

ISSN N° 2735-6094

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N° 80

Diciembre 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

SANDRA LUCO CASTRO

SEBASTIAN SALINERO ECHEVERRIA

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

LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO, LA VÍCTIMA Y EL QUERELLANTE PARA IMPETRAR INFRACCIÓN DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES. EN PARTICULAR, EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

SEBASTIÁN SALINERO ECHEVERRÍA

JAVIERA ESTENSSORO

ANTONIO SANTELICES

página nº7

FALLO

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. ARTÍCULO 129 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. ACTUACIÓN DE PARTICULARES. DETENCIÓN POR GUARDIA MUNICIPAL

CORTE SUPREMA

página nº37

FALLO

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. ARTÍCULO 85 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. CONTROL DE IDENTIDAD. INFRACCIÓN A LA LEY DE TRÁNSITO. INDICIOS: APRECIACIÓN SEGÚN LAS CIRCUNSTANCIAS

CORTE SUPREMA

página nº45

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

página nº55

ARTÍCULO

EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA: REFLEXIONES SOBRE SU ORIGEN HISTÓRICO-LEGISLATIVO, Y SU FUNCIONALIDAD EN EL ACTUAL ESTADO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

CRISTIAN CRISOSTO RIFO

página nº56

UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

página nº73

ARTÍCULO

TRATAMIENTO PENAL DE LA SIEMBRA, PLANTACIÓN, CULTIVO O COSECHA DE ESPECIES VEGETALES DEL GÉNERO CANNABIS EN CHILE

ROBERTO RABI GONZÁLEZ

página nº74

UNIDAD DE COOPERACION INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

página nº89

SENTENCIA COMENTADA

EL PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN
PASIVA NO ES UN JUICIO ORAL

ÁLVARO HERNÁNDEZ DUCOS

página nº90

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

página nº101

ARTÍCULO

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO
HERRAMIENTA PARA LA VALORACIÓN
RACIONAL DE LA PRUEBA

SEBASTIÁN AGUILERA VASCONCELLOS

página nº102

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

página nº132

ARTÍCULO

¿EXCLUSIÓN TEMÁTICA DE LA PRUEBA
TESTIMONIAL? UN ANÁLISIS A
PROPÓSITO DEL DENOMINADO CASO
“FRAUDE CARABINEROS” O CASO “VERDE
AUSTRAL”

CAMILA GUERRERO MARTÍNEZ

página nº133

UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

página nº161

ARTÍCULO

EL DELITO DE ROBO EN EL MARCO DE LA
PANDEMIA COVID-19

ÁLVARO MURCIA GARCÍA

ROBERTO GUERRERO INFANTE

página nº162

PRÓLOGO

Presentamos el número 80 de esta publicación que tiene por fin difundir trabajos doctrinarios, jurisprudencia en materia penal sustantiva y procesal penal y también posturas sostenidas por el Ministerio Público en temas específicos.

Y se publica luego de haber finalizado un año marcado por la pandemia, que nos llevó a cambiar de manera importante nuestra forma de vida, y que ha impactado en diversas restricciones de derechos para todo el orbe.

Ahora, entre los cambios ocurridos, los hubo también en relación a la perpetración de ilícitos penales, situación abordada en un artículo elaborado por la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, y que da cuenta de una posible relación entre las restricciones a la movilidad personal y el número de delitos de robo ocurridos.

Por otra parte, y referidos a materias penales sustantivas, ofrecemos en esta edición de nuestra Revista dos artículos. El primero de ellos analiza el tratamiento penal de la siembra, plantación, cultivo o cosecha de especies vegetales de cannabis en nuestro país. El segundo, ofrece un análisis del delito de prevaricación administrativa desde su origen legislativo a su funcionalidad acorde al estado actual del Derecho Administrativo.

Desde el ámbito del derecho adjetivo, publicamos artículos que se refieren a la perspectiva de género como una herramienta necesaria de considerar en la valoración de la prueba; la legitimación activa de la víctima, el querellante o el Ministerio Público para reclamar una infracción de garantías fundamentales, y uno que aborda las exclusiones temáticas de prueba testimonial, a partir de un caso concreto.

Finalmente, en cuanto a jurisprudencia, presentamos los comentarios a una sentencia que nos aclaran la naturaleza del procedimiento de extradición pasiva.

Dentro del mismo ámbito, también compartimos dos fallos de la Corte Suprema, uno que analiza la detención en flagrancia practicada por civiles (guardia municipal) -ante la alegación de una supuesta infracción de garantías constitucionales-, y otro, referido a un control de identidad en un contexto de infracción a la Ley de Tránsito.

JORGE ABBOTT CHARME

Fiscal Nacional

**MATERIAS DE
INTERÉS GENERAL**

LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO, LA VÍCTIMA Y EL QUERELLANTE PARA IMPETRAR INFRACCIÓN DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES. EN PARTICULAR, EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Sebastián Salinero Echeverría¹

Con la colaboración de:

Javiera Estenssoro y Antonio Santelices²

INTRODUCCIÓN

El Fiscal Nacional ha encomendado la confección de un informe en derecho que represente el desarrollo jurídico doctrinario y jurisprudencial a propósito del motivo del recurso de nulidad previsto en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, que establece: “Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

La mencionada causal de nulidad, en un comienzo de la reforma, le era reconocida para su interposición invariablemente tanto al persecutor penal, víctima y querellante, y por supuesto al imputado. Sin embargo, a partir probablemente de la reforma impe-

¹ Abogado, Director de la Academia de la Fiscalía de Chile, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² Practicantes para ser abogados asignados temporalmente a la Academia de la Fiscalía de Chile, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

trada por la Ley N° 20.074, de noviembre de 2005, que amplía el ámbito de aplicación de este motivo, podríamos decir que se asentó una tesis en el máximo tribunal que le desconocía legitimación al Ministerio Público, salvo algunas excepciones que más bien han dependido de la conformación de jueces del mencionado tribunal colegiado.

Con este criterio jurisprudencial, cuestiones acontecidas en el juicio, como –sin que la enumeración sea taxativa–: la imposibilidad de recibir el testimonio del único testigo ocular de cargo, las restricciones arbitrarias al interrogatorio del Fiscal y el pronunciamiento de la sentencia por tribunal carente de imparcialidad, serían acontecimientos que no tendrían remedio jurídico procesal, en circunstancias que si se tratara de la figura del imputado estaríamos frente a una manifiesta infracción del derecho a un justo y racional procedimiento, también conocido como debido proceso.

El objeto del presente estudio es mostrar las diversas tesis que argumentan de manera negativa el eventual derecho del Ministerio Público a recurrir por infracción de garantías fundamentales, particularmente el debido proceso, y que habiliten a solicitar la nulidad del juicio y la sentencia.

A su vez, también se busca determinar si estas posturas que podríamos denominar negacionistas se pueden extender a otros intervinientes como la víctima y el querellante, en lo que parecería ser la última tendencia de la Sala Penal de la Exma. Corte Suprema.

Finalmente, se presentan una serie de argumentos que desaconsejan la marginación de estos intervinientes a esta forma de recursos, basados no solamente en el derecho interno, sino también en el derecho internacional.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN: TESIS NEGACIONISTAS DE UN DERECHO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Desde la dictación del ya no tan nuevo Código Procesal Penal por allá por el año 2000, la posibilidad de que el Ministerio Público recurriera por la causal prevista en el artículo 373 letra a), no era una utopía. En los primeros años de la reforma, hasta probablemente la modificación de esta causal ocurrida en noviembre de 2005 por Ley N° 20.074³, en que se extiende su ámbito de aplicación a ya no tan solo las infracciones ocurridas durante el juicio, sino también a aquellas acaecidas durante la etapa de investigación, podemos decir que la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal se balanceaba en posiciones dispares en torno a la legitimación del Ministerio Público en torno a esta causal. A partir de fines de aquella época, se ha acentuado un discurso prácticamente uniforme en la Corte Suprema, en el que se ha restado absolutamente de la posibilidad de incoar esta causal al ente persecutor. Situación que se ha agudizado a fines del año 2019 y en lo que va del año 2020, donde se han manifestado opiniones sobre la deslegitimación respecto de esta causal la que incluso alcanzaría a la víctima y el querellante⁴. Sin embargo, sobre este último punto no ha habido un pronunciamiento mayoritario del alto tribunal, solo se trata de una opinión no predominante.

³ Se modifica la letra a) por la Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005.

⁴ Véase SCS Rol 5654-2012, 10 de octubre de 2012; Rol 6831-2012, 27 de diciembre de 2012; Rol 41.252-2019, 5 de mayo de 2020.

Los argumentos esgrimidos para negar lugar al Ministerio Público la posibilidad de recurrir de nulidad por vulneración de garantías fundamentales, desde los inicios hasta estos tiempos, se pueden estructurar en tres pilares que están íntimamente ligados y que dicen relación, en general, con la naturaleza adscriptiva individual del hombre -también en su cualidad como imputado- de los derechos fundamentales, y con el carácter de órgano estatal codetentador del derecho a castigar del persecutor penal.

