría el mismo tribunal que dicha aplicación debe realizarse “con matices”<sup>20</sup>. Por tanto, cabe preguntarse ¿es cierto que las sanciones antedichas son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado? La respuesta no ha sido pacífica en la doctrina, ni siquiera respecto de la existencia del llamado *ius puniendi*<sup>21</sup>. Mañalich cree que el recurso a la unidad del *ius puniendi* es lamentable, ya que confunde conceptualmente la pretensión punitiva con las reglas de competencia que establecen las condiciones para ejercer “las muy diversas potestades públicas involucradas en la eventual materialización de alguna concreta pretensión punitiva fundamentada en una determinada instancia de quebrantamiento (imputable) del derecho”<sup>22</sup>.

Pero suponiendo su existencia y, a grandes rasgos, una parte de la doctrina sostiene que a las sanciones administrativas se les aplican las garantías penales, siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Mientras que otra parte sostiene que ambas sanciones pertenecen a ramas del derecho distintas, a saber: el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, no existiendo esta conexión ontológica entre sanciones.

Entre los partidarios de la independencia de las sanciones administrativas y las sanciones penales a nivel nacional se encuentra Román, quien opina que “el Derecho Admi-

19 Tribunal Constitucional, 26 de agosto de 1996, Rol N° 244.

20 Tribunal Constitucional, 8 de agosto de 2006, Rol N° 479.

21 GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. Madrid, España, Centro de estudios Ramón Areces, 2018, págs. 463 y sgtes.

22 MAÑALICH, Juan Pablo. *El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio* [en línea]. Vol. 9, N° 18, Santiago, Chile, Política Criminal, 2014, p. 545. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992014000200008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000200008) [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2020].

nistrativo Sancionador es una rama autónoma del Derecho, que tiene su “anclaje” en el Derecho Público, en específico en el Derecho Administrativo”<sup>23</sup>, pero termina por concluir que “[n]o obstante su autonomía, ante la inexistencia de un cuerpo dogmático sólido en cuanto a sus principios, por razones de urgencia, deben serle aplicados, como pauta y cota máxima, aquellos que informan al Derecho Penal, pero, claro está, que con excepciones o matizaciones, según corresponda”<sup>24</sup>.

Conclusión distinta es a la que llega Letelier, al señalar que “sólo es esperable un “retorno a lo administrativo”. Luego de aquella primera búsqueda principialista de garantías penales a aplicar se ha proseguido a la desfiguración de éstas para, finalmente, acercarse a la respuesta que el derecho administrativo podía haber ofrecido con un análisis más profundo, funcional y complejo”<sup>25</sup>. Y esto tiene sentido, por cuanto los principios generales del derecho resultan problemáticos en dos sentidos como fuentes (difusas) de legalidad: (1) su cognoscibilidad, ya que cuando no están expresamente reconocidos en textos positivos, su implementación dependerá de la interpretación que le dé el órgano encargado de aplicarlo; y (2) no son normas que se cumplan o no, sino que deben ser ponderadas en el caso concreto junto a otros principios<sup>26</sup>.

En el mismo sentido, la autora Gómez concluye que “con el transcurso del tiempo quedó en evidencia que la aplicación de los principios y garantías penales no se corresponde con la lógica y finalidad que subyace al ejercicio de la potestad sancionadora, en donde el objetivo principal no es imponer una sanción sino garantizar a través de ella una finalidad pública de interés general, siendo necesario tomar cierta distancia de las reglas penales y recurrir a las instituciones propias del régimen jurídico público”<sup>27</sup>.

Nuevamente responden los partidarios del *ius puniendi* diciendo que “esta tesis [de la independencia del derecho administrativo sancionador] no resuelve un aspecto que es fundamental: reconociendo que existe un Derecho penal y un Derecho administrativo sancionador, ambos de proyección del Derecho público del Estado, no aparece resuelto el problema respecto de los límites a que debe someterse el legislador en su configuración, más aún si se reconoce que en el ámbito de la Administración las garantías se hacen más flexibles o tenues”<sup>28</sup>.

En definitiva, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, la pregunta sobre si se le deben aplicar las garantías del derecho penal y en qué medida, es un conflicto que aún no tiene resolución.

23 ROMÁN, Cristián. *El derecho administrativo sancionador en Chile* [en línea]. Año VIII, N°16, Montevideo, Uruguay, Revista de Derecho, 2009, p. 94. Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Roman-Cordero-El-Derecho-administrativo-sancionador-en-Chile.pdf> [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2020].

24 ROMÁN, ob. cit., p. 99.

25 LETELIER, Raúl. *Garantías penales y sanciones administrativas* [en línea]. Vol. 12, N° 24, Santiago, Chile, Política Criminal, 2017, p. 627. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So718-33992017000200622](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-33992017000200622) [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2020].

26 VALDIVIA, José Miguel. *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia, España, tirant lo blanch, 2018, p. 183.

27 GÓMEZ, ob. cit., p. 379.

28 CORDERO, ob. cit., p. 147.

Otro conflicto que aún no se ha resuelto tiene lugar en el ámbito del derecho penal económico, donde existen dos visiones. La primera, dice relación con la añoranza de un derecho penal ilustrado, donde se busca el reduccionismo del derecho penal como un derecho de *ultima ratio* que contempla únicamente la protección de los clásicos bienes jurídicos individuales, representadas estas aspiraciones por la escuela de Frankfurt<sup>29</sup>. La segunda, es la que aboga por una justificada expansión del derecho penal en estos nuevos delitos, que parecen no calzar completamente con las tipologías de antaño, y que se presentan cuando se adaptan a nuevas condiciones sociales protegiendo la vigencia de decisiones valorativas fundamentales previas o protección de nuevos intereses justificados<sup>30</sup>.

El derecho penal tiene una trayectoria mucho más antigua que la del derecho administrativo. Sin ir más lejos, algunos autores señalan que este último surge a propósito del caso Blanco, en Francia, el año 1873, aunque otros autores remontan su nacimiento a principios del siglo XIX<sup>31</sup>. Sea como fuere, es patente la juventud del derecho administrativo. El derecho penal, en cambio, pasó por múltiples transformaciones en la etapa de la Ilustración, con Beccaria como un destacado exponente en ese sentido, que abogó por la abolición de la pena de muerte y la proporcionalidad de la pena, entre otros<sup>32</sup>.

No debería llamar la atención, por tanto, que al derecho administrativo sancionador se le haya querido trasvasiar un conjunto de garantías propias del derecho penal, con la excusa de que ambos son manifestaciones del mismo *ius puniendi* propio del Estado. Y es que mientras en el derecho penal se prefieren diez culpables libres que un inocente tras las rejas, siguiendo a Blackstone, dicho planteamiento no tiene sentido en el derecho administrativo sancionador. En ese sentido, analizando la sentencia del Tribunal Constitucional en el denominado “caso Cascadas” (Rol N° 2922-15), Letelier critica la idea de que sancionar sea algo excepcional; “de que es posible regular mercados monopólicos imponiendo conductas obligatorias, pero entendiendo la sanción a su incumplimiento como una técnica de *ultima ratio* (...) Todo esto, que tiene una importante justificación en el derecho penal (ante la duda preferimos al hombre libre) no se soporta en el derecho administrativo (la empresa “libre de regulación” no es para nada el mejor escenario)”<sup>33</sup>.

### III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Quienes abogan por la aplicación de las garantías penales a las sanciones administrativas han discurrido latamente acerca de cómo se traspasan estos principios al derecho administrativo sancionador. Por ejemplo, Cordero Quinzacara enumera dentro de los principios sustantivos los de legalidad, tipicidad, irretroactividad, culpabilidad, propor-

29 HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 106.

30 HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 108.

31 VALDIVIA, ob. cit., p. 52.

32 BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Buenos Aires, Heliasta, 1998.

33 LETELIER, Raúl. Un paso adelante de la Corte Suprema, dos pasos atrás del Tribunal Constitucional: garantías penales y sanciones administrativas [en línea]. Santiago, Chile, El Mercurio, 2 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2016/12/02/un-paso-adelante-de-la-corte-suprema-dos-pasos-atras-del-tribunal-constitucional-garantias-penales-y-sanciones-administrativas.aspx> [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2020].

cionalidad y *non bis in idem*. Mientras que en los procedimentales distingue el procedimiento previo, legal, justo y racional, que englobaría el derecho a la defensa jurídica, la presunción de inocencia y el acceso a la justicia<sup>34</sup>.

Llegado a este punto, es necesario transparentar el lugar desde donde nos situamos. Consideramos que el derecho penal es la herramienta más gravosa que tiene el ordenamiento jurídico para enfrentar sus contravenciones más perniciosas o lo que determinados autores han llamado la *ultima ratio* del sistema penal<sup>35</sup>. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el derecho administrativo sancionador, donde las sanciones no tienen como objetivo “generar un castigo al infractor como forma de retribución de su pecado, sino simplemente hacer coercible, aplicable, ejecutable un estándar de comportamiento administrativo aportando razones para la acción futura de aquellos a quienes afecta los deberes de ese estándar”<sup>36</sup>. De esta forma, la imposición de una sanción administrativa puede perfectamente interpretarse desde una óptica de costo-beneficio, no así una sanción penal – dependiendo de la teoría de la pena a la que uno adscriba. Es por ello que optar por la vía administrativa o la vía penal sea por razones de eficacia en la persecución de los ilícitos, por una reapreciación del disvalor de determinada conducta o por diferentes razones de política criminal<sup>37</sup>, es una tarea excluyente del legislador, como intentaremos demostrar en lo sucesivo.

El análisis de las diversas garantías que se le adjudican tanto al derecho penal como al derecho administrativo sancionador escapan los propósitos de este trabajo. Sin embargo, es atingente tratar el principio de legalidad que se le ha atribuido tanto al derecho penal como al derecho administrativo sancionador.

Mientras que el *ius puniendi* es el derecho subjetivo que tiene el Estado para crear normas jurídicas y para imponer las penas a quienes las contravengan, el principio de legalidad es un límite (formal) a tal derecho, y un triunfo de las ideas de la Ilustración de la mano de Feuerbach<sup>38</sup>. Respecto de este principio, Beccaria indicaría que “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social”<sup>39</sup>. En virtud de la separación de poderes, al “ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición y de ese modo se impide cualquier abuso de poder del mismo en este campo”<sup>40</sup>.

En primer lugar, el principio de legalidad en materia penal prescribe que “no hay crimen

34 CORDERO, Eduardo. *Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración* [en línea]. N°42, Valparaíso, Chile, Revista de Derecho (Valparaíso), 2014, p. 409. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512014000100012](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100012) [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2020].

35 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno, parte general*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 67.

36 LETELIER, ob. cit., p. 637.

37 VALDIVIA, José Miguel. *Constitucionalidad de las sanciones administrativas en materia de aguas* [en línea]. Santiago, Chile, Universidad de Chile, 4 de enero de 2018. Disponible en: <http://derecho.uchile.cl/comunicaciones/columnas-de-opinion/constitucionalidad-de-las-sanciones-administrativasbrjose-valdivia>

38 GARCÍA-PABLOS, ob. cit., págs. 474 y sgtes.

39 BECCARIA, ob. cit., p. 21.

40 ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Trad. D.- M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo. Madrid, Civitas, 1997, p. 145.

o delito sin ley” (*nullum crimen sine lege*). La tipicidad de los delitos es una materia que tiene consagración constitucional. Así, el artículo 19 N°3, inciso final de la Constitución establece que “[n]inguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Este principio se alza como una garantía del ciudadano frente al derecho penal, sirviendo para “evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva”<sup>41</sup>, y del cual se pueden derivar cuatro consecuencias, las dos primeras dirigidas al juez y las dos siguientes dirigidas al legislador, a saber: (1) la prohibición de analogía; (2) la prohibición del uso del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena; (3) la prohibición de retroactividad; y (4) la prohibición de las leyes penales indeterminadas o imprecisas<sup>42</sup>.

Que determinado hecho no pueda ser subsumido en un hecho típico quiere decir, necesariamente, que dicha conducta no pueda ser “reprochable” o “punible” desde el derecho penal. Esto es particular dentro del ordenamiento jurídico en el sentido de que tal nivel de drasticidad frente a la tipificación de una conducta tiene consecuencias: muchas conductas quedarán impunes, por mucho que impliquen un grave atentado a bienes jurídicos considerados como fundamentales para la sociedad. Esto, con el objetivo de otorgar seguridad jurídica.

Siguiendo con la línea anteriormente expuesta, algunos autores han querido traer este principio al ámbito administrativo sancionador, encontrándose en la propia jurisprudencia que dicho cometido es infructífero. Así, por ejemplo, lo ha dicho nuestra Corte Suprema, que en su sentencia Rol N°2968-2010 ha juzgado que “la naturaleza de las contravenciones administrativas (...) hace imposible su síntesis descriptiva en un precepto general como lo es una Ley”. Y es que “[e]l recurso a los principios del derecho penal no debe llevar a la desnaturalización de la potestad administrativa sancionatoria, de tal manera que con ello se desconozca la intención y fines que el legislador tuvo en consideración al momento de recurrir a ella para dotar de eficacia a las instituciones jurídicas que establece con ocasión de la regulación de las distintas materias”<sup>43</sup>.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha sentenciado que “esa ´densidad normativa´ requerida por el principio de tipicidad viene exigida en razón de la seguridad jurídica de los administrados. La ley, norma cuyo conocimiento debe presumirse, está llamada a establecer las conductas debidas, bajo apercibimiento de sanción administrativa, de un modo suficiente para que los obligados tomen noticia al menos del núcleo esencial de la conducta que les resulta obligatoria, bajo apercibimiento de sanción”<sup>44</sup>. Sin embargo, el mismo tribunal ha aclarado que nada impide que la Administración sancione conductas cuyo núcleo esencial esté descrito en la ley, pero desarrollado extensamente en normas reglamentarias<sup>45</sup>. Esta es una tendencia jurisprudencial que se explica por la cantidad de regulación infralegal que establecen deberes de conducta a los admi-

41 ROXIN, ob. cit., p. 137.

42 ROXIN, ob. cit., p. 140.

43 Corte Suprema, 30 de octubre de 2014, Rol N° 1079-2014.

44 Tribunal Constitucional, 27 de junio de 2006, Rol N° 460-06.

45 Tribunal Constitucional, 8 de agosto de 2006, Rol N° 479-06.

nistrados y que responde a la necesidad de un marco adaptativo, flexible y técnico, que no puede ser precisado con suficiente precisión a nivel legal.