Estos argumentos se construyen tanto en la doctrina nacional, como en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, desconociéndose quién sirvió de fuente original. También es curioso que entre los autores que conforman la doctrina nacional, buena parte de los argumentos se construyeron por personas ligadas a la Defensoría Penal Pública, lo que habla de una buena labor de esta institución al momento de colocar en vitrina este tema institucional.

A continuación, expondremos estas tres líneas argumentales, plasmadas en diversas sentencias de la Corte Suprema, particularmente su Sala Penal.

1.1. Los derechos fundamentales son de titularidad de las personas y no del Estado

Este primer argumento que se construye encuentra sus bases en la Constitución Política de la República, la ley adjetiva nacional y su historia, y en la doctrina.

El texto del artículo 19 de nuestra carta fundamental, expresa: “La Constitución asegura a todas las personas”, lo que deja en claro que los derechos que a continuación establece lo son solo para estas últimas: las personas (sean estas naturales o jurídicas, aunque estas últimas solo respecto de derechos muy específicos) y no de órganos del Estado, que es la calidad que enviste el Ministerio Público⁵.

En palabras de Luigi Ferrajoli, “se trata de derechos hacia y, si es necesario, contra el Estado, o sea contra los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría”⁶; esto es, dicho de otro modo, son “atributos de los individuos frente al poder”⁷. El mismo entendimiento lo sostiene Nogueira: “... los derechos esenciales son derechos que tienen a la persona como sujeto activo, y al Estado como sujeto pasivo, en la medida que reconocen y protegen ámbitos de libertad o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a los individuos”⁸. Todo lo anterior, es reconocido expresamente en el texto de la Constitución Política de la República, cuyo artículo 1° señala: “El Estado está al servicio de la persona humana”. Esto, que inequívocamente es fundamento del razonamiento normativo, lleva a afirmar que para el ejercicio de su potestad persecutoria el Estado dispone de las normas legales que integran el Código Procesal Penal y, como consecuencia de ello, de los recursos que tengan como presupuesto la trasgresión de normas de esta clase. Sin embargo, carece de la posibilidad anulatoria del apartado a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en tanto el presupuesto de esa causal es haberse “infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales”.

5 SCS Rol 5.654-2012, 10 de octubre de 2012. En el mismo sentido véase: Rieutord Alvarado, Andrés. *El recurso de nulidad en el nuevo proceso penal*. Santiago, Editorial Jurídica, 2007, págs. 41 y sgtes.

6 Ferrajoli, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. 3ª ed., España, Editorial Trotta, 2003, p. 38.

7 Aldunate Lizana, Eduardo. *Derechos Fundamentales*. Santiago, Legalpublishing, 2008, p. 159.

8 Nogueira Alcalá, Humberto. *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*. Santiago, Librotecnia, 2008, T. I, p. 55.

Por otro lado, avala la conclusión previa, la circunstancia que a propósito de la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, la Comisión Constitución del Senado, en su Sesión 5ª, sostuvo que “podrá pedirse la nulidad del juicio oral y la sentencia, en dos casos: cuando se hubieren infringido derechos y garantías esenciales *emanados de la naturaleza humana*, asegurados por la Constitución o garantizados por los tratados internacionales vigentes; y cuando se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho y ésta hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”⁹.

Para terminar, el Ministerio Público es un órgano del Estado, autónomo y jerarquizado, y a cuyo cargo está la dirección, en forma exclusiva, de la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinan la participación punible y los que acreditan la inocencia del imputado, de modo que en su caso debe ejercer la acción penal pública en la forma prevista en la ley. Es un órgano que debe someter su acción a la Constitución y las leyes dictadas conforme a ella. Como órgano del Estado, el Ministerio Público está investido de amplias facultades para desarrollar sus labores propias, goza de las potestades que el legislador le ha señalado, tanto en la misma Carta Fundamental, en su Ley Orgánica, como en el Código Procesal Penal y otros cuerpos normativos, y sin embargo, la Constitución le señala como límite al que debe someter su acción, entre otros, las garantías y derechos que emanan del derecho al debido proceso. En ese sentido, pareciera ilógico sostener cómo puede el órgano invocar derechos (debido proceso) que tiene el mandato de respetar¹⁰.

1.2. Titularidad recursiva exclusiva del imputado

El segundo argumento se establece a partir del derecho comparado, el derecho internacional de los DDHH, la doctrina nacional y extranjera, como de una interpretación sistemática de nuestra ley procesal.

La garantía procesal señalada en el artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental fue tomada desde el derecho anglosajón, el denominado *due process of law*, el cual no está concebido para el Estado, en cuanto este ejerce el poder punitivo, sino para la persona del imputado, el cual es el sujeto pasivo de ese poder y con el claro objetivo de frenar los excesos propios de ese poder¹¹.

El debido proceso fue establecido por nuestros legisladores en términos amplios, desde que no era posible señalar un catálogo expreso y acotado que pudiera determinar de una sola vez y en forma permanente todas las garantías que dicho derecho debía comprender. Empero, entre otros cuerpos normativos, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles dan una idea bastante clara de cuáles son los derechos y las garantías judiciales mínimas involucradas en el concepto, de cuya lectura aparece con meridiana claridad que han sido establecidas a favor del imputado de un delito y no del Estado en cuanto ejerce la potestad punitiva (...). Esto es así tanto porque, en general, la naturaleza jurídica de esta clase de derechos determina que sus titulares sean las personas,

⁹ Diario de Sesiones del Senado, año 2000, p. 691.

¹⁰ SCS Rol 5.654-2012, 10 de octubre de 2012.

¹¹ SCS Rol 5.654-2012, 10 de octubre de 2012.

cuanto porque en el proceso penal también cumplen la función de imponer límites a resultados de lo preceptuado en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, lo que ciertamente no sería eficaz si desde ellos se atienden intereses jurídicos contrapuestos en permanente tensión, derecho subjetivo de defensa y potestad de persecución¹². También se ha sostenido que el debido proceso no tiene realmente por objeto instaurar la igualdad entre contendientes de poderes equiparables, sino asegurar el respeto del más débil por otra parte de la potestad punitiva centralizada¹³.

Del mismo modo, del estudio de las Actas de las sesiones números 100, 101 y 103 de la Comisión Constituyente es posible concluir que el actual artículo 19 N° 3 de la Constitución Política se estableció como forma de consagrar en nuestro país esta garantía, teniendo como antecedentes la Declaración de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto de San José de Costa Rica, de donde es posible también concluir que este concepto forma parte de la temática de los Derechos Humanos y nació por lo tanto, hacia el interior de la defensa de estos derechos en todo orden de situaciones y en especial en el de la legalidad del juzgamiento, por lo que la mayoría de las disposiciones establecidas en tales convenciones se refieren a la actividad jurisdiccional y especialmente en el plano de aquella referida a la que regula el proceso penal¹⁴.

En efecto, el carácter tutelar del proceso no solo asegura a la persona a quien se le desconoce un derecho que le sea reconocido, sino que, además, si el Estado o un particular pretenden que se ejerza la potestad punitiva cuando se le imputa la comisión de un delito, asegura que la pena sea impuesta al inculpado a través de un proceso que reúna las mínimas condiciones que autoricen al Estado para castigar, no un proceso como un mero formalismo, sino uno que conlleve garantías mínimas de juzgamiento con respeto irrestricto de los derechos fundamentales del sujeto¹⁵.

Por otro lado, a propósito de la validez de instaurar tan solo un recurso de casación (nulidad) en lugar del recurso de apelación para satisfacer la exigencia del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Córdón Moreno señala que tal doctrina estaba conforme no solo con la literalidad de ese precepto, sino que también con la interpretación lógica del mismo, “... por lo menos por estas razones: 1) El Pacto tomó como inspiración básicamente la legislación norteamericana en la que se parte de una sentencia dictada por un Tribunal del Jurado y el derecho al recurso es sólo una garantía del condenado—no del Ministerio Fiscal— que tiene por contenido la revisión de si se ha respetado el derecho al proceso debido y si la pena se ha fijado aplicando una ley inconstitucional, pero nunca la revisión de la prueba; 2) el precepto en cuestión sólo reconoce el derecho a la persona declarada culpable de un delito, no a las partes acusadoras, por lo que la garantía opera exclusivamente en caso de sentencia condenatoria y a favor del condenado que será

12 SCS Rol 5.654-2012, 10 de octubre de 2012; Horvitz Lennon, María Inés. “Estatus de la víctima en el proceso penal”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 3, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2003, págs. 133-143, p. 136 y sgtes. Señala que los tratados internacionales reconocen solo estas garantías para el imputado. Bofill, Jorge. “Proceso Penal”. En: *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2, Santiago, Chile, Universidad Adolfo Ibáñez, 2005, págs. 702 - 706, p. 705.

13 SCS Rol 5.869-2004, 21 de abril de 2004, y Rol 2600-2004, 11 de agosto de 2004.

14 SCS Rol 4969-2002, 31 de marzo de 2002, y Rol 5.654-2012, 10 de octubre de 2012.

15 SCS Rol 5.654-2012, 10 de octubre de 2012.

el único legitimado para recurrir, lo que no calza bien con la imposición de la exigencia de un recurso de apelación que abra una segunda instancia en sentido técnico; 3) no se puede pretender que el Pacto haya tratado de conformar un sistema unitario de recursos en el ámbito penal para todos los países firmantes del mismo, sino de establecer una garantía mínima asumible por ellos”¹⁶.

Lo que se viene relatando también encuentra correlato en diversas disposiciones del Código Procesal Penal, como ocurre por ejemplo con los artículos 7, 9 y 10 de ese cuerpo normativo, en cuanto el primero señala expresamente la existencia de una serie de derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política, en ese código y otras leyes *al imputado*, los que puede ejercer desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución del fallo. A su vez, el artículo 9 citado, por su parte, trata el caso que pudiera afectarse el ejercicio de derechos asegurados en la Constitución Política, sea al imputado o a un tercero, en alguna actuación del procedimiento, en cuyo caso se exige al fiscal que cuente con autorización judicial previa. Lo mismo se vuelve a apreciar en el artículo 10 del Código Procesal Penal, puesto que la cautela de garantías puede ser adoptada solo respecto del imputado¹⁷.

Por su parte, también en el plano procesal, la doctrina es del mismo parecer hasta lo que aquí se viene manifestando. Así por ejemplo, Horvitz Lennon, en su informe en derecho “Acerca de la Garantía del condenado de recurrir en contra de la sentencia condenatoria”, expresó que de la sola lectura del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, aparece que el titular de las garantías a que alude tal precepto es el imputado y en caso alguno el Ministerio Público-Estado, “...no sólo porque formalmente así lo reconocen todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, sino también porque el concepto mismo de garantía está vinculado históricamente a la creación de barreras institucionales a la actuación del Estado respecto del ciudadano, especialmente en el ámbito punitivo”¹⁸. En la misma línea, se manifiesta López Masle, en su opinión los derechos y garantías constitucionales “...están establecidos como salvaguardas frente al ejercicio del poder estatal para la persecución de los delitos y no en favor del Estado”. Explica que la separación de la función de acusar y decidir en dos órganos distintos no significa que aquellos dejen de ser órganos del Estado, como tampoco, que en conjunto dejen de ejercer un poder del mismo, de modo que al denunciar afectación de derechos se trata de la denuncia del Estado contra sí mismo, lo que supone una contradicción y peor aún, lo que se busca es una nueva oportunidad de condena¹⁹. Otro autor, Carocca Pérez sostiene que “teniendo en cuenta que las garantías se le conceden al imputado en contra del Estado, sólo él puede recurrir por esta causal, sin que lo pueda hacer el ministerio público, ya que importaría que el Estado obtiene provecho de sus propias infracciones constitucionales”²⁰.

¹⁶ Cordon Moreno, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Navarra, Aranzadi, 2002, págs. 203 y sgtes.

¹⁷ SCS Rol 5.654-2012, 10 de octubre de 2012.

¹⁸ Horvitz Lennon, María Inés. “Acerca de la Garantía del condenado de recurrir en contra de la sentencia condenatoria”. En: *Doctrina Procesal Penal*, N° 6, Santiago, Chile, Defensoría Penal Pública, 2009, págs. 7-25, p. 21 y sgtes.

¹⁹ Horvitz, María Inés; López Masle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago, Editorial Jurídica, 2004, T. II, p. 410.

²⁰ Carocca Pérez, Alex. *El nuevo sistema procesal penal*. Santiago, Chile, La Ley, 2003, p. 265; Sin perjuicio, este autor luego matiza este discurso: “oponerse por principio a que las garantías procesales puedan favorecer a un ente público por el sólo hecho de serlo, constituye a nuestro juicio un exceso de dogmatismo”. Carocca Pérez, Alex. “Las Garantías Constitucionales del sistema procesal chileno”. En: *Ius et Praxis*, Año 3, Número 2, Talca, Chile, Universidad de Talca, 1997, págs. 145-226, p. 168 y sgtes.

De manera similar, pero desde otra óptica, se pronuncia Rieutord Alvarado quien sostiene en relación al inciso quinto del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política que *“como resulta meridianamente evidente, una sentencia penal siempre tendrá como sujeto pasivo al particular, a la persona perseguida por el Estado. De tal manera que si la persona resulta en definitiva condenada, la sentencia que así lo establezca deberá estar fundada en un proceso justo y racional. De ser absuelta, tal situación no importa un gravamen o carga para el Ministerio Público. El efecto de tal resultado judicial es la ratificación del estado de inocencia del imputado, hecho que nunca importará una sanción o gravamen para el órgano persecutor. De no entenderse así, implicaría poner al mismo nivel a la persona juzgada y al Estado, representado en este caso por el Ministerio Público”*. Este mismo autor, se hace cargo de la protesta más recurrente del Ministerio Público para alegar su derecho a impugnar por la vía en estudio –cual es, su calidad de interviniente–, y sobre este punto explica que no aparece razonable que quien cuenta con todo el aparato estatal para efectuar su labor pretenda además invocar a su favor las garantías concedidas expresamente a las personas para salvaguardar sus derechos frente a tamaño poder, porque ello *“implica dejar en el más absoluto desamparo a los eventuales imputados, ya que la evidente desigualdad de armas terminaría por destruir cualquier atisbo de protección de las personas, volviendo de esta forma al desequilibrio del sistema inquisitivo”*. Concluye destacando la evidente contradicción que resulta del hecho que quien sustenta la persecución penal ejerciendo el poder punitivo del Estado pretenda ubicarse en un plano de igualdad frente a la persona objeto de la persecución penal, que es precisamente lo que ocurre cuando invoca infracción de garantías constitucionales²¹.

Finalmente, más lejana la argumentación y más propia del recurso falaz de autoridad (suma de autores), se ha recurrido a lo señalado por Núñez Vásquez, quien aludiendo a la causal primera del artículo 373 en estudio, señala que se refiere a los casos en que a través de la transgresión de las leyes que reglan el procedimiento y la dictación de las sentencias, es decir, en virtud de vicios *in procedendo o in iudicando*, se infrinjan substancialmente los derechos o garantías asegurados por la Constitución Política o los tratados internacionales, como sería, por ejemplo, *si al imputado se le negare el derecho a su defensa, se le impusiere declarar bajo juramento o se le juzgare y condenare por una comisión especial y no por el tribunal establecido con anterioridad por la ley*²².

1.3. Ministerio Público es un codetentador de la potestad sancionatoria estatal

Este argumento probablemente es el que menos desarrollo tiene a nivel de la jurisprudencia y más bien se ha sustentado en la propia afirmación más que en antecedentes que le den consistencia.

Sin perjuicio de ello, se ha referido sobre el particular que el Ministerio Público desarrolla con exclusividad la investigación penal y tiene la facultad de ejercer y sustentar la acción penal pública. En la otra vereda, se encuentra el inculpado, el que: *“está frente a un detentador de la potestad punitiva del Estado, la cual amenaza desbordarse frente a un im-*

21 Rieutord, ob. cit., págs. 31-42. Prácticamente equivalente al argumento de Rieutord se presenta Moreno Holman, Leonardo. “El Ministerio Público como titular de la causal de infracción de garantías para recurrir de nulidad”. En: *Revista de Legislación y Jurisprudencia, Leyes & Sentencias*, N° 9, Santiago, Chile, Edit. Puntotex, enero de 2006, págs. 138-146.

22 Núñez Vásquez, J. Cristóbal. *Tratado del proceso penal y del juicio oral*. Santiago, Editorial Jurídica, 2002, T. II, p. 337.

putado que aparece en posición de desigualdad y que debe, por ello, ser protegido por las instancias más elevadas de la organización jurídica, mediante la garantía de un procedimiento formalizado y regulado, que le asegure un tratamiento equilibrado y sobre todo, capaz de preservar la presunción de inocencia que constituye el fundamento básico para su defensa”²³. También se ha sostenido que el debido proceso no tiene realmente por objeto instaurar la igualdad entre contendientes de poderes equiparables, sino asegurar el respeto del más débil por otra parte de la potestad punitiva centralizada²⁴.