Un autor que analiza la tipicidad (penal) y el marco legal (administrativo-sancionatorio) es Londoño, quien propone una visión desde el análisis económico del derecho. Explica el autor que “[e]n el área penal se lidia con *inputs* y *outputs* tendencialmente no conmensurables, en cuanto *vitales-personales*”<sup>46</sup>. Lo que ocurre en materia administrativa es diferente, ya que se trata de dimensiones conmensurables y, de esta forma, “la perspectiva consecuencialista –la búsqueda de mejoras para el entorno más allá del caso concreto– asume legitimidad y se vuelve plena de sentido”<sup>47</sup>. Es por esto que se prefiere estándares sobre reglas estrictas en materia administrativa-sancionatoria. En otras palabras, en realidad en sede de derecho administrativo sancionador no tiene sentido hablar de principio de tipicidad, sino que simplemente de legalidad o juridicidad, que no proviene del derecho penal, sino que tiene su anclaje en el derecho público, ya que la precisa determinación de la regla de conducta es rutinariamente dejada en manos de la Administración en normas infralegales.

Llegado a este punto, es dable concluir que las normas de conducta penales como su sanción, deben estar estrictamente establecidas en la ley<sup>48</sup>, mientras que las normas de conducta administrativas tienen un grado diferente de tipicidad, que más bien debe llamarse legalidad. Es decir, en el ámbito penal la tipicidad rige para las normas de conducta como de sanción, mientras que en el derecho administrativo sancionador no debería hablarse de tipicidad, sino que de legalidad, al permitirse que se establezcan reglas de conducta en normas infralegales, constituyendo un estándar mucho menos riguroso. Así, establecer una sanción como administrativa o penal responde a diferentes razones, a saber: dificultad probatoria, gravedad del ilícito, especialidad del regulador, entre otros, pero es importante destacar que se trata siempre de una decisión del legislador. Sin embargo, ocurre una situación particular respecto de la acción penal para la persecución de los delitos tributarios, que tiene como protagonistas al Ministerio Público y al Servicio de Impuestos Internos.

#### IV. EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS

Hemos dicho que las sanciones administrativas y penales son formas disímiles con que cuenta el ordenamiento para reaccionar ante infracciones a deberes de conducta. Y son disímiles porque las sanciones penales son –o al menos debiesen ser– la herramienta de *ultima ratio* para enfrentar las infracciones más graves a los bienes jurídicos más importantes. Ello explica que los deberes de conducta en sede penal estén regidos por

<sup>46</sup> LONDOÑO, Fernando. Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio [en línea]. Vol. 27, N°2, Valdivia, Chile, Revista derecho (Valdivia), 2014, p. 160. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502014000200007](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000200007) [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2020].

<sup>47</sup> LONDOÑO, ob. cit., p. 161.

<sup>48</sup> Al menos en general, por cuanto el ordenamiento contempla una serie de normas penales en blanco donde la norma de conducta solo se deja determinar pormenorizadamente cuando la regla de sanción se correlaciona con la norma de complemento que puede tener carácter administrativo.

el principio de tipicidad, mientras que en sede administrativa es más acertado hablar de legalidad o juridicidad, sin necesidad de recurrir a las garantías del derecho penal.

Llegado a este punto, es necesario analizar particularmente lo que ocurre en el caso de los ilícitos tributarios, donde coexisten ambos tipos de sanciones ante la ocurrencia de infracciones a deberes de conducta; una conducta puede ser calificada por el legislador como delito o infracción administrativa. El derecho tributario no es la excepción en ese sentido, ya que, como explica Cordero Quinzacara, “la presentación de declaraciones erróneas, puede constituir delito si se hace de forma maliciosa o una contravención en sus formas de dolo eventual o culpa, pudiendo el legislador perfectamente canalizar estas últimas conductas por la vía penal o administrativa”<sup>49</sup>.

El artículo 162 del Código Tributario y el artículo 7 literal g) de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, establecen que la persecución de los delitos tributarios que se sancionen con penas privativas de libertad sólo puede iniciarse por denuncia o querrela del director del Servicio de Impuestos Internos. En otras palabras, en el caso de los delitos tributarios, existe una limitación al principio de oficialidad que rige el actuar del Ministerio Público como es la condición de procesabilidad de denuncia o querrela previa por parte del SII. La pregunta más general que podemos esbozar es si acaso dicha facultad privativa del director del SII es coherente con nuestro ordenamiento jurídico, cuestión que ha sido debatida por diversos autores a nivel nacional, para luego retomar la pregunta particular que hemos planteado en la introducción.

Se ha dicho que se trata de una facultad inaudita; que existiría una antinomia entre normas de distinto rango; que existe una contradicción valorativa en esta decisión del legislador, pero que en cualquier caso es una crítica de *lege ferenda*; que es una facultad coherente y que tiene su sustento en la teoría de la acción penal; e incluso que atenta contra el estado de derecho.

En la cuenta pública del año 2020 del Fiscal Nacional, se reafirmó la “demanda por tener la posibilidad de ejercer la acción penal en delitos electorales, de colusión, tributarios y, en general, potenciar la investigación en el ámbito de la corrupción”<sup>50</sup>.

Van Weezel cree que la facultad discrecional del Director del SII es una “facultad inaudita”, al tratarse de “una facultad discrecional no sujeta a ningún tipo de control, lo que constituye una situación excepcional en el derecho público y verdaderamente insólita tratándose de autoridades sin legitimación democrática directa. Si el Director opta por no perseguir el hecho penalmente, se aplica el procedimiento administrativo previsto en el Art. 161 CT, el cual, como se ha visto no constituye una instancia jurisdiccional, sino una etapa en el cumplimiento de resoluciones administrativas”<sup>51</sup>. También revisa el autor la escasa aplicabilidad del principio de oportunidad para los delitos tributarios regulados en el Código Tributario, pero que en todo caso “no debe sorprender. La norma del Art. 162 inciso 3° CT confiere al Director del Servicio una facultad que excede con mucho los límites del Art. 170 CPP, si bien, como se ha visto, su decisión no está sujeta a exigencia de

49 CORDERO, ob. cit., p. 140.

50 Fiscal Nacional. Cuenta Pública 2020 Fiscalía Nacional [en línea]. 23 de abril de 2020, p. 4. Disponible en: [http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/cuenta\\_publica\\_2020.pdf](http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/cuenta_publica_2020.pdf) [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2020].

51 VAN WEEZEL, Alex. *Delitos tributarios*. Santiago, Editorial Jurídica, 2007, p. 166.

fundamentación ni a control jerárquico o institucional alguno”<sup>52</sup>. En la práctica, la facultad exclusiva del Director del Servicio se presenta como un principio de oportunidad sin un control respecto a su mérito o a su legalidad.

Piedrabuena sostiene que, con anterioridad a la reforma procesal penal, el Código Tributario señalaba que el SII investigaba los delitos tributarios, poniéndolos en conocimiento del juez del crimen, pero que dicha facultad no pasó inadvertida al momento de discutir la reforma<sup>53</sup>. Sostiene el autor que existe una oposición incuestionable entre las facultades constitucionales del Ministerio Público y las meramente legales conferidas al Director del SII, y a pesar de estar el SII bastante calificado para averiguar administrativamente las ilicitudes tributarias, no puede significar que eso limite la facultad investigativa del Ministerio Público, considerando además que el SII es un órgano administrativo dependiente del poder ejecutivo<sup>54</sup>.

Replicando a esta tesis, Salazar reflexiona acerca de la existencia de deberes tributarios abarcados por el derecho penal, que muchas veces van asociados a sanciones privativas de libertad intensas por lo que el establecimiento de requisitos de procesabilidad que condicionen la persecución de dichas infracciones aparece como una “contradicción valorativa”, al otorgarle la decisión arbitraria a un funcionario público sin siquiera poder controlar jurisdiccionalmente dicha decisión<sup>55</sup>. Sin embargo, cree que la tesis de Piedrabuena va más allá con su conclusión, dado que “la determinación del tipo de acción penal que emana de un determinado hecho ilícito es una que corresponde exclusivamente al legislador, y por lo tanto, ésta no puede ser reconducida a consideraciones de carácter material”<sup>56</sup>. De esta forma, las consideraciones respecto de la conveniencia de esta verdadera acción penal previa instancia particular a favor del SII, únicamente pueden ser de *lege ferenda*<sup>57</sup>.

Núñez y Silva difieren con Salazar al sostener que definir la facultad del Director del SII como una acción penal pública previa instancia particular es erróneo, ya que habría una cuarta categoría doctrinaria como es la de la acción penal que requiere de autorización de un ente estatal; mientras que la acción penal pública previa instancia particular busca el consentimiento de la víctima, al poder afectar su honra, intimidad o generar un proceso de revictimización, en el caso de la acción penal que requiere de autorización de un ente estatal el fundamento es el carácter técnico o especializado de la regulación del

52 VAN WEEZEL, ob. cit., p. 170.

53 PIEDRABUENA, Guillermo. Las potestades del Ministerio Público en la Investigación de los delitos tributarios [en línea]. N°33, Santiago, Chile, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, 2015, págs. 12 y sgtes. Disponible en: <https://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/wp-content/uploads/sites/15/2016/05/33-REVISTA-DE-DERECHO.pdf> [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2020].

54 PIEDRABUENA, ob. cit., págs. 38 y sgtes.

55 SALAZAR, Andrés. Acerca del inicio del proceso penal por delitos tributarios: análisis de la posición del profesor Piedrabuena en relación con las facultades de investigación del Ministerio Público en ausencia de querrela o denuncia del Servicio de Impuestos Internos [en línea]. N°66, Santiago, Chile, Revista Jurídica del Ministerio Público, 2016, págs. 182 y sgtes. Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/biblioteca/juridica.do?d1=10> [fecha consulta: 9 de septiembre de 2020].

56 SALAZAR, ob. cit., p. 198.

57 SALAZAR, ob. cit., págs. 199 y sgtes.

ente<sup>58</sup>. Concluyen los autores que “la institución de la acción penal que requiere de autorización de un ente estatal es útil al sistema de enjuiciamiento criminal, ya que permite que un órgano especializado inquiera los extremos del incumplimiento de una obligación tributaria que subyace a la comisión de un delito tributario. Si bien el artículo 162 del Código Tributario ha sido objeto de gran debate en el último tiempo, parece ser que la crítica está relacionada más bien con la independencia que con la institución en sí”<sup>59</sup>.

En ese sentido, Vila cree que referirse a la independencia del SII es importante, ya que el organismo es un ente recaudador y no persecutor penal y es dependiente del Ministerio de Hacienda, por tanto, del poder ejecutivo. “En consecuencia, nuestra legislación en la materia se ve incoherente, entregando a la administración del Estado parte de las facultades persecutorias, propias del Subsistema Judicial, lo que atenta contra el estado de derecho”<sup>60</sup>.

Salazar señala que en el actual contexto “el ilícito tributario se vuelve un “*delito eventual*”, esto es, uno cuya aplicabilidad al caso concreto resulta ser esencialmente contingente, y dicha contingencia, más que depender de condiciones objetivas y externas a la norma de sanción (requisito de procesabilidad), descansa en el libre arbitrio de un concreto funcionario público”<sup>61</sup>. Y el hecho de que un delito esté sujeto a una contingencia de ese tipo no debiese ser admisible, al menos de *lege ferenda*, en un sistema penal por las razones que se esgrimirán a continuación.

Haciéndonos cargo del análisis que ha hecho la doctrina respecto del tema en cuestión, podemos agrupar los argumentos a favor y en contra de la facultad del director del SII de la siguiente manera: en contra se ha dicho que (1) se trata de una facultad no sujeta a ningún tipo de control; (2) el SII es un órgano dependiente del poder ejecutivo; y (3) existe una contradicción valorativa al establecer requisitos de procesabilidad respecto de los delitos tributarios. A favor, se ha dicho que el SII cuenta con los conocimientos técnicos o especializados necesarios para ejercer la acción penal.

Si el Director del SII, que es dependiente del Ministerio de Hacienda y, por tanto, del poder ejecutivo, decide no perseguir un hecho penalmente –a pesar de estar tipificado como tal–, se aplica el procedimiento administrativo, sin que dicha decisión cuente con alguna clase de control jerárquico o institucional. Ello atenta contra el principio de legalidad, por cuanto éste es un límite formal al *ius puniendi* estatal, y como ya vimos, busca que la Administración no coopere con la punición, para evitar abusos de poder. Si el Director del SII decide no presentar denuncia o querrela, el Ministerio Público no podrá ejercer la persecución penal. Si la decisión de sancionar una determinada conducta como un ilícito administrativo o penal recae en la Administración, la verificación del estándar de

58 NÚÑEZ, Raúl; SILVA, Manuel. *La acción penal regulada en el artículo 162 del Código Tributario* [en línea]. Vol. 51, N°2, Valparaíso, Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2018, págs. 154 y sgtes. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/2018nahead/0718-6851-rdpucv-00302.pdf> [fecha consulta: 9 de septiembre de 2020].

59 NÚÑEZ y SILVA, ob. cit., p. 169.

60 VILA, Martín. *Titularidad de la acción penal en los delitos tributarios* [en línea]. N°7, Santiago, Chile, Anuario de Derecho Tributario Universidad Diego Portales, 2015, p. 73. Disponible en: <https://derecho.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/06/Anuario-Derecho-Tributario-2015.pdf> [fecha consulta: 9 de septiembre de 2020].

61 SALAZAR, ob. cit., p. 203.

conducta penal no recae en los tribunales competentes. Todo esto se ve agravado ante la falta de controles que implica el ejercicio de la facultad, cuestión absolutamente contraria a lo que ocurre en un proceso penal, donde existen diversos controles establecidos a nivel legal y donde las formas de no iniciar o poner término a una investigación están establecidas legalmente y tienen formas de impugnación también legales.

Podemos relacionar esta “contradicción valorativa”, de la que habla Salazar, con el principio de legalidad en sede penal y administrativa. Decíamos que una de las razones para sancionar determinada conducta en sede administrativa podía ser el hecho de que la ley, con sus características de ser general y abstracta, no era lo suficientemente flexible para adaptarse a un entorno técnico, sofisticado y dinámico. Sin embargo, otra buena razón para tipificar un hecho como un estándar de comportamiento penal es el diferente disvalor ético-social que se le atribuye a la misma. No será el mismo ilícito tributario –siguiendo el ejemplo de Cordero Quinzacara– el presentar declaraciones erróneas con dolo a que si se hace con culpa. Entonces, describir determinada conducta como un estándar de comportamiento penal o administrativo no es baladí, sino que es reflejo de una valoración por parte del parlamento, en representación de la sociedad toda. La facultad en cuestión es, en la práctica, un nuevo requisito para poder sancionar una conducta penalmente y que depende del mero arbitrio de un funcionario público.