2. BREVE REFERENCIA A LA PROBLEMÁTICA DE LA VÍCTIMA Y EL QUERELLANTE

En primer término, la referencia en el título a la expresión “Breve”, dice relación no con la idea de una examen suscito, sino con que los fundamentos esgrimidos por la jurisprudencia son distintos a la sistematización entregada en el apartado anterior –tres argumentos tratándose del Ministerio Público–, y que restarían lugar a la víctima y querellante para recurrir conforme al artículo 373 letra a). En efecto, la víctima y querellante, como intervinientes del proceso penal, no representan al Estado en su rol detentador del *ius puniendi* y, por el contrario, son personas titulares de derechos fundamentales conforme lo prescribe el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental. Siendo probablemente lo único que le atañe de la fundamentación de la deslegitimidad recursiva, el hecho de no tratarse de la persona del imputado.

Seguidamente, también ha sido suscita la doctrina y la jurisprudencia para descartar la posibilidad de que víctima y querellante puedan recurrir conforme la causal prevista en la letra a) del artículo 373. Si bien la doctrina, bastante aislada por cierto, ha deslizado desde los comienzos de la reforma tal posibilidad, la jurisprudencia de la Corte Suprema, aparentemente, y solo de manera reciente, ha venido a ratificar esta situación. Sobre lo primero, tratadistas como Bofill han deslizado que el querellante es un interviniente que realiza también persecución penal y le es sabido que las garantías le son reconocidas solamente al imputado por los tratados internacionales²⁵. A su vez, la jurisprudencia reciente del máximo tribunal, representada por la postura del ministro Leopoldo Llanos, en base a prácticamente el mismo argumento, ha señalado que la víctima y querellante no son imputados, y la causal en comento no les incumbiría por estar dispuesta exclusivamente para el imputado²⁶.

23 SCS Rol 3984-2005, 15 de noviembre de 2005, y SCS Rol N° 4011-05, 26 de octubre de 2005. También se ha sostenido por la doctrina que el Ministerio Público es un detentador o codetentador del *ius puniendi*. Véase: Bofill, “Proceso Penal”, ob. cit., págs. 702 - 706; Horvitz, “Acerca de la garantía del condenado de recurrir en contra de la sentencia condenatoria”, ob. cit., págs. 21 y sgtes.; Romero Muza, Rubén. “Comentario a la SCS de 10 de octubre de 2012 [rol n°5654-2012]”. En: *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Nro. 33, Año 2018, Santiago, Chile, Universidad Los Andes, págs. 139-145, p. 139; Duce, Mauricio; Riego, Cristián. *Proceso Penal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, págs. 523 y sgtes. Para quienes el Ministerio Público en tanto detentador de poder punitivo desbordado no puede ser titular de las garantías.

24 SCS Rol 5869-2004, 21 de abril de 2004, y Rol 2600-2004, 11 de agosto de 2004.

25 Bofill, Jorge. “Conferencia inaugural”. En: *Seminario: Problemas actual del Derecho al recurso en el proceso penal*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 5, Octubre, 2012, p. 22.

26 SCS Rol 41.252-2019, 5 de mayo de 2020.

3. CONSTRUCCIÓN DE UNA TESIS LEGITIMADORA EN FAVOR DEL MINISTERIO PÚBLICO, VÍCTIMA Y QUERELLANTE

Expuesto el escenario antagónico a la legitimidad del Ministerio Público, víctima y querellante para recurrir por la causal de nulidad que es objeto de este informe, quedan por desarrollar los argumentos que avalarían la procedencia recursiva de estos intervinientes. Ellos se construyen particularmente en consideración a las siguientes fuentes: a) La historia de la ley; b) La doctrina nacional, la cual no es minoritaria –presentándose al menos cuantitativamente en igualdad de fuentes los argumentos en favor y en contra–; c) La jurisprudencia de nuestro máximo tribunal (en la época que no se le reconocía exclusividad al imputado), y la que emana del Tribunal Constitucional; d) La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); y finalmente e) Por argumentos propios.

Los argumentos a favor se pueden estructurar tanto para Ministerio Público, como para la víctima y querellante. No obstante, hay algunos que solo benefician a estas últimas por su especial condición de personas. Igualmente, es necesario realizar una prevención metodológica consistente en que el contenido de cada fundamentación se hace cargo de los razonamientos antagónicos expuestos en los apartados anteriores. A continuación, pasaremos a enumerar para desarrollar en extenso cada uno de ellos:

1. Literalidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal;
2. Historia y alcance del derecho a un justo y racional procedimiento;
3. El Ministerio Público interviniente en el proceso penal y garante de derechos;
4. Los derechos de la víctima.

3.1. Literalidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal (interpretación gramatical, histórica y sistemática)

La concepción monista (solo el imputado) de la legitimación o titularidad del recurso de nulidad por la infracción de derechos o garantías asegurados en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile durante cualquier etapa del procedimiento o en la misma sentencia, no parece verse reflejada en la literalidad de la norma, como de su discusión histórica, y tampoco bajo la mirada sistemática del régimen recursivo.

En cuanto al sentido literal de la norma en cuestión, considerando que este naturalmente debe determinar el contenido interpretativo de cualquier regla, conforme lo refrenda el artículo 19 del Código Civil, regla supletoria de interpretación en nuestro sistema jurídico, se debe notar que el artículo 373 del Código Procesal Penal no excluye expresamente de su supuesto recursivo la legitimación activa o titularidad de sujetos distintos al imputado. Al respecto, es cuestionable la exclusión del Ministerio Público, la víctima o el querellante sin que exista indicio alguno en la norma de que ese sea su “espíritu”²⁷. Sobre el particular, cabe mencionar que cuando el legislador ha querido excluir a algún interviniente de la legitimación recursiva, lo ha hecho expresamente, como ocurre en el caso previsto en el artículo 387 inciso 2° del CPP, quedando limitada la nulidad solo

²⁷ Cortez, Gonzalo. *El recurso de nulidad*. Santiago, Lexis-Nexis, 2006, págs. 74 -75.

para la víctima respecto de una sentencia absolutoria que ya hubiese sido objeto de nulidad y que tuviere el carácter de condenatoria, y en el caso regulado en el artículo 374 letra c), del cual se hablará más adelante, donde queda restringido solo para un interviniente como es el imputado.

Por otro lado, se nos presenta como elemento adecuado para una interpretación la historia fidedigna del establecimiento de la norma. En específico, determinar la *ratio legis* sobre el alcance normativo. En ese sentido, la historia de la Ley 19.696, que estableció el Código Procesal Penal, nos entrega algunas ideas que inspiraron la introducción del recurso de nulidad en el sistema. Así, las actas del segundo trámite constitucional en el Senado, dan cuenta que se habría reemplazado en un único recurso, denominado recurso de nulidad, el régimen recursivo originalmente propuesto, consistente en un recurso extraordinario que procedía cuando el fallo se apartaba manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida, y el recurso de casación cuando se infringían reglas legales o constitucionales. Ello deja de manifiesto el carácter de continuador legal de la nulidad respecto del otrora recurso de casación (en la forma y el fondo).

El nuevo recurso de nulidad tendría dos causales genéricas, a saber, la vulneración de derechos o garantías, por un lado, y por el otro, la errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo de fallo. Los objetivos que fundamentan estas causales respectivamente según relata la historia de la ley serían, en primer lugar, la cautela del justo y racional procedimiento por medio de un pronunciamiento por parte del tribunal superior respecto de si se han respetado las garantías básicas en el juicio oral y la sentencia y, en segundo lugar, el respeto a la aplicación correcta de la ley y el derecho, teniendo un campo de aplicación mayor que el del recurso de casación.

Por su parte, en el tercer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, se menciona que el nuevo recurso de nulidad tendría como finalidad un mayor control del respeto a la garantía del debido proceso y el respeto de los valores y principios inmersos en el nuevo sistema procesal penal de tipo acusatorio. Asimismo, se expresa que las causales de nulidad son casos en que el legislador, en razón de la gravedad de los hechos, ha considerado expresamente que se infringen las garantías o derechos. Un ejemplo claro de ello, dice la historia de la ley, sería si se omitiera en la sentencia la valoración de los medios de prueba en abstracto. El énfasis aquí está dado en que no se hace diferencia entre pruebas de cargo o de descargo.

De los antecedentes presentados parece derivarse una concepción objetiva de la protección e infracción correlativa de los derechos y garantías como fundamento del recurso de nulidad²⁸, puesto que el legislador ha hablado en términos abstractos, sin diferenciar entre intervinientes como titulares o legitimarios activos del recurso. El enfoque que le ha dado el legislador a este recurso es más bien centrado en un análisis de las características del procedimiento y la sentencia en sí, y de cómo en ellos se infringe la ley, los derechos o las garantías, por oposición a un sistema del recurso de nulidad que se enfoca únicamente en

28 En la doctrina chilena reconocen esta concepción objetiva Fernández, Miguel Ángel. “El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal”, desde la perspectiva de la Constitución”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 15, N° 1, Coquimbo, Chile, Universidad Católica del Norte, 2008, págs. 107-108; y Del Río Ferretti, Carlos. “Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal”. En: *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2012, págs. 245-288, p. 265 y sgtes.

los sujetos del proceso, no haciendo distinciones entre el persecutor, el imputado o la víctima cuando se trata de la impugnación de la sentencia por medio del recurso de nulidad. Ello es así porque el legislador está siempre pensando en un sistema acusatorio adversarial, en que las diversas partes se les reconoce poderes normativos para intervenir en el proceso.