Calificar la acción como acción penal pública previa instancia particular o acción penal que requiere la autorización de un ente estatal no tiene mayores efectos prácticos. La idea es la misma: el órgano persecutor no podrá ejercer la acción penal mientras no exista querrela o denuncia del SII. Ahora bien, sobre su fundamento, esto es, el carácter técnico o especializado de la regulación del ente, la explicación no parece satisfactoria, ya que el inciso segundo del artículo 5° de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, establece que “[l]os órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones”. En consecuencia, el SII y el Ministerio Público, por mandato legal, deben actuar coordinadamente y propender a la unidad de acción, por lo que todo conocimiento técnico o especializado con que cuente el SII debe servir para la persecución de los delitos tributarios por parte del Ministerio Público. Es más, si bien el SII es un ente especializado en materia tributaria, no lo es en materia de persecución penal. Por lo tanto, el organismo idóneo para investigar los hechos eventualmente constitutivos de delitos tributarios es precisamente el Ministerio Público.

La consecuencia más grave de las deficiencias del actual sistema es la impunidad de conductas constitutivas de delitos tributarios, al entregarle la decisión de iniciar una investigación penal a un ente dependiente del poder ejecutivo. Recientemente, el SII ha sido objeto de dos clases de cuestionamientos respecto de la facultad en comento: (1) si decide ejercer la acción penal, ¿puede terminar acotando a quienes puede dirigirse la persecución penal?; y (2) si decide no ejercer la acción penal y únicamente quedarse en la vía administrativa, ¿qué criterios sigue para tomar dicha decisión?

En primer lugar, quizás ninguna de estas disquisiciones tendría sentido si el SII hubiese tenido una postura procesal uniforme en cuanto al ejercicio de su facultad de denunciar

o querellarse en el tiempo. Pero esto no ha sido así y el Fiscal Nacional ejerció su facultad de dictar una Instrucción General mediante el Oficio de la Fiscalía Nacional N°487/2016 que contiene una serie de criterios de actuación para la Fiscalía en la persecución penal de los delitos tributarios. Es en esta Instrucción donde se explica que el SII, en sus escritos introductorios de instancia, ha adoptado distintos comportamientos procesales a lo largo del tiempo, a saber: (1) denuncias por determinados hechos que revisten caracteres de delito, sin que necesariamente se identifique de forma expresa y determinada a los autores o partícipes de los hechos; (2) “querellas nominativas” (dirigidas a personas determinadas) con la agregación de la frase “...y, en contra de todos quienes resulten responsables”; (3) querellas nominativas, con exclusión del uso de cualquier tipo de fórmula semántica amplia destinada a hacer referencia a intervinientes indeterminados en los hechos punibles denunciados; y (4) la presentación de querellas nominativas que describen pormenorizadamente, en un primer acápite, los hechos denunciados e intervinientes supuestamente involucrados en ellos y, en una segunda parte, la descripción pormenorizada de las personas respecto de las cuales el SII manifiesta explícitamente su voluntad de “no ejercer la acción penal” en contra de ellas. De esta forma, se puede ver una tendencia a acotar el margen de acción que se le deja al Ministerio Público para la persecución de quienes resulten responsables de la comisión de delitos tributarios<sup>62</sup>.

En segundo lugar, y en el contexto de investigaciones por financiamiento irregular de la política, se señaló la falta de fundamento al decidir optar por la vía administrativa en desmedro de la vía penal. Ante dichos cuestionamientos, el Director del Servicio en su momento respondió que “las decisiones que el Servicio adopta en materia de acciones penales por delitos tributarios se basa en un exhaustivo y detallado análisis técnico de los antecedentes disponibles, considerando criterios históricos transparentados por la propia institución (perjuicio fiscal, reiteración, suficiencia de la prueba, efecto ejemplarizador, entre otros) y con absoluta prescindencia de consideraciones que no sean las estrictamente tributarias” y que “[n]o podemos olvidar que constituye una obligación legal gestionar el Servicio de manera eficiente, priorizando un actuar orientado a la gestión óptima de los recursos y a la maximización de la recaudación fiscal, sin atender a factores coyunturales que nada tienen que ver con su misión”<sup>63</sup>.

En definitiva, esta competencia exclusiva del Director del SII para ejercer la acción penal, y la consecuente incompetencia del Ministerio Público para iniciar de oficio la persecución penal de los delitos tributarios, ha dejado en manos de un ente recaudador la efectividad de la sanción penal. El hecho de que el legislador no haya establecido criterios ni controles en el ejercicio de esta facultad genera un nuevo “filtro” para sancionar penalmente un delito tributario: primero, la conducta debe poder subsumirse en el tipo establecido por el legislador y luego debe cumplir con los criterios históricos del SII para que recién ahí pueda iniciarse una investigación penal.

62 Fiscalía Nacional, Oficio FN N°487-2016.: *Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos Tributarios* [en línea]. Santiago, Chile, Fiscalía Nacional, 2016. Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do> [fecha de consulta: 28 de octubre de 2020].

63 BARRAZA, Fernando. *Criterios del SII para presentar acciones penales* [en línea]. Santiago, Chile, Servicio de Impuestos Internos, 9 de mayo de 2017. Disponible en: <http://www.sii.cl/noticias/2017/090517noticias.htm> [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2020].

Creemos que efectivamente el SII es un órgano administrativo que cuenta con una vasta experiencia en identificar y recabar los antecedentes necesarios para acreditar la comisión de una ilicitud tributaria. Dichos antecedentes son absolutamente necesarios al momento de fundar una denuncia o querrela y más aún al servir de sustento para una acusación. Con todo, debemos reafirmar la inconveniencia de esta verdadera acción penal pública previa instancia particular respecto de delitos que afectan intereses de carácter colectivo. Y es que en la persecución de estos ilícitos no está únicamente en juego la efectividad de la recaudación fiscal, sino que también funciones distributivas. En ese sentido, Gambardella plantea que el pago de impuestos tiene como bien interno el reconocimiento recíproco, abandonando una concepción liberal de justicia distributiva. La autora propone “redefinir el concepto político de igualdad y su relación con la idea de justicia distributiva en base a los siguientes supuestos: por una parte, comprendernos como individuos dentro de una comunidad política supone la existencia de ciertas cargas como ciudadanos y de un proyecto común, es decir, la idea de autonomía descansa en nuestra dependencia recíproca; por otra parte comprender a los ciudadanos como autores de la ley supone que los ideales políticos se encuentran abiertos a una determinación democrática”<sup>64</sup>.

## CONCLUSIONES

Para concluir, vimos que la sanción penal es la forma más gravosa que tiene el ordenamiento jurídico para enfrentar a las infracciones que son consideradas como más graves por la comunidad representadas en el parlamento, a través de un proceso penal. La sanción administrativa es, en cambio, una consecuencia de la potestad sancionadora propia de la Administración, que nunca podrá implicar una privación de libertad y que conlleva la sustanciación de un procedimiento administrativo sancionatorio.

La jurisprudencia y doctrina mayoritarias sostienen que los principios del orden penal se deben aplicar “con matices” al derecho administrativo sancionador, ya que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado. Las razones de esta postura se pueden explicar desde una perspectiva histórica, donde el derecho penal tiene un desarrollo mucho más antiguo que el derecho administrativo y se pretende que el primero venga a colmar deficiencias en la regulación del segundo.

Uno de estos principios es el principio de legalidad que, en materia penal es un límite al *ius puniendi* del Estado. Tiene sentido en virtud de la separación de poderes, por cuanto se le excluye al poder ejecutivo de la posibilidad de cooperar en la punición, evitando cualquier abuso de poder. Este principio se alza como una garantía del ciudadano frente al derecho penal. En ese sentido, las normas de conducta penales como su sanción deben estar estrictamente establecidas en la ley, pero las normas de conducta administrativas tienen un grado diferente de tipicidad, que podemos conceptualizar como legalidad, siendo factible que la Administración tenga márgenes amplios o reducidos de discrecionalidad para la aplicación de las sanciones.

<sup>64</sup> GAMBARDELLA, Maite. *Una reconstrucción del bien jurídico patrimonio público en los delitos tributarios. El caso del artículo 97 N°4 inciso 3 del Código Tributario y la Nueva Cláusula General Antielusión*. Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2016, p. 23.

Veíamos que el art. 162 del Código Tributario confiere al Director del SII una facultad discrecional para determinar si, en definitiva, un determinado ilícito será perseguido como un delito o como una infracción administrativa. Dicha facultad ha sido revisada por la doctrina y la jurisprudencia, cuestión que dista mucho de ser pacífica.

¿Cómo repensar la relación entre el Ministerio Público y el SII en el caso de la querrela o denuncia para los delitos tributarios? Creemos que el punto de partida es reconocer a los delitos tributarios como delitos de acción penal pública.

Uno de los argumentos más recurrentes para mantener esta facultad del Director del Servicio ha sido el hecho de que son pocas las conductas ilícitas que terminan siendo juzgadas como delitos y la mayoría de ellas son consideradas infracciones administrativas. En el caso contrario, se dice, se produciría un aumento significativo en las denuncias y querrelas por delitos tributarios. Pues bien, la experiencia de los funcionarios del SII podría indicar que es necesario legislar no solo respecto de la facultad del art. 162 C.T., sino que también de la misma tipificación de los ilícitos tributarios.

Lo que ocurre es que se trata de una facultad que, en los hechos, deja en manos de la Administración del Estado la decisión de optar por la vía penal o la vía administrativa. Desde otra perspectiva, un hecho que efectivamente sea subsumible en un tipo penal podría ser considerado como una infracción administrativa por razones que no están establecidas en la ley, como pueden ser la suficiencia de la prueba o el efecto ejemplarizador contemplados en los criterios históricos, dejando un amplio margen para que el poder ejecutivo coopere en la punición.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN  
RESPONSABILIDAD PENAL  
ADOLESCENTE Y DELITOS  
VIOLENTOS

# EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS NUEVOS DELITOS DE DESÓRDENES PÚBLICOS DEL ARTÍCULO 268 SEPTIES DEL CÓDIGO PENAL

Fernando Fuenzalida Follert<sup>1</sup>

## RESUMEN

*Con fecha 30 de enero de 2020 entró en vigencia la Ley N°21.208, que modifica el Código Penal para tipificar acciones que atenten contra la libertad de circulación de las personas en la vía pública a través de medios violentos e intimidatorios, incorporando nuevas figuras de desórdenes públicos en el artículo 268 septies del Código Penal, ubicado en el Párrafo II, Título Sexto, sobre los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares: la interrupción de la libre circulación de personas y vehículos que se encontraren en la vía pública (inc. 1°); y el lanzamiento de objetos potencialmente aptos para causar lesiones corporales o la muerte, a personas o vehículos que se encontraren en la vía pública (inc. 2°). A partir de la lectura de los nuevos delitos surgen ciertas interrogantes acerca de cuál es su bien jurídico protegido, las cuales pretendemos aclarar con el presente trabajo, tomando como punto de partida el contexto histórico y normativo de los desórdenes públicos a la luz de la reciente modificación.*

## INTRODUCCIÓN

La moción parlamentaria que posteriormente culminó en la dictación de la Ley N° 21.208, denominada “Ley Antibarricadas y Antisaqueos”, tenía por objeto modificar el Código Penal para tipificar como delito, la alteración de la paz pública mediante la ejecución de actos de violencia. Lo anterior, frente a la constatación de que la actual regulación de los

---

<sup>1</sup> Abogado de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

desórdenes públicos contenida en el artículo 269 del Código Penal, era insuficiente para dicho fin, habida cuenta de sus exigentes requisitos, en particular la circunstancia de que los desmanes “turben gravemente la tranquilidad pública” y la finalidad consistente en “provocar injuria a una persona particular” o lograr “cualquier otro fin reprobado”, los cuales situaban al ente persecutor en posición de probar tanto la gravedad de la turbación que afectaba la tranquilidad pública, como la idoneidad de la conducta para concretar un fin ilícito y hacían que, en la práctica, resultara difícil encuadrar los desórdenes públicos bajo ese tipo penal.

Sin embargo, el texto de la ley finalmente aprobado por el Congreso dista del contenido original de la Moción Parlamentaria y modifica el Código Penal para tipificar acciones que atenten contra la libertad de circulación de las personas en la vía pública a través de medios violentos e intimidatorios agravando las penas aplicables en determinada categoría de delitos y considerando algunas circunstancias de especial connotación. En cuanto a los delitos que incorpora la ley, el artículo 268 *septies* del Código Penal contempla dos nuevas figuras como desórdenes públicos: la interrupción a la libre circulación de personas y vehículos que se encontraren en la vía pública (inc.1º) y el lanzamiento de objetos potencialmente aptos para causar lesiones o la muerte a personas o vehículos que se encontraren en la vía pública (inc. 2º).

A diferencia del texto de la Moción que pretendía sancionar a quienes alteraran la paz pública y del artículo 269 del Código Penal que sanciona a quienes turben gravemente la tranquilidad pública, en los nuevos tipos penales no existen expresiones análogas que permitan a sus intérpretes concluir, de forma inequívoca, cuál es el bien jurídico protegido en esta clase de delitos. Como veremos, si bien la Ley N°21.208 modificó el Código Penal para sancionar nuevas hipótesis de desórdenes públicos, la reforma no se ocupó de precisar la concreción del bien jurídico protegido en los nuevos delitos.

Sin embargo, estimamos que el tipo describe conductas que, considerando las características actuales de la ciudad moderna, por sí solas pueden ser atentatorias contra la tranquilidad o paz pública y la seguridad vial en tanto bienes jurídicos colectivos, prescindiendo de cualquier valoración en torno a la finalidad perseguida por el actor al momento de su ejecución.

Afirmar lo anterior nos obliga a revisar previamente los conceptos de orden y tranquilidad pública, a la luz del contexto histórico y normativo de los nuevos tipos penales, para luego analizar sus elementos y requisitos. En este sentido, el presente trabajo se divide en tres partes o capítulos. En el primero de ellos se abordan algunos conceptos de orden público y tranquilidad pública desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina, los cuales dan cuenta de las dificultades que plantea su formulación y nos permitirá comprender la relación existente entre ellos.

En el segundo capítulo se analiza la Historia de la Ley N° 21.208 que incorpora los nuevos delitos de desórdenes públicos del artículo 268 *septies* CP, destacando las diferencias entre el proyecto original y el texto definitivo aprobado por el Congreso Nacional, a partir de lo cual pretendemos justificar el interés jurídico penal que el legislador tuvo intención de tutelar con los nuevos tipos penales. Asimismo, el capítulo destaca la importancia de la ubicación normativa del artículo 268 *septies* C.P. para dicho fin como elemento sistemático de interpretación.

El tercer capítulo desarrolla los nuevos tipos penales del artículo 268 septies C.P. con la finalidad de identificar la forma en que las conductas descritas atentan contra el bien jurídico protegido en cada hipótesis de comisión. Finalmente, se exponen algunas ideas en torno a considerar los desórdenes públicos del artículo 268 septies C.P. como delitos de peligro.

## 1. CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO Y TRANQUILIDAD PÚBLICA

El concepto de orden público no está definido ni por la Constitución ni por la ley. La doctrina, por su parte, ha coincidido en que se trata de un concepto amplio, a partir de lo cual se reconocen al menos dos doctrinas<sup>2</sup>: una clásica, que asocia el concepto de orden público a una función de protección, permitiendo limitar la autonomía de la voluntad en interés de la comunidad frente a los excesos en que puedan incurrir los particulares, y otra, más moderna, expuesta entre otros autores por el profesor SILVA BASCUÑÁN, que define el orden público a partir de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política de la República, como *“el estado en que se encuentra la sociedad nacional cuando cada uno de sus miembros, personales o colectivos, desarrolla sus actividades libremente dentro del marco jurídico”*<sup>3</sup>.

Dentro de las dificultades que surgen para la elaboración de un concepto de orden público se encuentra el hecho de que se trata de un concepto jurídico indeterminado que está presente en las diversas ramas del Derecho<sup>4</sup>. En lo que a nosotros nos interesa, intentaremos analizar el concepto jurídico penal de orden público, para lo cual debemos, previamente, esbozar algunas ideas generales. Para ello, más adelante citaremos algunas definiciones de orden público desarrolladas por penalistas nacionales y españoles, quienes han colaborado en la discusión en torno a asimilar o distinguir este concepto con el de tranquilidad pública. Tal discusión se ha originado, también, a raíz del delito de desórdenes públicos del artículo 269 del Código Penal, que sanciona a quienes turbaren *gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado* y que fue copiado, casi a la letra, del artículo 197 del Código Penal Español. En el caso de los nuevos delitos del artículo 268 septies del

2 Proyecto de Ley Boletín N°7975-25, de fecha 4 de octubre de 2011, que fortalece el resguardo del orden público.

3 SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, Volumen X, p. 273.

4 A modo de ejemplo, nuestra Constitución en su artículo 24, a propósito del Presidente de la República, dispone: “Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes”. El Código Civil se refiere al orden público en el objeto como requisito de existencia de los actos jurídicos, al disponer que “Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público” (art. 1461 inc. 3°). Por su parte, en cuanto a la causa lícita como requisito de validez del acto jurídico, el inciso segundo del artículo 1467 prescribe que “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”. En el Derecho Procesal, el orden público opera como límite para la ejecución de resoluciones extranjeras. Así, el inciso 3° del artículo 83 de la nueva Ley de Matrimonio Civil dispone que “En ningún caso tendrá valor en Chile el divorcio que no haya sido declarado por resolución judicial o que de otra manera se oponga al orden público chileno”. Finalmente, en el Derecho Administrativo, el orden público opera como fundamento de la actividad de policía definida como aquella actividad de la Administración “realizada en el ejercicio de su potestad pública, que supone la limitación de los derechos de los particulares, por razones de interés general y con el objeto de alcanzar la mantención del orden público”. CORDERO QUINZACARA, Eduardo. “Sanciones administrativas y mercados regulados”. En: *Revista de Derecho* (Valdivia), Volumen. 26, N°1, pp. 119-144.

Código Penal cobra especial relevancia el tratamiento que ha dado la doctrina española a los desórdenes públicos, ya que la moción parlamentaria del Boletín 13090-25 que culminó en la dictación de la Ley N°21.208 pretendía tipificar como delito la alteración de la paz pública mediante la ejecución de actos de violencia, tomando como referencia lo dispuesto en los artículos 557 y 557 bis del Código Penal Español.

Una segunda dificultad en la elaboración de un concepto de orden público radica en que debe ser definido en un tiempo y lugar específico. En palabras de DIEZ URZÚA, es variable, en cuanto sufre las influencias de las aspiraciones del medio social y del dato histórico; e inmutable, en cuanto a su esencia, por estar basado en el hombre y su destino. Es superior al legislador al cual impone sus directivas<sup>5</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, y cualquiera sea la concepción que se asuma, el orden público se puede entender en dos sentidos. En primer lugar, en términos materiales, como un estado opuesto al desorden, en el que es posible reconocer como principales elementos integrantes, los siguientes: (i) la seguridad y tranquilidad pública; (ii) la moralidad pública; y (iii) la salubridad pública. En segundo lugar, en un sentido jurídico formal, esto es, vinculado a la observancia de normas y principios esenciales que se consideran necesarios para la convivencia pacífica en sociedad, con distinta funcionalidad en las diversas disciplinas jurídicas<sup>6</sup>.

En un sentido formal de orden público, destaca el concepto desarrollado por los profesores ALESSANDRI y SOMARRIVA, quienes lo definen como “*el conjunto de principios morales, religiosos, políticos, sociales y económicos sobre los que reposa, en un momento histórico dado, la organización de una sociedad y le permite a esta desenvolverse correcta y adecuadamente*”<sup>7</sup>.

La concepción material de orden público se condice con la definición que nos brinda el Diccionario de la Real Academia Española, que define el orden público como aquella “*situación de normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, en la que las personas ejercen pacíficamente sus derechos y libertades*”. Tal concepción, como se dijo, comprende ciertos elementos integrantes, respecto de los cuales podemos afirmar lo siguiente:

1. *La seguridad y tranquilidad pública*, tienen como fundamento especial el deber general de proteger a las personas y sus bienes contra los daños que pueden provenir de otras personas. Existe un deber general de no perturbar el orden público, deber que se aplica a todo ciudadano por el solo hecho de vivir en sociedad y es previo e independiente a su consignación en cualquier norma jurídica<sup>8</sup>.

En cuanto al concepto de tranquilidad o paz pública, a propósito de la Moción del Proyecto de Ley que culminó en la aprobación de la Ley N° 21.208, y que originalmente proponía modificar el artículo 269 del Código Penal tomando como base el tipo penal

5 DIEZ URZÚA, Sergio. *Algunas consideraciones de la noción de Orden Público en nuestro Derecho civil*. Memoria de prueba, Universidad de Chile, 1947, págs. 88 a 91.

6 *Idem*. Para el autor, el orden público es el medio de la técnica positiva que nos permite ir directamente a las fuentes reales del derecho, cuando son insuficientes las fuentes formales para mantener el orden racional de la sociedad en un caso dado.

7 VODANOVICH, Antonio. *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva*. U. Santiago, Chile, Editorial Nascimento, p. 145.

8 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Boletín 7975-25, Proyecto que fortalece el resguardo del orden público, ingresado el 4 de octubre de 2011.

consagrado en los artículos 557 y 557 bis del Código Penal español, podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo 987/2009 de 13 de octubre, que la define como *“el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia, permitiendo el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas”*<sup>9</sup>.

2. *La salud pública*, por regla general, está a cargo de la autoridad sanitaria. Sin embargo, en casos excepcionales, como ocurre en crisis sanitarias, originadas por pandemias, plagas u otras circunstancias, faculta a la administración para requerir el auxilio de la fuerza pública, en cuyo caso la salud pública integraría el concepto de orden público.
3. *La moral pública* pertenece a un ámbito que escapa de lo puramente jurídico, sin embargo, no ha quedado ausente de una serie de normas que establecen límites a las libertades de las personas, cuyo fundamento está en la vulneración de la moralidad pública. En estos casos, la moralidad pública y el interés general operan como límite al ejercicio de libertades constitucionales.

Creemos que la Constitución recoge en el artículo 24<sup>10</sup> una noción material de orden público, a partir del cual se han pronunciado nuestros tribunales superiores de justicia.

Así, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 11 de agosto de 1953, expresa que *“hay que considerar orden público como la situación y estado de legitimidad normal y de armonía dentro del conjunto social, que permite el respeto y garantía de los derechos esenciales de los ciudadanos”*<sup>11</sup>. En otra sentencia, la Corte de Apelaciones de La Serena, con fecha 13 de marzo de 1954, declaró que *“por tal concepto debe entenderse la situación de normalidad y armonía existente entre todos los elementos de un Estado, conseguidos gracias al respeto cabal de su legislación y, en especial, de los derechos esenciales de los ciudadanos, situación dentro de la cual se elimina toda perturbación de las normas morales, económicas y sociales imperantes y que se ajusta a los principios filosóficos que informan dicho Estado”*<sup>12</sup>.

En un fallo más reciente, con fecha 3 de agosto de 2020, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 407-2020, parece sostener una concepción de orden público en sentido material, lo cual se infiere a partir del razonamiento efectuado para considerar que el incumplimiento de una medida de aislamiento domiciliario o toque de queda nocturno, dispuesto por la autoridad sanitaria, no constituye infracción al artículo 318 del Código Penal, sino que da lugar a la figura contenida en el artículo 495 N°1 del mismo cuerpo normativo, que sanciona a quienes contravengan las reglas que la autoridad dictara para conservar el orden público o evitar que se altere. Sin perjuicio de no compartir el criterio de calificación respecto a los hechos relacionados con la configuración del delito tipificado en el artículo 318 del Código Penal, por estimar que en la especie se daban sus presupuestos de hecho, lo relevante es que la Corte integra, bajo ciertas circunstancias, a la salubridad pública en el

9 Sobre el concepto de tranquilidad pública y su relación con el orden público ahondaremos más adelante.

10 A propósito del Presidente de la República, el inc. 2° del artículo 24 dispone: “Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

11 Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de agosto de 1963. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo L, Sección 4ª, p. 115.

12 Corte de Apelaciones de La Serena, 13 de marzo 1954. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LI, Sección 4ª, p. 123.

concepto de orden público. En particular, afirma la Corte que tales hechos “*permiten establecer que las conductas se encuadran dentro de la figura descrita por el artículo 495 N°1 del mismo Código, al haber contravenido la prohibición de sujetarse a las disposiciones sanitarias impuestas por la autoridad con el propósito de resguardar el orden público y, especialmente, para evitar los graves riesgos que ha significado para la Nación la creciente propagación de una enfermedad pandémica que está provocando graves consecuencias para la salud*”.

En suma, las dificultades que plantea la elaboración de un concepto de orden público ponen en evidencia que no se trata de un concepto estático, sino que es dinámico asociado al conjunto de principios y normas que protegen los intereses generales de la sociedad en un momento determinado. Así, puede ocurrir que conductas que normalmente no son atentatorias contra el orden público, en un contexto distinto sí tengan tal carácter por existir una determinada situación de hecho y normas jurídicas que justifican su resguardo.

Tal es el caso que se origina ante el incumplimiento de las medidas adoptadas tras la declaración de Estado de Excepción Constitucional decretado con fecha 19 de marzo de 2020, cuya finalidad, junto con velar por el resguardo de la salud pública, no es otra que la protección del orden público (en un sentido material) ante la situación de pandemia. Lo anterior permitiría argumentar que, por ejemplo, el lanzamiento de objetos potencialmente aptos para causar lesiones o la muerte a un funcionario de Carabineros que se encontraba en la vía pública en contexto de toque de queda, al cual se le ocasionan lesiones graves, puede constituir un desorden público que coincide con la descripción de la conducta típica descrita en el art. 268 *septies* inciso 2° del Código Penal, resultando aplicable la pena señalada en el delito más grave, esto es, la del artículo 416 N°1 del Código de Justicia Militar, sin atención a su grado mínimo o *minimum*, de conformidad a lo dispuesto en el inciso final del artículo 268 *septies* antes citado.

Sin perjuicio de lo anterior, reconocemos que asumir una concepción de orden público en sentido material en términos tan amplios, lo equipararía al ordenamiento jurídico, de modo que dicho concepto dificultaría asignarle un valor interpretativo para el análisis de los respectivos tipos penales<sup>13</sup>.

De ahí entonces que sea necesario acotar dicho concepto, asociándolo a los delitos ubicados en el Título VI, sobre los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares, y más precisamente a los desórdenes públicos que regula el legislador en el artículo 268 *septies* del Código Penal. Para ello, puede resultar ilustrativo el tratamiento que ha dado la doctrina española a estas figuras, a partir del cual es posible reconocer las siguientes definiciones:

<sup>13</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Desórdenes públicos*. En: *Enciclopedia Penal Básica*. LUZÓN PEÑA, Manuel (Dir.), Granada, España, Comares, 2002, p. 586; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*. Parte especial. 20ª ed., Sevilla, España, Tirant lo Blanch, 2015, p. 760. En el Derecho español, este es el concepto de orden público que LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN entienden que protege el Título XXII del Código Penal español (en adelante C.P.E.). En palabras de los autores “lo protegido aquí no es sólo la tranquilidad en la calle, sino que el concepto de orden público utilizado en la rúbrica posee un contenido más amplio que alcanza al sometimiento al ordenamiento jurídico y a la autoridad estatal, lo que, en cierta forma, se relaciona con la acepción de orden público que se aplica a las disposiciones imperativas, inderogables, y de contenido no renunciabile ni disponible. LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN. *El código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, España, López Garrido, 1996, p. 200.

MUÑOZ CONDE define el orden público como la “*tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana*”<sup>14</sup>. Para el autor, este concepto es equivalente al de paz pública<sup>15</sup>. VIVES ANTÓN, por su parte, distingue ambos conceptos, tomando como base el tipo contenido en el artículo 557 del C.P.E.<sup>16</sup> antes de su última reforma introducida mediante LO 1/2015, de 30 de marzo<sup>17</sup>. Afirma que el término orden público equivale al “*orden externo y material de la convivencia ciudadana*”, mientras que la paz pública se define como “*tranquilidad y quietud*”, o como “*sosiego y buena correspondencia de unos con otros*”<sup>18</sup>.

Por último, podemos destacar la definición de orden público que nos brinda TORRES FERNÁNDEZ, referida al “*estado de normalidad necesario para permitir el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales*”<sup>19</sup>.

Para COLMAR BEA<sup>20</sup> y JUANATEY DORADO<sup>21</sup> las tres definiciones de orden público son compatibles entre sí, puesto que “al proteger la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas ciudadanas (definición de MUÑOZ CONDE) o el mantenimiento del orden en la calle (VIVES ANTÓN), lo que se estaría tutelando precisamente es el libre ejercicio de los derechos ciudadanos que permita la participación activa plena de estos en la sociedad (TORRES FERNÁNDEZ)”.