En tercer lugar, mediante un análisis sistemático del artículo 373 letra a) en relación a las normas que integran el sistema recursivo de nulidad, arribamos a la misma conclusión que se llega escrutando su sentido literal e histórico. Pues, el artículo 352 del Código Procesal Penal establece que son los intervinientes agraviados y el Ministerio Público, este último sin necesidad de agravio propio, quienes pueden recurrir de las resoluciones en el proceso penal. Por lo tanto, constatamos que el persecutor, el querellante y la víctima, en tanto intervinientes, pueden recurrir en contra de las resoluciones conforme a la normativa general, salvo que la ley exprese lo contrario en un caso concreto²⁹.

A su vez, De La Fuente al revisar las normas pertinentes del recurso de nulidad concluye, por un lado, que si bien se presenta una conexión entre el recurso de nulidad y el incidente de nulidad procesal al tener ambos el mismo fundamento, se apartarían o desconectan injustificadamente en tanto la nulidad procesal del artículo 159 puede ser interpuesto por cualquiera de los intervinientes, en tanto en el recurso de nulidad excluye a alguno de ellos y; por otro lado, indica la manera en que se relacionan los artículos 373 y 374, ambos del Código Procesal Penal, donde el primero contiene las causales genéricas de nulidad, mientras que el segundo contiene las específicas. A propósito de estas últimas, se pueden identificar algunas cuyas hipótesis de procedencia, como la letra c) del artículo 374 del CPP, se restringe su legitimación activa solo para el imputado. Por lo tanto, la conclusión correcta es que todas las demás causales no limitan su ámbito de legitimación activa a alguno de los intervinientes en específico, incluida la causal de la letra a) del artículo 373, que no es más que una cláusula genérica en relación al catálogo del artículo 374³⁰.

A modo conclusivo, tanto el tenor literal del artículo 373 letra a), como su interpretación a la luz de la historia del establecimiento normativo y del sistema recursivo, parece evidenciar que no hay diferencias en los sujetos que están legitimados para interponer el recurso cuando se infringe la ley, las garantías o los derechos. Por el contrario, parece promoverse una concepción objetiva del recurso, enfocada en la integridad del proceso, el sentido estructural de los derechos y la sentencia conforme a la cual todo interviniente puede recurrir cuando se satisfacen las condiciones legales expresas establecidas para la procedencia del recurso de nulidad.

3.2. Historia y alcance del derecho a un justo y racional procedimiento

La revisión de las actas de la Comisión Ortuzar, develan que la garantía señalada en el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política de la República, denominada la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, en la vertiente que debe existir un justo y racional procedimiento, no fue tomada desde el derecho anglosajón (*due process*

29 Del Rio Ferretti, ob. cit., págs. 265 y sgtes.

30 De la Fuente, Felipe. "Nuevo Proceso Penal". En: *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, Volumen I, 2004, Santiago, Chile, Universidad Adolfo Ibáñez, págs. 363-428, p. 364 y sgtes.

of law) como han profesado diversas sentencias, sino que justamente lo que se pretendió fue lo contrario, apartarse de ese modelo del *common law* y de ahí, además, se genera la necesidad de una nomenclatura diferente³¹. Así, por ejemplo, Evans de la Cuadra señaló: “... si se emplea escuetamente la expresión “debido proceso”, tiene el temor –aunque es partidario de un texto escueto– de obligar al intérprete, a la jurisprudencia, a los tratadistas y a los abogados, a un estudio exhaustivo de los antecedentes, especialmente como ha señalado el profesor Bernal, de la doctrina y la jurisprudencia anglosajona. En cambio, cree que nadie puede dejar de entender o de sostener con un mínimo de valor, en el sentido de eficacia, que hay ciertas garantías mínimas racionales en un proceso. Ya se desprenderá de la naturaleza del proceso si es garantía mínima racional el que, por ejemplo, deba ser la sentencia objeto de apelación o de consulta o no; dependerá de la naturaleza del asunto el que racionalmente pueda concluirse de que no es necesario otorgar un recurso...”³².

Los comisionados se apartaron de la concepción anglosajona del debido proceso porque a la época de la discusión del proyecto constitucional el sistema procesal imperante en materia penal era de naturaleza inquisitiva, lo cual implicaba una eventual ineficacia de la garantía en cuestión. Por ello, entre otras cosas, no entraron a individualizar los principios o categorías jurídicas que conformaban esta garantía constitucional para no entrar en abierta contradicción con el sistema imperante del aquel entonces³³. No obstante aquello, en la discusión quedan medianamente claros aspectos que dan cuenta del alcance y extensión de esta norma. En la especie, las Actas de la Comisión Ortúzar señalan: “... toda la Comisión está de acuerdo, en que las normas racionales y justas de un debido proceso deben contemplar la posibilidad de tener conocimiento de la acción, de ser defendido, de poder rendir pruebas, de tener recursos cuando corresponda, enriquece el concepto de “racional y justo”; y no lo limita, porque hay muchos otros elementos que son racionales en un procedimiento. Por ejemplo, el plazo para que el juez dicte sentencia es un elemento racional, porque evidentemente si el procedimiento no lo señala, el juez o el tribunal podrán posponerla indefinidamente, lo que significaría la negación de la administración de justicia, y, en consecuencia, se podría establecer en el texto constitucional como requisito de un justo y racional proceso la dictación oportuna de la sentencia, y así sucesivamente”³⁴. Las actas de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución muestran que dicha comisión entendió que el debido proceso comprende, por una parte, múltiples garantías judiciales, como las

31 Tavolari, Raúl. “Informe en Derecho: La Garantía del Debido Proceso como causal de Nulidad a invocar por el Ministerio Público”. En: *Boletín del Ministerio Público*, N° 15, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2003, págs. 7 y sgtes. Nuestra Constitución se desvió deliberadamente del modelo norteamericano del debido proceso como garantía de exclusiva protección a las garantías de los individuos, optando por una concepción más amplia vinculada a la integridad del proceso justo y racional.

32 Las Actas de la Comisión Ortúzar, p. 516; Bordali, Andrés. “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 33, Valparaíso, Chile, Universidad Católica de Valparaíso, año 2009, págs. 263-302, p. 264 y sgtes. La Constitución Política de la República no utiliza la expresión debido proceso, pero no por un olvido o un explícito deseo de no reconocer esta garantía a las personas, sino por no emplear una denominación que tiene sus orígenes en el Derecho Anglosajón (“due process of law”).

33 Las Actas de la Comisión Ortúzar, p. 531, dan cuenta de: “...El señor DIEZ cree que no es posible modificar toda la filosofía del sistema procesal chileno, ya que ella es distinta de la anglosajona, principalmente con respecto a la justicia penal. A la Comisión le resulta imposible abordar este último tema. De manera que se tiene que buscar la ecuación para que los principios generales en que ella cree estén insertos en la Constitución. Pero, al mismo tiempo, se debe tratar de que esta Constitución no arme una revolución en el proceso penal, porque entonces sí que sería ineficaz y dejaría de cumplirse”.

34 Las Actas de la Comisión Ortúzar, p. 558.

que se enumeraron anteriormente y, por otra, que cumple una función integradora de derechos fundamentales³⁵.

El derecho a un justo y racional procedimiento, como es sabido, se contiene en nuestra Carta Fundamental, artículo 19 N° 3, el que a la fecha como bien reseñan Carbonell y Letelier, ha sufrido dos cambios importantes. En primer lugar, se reemplazó la frase “un racional y justo procedimiento”, por un procedimiento y una investigación racionales y justos, con ocasión de la separación entre las funciones de investigación y juzgamiento introducida por la reforma procesal penal; y, en segundo lugar, se agregó en el inciso 3° del artículo 19 N° 3 la siguiente oración: “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”³⁶.

El alcance del derecho a un justo y racional procedimiento se construye desde la doctrina, como de la interpretación que sobre el mismo ha dado el Tribunal Constitucional. En ese sentido, lo primero que se debe decir es que este intérprete natural reiteradamente ha dicho que nuestra Constitución no contiene una norma expresa que defina con diáfana claridad lo que la doctrina denomina “el debido proceso”, optando por garantizar el derecho al racional y justo procedimiento e investigación, regulando, además, dos de los elementos configurativos del debido proceso. En primer lugar, que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y, en segundo lugar, que corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo³⁷.