El problema de estas definiciones, al igual como ocurre en el concepto de orden público en sentido material que se formuló con anterioridad, es su amplitud, lo que en el ámbito de las ciencias penales se traduce en que prácticamente cualquier delito cometido en la calle o en espacios públicos estaría atacando dicho bien jurídico, ya que la mayoría de delitos protege derechos fundamentales y, en consecuencia, el clima de normalidad que posibilita su ejercicio<sup>22</sup>. Es por ello que algunos autores han intentado abordar un

14 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed., Sevilla, España, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976, p. 578.

15 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 20ª ed., Sevilla, España, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976, p. 762.

16 Artículo 557 N°1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código.

17 El Preámbulo de la ley funda la modificación en el hecho de que la anterior regulación de la alteración del orden público –de origen decimonónico– no definía el delito, sino que yuxtaponía una serie de conductas punibles, lo que generaba problemas de tipicidad, en algunos casos, y concursales en otros. Estos problemas, a juicio del legislador, se solucionan mediante la definición de «alteración del orden público» a partir de la referencia al sujeto plural y a la realización de actos de violencia sobre cosas y personas.

18 VIVES ANTÓN, Tomás. *Delitos contra la seguridad interior del Estado. Desórdenes públicos*. En: VIVES ANTÓN, Tomás (coord), *Derecho Penal. Parte especial*. 3ª ed., Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 1990, p. 172.

19 TORRES FERNÁNDEZ, M. E. Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español, ob. cit., p. 81.

20 COLOMER BEA, David. “Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos” [en línea]. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, p. 6. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-18.pdf> [fecha de consulta: 10 de agosto de 2020].

21 JUANATEY DORADO, Carmen. “Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras las reformas de 2015”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, N°120, España, Dykinson, 2015, p. 47.

22 COLOMER BEA, David, ob. cit., p. 6.

concepto alternativo de orden público como bien jurídico protegido de los desórdenes públicos, en los que se resguarda el “*legítimo uso o disfrute de los espacios públicos*”<sup>23</sup>.

Sin embargo, parte de la doctrina española ha reconocido que no cualquier uso o disfrute de los espacios públicos es digno de tutela penal, sino que, como afirma PAREDES CASTAÑÓN, solo estaría justificada la intervención penal en este ámbito para reprimir aquellas conductas que supongan una usurpación del espacio público, en el sentido de impedir a otros ciudadanos el uso de dicho espacio injustificadamente, y siempre que ello dé lugar a situaciones pragmáticamente insostenibles para el conjunto de los usuarios del espacio público (y solo para el directamente afectado por el concepto de usurpación), lo que debe valorarse atendido a la naturaleza del espacio público (trascendencia de la función social que el espacio cumple), a la identidad de la víctima de la usurpación (que se trate de excluidos o de víctimas que necesiten más imperiosamente el uso del espacio público), y al medio social en que la usurpación tiene lugar (debe tratarse de medios con gran potencial comunicativo)<sup>24</sup>.

Como se puede apreciar, el problema de la formulación de un concepto de orden público válido para las ciencias penales trasciende las fronteras de nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, como veremos a continuación, creemos que el orden público entendido como “tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana” o “la paz pública” en clave española, aunque con algunos matices, es el interés que el legislador pretendió tutelar mediante la incorporación de los desórdenes públicos del artículo 268 *septies* del Código Penal.

## 2. CONTEXTO HISTÓRICO Y NORMATIVO DEL ARTÍCULO 268 SEPTIES DEL CÓDIGO PENAL COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN

La Ley N° 21.208 tiene su génesis en la Moción Parlamentaria del Proyecto de Ley Bole­tín N°13.090-25, de fecha 25 de noviembre de 2019, que pretendía modificar el Código Penal para tipificar como delito la alteración de la paz pública mediante la ejecución de actos de violencia. El fundamento del citado proyecto de ley descansaba en la necesidad de abordar los crecientes fenómenos de alteraciones al orden público que vivía el país, frente a la constatación de que la actual herramienta jurídica, contenida en el artículo 269 del Código Penal, era insuficiente para una adecuada y eficiente persecución penal de los desmanes y desórdenes públicos que estaban teniendo lugar.

En este sentido, la propuesta del proyecto de ley en comento buscaba actualizar la redacción del tipo penal de los desórdenes públicos tomando como base la legislación española sobre la materia, a través de la incorporación de dos nuevos artículos 269 y 269 bis al Código Penal, copiados casi a la letra de los artículos 557 y 557 bis del Código Penal español.

<sup>23</sup> PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)*. En: LUZÓN PEÑA, Diego (Dir.). *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, España, La Ley, 2010, págs. 911-986. Según el Tribunal Supremo Español, lo pretendido es que la calle no se convierta en patrimonio de alborotadores, con grave quebranto de los derechos ciudadanos de los demás. STS 136/2007, de 8 de febrero (FJ 4º). Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> [fecha de consulta: 11 de agosto de 2020].

<sup>24</sup> PAREDES CASTAÑÓN, ob. cit., págs. 968-976, citado en: COLOMER BEA, ob. cit., p. 7.

El artículo 269 que se pretendía incorporar, que sustituía al actual, disponía:

*“Quienes actuando en grupo o individualmente, pero amparados en él, **alteren la paz pública** ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio.*

*Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubieran llevado a cabo”.*

Por su parte, el artículo 269 bis contenido de la Moción Parlamentaria, disponía:

*“Los hechos descritos en el artículo anterior serán castigados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

*1. Cuando alguno de los partícipes en el delito portare un arma u otro instrumento peligroso, o exhibiere un arma de fuego simulada.*

***2. Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.***

*3. Cuando se llevaren a cabo actos de saqueo, ya sea previamente concertados o espontáneos y aun, en este último caso, valiéndose de la oportunidad que el tumulto o masa posibilita para actuar.*

*Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pidieran corresponder a los actos concretos de violencia, amenazas o robo que se hubieran llevado a cabo”.*

A partir de lo dispuesto en el artículo 269 antes citado, el proyecto de ley buscaba sustituir el actual artículo 269 del Código Penal<sup>25</sup> que sanciona los desórdenes públicos, incorporando en forma expresa a la paz pública como interés jurídico protegido por el legislador.

Sin embargo, tras el informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, de fecha 4 de diciembre de 2019, la Cámara acordó mantener el artículo 269 del Código Penal, considerando que su sustitución generaría problemas prácticos respecto a investigaciones que se encontraban en curso, así como también frente a los casos en los que ya existían condenas por dichos delitos<sup>26</sup>. En cambio, se aprobó incorporar un

<sup>25</sup> Art. 269. Fuera de los casos sancionados en el Párrafo anterior, los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados. Incurrirá en la pena de presidio menor, en su grado mínimo a medio, el que impidiere o dificultare la actuación del personal de los Cuerpos de Bomberos u otros servicios de utilidad pública, destinada a combatir un siniestro u otra calamidad o desgracia que constituya peligro para la seguridad de las personas.

<sup>26</sup> SESIÓN DE LA COMISIÓN DE SEGURIDAD CIUDADANA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS, de fecha 3 de diciembre de 2019. Disponible en: [https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=188081&prmTipo=DOCUMENTO\\_COMISION](https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=188081&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION) [fecha de consulta: 10 de agosto de 2020].

nuevo artículo 268 *septies* que recogía algunas de las hipótesis de desórdenes públicos contenidas en el proyecto, esta vez, sin precisar que tales conductas atentaban contra la paz pública como bien jurídico protegido en esta clase de delitos.

El nuevo artículo 268 *septies* del Código Penal dispone lo siguiente:

*“El que, sin estar autorizado, interrumpiere completamente la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública, mediante violencia o intimidación en las personas o la instalación de obstáculos levantados en la misma con objetos diversos, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo. Idéntica pena se impondrá a los que, sin mediar accidente o desperfecto mecánico, interpusieren sus vehículos en la vía, en términos tales de hacer imposible la circulación de otros por esta.*

*Será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio el que lanzare a personas o vehículos que se encontraren en la vía pública instrumentos, utensilios u objetos cortantes, punzantes o contundentes potencialmente aptos para causar la muerte o producir lesiones corporales, a menos que el hecho constituya un delito más grave. El tribunal, al momento de determinar la pena, tendrá especialmente en consideración la peligrosidad del instrumento, utensilio u objeto lanzado.*

*Si alguno de los hechos previstos en este artículo constituyere un delito más grave, se aplicará la pena señalada a este, sin atención a su grado mínimo o minimum, según los respectivos casos”.*

Como se puede observar, la omisión antes enunciada tiene su explicación en razones de técnica legislativa, que hacían aconsejable mantener el tipo del artículo 269 del Código Penal, pero ello no debe generar dudas en torno a cuál es el bien jurídico que el legislador pretendió proteger en las hipótesis de desórdenes del artículo 268 *septies* del Código Penal. En efecto, una interpretación basada en la historia de la ley, nos permite concluir que el bien jurídico protegido en el artículo 268 *septies* del Código Penal es la paz o tranquilidad pública.

Junto con la historia de la ley, debemos considerar el contexto normativo como elemento sistemático de interpretación. El artículo 268 *septies* se encuentra regulado en el Párrafo II denominado **“Otros desórdenes públicos”** del Título VI, sobre *“Los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”*. La ubicación de la norma entre los delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares pone en evidencia que lo protegido es el ámbito de la interacción pública de personas, y no precisamente su seguridad individual, aun cuando dicho elemento sistemático de interpretación, sea insuficiente, por sí solo, para determinar el bien jurídico protegido

en los nuevos delitos ubicados bajo el título VI del Código Penal<sup>27</sup>. Es por ello que debemos traer a colación otros argumentos, como aquellos que surgieron con ocasión de la discusión en torno al bien jurídico protegido del delito de desórdenes públicos del artículo 269 C.P. En este sentido, conviene recordar que dicha norma tomó como referencia el artículo 197 del Código Penal español de 1850<sup>28</sup>, pero sustituyó la expresión “Orden Público” por “Tranquilidad Pública”, debido a que para el legislador español el delito de desórdenes públicos aparecía como una forma tenue o leve de insurrección, cuyo contenido era eminentemente político. En nuestro derecho, en cambio, se acordó cambiar el concepto por el de “Tranquilidad Pública”, puesto que, como afirma DEL RÍO, dicho concepto se refiere a las alteraciones pasajeras de la tranquilidad que no pretenden trastornar el orden establecido. Es, conforme a ello que se decidió situar los Desórdenes Públicos en el contexto del Título VI del Libro II del Código Penal (Sesión 56 de la Comisión Redactora)<sup>29</sup>.

La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia ha compartido esta interpretación. En tal sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de fecha 29 de julio de 2011, señaló que *“en este delito el bien jurídico protegido es la paz o tranquilidad pública. La tranquilidad pública puede conceptuarse como aquel sereno convivir ajeno a todo atentado, libre de peligro, dentro del respeto y de la normalidad que la ley ampara. La norma brinda protección penal a un sentimiento generalizado de tranquilidad y seguridad en la actividad humana, en otras palabras, al sosiego o a la paz de la comunidad para un normal desarrollo de sus actividades”* (considerando 6º)<sup>30</sup>. En similar sentido la Corte de Apelaciones de Copiapó, en sentencia de fecha 20 de junio de 2008, consideró que el

27 En contra, VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex. “Estructura y Alcances del Injusto Típico del Delito de Desórdenes Públicos”. En: Defensoría Penal Pública, Departamento de Estudios, N°3, Santiago, Chile, 2013, p. 102. El autor afirma que si se analiza el título VI, este comprende una serie de figuras que tienen como elemento común la afectación de la “Seguridad Individual”, la cual entiende como la ausencia de amenazas relevantes para los bienes o intereses personalísimos, principalmente la vida, integridad corporal, salud, libertad ambulatoria y libertad de determinación cuando va asociada a alguno de los tipos penales ya reseñados. Para el autor, el valor del elemento sistemático de interpretación del Título VI cumple una función muy modesta, puesto que, a su juicio, da la impresión que dicho título es una especie de desván o cajón de sastre, donde el legislador situó todas aquellas figuras que no encontraban un lugar cómodo en otras secciones del Código. Este criterio parece ser el compartido por el Juzgado de Garantía de Viña del Mar, en sentencia de fecha de 24 de diciembre de 2019, Rol N° 13739-2019, que a propósito del artículo 269 del Código Penal señaló que: “A su vez, el tipo penal exige turbación grave a la tranquilidad pública, entendiéndose que lo que se trata de proteger es la seguridad individual de las personas, debe existir un peligro hacia bienes jurídicos personalísimos inherentes a la seguridad individual como la vida, la salud, la integridad física, etcétera. Así las cosas, el atentado a la propiedad de una persona particular solo sería constitutivo del tipo penal de desórdenes públicos si afecta o pone en peligro su seguridad individual en su dimensión pública. Además, el tipo penal exige que esta turbación grave a la tranquilidad pública sea el medio para causar daño o mal a una persona particular. En el caso de marras, se ha dado por acreditado que los imputados arrojaban piedras a la farmacia Salcobrand, a juicio de este sentenciador, dicha conducta por sí sola no resulta suficiente para establecer que se haya afectado o puesto en riesgo la seguridad individual o derechos personalísimos de alguna persona que transitaba por el lugar o de automovilistas que circulaban por las calles aledañas a la farmacia, en razón de aquello corresponde absolver a los imputados por el delito de desórdenes públicos por el cual son requeridos”.

28 Artículo 197. Los que turbaren gravemente el orden público para causar injuria u otro mal a alguna persona particular, o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena de arresto mayor a prisión correccional. ESPAÑA. Ministerio de Gracia y Justicia. Real Decreto de 30 de junio de 1850. Refunde, coordina, modifica o rectifica y declara como única la edición oficial reformada del Código Penal de España.

29 DEL RÍO, Raimundo. *Derecho Penal, legislación especial: delitos especiales*. Santiago, Chile, Editorial Nascimento, 1936, Tomo III, p. 224.

30 Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de julio de 2012, Rol N° 278-2011.

delito “brinda protección penal a un sentimiento generalizado de tranquilidad y seguridad a la actividad humana, en otros términos, al sosiego o a la paz de la comunidad para un normal desarrollo de sus actividades”<sup>31</sup>.

No obstante, es posible encontrar jurisprudencia que asimila el concepto de orden público con el de tranquilidad pública, siguiendo la definición desarrollada por MUÑOZ CONDE en los párrafos precedentes. Así, en sentencia de fecha 28 de julio de 2017, la Corte de Apelaciones de Concepción señaló que “el bien jurídico protegido por este delito es el orden público, entendido como la tranquilidad o paz en las manifestaciones de la vida ciudadana, o como también se ha entendido, la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida socio-política en conformidad a la organización institucional existente”. En la doctrina nacional, tal concepto de orden público es el seguido por ETCHEBERRY, quien refiere que el Código Penal alude a dicho bien jurídico en un sentido restringido, que significa simplemente “tranquilidad”. Para él, el concepto denota la confianza en el normal y pacífico desenvolvimiento de las actividades ciudadanas<sup>32</sup>.