Un procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso. Con ello se establece la necesidad de un juez imparcial, con normas que eviten la indefensión, que exista una resolución de fondo, motivada y pública, susceptible de revisión por un tribunal superior y generadora de la intangibilidad necesaria que garantice la seguridad y certeza jurídica propias del Estado de Derecho³⁸. Entonces, por debido proceso se entiende aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho. El debido proceso, más allá de consagrar los derechos de los litigantes y el poder-deber del juez en la forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de los conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento³⁹.

35 Carbonell, Flavia; Letelier, Raúl. “Debido proceso y garantías judiciales”. En: *Curso de Derechos Fundamentales*, Contreras, Pablo; Salgado, Constanza (Edits.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 352.

36 Carbonell, Flavia; Letelier, Raúl. “Debido proceso y garantías judiciales”. En: *Curso de Derechos Fundamentales*, Contreras, Pablo; Salgado, Constanza (Edits.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 351.

37 STC Rol 2702-2015, 11 de junio de 2015; Rol 2895-2016, 6 de diciembre de 2016; Rol 3297-2017, 5 de diciembre de 2016; Rol 3029-2017, 21 de noviembre de 2016, y Rol 821-2018, 1 de abril de 2007.

38 STC Rol 1838-2010, 7 de julio de 2010; Rol 2314-2012, 22 de octubre de 2012; Rol 2335-2012, 29 de octubre de 2012; Rol 2452-2013, 17 de octubre de 2013; Rol 2802-2015, 1 de septiembre de 2015; Rol 3406-2017, 20 de marzo de 2017; Rol 4200-2017, 18 de abril de 2017.

39 STC Rol 3297-2016, 5 de diciembre de 2016; Rol 3029-2016, 21 de noviembre de 2016; Rol 5151-2018, 26 de noviembre de 2018.

El derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores⁴⁰.

Según Duce, Marín y Riego la idea de debido proceso agrupa un “conjunto de parámetros o estándares básicos que deben ser cumplidos por todo proceso para asegurar que la discusión y la determinación de los derechos que están en cuestión se haya realizado en un entorno de razonabilidad y justicia para las personas que intervienen en su desarrollo”. Estos autores indican que se trata de una garantía compleja (conformada por múltiples manifestaciones específicas); integrada por estándares razonables –y no por reglas– en consideración a las circunstancias de cada caso (en relación con los demás valores del sistema); que admite distintos grados de aplicación, proporcionales a la importancia de la decisión que se enfrenta (por ejemplo, distintos grados de convicción del tribunal); con un contenido que evoluciona (y que permite la incorporación de nuevos derechos procesales)⁴¹.

Lo que hasta aquí llevamos desarrollado nos permite colegir que la naturaleza jurídica del denominado derecho al debido proceso se aleja directamente de la concepción anglosajona que lo entiende con un carácter personal. Se trataría de una garantía que va más allá de la persona de su titular, dicho de otra forma, tiene una naturaleza objetiva –se asienta en el proceso como un medio–, que busca plasmar la idea de Estado de Derecho, el que en el ámbito de la justicia se traduce en que el proceso debe ser racional y justo⁴². A su vez, el aterrizaje de ello en el proceso penal, implica, entre otras cosas y en lo que aquí interesa, en el respeto formal y material del principio de contradicción, la igualdad de armas, y del denominado derecho al recurso. La contrariedad consiste fundamentalmente en el derecho de las partes a intervenir en condiciones de igualdad sobre las materias objeto de decisión y en que la prueba pueda ser examinada y discutida por los antagonistas. Las partes deben estar facultadas para buscar desde sus posiciones, las fuentes de prueba y deben poder intervenir en la formación de las pruebas constituidas durante el juicio⁴³. En otro orden, el principio de igualdad de las partes en el proceso pretende asegurar la

2018; Rol 5151-2018, 26 de noviembre de 2018; Rol 4153-2017, 22 de enero de 2017; Rol 4200-2017, 18 de abril de 2017.

40 STC Rol 7311-2019, 17 de diciembre de 2019; Rol 7398-2019, 16 de diciembre de 2019; Rol 7430-2019, 17 de diciembre de 2019; Rol 7606-2019, 17 de diciembre de 2019; Rol 3969-2017, 21 de noviembre de 2017; Rol 4434-2018, 29 de enero de 2018; Rol 7641-2019, 25 de marzo de 2019; Rol 6611-2019, 11 de noviembre de 2019; Rol 7060-2019, 30 de diciembre de 2019; Rol 7061-2019, 30 de diciembre de 2019; Rol 3625-2017, 17 de julio de 2017; Rol 3938-2017, 12 de junio de 2017; Rol 3770-2017, 18 de octubre de 2017; Rol 7203-2019, 2 de enero de 2019.

41 Duce, Mauricio; Marín, Felipe; Riego, Cristian. “Reforma a los procesos civiles orales. Consideraciones desde el debido proceso” [en línea]. Santiago, Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2011, págs. 17 y sgtes. Disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/1220> [fecha de consulta: 15 de agosto de 2020]. Tomado desde: Carbonell, Letelier, ob. cit., p. 354.

42 Fernández, ob. cit., págs. 91-114, p. 107 y sgtes. La naturaleza del debido proceso sería objetiva según su configuración de los derechos fundamentales. Así, el Ministerio Público se configura como una institución defensora de estos derechos en un Estado democrático de Derecho; Del Río Ferretti, ob. cit., págs. 265 y sgtes. Quien destaca que las posiciones contrarias olvidan el interés objetivo que emana del proceso penal.

43 STC Rol 1718-2010, 7 de abril de 2010, y Rol 2921-2015, 13 de octubre de 2015; Tavorari, ob. cit., págs. 2-7. Un sistema adversarial (conflicto entre partes con juez pasivo en la producción de pruebas) como el chileno que los intervinientes tengan posibilidades equivalentes de actuación.

existencia de un procedimiento que garantice la paridad de oportunidades para que los contendientes en un litigio puedan influir en la obtención de una decisión favorable a sus respectivas pretensiones. En un procedimiento contencioso donde existe una disputa jurídica a ser resuelta a favor de uno de los dos adversarios, estos deben tener a su disposición oportunidades procesales equivalentes, es decir, debe existir “igualdad de armas” en la “lucha jurídica”. De no observarse por el legislador el principio referido, la contienda sería desigual y, al final, injusta⁴⁴. Por otra parte, el derecho al recurso consiste en la facultad de solicitar a un tribunal superior que revise lo hecho por el inferior, formando parte integrante del derecho al debido proceso. Sobre ello, el Tribunal Constitucional no lo limita exclusivamente al imputado, con un acento plural ha dicho que ese derecho es expresamente reconocido en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes respecto ese interviniente⁴⁵. Además ha dicho que su bloqueo o toda limitación a su reclamación atentará contra la consagración de un procedimiento racional y justo, y como medio de impugnación es deber del legislador establecerlo sin limitaciones o modalidades presupuestarias que lo hagan difícil o imposible de entablar⁴⁶.

No menos importante y una muestra del carácter objetivo de este derecho, es el hecho que el recurso de casación en el fondo –precedente de la nulidad– tiene por finalidad subsanar los vicios de derecho que se habían cometido en la sentencia impugnada, lo cual pone de relieve que, independientemente de que se haya interpuesto en interés de una de las partes en la *litis*, su finalidad es precaver y asegurar la integridad del ordenamiento jurídico y su observancia por los sentenciadores. Por tanto, el Tribunal Constitucional estimó, en ese sentido, que el recurso de casación en el fondo no solo da eficacia al principio constitucional de legalidad, sino que también al de igualdad ante la ley, siendo estos los fines que ha tenido en cuenta el legislador para el establecimiento del aludido medio de impugnación⁴⁷.

El derecho al debido proceso no solo es del imputado, también le es reconocido tanto a víctima como querellante por el Tribunal Constitucional y la doctrina. El primero, no solo a propósito de haber manifestado una nota plural sobre esta cuestión y que uno lo pueda interpretar por inferencia, sino también lo ha señalado explícitamente. Así, por ejemplo, ha indicado que el debido proceso se traduce no solo en las garantías del imputado, sino también en el derecho de la víctima para acceder a la justicia para perseguir la reparación del mal causado y el castigo a los culpables, a través de los medios establecidos en la ley procesal y traducidos en el proceso en contra del imputado. Por ende, deben descartarse todas las interpretaciones que, a pretexto de las garantías del imputado, lesionen el derecho de la víctima y de los organismos encargados de protegerla para bus-

44 STC 2856-2015, 15 de diciembre de 2015; Maturana, Cristian; Mosquera, Mario. Los recursos procesales. 1ª edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, págs. 334-337. Para estos autores en el sistema acusatorio rige el principio de igualdad de armas, y si el Ministerio Público ve afectado uno de sus derechos sufre un perjuicio; en forma similar Del Rio Ferretti, ob. cit., págs. 265 y sgtes. En el sistema acusatorio encaja el principio de igualdad procesal de las partes y este no es compatible con privilegios procesales.

45 STC Rol 5878-2018, 13 de agosto de 2018; Rol 6411-2019, 10 de diciembre de 2019; Rol 3338-2017, 20 de marzo de 2017; Rol 3119-2016, 20 de abril de 2016; y Rol 3309-2017, 10 de octubre de 2017.

46 STC Rol 4435-2018, 29 de enero de 2018; Rol 4200-2017, 18 de abril de 2017; Rol 3938-2017, 12 de junio de 2017; Rol 3338-2017, 20 de marzo de 2017; y Rol 2723-2011, 23 de noviembre de 2011.

47 STC Rol 1250-2008, 14 de mayo de 2008; y Rol 4512-2018, 9 de abril de 2018.

car la aplicación de la sanción prevista por la ley y la reparación del mal causado⁴⁸. Para el caso del querellante, se le reconoce el derecho al debido proceso no solo en el sentido del derecho al recurso⁴⁹, sino también como un interviniente que controla incluso la actividad del persecutor penal⁵⁰.

3.3. El Ministerio Público interviniente en el proceso penal y garante de derechos fundamentales

La ley procesal penal chilena sitúa al Ministerio Público, al igual que el Tribunal (Garantía o Tribunal Oral en lo Penal), como sujetos procesales (Párrafo 1 y 2 del Título IV). Sin embargo, solo el Fiscal –no así lo jueces– son intervinientes del enjuiciamiento penal como señala el artículo 12 del texto Procesal Penal. Además, son intervinientes, el imputado, el defensor, la víctima y el querellante, desde que ellos realizan cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permite ejercer facultades determinadas. El hecho de que no esté el tribunal reconocido como interviniente no es una cuestión baladí y representa justamente el tránsito desde el sistema inquisitivo al sistema acusatorio, donde la labor de investigación, acusación y juzgamiento se separa en dos actores como son el fiscal y el juez respectivamente.

Tanto el fiscal como el juez –más concretamente los organismos de pertenencia de cada uno de ellos– tienen reconocimiento constitucional, y son descritos conforme a la función que deben desarrollar. Al fiscal, le empece exclusivamente llevar adelante las investigaciones criminales, incoar la acción penal pública, y proteger a la víctima y a los testigos⁵¹. A su vez, a los tribunales les corresponde conocer las causas civiles y criminales, juzgarlas, y hacer ejecutar lo juzgado⁵². Conforme a ello, con relativa claridad se comprende que la actividad de investigación y de acusar le corresponde al Ministerio Público, y el juzgamiento y su ejecución al Poder Judicial⁵³, sobre quien se ha dicho que el debido proceso se erige, actualmente, como la principal garantía de los ciudadanos frente al ejercicio de la jurisdicción⁵⁴. Bajo estas máximas es que se llega a concluir que son los tribunales, de acuerdo a la división de poderes –y funciones a propósito de la tarea de investigación–, los encargados de resolver la cuestión penal y aplicar, si las circunstancias lo ameritan, una sanción penal.

Como reflexiona Mir Puig, la sanción penal tiene como fundamento el *ius puniendi* y este, a su vez, el Estado social y democrático de Derecho⁵⁵. La sanción se legitima, siguiendo a Rousseau, en tanto el delincuente contradiga con su acción el contrato social, ya que es un traidor que rompe el compromiso de organización, en cuanto hace un

48 STC 1130-2008, 7 de octubre de 2008.

49 STC Rol 821-2007, 1 de abril de 2007.

50 STC Rol 1337-2009, 20 de agosto de 2009.

51 Art. 83 de la Carta Fundamental.

52 Art. 76 de la Carta Fundamental.

53 Cortez, ob. cit., págs. 74 y sgtes. De manera similar, señala que no hay que confundir la función investigativa del Ministerio Público con el ejercicio del *ius puniendi* que es exclusivo del juzgador.

54 Carbonell, Letelier, ob. cit., p. 347.

55 Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª ed., España, B de F, 2016, p. 114.

uso inadecuado de su libertad natural⁵⁶. Así las cosas, el *ius puniendi* o Derecho penal subjetivo, se configura como la potestad penal del Estado, en virtud de la cual puede declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad. En otras palabras, esta potestad es la facultad estatal de crear delitos y penas, los cuales se contienen en leyes (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*), que son fruto del poder legislativo en uso de las facultades conferidas por la ciudadanía en el ejercicio de la democracia⁵⁷.

Por su parte, el *ius puniendi* tiene diversos límites que se han subdividido entre materiales y formales⁵⁸. Respecto de estos últimos, uno de ellos es el que dice relación con la existencia de un juicio legal, lo que se traduce desde un punto de vista jurisdiccional, en el hecho que nadie puede ser condenado a una pena sin previo proceso penal seguido ante un tribunal competente y constituido de modo regular (*nulla poena sine iudicio*)⁵⁹. Esto es entendido como un conjunto normativo que regula el cómo y el modo de ejercitar la actividad represora del Estado, que se denomina Derecho Procesal Penal y se materializa por medio del juicio penal⁶⁰.

Todo el desarrollo pretérito permite llegar a la conclusión de que el Ministerio Público no es un detentador –o codetentador– del *ius puniendi estatal*, solo es un sujeto procesal interviniente en el sistema de justicia penal que, desde lo funcional, no interviene ni ejerce la potestad sancionadora del Estado, la cual es inherente al Poder Legislativo desde la óptica que es él el responsable exclusivo de establecer los delitos y las penas, y el Poder Judicial de cuyo resorte depende su constatación en el juicio penal y la aplicación de sanciones. Prueba de esto último, es que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define al *ius puniendi* como: “Potestad del Estado para castigar mediante los dos sistemas represivos existentes en nuestro derecho: el derecho penal, que es aplicado por los jueces y tribunales, y el derecho administrativo sancionador, que es aplicado por la administración”.

Por otro lado, que el Ministerio Público sea interviniente implica que tiene derecho a igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, derecho que a su vez se manifiesta en el derecho a igualdad de trato y el derecho a un debido proceso⁶¹. El primero de estos derechos, de acuerdo con el sistema acusatorio implicaría una igualdad de armas, y si el persecutor es afectado en uno de sus derechos sufre un perjuicio reparable con la nulidad. No reconocer titularidad al Ministerio Público –también a la víctima– constituye un quebrantamiento del principio de igualdad de intervención en el procedimiento,

56 Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*. Madrid, Edit Taurus, 1966, págs. 21, 26 y 39 y sgtes.

57 Quintero Olivares, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. España, Aranzadi, 2009, p. 36.

58 Para una revisión completa de estos límites se recomienda revisar Bustos Ramírez, Juan. *Derecho Penal. Parte General. Obras completas*. 2ª ed., Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, T. I, págs. 160 y sgtes.

59 Bustos, ob. cit., p. 175.

60 Quintero, ob. cit., p. 44.

61 Fernández, “El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal, desde la perspectiva de la Constitución”, ob. cit., págs. 107 y sgtes.; también Cortez, ob. cit., págs. 74 - 75. Si el legislador le reconoce la calidad de interviniente al Ministerio Público y el principio de igualdad informa el proceso penal, entonces es un contrasentido que mediante un ejercicio meramente deductivo se prive al persecutor de legitimación activa. Esa limitación debería estar establecida expresamente por ley; Tavolari, ob. cit., págs. 6 - 8.

otorgándosele mayores derechos solo a uno de los intervinientes, al imputado⁶². Probablemente, más que el derecho al debido proceso, la garantía que se conculca podría ser la igualdad ante la ley⁶³.

En otro orden de cosas, se ha discutido si el Ministerio Público es titular de derechos fundamentales, pues el texto del artículo 19 de la Constitución Política de la República, expresa: “La Constitución asegura a todas las personas”, cuestión que dejaría en claro que los derechos que se desarrollan ahí, se establecen solo para estas últimas: las personas (sean estas naturales o jurídicas, aunque estas últimas sólo respecto de derechos muy específicos) y no de órganos del Estado, que es la calidad que enviste el Ministerio Público⁶⁴. Sin perjuicio de ello, más allá de la discusión de si este órgano constitucional al que se le ha encargado la persecución penal es o no titular de derechos fundamentales, cuestión que es relativa y ampliamente debatida⁶⁵, se presenta por otro lado como indiscutible que el Ministerio Público, por su naturaleza orgánica (órgano del Estado), está llamado no solo a cumplir la Constitución Política de la República y las leyes, sino también a demandar y exigir su cumplimiento por parte de otros órganos del Estado, como por los ciudadanos (arts. 6 y 7 de la Carta Fundamental). Este estado de cosas, coloca al Ministerio Público como un defensor de estos derechos que conforman el Estado democrático de Derecho, y presentan la otra cara de los derechos fundamentales, su carácter objetivo, que este órgano está obligado constitucionalmente a cautelar⁶⁶.