La relación entre el bien jurídico protegido en las hipótesis de desórdenes públicos descritas en el artículo 268 *septies* del C.P y la figura del artículo 269 C.P. resulta obligada si se considera que ambas normas, además de estar ubicadas bajo el mismo Título VI, a raíz de la entrada en vigencia de la Ley N°21.208, se encuentran vinculadas en la nueva redacción del inciso primero del artículo 269 C.P.

En efecto, el inciso primero del artículo 269, tras la reciente modificación, dispone lo siguiente: “**Fuera de los casos sancionados en el Párrafo anterior y en el artículo 268 septies, los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados**” (énfasis añadido). La expresión destacada refleja que las figuras descritas en el artículo 268 *septies* constituyen igualmente supuestos de desórdenes públicos que alteran la paz o tranquilidad pública, pero respecto de los cuales no se exige gravedad en la turbación, ni que la misma se efectúe con un fin determinado.

En suma, a partir de los argumentos históricos y sistemáticos de interpretación desarrollados anteriormente, podemos concluir que en las nuevas figuras de desórdenes públicos del artículo 268 *septies* del Código Penal el bien jurídico protegido es la paz o tranquilidad pública. No obstante, para comprender cuál es el sentido de tranquilidad pública que el legislador pretendió tutelar con los nuevos tipos penales, resulta forzoso analizar las conductas descritas en el artículo 268 *septies*, para determinar si estas coinciden o no con alguno de los conceptos que han sido expuestos en el presente trabajo, o bien, si en algún caso, se protege un bien jurídico distinto.

<sup>31</sup> Corte de Apelaciones de Copiapó, 20 de junio de 2008, Rol N° 78-2008.

<sup>32</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Parte Especial. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1997, Tomo IV, p. 261.

### 3. NUEVOS DELITOS DEL ARTÍCULO 268 SEPTIES DEL CÓDIGO PENAL

La Ley N°21.208 incorporó un nuevo artículo 268 *septies* al Código Penal, que contempla dos nuevos delitos de desórdenes públicos: (i) la interrupción a la libre circulación de personas y vehículos (inc.1°); y (ii) el lanzamiento de objetos potencialmente aptos para causar lesiones o la muerte a personas o vehículos que se encontraren en la vía pública (inc. 2°). Como ya hemos señalado en este trabajo, creemos que las hipótesis descritas por el legislador buscan proteger el bien jurídico “paz o tranquilidad pública”. A tal conclusión arribamos a partir de los elementos históricos y sistemáticos de interpretación que han sido expuestos. Sin embargo, para efectos de acotar el concepto de paz pública que el legislador pretendió tutelar mediante los nuevos tipos penales, debemos analizar cada uno de sus elementos y requisitos. Posteriormente, expondremos algunas reflexiones en torno a la importancia de determinar el bien jurídico en las nuevas figuras de desórdenes públicos, para finalizar con la relación de dichas figuras y el artículo 269 del Código Penal.

#### 3.1 Delito de interrupción de la libre circulación de personas y vehículos

##### 3.1.1 Modalidades de comisión

El artículo 268 *septies* inciso primero, dispone:

*“El que, sin estar autorizado, interrumpiere completamente la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública, mediante violencia o intimidación en las personas o la instalación de obstáculos levantados en la misma con objetos diversos, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo. Idéntica pena se impondrá a los que, sin mediar accidente o desperfecto mecánico, interpusieren sus vehículos en la vía, en términos tales de hacer imposible la circulación de otros por esta”.*

Este delito contempla tres modalidades de comisión, a saber:

1. Interrupción completa de la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública, mediante violencia o intimidación.
2. Interrupción completa de la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública mediante la instalación de obstáculos levantados en la misma con objetos diversos.
3. Tornar imposible la libre circulación, sin mediar accidente o desperfecto mecánico, interponiendo vehículos en la vía.

Las dos primeras modalidades de comisión contemplan como requisitos la falta de autorización para interrumpir la libre circulación de personas y vehículos, y la circunstancia de que esta deba ser completa. Creemos que el primer requisito manifestado en la expresión “*sin autorización*” representa un elemento de la tipicidad concebido de manera negativa, de modo tal que si el sujeto realiza el comportamiento con la respectiva autorización, la acción no será típica<sup>33</sup>. El segundo requisito exige que la interrupción

<sup>33</sup> Similar es el caso del artículo 194 de la Ley de Tránsito, que dispone: “El que sin tener la licencia de conducir requerida, maneje un vehículo para cuya conducción se requiera una licencia profesional determinada, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio”.

debe ser completa. Sobre el particular, cabe señalar que el verbo rector *interrumpir* ha de entenderse, según el Diccionario de la RAE como “*hacer que una cosa empezada pero no acabada no continúe definitivamente o por un tiempo limitado*”. En seguida, que sea completa significa que si dicha interrupción permite a las personas o vehículos seguir circulando, no se configuraría el tipo penal, como sería el caso de caravanas de vehículos o camiones que circulan a baja velocidad en autopistas.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene precisar que el artículo 268 *septies* C.P. no exige la interrupción completa de la *vía*<sup>34</sup> en términos materiales, sino que se interrumpa *completamente la libre circulación* en ella.

Si bien lo anterior se produce cuando la totalidad de la vía está obstaculizada, también es posible interrumpir totalmente la *libre circulación*, cuando existiendo una parte de la vía que no se encuentra materialmente bloqueada, concurren circunstancias tales que impiden exigir al pasajero o conductor, cualquiera sea este, asumir el riesgo de circular por ella, ante el peligro de ser alcanzados por piedras, llamas de fuego, u otros obstáculos, ya que, de hacerlo, la circulación no sería *libre*, entendido dicho concepto como *la capacidad para escoger y dirigir el actuar*, sino que, por el contrario, resultaría obligada por las circunstancias existentes.

Tal imposibilidad se presenta, también, cuando existe un espacio en la vía que no se encuentra obstaculizado, pero para poder circular en él, el conductor debe infringir las normas del ordenamiento jurídico, por ejemplo, a través de un viraje no permitido o bien conduciendo su vehículo contra el tránsito. De este modo, el requisito de la interrupción completa de la libre circulación debe entenderse en relación con la posibilidad de circular sin serio obstáculo o riesgo y/o sin infringir las normas del ordenamiento jurídico, circunstancias que deben ser analizadas caso a caso.

1. Interrupción completa de la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública, mediante violencia o intimidación

Respecto a la primera modalidad de comisión de este delito, el tipo exige que la interrupción de la libre circulación se realice mediante *violencia o intimidación en las personas*. Entendemos dichas expresiones, como afirma BÖHMER, en *todo hecho presente que de plano no puede ser resistido o solo puede ser resistido con dificultad*<sup>35</sup>.

Se trata de acciones mecánicas o psicológicas que impiden a las personas la libre circulación por la vía, ya sea mediante el vencimiento de las fuerzas corporales o el vencimiento de su voluntad mediante la amenaza de un mal, coaccionándolas o constriéndolas a interrumpir su circulación o a tolerar la misma. Para estos efectos deberán considerarse especialmente los “malos tratamientos de obra”, y “cualquier otro acto que pueda inti-

<sup>34</sup> El artículo 1º de la Ley N° 18.290 considera como tal “los caminos vecinales o particulares destinados al uso público, de todo el territorio de la República”. Por su parte, art. 2 de la misma ley señala que: “Para todos los efectos de esta ley, las palabras o frases que se indican a continuación, tendrán el siguiente significado: ... “51) Vía: Calle, camino u otro lugar destinado al tránsito”.

<sup>35</sup> BÖHMER, Johann. *Sustracción de cosa mueble ajena hecha con ánimo de obtener lucro y mediante violencia en la persona*. *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*, 1770, art. 124, §1, p. 517.

midar o forzar a la persona afectada”, a que se refiere el art. 439 C.P.<sup>36</sup>.

2. Interrupción completa de la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública mediante la instalación de obstáculos levantados en la misma con objetos diversos

La segunda hipótesis comisiva del tipo penal de interrupción a la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública se produce mediante *la instalación de obstáculos levantados en la misma con objetos diversos*. Dicha modalidad de comisión se identifica con el concepto de barricada del Diccionario de la RAE, que la define como aquel “*obstáculo levantado en la calle con objetos diversos para impedir el paso o parapetarse tras él, especialmente en revueltas populares*”. La expresión *objetos diversos* cobra relevancia en el nuevo tipo penal, puesto que, según se desprende de la historia de la ley, con ella se pretendió excluir los supuestos de interposición de personas en la vía o las *cadena humanas*<sup>37</sup>.

Cabe señalar que podría presentarse algún problema concursal entre el supuesto antes descrito y el contenido en el artículo 191 de la Ley N°18.290, que sanciona a quien “*instale señales de tránsito o barreras sin estar facultado para ello, salvo en caso de siniestro o accidente*”. Sin perjuicio de lo anterior, deberá preferirse la aplicación del inciso primero del artículo 268 *septies*, cuando los obstáculos interrumpen completamente la libre circulación de personas o vehículos, atentando contra la paz o tranquilidad pública como bien jurídico protegido. Si, en cambio, a partir de la instalación de señales de tránsito o barreras, no existe una interrupción completa en los términos expresados, podría tener aplicación la figura prevista en la Ley de Tránsito, salvo que la conducta constituya un supuesto de desorden público del artículo 269 C.P., en cuyo caso deberá ser sancionada de conformidad a dicha norma.

3. Tornar imposible la libre circulación, sin mediar accidente o desperfecto mecánico, interponiendo vehículos en la vía

La tercera modalidad de comisión sanciona a *los que, sin mediar accidente o desperfecto mecánico, interpusieren sus vehículos en la vía, en términos tales de hacer imposible la circulación de otros por esta*. En cuanto a la expresión “*sin mediar accidente o desperfecto mecánico*”, al igual que la falta de autorización de la primera hipótesis, constituye un elemento negativo del tipo, de modo que la circunstancia de que se produzca la inte-

<sup>36</sup> La jurisprudencia ha sostenido consistentemente que hay intimidación cuando la conducta del sujeto activo pueda ser considerada idónea para producir un efecto intimidatorio en un hombre medio puesto en el lugar y circunstancias de la víctima, lo que implica un análisis caso a caso. Así lo ha considerado la Corte Suprema al fallar que existe intimidación si desde la perspectiva de las características del ofendido y las circunstancias del delito estas tienen la virtud de provocar el temor de sufrir un daño físico, lo que es una amenaza grave y cierta a su integridad personal, que es precisamente el concepto de intimidación, que concuerda con su sentido etimológico, que es causar o infundir miedo, según la RAE. Corte Suprema, 31 de julio de 2003, Rol N° 3091-03. En otro fallo la Corte Suprema señaló que “...la gravedad de esta amenaza debe medirse por los jueces *ex ante*, esto es, representándose en el momento mismo del hecho y en las circunstancias en que se produce, y no *ex post*, sin considerar todas las situaciones de hecho que pueden influir en ese momento en la psiquis de la víctima”. Corte Suprema, 9 de septiembre de 2003, Rol N° 3091-03.

<sup>37</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 21.208*, págs. 106 y 107. Sin perjuicio que la norma pareciera exigir una pluralidad de objetos, una interpretación teleológica de la misma permite considerar barricada a aquel obstáculo que se levanta en la vía con un solo objeto, siempre que logre interrumpir completamente la libre circulación, y que dicho objeto no sea un vehículo, por cuanto de ser ese el caso podría tener lugar la tercera modalidad de comisión del inciso primero del artículo 268 *septies* C.P., consistente en la interposición de vehículos en la vía. Disponible en: <http://s.bcn.cl/2czok> [fecha de consulta: 10 de agosto de 2020].

rrupción por un accidente o desperfecto mecánico, excluye la tipicidad. Por otra parte, la norma exige que el sujeto activo interponga “*sus vehículos*” en la vía, lo cual podría interpretarse en el sentido que solo puede cometer este delito el dueño del vehículo. No obstante, creemos que la expresión debe interpretarse en sentido amplio, es decir, comprende tanto al dueño como a quien lo posea o detente, toda vez que cualquiera de dichos sujetos podría dirigir su acción en forma consciente del desarrollo causal hacia el resultado típico de la interrupción de la libre circulación. Por otra parte, si bien el tipo exige una pluralidad de vehículos, a partir de una interpretación teleológica del tipo, armónica con las demás hipótesis comisivas, podemos concluir que la conducta igualmente se configura cuando la interrupción se produce con solo uno de ellos. Tal podría ser el caso, por ejemplo, del camión que se cruza en ambas vías imposibilitando la circulación de otros por ellas.

Por último, esta tercera modalidad de comisión requiere que la interposición de vehículos en la vía se produzca *en términos tales de hacer imposible la circulación de otros por esta*. La imposibilidad a la que alude la norma debe interpretarse en el mismo sentido de la *interrupción completa* expresada en las hipótesis anteriores. Es decir, en relación con la posibilidad de circular sin serio obstáculo o riesgo y/o sin infringir las normas del ordenamiento jurídico, por cuanto el bien jurídico protegido es la paz o tranquilidad pública como veremos a continuación.

### 3.1.2 Bien jurídico protegido en las hipótesis de desórdenes públicos del inciso primero del artículo 268 septies C.P.

Como ya hemos señalado en los párrafos precedentes, creemos que el bien jurídico protegido en las nuevas figuras de desórdenes públicos contenidas en el inciso primero del artículo 268 *septies* del Código Penal es la paz o tranquilidad pública. Sin embargo, dicho concepto presenta las mismas dificultades que el de orden público ya analizado, sobre todo en cuanto a su amplitud, toda vez que cualquier tipo penal, de algún u otro modo estaría encaminado a proteger la paz pública; de ahí entonces que surja la necesidad de acotar dicho concepto, para poder identificar el núcleo sustantivo que constituye el objeto de protección que el legislador pretende resguardar.

Para estos efectos resulta útil el planteamiento de CARRARA, quien sostiene que existe un conjunto de delitos que atacan directamente la tranquilidad pública o seguridad de un número indeterminado de personas. Para el autor, si bien la mayoría de los tipos penales pueden estar encaminados a proteger dicha paz pública, solo algunos lo harían de un modo inmediato. De este modo, “es preciso que la conmoción indefinida de los ánimos y la agitación subsiguiente de las multitudes procedan de condiciones intrínsecas del hecho mismo, en cuanto surja de ellas el sentimiento del propio peligro por las posibles consecuencias del hecho, sin tener en cuenta la previsión de que puedan repetirse en el futuro”<sup>38</sup>. Es decir, como afirma COLOMER, el temor de la multitud por la repetición de un hecho delictivo, por muy grave que este sea, no convierte al delito en delito contra la tranquilidad pública, sino que para ello es necesario que el daño que se proyecte en

<sup>38</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Parte Especial. 6ª ed., Bogotá, Temis, 1989, Volumen VI, p. 3015.

un conjunto indefinido de personas se derive de las “condiciones intrínsecas del hecho mismo”<sup>39</sup>.

A su turno, entre los delitos que atentan contra la tranquilidad pública, CARRARA distingue los delitos catastróficos de los delitos de violencia pública. Los primeros se caracterizan por poner en peligro actual la vida e integridad física de un número indefinido de personas (ej. incendio y otros estragos), mientras que los segundos, se identifican por el empleo de la violencia de modo indiscriminado, constriñendo la libertad de una pluralidad indeterminada de personas<sup>40</sup>. La diferencia que presentan dichos delitos con las amenazas y coacciones radica precisamente en la indeterminación de los sujetos pasivos, y es dicha característica la que nos permite afirmar que en las hipótesis descritas en el inciso primero del artículo 268 *septies* del Código Penal se consagran delitos de violencia pública, en los que se protege la paz pública concebida como “la libertad de un número indefinido de personas”<sup>41</sup>. Refuerza tal conclusión la circunstancia de que ninguna de las nuevas figuras penales exige la afectación de la libre circulación de un sujeto pasivo determinado, sino que, por el contrario, enfatiza su indeterminación al sancionar a quien interrumpiere completamente “la libre circulación de personas o vehículos”, mediante “violencia o intimidación en las personas”.

Esta concepción de la tranquilidad pública se asemeja a la definición de orden público de PAREDES CASTAÑÓN quien identifica el bien jurídico protegido en el delito de desórdenes públicos del artículo 557.1 C.P.E., con el *legítimo uso o disfrute de los espacios públicos*. Sin embargo, en el inciso primero del artículo 268 *septies* del C.P., el legislador pareciera tutelar la libertad de un número indefinido de personas circunscrita al uso de las vías públicas como un determinado espacio público.

### 3.2 Delito de lanzamiento de objetos potencialmente aptos para causar lesiones o la muerte, a personas o vehículos que se encuentren en la vía pública

El inciso segundo del artículo 268 *septies* del Código Penal dispone:

*“Será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio el que lanzare a personas o vehículos que se encontraren en la vía pública instrumentos, utensilios u objetos cortantes, punzantes o contundentes potencialmente aptos para causar la muerte o producir lesiones corporales, a menos que el hecho constituya un delito más grave. El tribunal, al momento de determinar la pena, tendrá especialmente en consideración la peligrosidad del instrumento, utensilio u objeto lanzado”.*

<sup>39</sup> COLOMER, ob. cit., p. 14.

<sup>40</sup> CARRARA, ob. cit., p. 3029.

<sup>41</sup> En este sentido, a propósito de la discusión en cuanto al bien jurídico protegido en el delito de desórdenes públicos del Código Penal español, TORRES FERNÁNDEZ señala que los delitos de violencia pública constituyen una especie de coacción colectiva, cuya principal característica es la indeterminación del sujeto pasivo del acto de violencia. Para la autora, en los delitos de desórdenes públicos la alteración a la paz pública es el resultado del empleo de la violencia indiscriminada, es decir, no dirigida en contra de una persona o personas concretas, sino contra la multitud. El bien jurídico protegido en estos delitos no sería otro que la libertad de un número indefinido de personas. TORRES FERNÁNDEZ, María Elena. *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal Español*. España, Marcial Pons, 2001, p. 319.

### 3.2.1 Conducta típica

El inciso segundo del artículo 268 *septies* del Código Penal sanciona al que *lanzare* a personas o vehículos que se encuentren en la vía pública, instrumentos, utensilios u objetos cortantes punzantes o contundentes potencialmente aptos para causar la muerte o producir lesiones corporales. El verbo rector, lanzar, como sinónimo de arrojar, según el Diccionario de la RAE consiste en *impeler con violencia algo, de modo que recorra una distancia, movido por el impulso que ha recibido*.

Por su parte, el lanzamiento debe orientarse a personas o vehículos que se encuentran en la vía pública, entendida esta como la *calle, camino u otro lugar destinado al tránsito*<sup>42</sup>.

El tipo exige que los objetos lanzados *sean potencialmente aptos para causar la muerte o producir lesiones corporales*. La *expresión potencialmente apto*, de acuerdo a la definición del Diccionario de la RAE, se refiere a que el objeto tenga la capacidad para producir la muerte o lesiones, esto es, que dicha aptitud o idoneidad esté en calidad de posible y no que sea actual o presente. Lo anterior pone en evidencia que este tipo penal fue diseñado por el legislador como un delito de peligro, particularidad en la que ahondaremos más adelante, cuando nos reframos a la forma de afectación del bien jurídico protegido<sup>43</sup>.

A partir de la redacción de este nuevo delito, puede surgir un problema concursal con la figura contenida en el artículo 198 de la Ley N°18.290, que sanciona al que atentare contra un vehículo motorizado en circulación, apedreándolo o arrojándole otros objetos contundentes o inflamables o por cualquier otro medio semejante, con la pena de presidio menor en su grado mínimo, dando lugar a un concurso aparente de leyes penales que se solucionaría vía aplicación del principio de absorción por intensidad en la descripción del artículo 268 *septies* inciso segundo, ya que el disvalor material del injusto del delito de atentado a vehículo motorizado está íntegramente contenido en el del artículo 268 *septies*, que agrega una dimensión adicional del injusto en el peligro para la vida o integridad física generado, que se expresa en una penalidad más severa<sup>44</sup>.

Por último, el inciso tercero del artículo 268 *septies* del Código Penal contempla una regla

42 El artículo 2 n° 44 de la Ley N° 18.290 define tránsito como aquel “desplazamiento de peatones, animales o vehículos por vías de uso público”. Por su parte, el numeral primero de la norma citada dispone que acera es la “parte de una vía destinada al uso de peatones”. Lo anterior cobra relevancia en el sentido que el lanzamiento de objetos potencialmente aptos para causar lesiones o la muerte puede producirse tanto a personas o vehículos que se encuentren en la calzada, como también en la acera.

43 La Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia de fecha 6 de febrero de 2020, conociendo de un recurso de apelación frente a una resolución que decretó la medida cautelar de arresto domiciliario nocturno y prohibición de acercamiento a la víctima estimó que las piedras son objetos contundentes aptos para causar la muerte o lesiones corporales. En efecto, la Corte resolvió que “el parte policial y la declaración de los funcionarios policiales es suficiente para configurar el ilícito por el cual se formalizó al imputado R.A como también su participación, toda vez que los mencionados funcionarios fueron las víctimas del lanzamiento de objetos contundentes que potencialmente pueden causar la muerte o lesiones, desde que resulta evidente que las piedras son elementos contundentes que cumplen el requisito que exige el artículo 268 *septies* del Código Penal. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 6 de febrero de 2020, Rol 51-2020.

44 La pena del delito de lanzamiento de objetos del artículo 268 *septies* es la de presidio menor en su grado mínimo a medio, mientras que la figura contenida en la Ley de Tránsito es sancionada con presidio menor en su grado mínimo. En este sentido, debemos recordar que delito más grave es el que tiene asignada la pena más alta en la respectiva Escala Gradual del artículo 59, esto es, aquella que en su límite superior tenga una mayor gravedad. POLITOF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre, y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003, p. 450.

especial de concurso que dispone que “*si alguno de los hechos previstos en este artículo constituyere un delito más grave, se aplicará la pena señalada a este, sin atención a su grado mínimo o minimum, según los respectivos casos*”.

Por regla general, delito más grave es el que tiene asignada la pena más alta en la respectiva Escala Gradual del artículo 59 del Código Penal entre los distintos tipos penales en juego, esto es, aquella que en su límite superior tenga una mayor gravedad. Así, por ejemplo, el delito de daños previsto y sancionado en el artículo 485 del Código Penal (presidio menor en su grado medio a máximo), es más grave que el sancionado en el artículo 268 *septies* inc. 2° (presidio menor en su grado mínimo a medio).

Por su parte, en caso que los máximos de ambos delitos sean iguales, pena mayor es aquella que presenta el mínimo mayor; mientras que, si tanto los máximos como los mínimos son iguales, pena mayor será la de aquella disposición que prevé una pena conjunta. Por ejemplo, el delito de lesiones del artículo 397 N° 2 Código Penal (presidio menor en su grado medio) contempla una pena más grave que la del artículo 268 *septies* inc. 2° del Código Penal (presidio menor en su grado mínimo a medio), por tener un mínimo mayor.

### 3.2.2 El bien jurídico protegido en el delito de lanzamiento de objetos del artículo 268 *septies* inciso segundo

A diferencia de las figuras de interrupción de la libre circulación contenidas en el inciso primero del artículo 268 *septies* del Código Penal, el delito de lanzamiento de objetos tiene un carácter *pluriofensivo*, que atenta contra dos bienes jurídicos colectivos: la *tranquilidad pública* entendida como la libertad de un número indeterminado de personas para usar las vías públicas; y la *seguridad vial* o *seguridad en el tráfico*.

La afectación de la tranquilidad pública así entendida se evidencia en la ubicación normativa de esta hipótesis de desórdenes públicos a continuación de las que constituyen afectación a la libre circulación de personas o vehículos, pues el lanzamiento de objetos potencialmente aptos para causar la muerte o lesiones a personas o vehículos que se encuentren en la vía pública, impide igualmente su libre circulación en ellas, ante el peligro de verse expuestas a dichos resultados.

La relación entre afectación a la tranquilidad pública y el lanzamiento de objetos ya ha sido reconocida por la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, aun cuando se ha pronunciado sobre hechos anteriores a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.208.

En este sentido, el Juzgado de Garantía de Victoria, en sentencia de fecha 3 de enero de 2012, tuvo por acreditados los siguientes hechos:

*En las afueras del Juzgado de Garantía de Victoria al término de una audiencia de control de detención por atentados relacionados con el conflicto mapuche, los imputados J.M y L.M obstaculizaron el libre tránsito de peatones y vehículos, desobedeciendo las órdenes de Carabineros que los llamaba a mantener el orden y despejar el lugar, profiriendo gritos, insultando al personal policial, para luego proceder a lanzar piedras, con el objeto de perturbar gravemente la tran-*

**quilidad pública** e impedir que personal de Carabineros realizara su labor preventiva al intentar traspasar la línea de seguridad existente, siendo tales hechos, a juicio de esta sentenciadora, constitutivos del delito de desórdenes públicos, tipificado y sancionado en el artículo 269 del Código Penal (énfasis añadido)<sup>45</sup>.

En otro fallo, el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago consideró que:

*El imputado a rostro cubierto para asegurar su impunidad y formando parte de un grupo de personas que se manifestaba afectando la tranquilidad y la libre circulación de los vehículos en el sector, poniendo objetos contundentes en las calles tales como fierros y escombros, afectando el funcionamiento de semáforos, atacó con un objeto contundente el vehículo xxx que circulaba por calle Diagonal Paraguay, justamente y en razón de que era conducido por la señora (...). El imputado, conociendo la investidura de la ocupante del móvil, quebró junto a otras personas, el parabrisas trasero del vehículo al golpearlo con un objeto contundente que portaba en su mano después de haber rayado y dañado parte de la carrocería y vidrios del automóvil. El vidrio lo rompió desde fuera del móvil, hacia adentro proyectando parte de los vidrios quebrados al interior del vehículo, con evidente riesgo para su única ocupante”<sup>46</sup>.*

Si bien los fallos antes citados dan cuenta de hechos constitutivos del delito de desórdenes públicos del artículo 269 del Código Penal, lo relevante para estos efectos es que el lanzamiento de piedras y otros objetos contundentes es una conducta atentatoria contra la paz o tranquilidad pública.

En segundo lugar, el nuevo delito del artículo 268 *septies* inciso segundo del Código Penal también protege la seguridad vial o seguridad en el tránsito. Si bien la historia de la Ley N° 21.208 no nos aporta antecedentes sobre la protección de este interés jurídico penal, podemos afirmar lo anterior a partir de una interpretación histórica de la Ley N° 20.149, que modificó la Ley de Tránsito sancionando el atentado a vehículos motorizados en el artículo 198 del señalado cuerpo normativo. En este sentido, la historia de la ley señala que ante las “*pedradas arrojadas contra automóviles y vehículos en movimiento, especialmente en carreteras, pero no solamente en ellas, existen razones que justifican sancionar el hecho de poner en peligro la integridad de las personas transportadas en los vehículos, los vehículos mismos, y la seguridad del tránsito público, que se ve obviamente amenazada por la reacción que puede tener el conductor del vehículo que sufre el atentado*”<sup>47</sup>.

A partir de lo anterior, el legislador optó por regular dicha figura en la Ley del Tránsito por tratarse de un delito que tiene directa relación con la seguridad del tránsito público y especialmente de las personas y vehículos que utilizan la vía pública para trasladarse. La historia de la ley precisa: “*Recuérdese que la hipótesis basal de la normativa que se propone es el atentado a un vehículo en marcha, aunque no causa daños ni lesiones. Así entendido, puede estimarse una materia directamente relacionada con esta ley, pues en*

45 Juzgado de Garantía de Victoria, 03 de enero de 2012, RUC N° 0900988561-4, RIT N° 1137-2009.

46 Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, 5 de abril de 2007, RUC N° 0700239743-3, RIT N° 2420-2007.

47 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 20.149*, p.3. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5415> [fecha de consulta: 13 de agosto de 2020].

*cierto sentido, todas las normas de tránsito tienen el propósito de que se pueda hacer un uso seguro de las calles y caminos*<sup>48</sup>.

En el caso del delito de lanzamiento de objetos del artículo 268 *septies* inciso segundo del Código Penal, creemos que el legislador reguló dicho delito en el Código Penal por considerar que, además de afectar la seguridad en el tránsito, la hipótesis descrita constituye un supuesto de desorden público que atenta contra la tranquilidad pública, entendida como la libertad de un número indeterminado de personas en el uso de la vía pública.

La *seguridad vial* como bien jurídico protegido no se diferencia cualitativamente de la vida y de la integridad física de las personas que se ven afectadas por el lanzamiento de objetos. En efecto, por tratarse de un bien jurídico colectivo, el delito se configura en la medida que existe un interés reconducible directa o indirectamente al individuo<sup>49</sup>. Lo que caracteriza a los bienes jurídicos penales es su vinculación a intereses personales fundamentales. Así pues, no es concebible la seguridad vial sin su vinculación a bienes jurídicos individuales como la vida o salud de las personas, ya que lo que el Derecho Penal quiere evitar es que en este determinado contexto de actividad se lleven a cabo conductas con potencialidad lesiva para esos intereses personales fundamentales<sup>50</sup>.

En el caso de los delitos que atentan contra la seguridad vial, el legislador optó por la protección vía delitos de peligro. Como afirma MONTANER, no se trata de la protección directa de bienes individuales, pues para ello ya existen otros preceptos. Lo que pretenden dichas normas *“es mantener la circulación vial libre y exenta de todo peligro, daño o riesgo para las personas”*<sup>51</sup>. A su turno, como veremos más adelante, en la hipótesis del inciso segundo del artículo 268 *septies*, el legislador optó por una técnica de tutela vía delito de peligro, particularmente, a través de una figura de idoneidad.

### 3.3 Desórdenes públicos del artículo 268 *septies* del Código Penal como delitos de peligro

Los nuevos delitos del artículo 268 *septies* del Código Penal se encuentran ubicados bajo el Título VI del Código Penal, de los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares. En este sentido, como señala ETCHEBERRY, la seguridad pública como objeto de protección alude a cierta categoría especial de delitos en que la razón de la punibilidad es el peligro que ellos representan para determinados bienes jurídicos, más allá del daño efectivo de los mismos. Se trata de delitos en que el solo riesgo para aquellos bienes jurídicos justifica el castigo de quien lo crea<sup>52</sup>.

Los delitos de peligro tradicionalmente se clasifican en delitos de peligro concreto, los cuales se caracterizan porque la pena está subordinada a la efectiva comprobación del

<sup>48</sup> Ibid., p. 4.

<sup>49</sup> PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, N°39, España, Dykinson, 1989, p. 745.

<sup>50</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. “Los nuevos delitos contra la seguridad vial: una muestra de la Administración del Derecho Penal” [en línea]. En: *Documentación Administrativa*, n. 284-285, 2009, p. 308. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4239069&orden=397497&info=link> [fecha de consulta: 10 de agosto de 2020].

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> ETCHEBERRY, ob. cit., p. 262.

riesgo, y de peligro abstracto, en los cuales no es necesario verificar la existencia del peligro, sino que la ley lo presume por el solo hecho de emplear determinado medio, o de desarrollar determinada actividad<sup>53</sup>. En los delitos de peligro abstracto, la realización de la conducta descrita en el tipo comprendería tanto los casos en que existe un riesgo real de afectación para el bien jurídico, como aquellos en que no ocurre<sup>54</sup>.

Los tipos penales contenidos en el artículo 268 *septies* del Código Penal son delitos de peligro que protegen bienes jurídicos supraindividuales: la paz o tranquilidad pública (inc. 1º y 2º) y la seguridad vial (inc. 2º). En esta clase de delitos, a diferencia de los que ofenden un interés individual, no existe un sustrato en el que se materialice la ejecución del comportamiento delictivo y la afectación del bien jurídico. Ello supone reflexionar en torno a si en esta clase de bienes jurídicos se admite solo el peligro como forma de afectación, o bien si admiten la posibilidad de lesión. Para algunos autores, los delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales asociados al modernismo penal, serían delitos de lesión, aunque con una afectación distinta, de tipo sociológica normativa<sup>55</sup>. Mientras que la posición mayoritaria se inclina por estimar que en los delitos que protegen bienes supraindividuales solo se admite el peligro como forma de afectación.

En el caso del delito de interrupción a la libre circulación de personas y vehículos del inciso primero del artículo 268 *septies*, estimamos que se trata de un delito de peligro abstracto cuya afectación se produce cuando se interrumpe la libre circulación de personas o vehículos mediante alguna de las formas comisivas que describe la norma. En efecto, cualquiera sea la modalidad de comisión de este delito se produce la afectación del bien jurídico tranquilidad o paz pública, entendida como la libertad de un número indeterminado de personas en el uso de las vías públicas, sin que para ello sea necesario atentar contra algún interés individual. Lo anterior se refleja en mayor medida en las hipótesis de instalación de obstáculos en la vía pública, y en la interposición de vehículos sin mediar accidente o desperfecto mecánico, en las cuales no existe interés individual

---

53 Idem.

54 Para ETCHEBERRY, el Título VI del C.P. se compone íntegramente de delitos de peligro abstracto. En contra, VAN WEEZEL estima que, por el contrario, dicho Título contempla una serie de figuras en que el tipo exige una lesión de la seguridad individual o del bien al cual esta se refiere, y en la mayoría se exige una concreta puesta en peligro del bien jurídico. Para VAN WEEZEL en la mayoría de las figuras contenidas en el Título citado, la realización del tipo exige la afectación de la seguridad mediante la puesta en peligro concreta del bien jurídico al cual aquella se refiere, y esta se verifica cuando, desde la perspectiva de un observador familiarizado con las circunstancias del hecho, la circunstancia de que no se produzca la lesión en el caso concreto es algo que depende simplemente del azar. Agrega que, en la técnica de tipificación de nuestro Código Penal, esta exigencia se expresa normalmente en la combinación de la aptitud objetiva de la conducta para lesionar el bien jurídico y una voluntad o intencionalidad encaminada al menos a su puesta en peligro, con independencia de que se haya producido una lesión. A su juicio, estas exigencias se aprecian claramente en el tipo de desórdenes del artículo 269 del Código Penal y le permiten concluir que el espacio que queda para las figuras de peligro abstracto es residual, únicamente frente a los delitos en los que parece imposible reconocer los dos elementos señalados: peligrosidad objetiva más voluntad o intencionalidad. VAN WEEZEL, Alex, ob. cit., p. 103. Si bien el autor efectúa este razonamiento para justificar el bien jurídico protegido en el delito de desórdenes públicos del artículo 269 C.P. a partir de los mismos argumentos esgrimidos podemos concluir que en los desórdenes públicos del artículo 268 *septies* del Código Penal podemos identificar hipótesis de peligro abstracto en tanto que ninguna de las conductas descritas exige intencionalidad en los términos expresados en el artículo 269 C.P.

55 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 1999, págs. 165-172. Para la autora, en todos los delitos, excepto en el homicidio, la lesión del bien jurídico penal, tanto en los delitos en los que se protegen bienes jurídico-penales individuales como en aquellos en los que se protegen otros supraindividuales, su lesión no implica su destrucción sino su afectación.

concurrente descrito en el tipo penal.

El delito de lanzamiento de objetos potencialmente aptos para causar la muerte o lesiones corporales, previsto en el inciso segundo del artículo 268 *septies* del Código Penal, es un delito de peligro<sup>56</sup> que podríamos situar en una posición intermedia entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto, en las denominadas figuras de idoneidad o delitos de peligro hipotético, que exigen una condición adicional consistente en demostrar que el comportamiento es capaz de generar el peligro que exige la norma para atentar contra el bien jurídico protegido. Esto se manifiesta en la expresión “*potencialmente apto*” que utiliza el legislador para referirse a la idoneidad que deben tener los objetos lanzados para causar lesiones corporales o la muerte, lo que definirá si dicha conducta es susceptible de generar el peligro que exige la norma. La potencialidad supone que se produzca un riesgo *ex ante* para el bien jurídico protegido, sin que sea necesario que se compruebe *ex post* la efectiva puesta en peligro del mismo<sup>57</sup>.

### 3.4 El delito de desórdenes públicos del artículo 269 C.P. como figura residual

Tras la dictación de la Ley N° 21.208, el delito de desórdenes públicos sancionado en el artículo 269 Código Penal pasó a constituir la figura residual de los desórdenes públicos en nuestro ordenamiento jurídico. Lo anterior se desprende a partir de la ubicación de la norma, a continuación de los nuevos tipos de desórdenes públicos del artículo 268 *septies* del Código Penal, y de su nueva redacción tras la modificación, al disponer en su inciso primero que “*fuera de los casos sancionados en el Párrafo anterior y en el artículo 268 septies, los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo (...)*”.

<sup>56</sup> La Moción parlamentaria que culminó en la dictación de la Ley N° 20.149, que modificó el artículo 198 de la Ley de Tránsito para sancionar el atentado a vehículos en circulación define dicho delito como una figura de peligro. En concreto, la moción precisa que “el delito que se propone sancionar es, en principio, un delito de peligro. Como se sabe, esta clase de delitos protege bienes jurídicos amenazados, pero respecto de los cuales no se ha producido un daño concreto. El concepto de delito de peligro puede ser objeto de crítica en la medida que no se produce, en este caso (delito de peligro en estricto sentido) un resultado dañino que se pueda apreciar por los sentidos. En verdad, los delitos normalmente corresponden a la clase de delitos de resultado, esto es, los que exigen una alteración del mundo exterior que se perciba como lesiva de un derecho concreto. Por eso el delito de peligro solo puede tener una aplicación excepcional y cuando circunstancias calificadas lo amerita”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N°20.149*, p. 3. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5415> [fecha de consulta:13 de agosto de 2020].

<sup>57</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo Español, a propósito de la comisión de un delito medioambiental, en sentencia de fecha 8 de abril de 2008, dijo que “en estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro. La categoría de los denominados delitos de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético no requiere la concreción del peligro en proximidad de amenaza para un bien determinado. Basta la producción de un estado de riesgo, pero desde la perspectiva meramente *ex ante*. Esa tipificación se asimila a la de los tipos de resultado en la medida que aquel estado de riesgo ha de valorarse en cuanto resultado separado de la conducta. Ello no impide que la existencia del delito se constate por la mera concurrencia de la conducta típica sin que la verificación deba extenderse a la valoración de ese resultado, que resulta implícito en la tipificación del comportamiento por el legislador. Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura delictiva de peligro hipotético o potencial”. STS 141/2008 de 8 de abril. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> [fecha de consulta:10 de agosto de 2020].

En consecuencia, en caso que no concurren uno o más elementos de los nuevos tipos penales, podría tener lugar la aplicación subsidiaria del delito de desórdenes públicos del artículo 269 del Código Penal, en la medida que se cumplan sus requisitos. Sobre el particular, y aun cuando excede el objeto del presente trabajo, consideramos que en dicha figura el legislador protege igualmente la tranquilidad pública, y no la seguridad individual como interés personalísimo.

Finalmente, debemos tener presente que el inciso segundo del artículo 269 del Código Penal contiene una hipótesis particular de interrupción a la libre circulación de personas o vehículos que podría colisionar con las hipótesis del artículo 268 *septies*, al sancionar a quien “*impidiere o dificultare la actuación del personal de los Cuerpos de Bomberos u otros servicios de utilidad pública, destinada a combatir un siniestro u otra calamidad o desgracia que constituya peligro para la seguridad de las personas*”. La solución a este concurso debe resolverse a favor del delito que tiene asignada la pena más grave, es decir, el contenido en el inciso segundo del artículo 269 del Código Penal, por aplicación de la regla concursal prevista en el inciso final del artículo 268 *septies* del Código Penal.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

La Moción parlamentaria presentada por el Boletín N°13090-25, de fecha 27 de noviembre de 2019, que culminó en la dictación de la Ley N° 21.208 buscaba sancionar como delito la alteración de la paz pública mediante la ejecución de actos de violencia. Sin perjuicio de lo anterior, la iniciativa parlamentaria dio lugar a dos nuevos delitos de desórdenes públicos, introducidos en el artículo 268 *septies* del Código Penal que sanciona la interrupción a la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública (inc. 1º) y el lanzamiento de objetos potencialmente aptos para causar lesiones corporales o la muerte a personas o vehículos que se encontraren en la vía pública (inc. 2º).

Los nuevos tipos penales, a diferencia de la Moción parlamentaria, no precisan cuál es su bien jurídico protegido. Sin perjuicio de ello, a partir de una interpretación histórica y sistemática del artículo 268 *septies* del Código Penal, en conjunto con la figura de desórdenes públicos del artículo 269 del Código Penal, concluimos que los nuevos delitos protegen a la paz pública (inc. 1º y 2º) y la seguridad vial (inc. 2º) como bienes jurídicos supraindividuales. El problema que presentan ambos bienes jurídicos es su definición. Por ello, a partir del estudio de las nuevas figuras penales, en contraste con la regulación de los desórdenes públicos contenida en el Código Penal español, cuyo artículo 197 sirvió de base para la redacción del artículo 269 de nuestro C.P., mientras que los artículos 557 y 557 bis fundaron la Moción del Proyecto de Ley que culminó en la Ley 21.208, estimamos que la paz pública en tanto bien jurídico protegido en los delitos del artículo 268 *septies* corresponde a *la libertad de un número indeterminado de personas en el uso de la vía pública*. En el delito de lanzamiento de objetos del inciso segundo del artículo 268 *septies*, el legislador protege, además, la seguridad vial o seguridad en el tráfico. Por tratarse de un bien jurídico colectivo, el delito se configura en la medida que existe un interés reconducible directa o indirectamente al individuo. Sin embargo, no se trata de la protección directa de bienes individuales, pues para ello ya existen otros preceptos. Lo que pretende el artículo 268 *septies* inciso segundo, junto con garantizar la

paz pública es mantener la circulación vial libre y exenta de todo peligro, daño o riesgo para las personas.

Luego, a partir de la determinación del bien jurídico en las nuevas figuras penales, devienen una serie de consecuencias asociadas a su forma de afectación. En este sentido, consideramos que los delitos del artículo 268 *septies* del Código Penal, al igual que el delito de desórdenes públicos del artículo 269 del Código Penal, son delitos de peligro, aunque con algunos matices, toda vez que, mientras las hipótesis del artículo 268 inc. 1º son delitos de peligro abstracto, el supuesto del inciso segundo constituye un tipo intermedio de peligro hipotético, perteneciente a la categoría de los denominados delitos de idoneidad que no requieren la concreción del peligro en proximidad de amenaza para un bien determinado, sino que basta la producción de un estado de riesgo, pero desde la perspectiva meramente ex ante.

Finalmente, tras la entrada en vigencia de la Ley N° 21.208, la figura de desórdenes públicos del artículo 269 del Código Penal pasó a tener una aplicación residual en aquellos casos que no concurren uno o más elementos de los nuevos tipos penales, como podría ser el supuesto de un desorden público en el que la interrupción a la libre circulación es incompleta o no se torna imposible del modo en que fue analizado, salvo que con la afectación a la libre circulación se impida o dificulte la actuación de servicios de utilidad pública, en cuyo caso deberá preferirse la aplicación del inciso segundo del artículo 269 C.P., en virtud de la regla concursal contenida en el inciso final del artículo 268 *septies* del Código Penal.