Lo anterior se manifiesta a propósito del derecho al debido proceso en el hecho de que el Ministerio Público debe respetar, cautelar y exigir el cumplimiento de las denominadas garantías procesales o garantías frente al ejercicio de la jurisdicción, las cuales son normas aplicables a los procesos penales. En otras palabras, son reglas cuyos destinatarios son los jueces, que tienen la obligación de seguir estas reglas prefijadas por el legislador para el desarrollo del juicio. Por ende, se asume aquí que la garantía del debido proceso es una garantía procesal primaria frente al ejercicio de la jurisdicción que incluye varios derechos que los jueces se encuentran obligados a respetar. Es una garantía paraguas de una serie de derechos procesales, que se consagra en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes⁶⁷.

62 Maturana, Mosquera, ob. cit., págs. 335 - 337; de manera similar De la Fuente, ob. cit., p. 367. Al asumir el Ministerio Público la calidad de litigante sujeto a la decisión del juez, necesariamente deben reconocérsele como contrapartida los derechos del acusado que aseguren las posibilidades de actuación del persecutor; Del Rio Ferretti, ob. cit., p. 266.

63 Zapata, Patricio. “Nuevo proceso penal y Constitución Política”. En: *Doctrina Procesal Penal 2001-2003*, N° 1, Santiago, Chile, Defensoría Penal Pública, 2003, págs. 75-104, p. 95.

64 SCS Rol 5.654-2012, 10 de octubre de 2012; En el mismo sentido véase: Rieutord, ob. cit., págs. 28 - 42.

65 Para profundizar, véase: Aldunate, Eduardo. “La titularidad de los Derechos Fundamentales”. En: *Estudios Constitucionales*, vol. 1, núm. 1, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2003, págs. 187 - 201, p. 193 y sgtes.

66 Fernández, “El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal, desde la perspectiva de la Constitución”, ob. cit., p. 108. “El fundamento constitucional, para sostener que el Ministerio Público puede recurrir de nulidad, por la causal del artículo 373 letra a) del Código, se encuentra en el carácter objetivo de que también gozan los derechos fundamentales, ya que estos derechos (...) son la expresión más inmediata de la dignidad humana, y desde esta perspectiva es indiscutible que presentan sustancialmente una vertiente subjetiva que se traduce en la posibilidad de un *agere licere* dentro de un determinado ámbito. Sin embargo y como creemos que se desprende con facilidad de todo lo inmediatamente antes expuesto, los derechos fundamentales poseen además otra significación, esta vez, objetiva. Por ello, cuando el Ministerio Público invoca la vulneración de los derechos y garantías asegurados en la Constitución o en tratados internacionales, no lo hace en condición o calidad de titular de esos atributos, sino en defensa de ellos, en su faz objetiva...”.

67 Carbonell, Letelier, ob. cit., p. 362.

Afianza lo anterior, el hecho que hay que distinguir entre la garantía referente a las características del proceso de persecución y, por otra parte, la garantía al respeto de dicho proceso, que se refiere a la legalidad de los actos del procedimiento. Distinción que aparece claramente identificada en el artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental, que consagra como deber del legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo, y declara que *“toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”*⁶⁸.

La legalidad de los actos del procedimiento es un principio consustancial al Estado de Derecho que rige no solo aquello que pueda afectar particularmente al imputado, sino a cualquiera que intervenga en dicho procedimiento, pues es una condición general de legitimidad de la actuación de cualquier órgano del Estado y, por cierto, también de los que intervienen en el proceso punitivo⁶⁹.

3.4. Los derechos de la víctima en el proceso penal

A la víctima se le reconoce una serie de derechos en el Código Procesal Penal, pero también es necesario destacar que, como toda persona, también goza de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile.

Frente a esto, en este apartado realizaremos un análisis respecto de los derechos de la víctima que la legitimarían para incoar el recurso de nulidad penal en relación a la causal en comento, basado particularmente en los derechos de igualdad ante la ley; derecho al debido proceso, procedimiento racional y justo, con referencia al derecho al recurso; y finalmente el estatuto de la víctima recogido en el artículo 109 del Código Procesal Penal.

a) Igualdad ante la ley

La igualdad ante la ley se encuentra consagrada en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, la cual dispone: “La Constitución asegura a todas las personas: 2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

La igualdad en cuanto derecho fundamental reconoce la titularidad de toda persona sobre el bien jurídico igualdad, que es oponible a todo destinatario, que implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo u otras que resulten jurídicamente relevantes, con el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos o autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación⁷⁰. La igualdad ante la ley se refiere a la eficacia de los mandatos de la igualdad en la aplicación en el ámbito administrativo, en el jurisdiccional y en relaciones entre particulares⁷¹.

68 SCS Rol 3666-2005, 14 de septiembre de 2005.

69 *Idem*.

70 Nogueira Alcalá, Humberto. “El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas”. En: *Revista de derecho Coquimbo*, vol. 13, N° 2, Coquimbo, Chile, Universidad Católica del Norte, 2006, págs. 61 - 100, p. 63.

71 *Idem*.

En relación a los tratados internacionales ratificados por Chile (que se integran a la legislación nacional por el artículo 5° inciso 2° de la CPR) el derecho de igualdad ante la ley lo encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). El artículo 26 del PDCP establece que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. A su vez, la CADH en su artículo 24, determina que: “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

De la sola lectura del artículo 373 del Código Procesal Penal, no se advierten limitaciones recursivas respecto de la víctima, es más, su contenido solo hace referencia a las causales objetivas que hacen procedente el recurso. La exclusión de la víctima constituye una diferenciación arbitraria proscrita y, en consecuencia, una vulneración al derecho de igualdad ante la ley⁷², dado que se estaría privilegiando a un solo sujeto procesal e interviniente, en este caso al imputado, para poder acceder a una instancia superior de revisión jurisdiccional.

b) Derecho al debido proceso, y al procedimiento racional y justo

Hoy en día, si bien no se pone en duda que las víctimas se encuentran en igualdad de derechos con los imputados, el tema no está exento de tensiones. Como muestra, la deslegitimación activa del recurso de nulidad por infracción a garantías fundamentales. De ahí la importancia de construir una dogmática constitucional y penal que armonice adecuadamente los derechos del imputado y los derechos de las víctimas, pues un proceso penal democrático y garantista debe asegurar el debido proceso al acusado, pero también incorporar las pretensiones de justicia de las víctimas y sus familiares.

En este título se tratarán los derechos del debido proceso y a un procedimiento racional y justo. Si bien estos derechos tienen fuentes normativas diferentes, y han sido tratados y definidos de formas distintas, ambos encuentran puntos en común, en especial en los sub-derechos que los componen.

El derecho al debido proceso es un derecho fundamental complejo de carácter instrumental, continente de numerosas garantías de las personas, y constituido en la mayor expresión del derecho procesal⁷³. Este derecho se encuentra consagrado en diversos cuerpos normativos internacionales, como en el PDCP, en su artículo 14, y en la CADH, en su artículo 8⁷⁴. Se trata de un derecho reconocido abiertamente en el derecho internacio-

72 Zapata, ob. cit., págs. 95 - 98. Le parece que la garantía vulnerada es la de igualdad ante la ley, y no la del debido proceso. Al respecto, se debe velar por el interés de la víctima y el interés difuso de la comunidad.

73 Agudelo Ramírez, Martín. “El debido proceso”. En: *Opinión Jurídica*, vol. 4, N° 7, Medellín, Colombia, Revista Universidad de Medellín, 2005, págs. 89 - 105, p. 90.

74 Artículo 14, PDCP:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por con-

nal y en la mayoría de las constituciones modernas⁷⁵.

La definición de debido proceso es de difícil configuración, dado que es un derecho complejo que se compone de sub-derechos los cuales no son pacíficos al momento de determinar su individualización. Prueba de aquello, son los tratados internacionales que lo consagran, los cuales tampoco son uniformes en su tratamiento. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una amplia cantidad de fallos, han precisado los sub-derechos que componen al derecho del debido proceso del artículo 8 de la CADH. Destacando que son:

1. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca su culpabilidad⁷⁶.

sideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Artículo 8, CADH. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

75 Agudelo, ob, cit., p. 91.

76 Salomón, Elizabeth; Blanco, Cristina. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1ª ed., Perú, UC del Perú, 2014, p. 251.

2. Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal⁷⁷.
3. Derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada⁷⁸.
4. Derecho del inculpado a la concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa⁷⁹.
5. Derecho del inculpado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor⁸⁰.
6. Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro de plazo establecido por la ley⁸¹.
7. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos⁸².
8. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable⁸³.
9. Derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior⁸⁴.
10. El derecho a la asistencia consular como parte de las garantías mínimas dirigidas a brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo⁸⁵.

Este artículo 8 reconoce el llamado “debido proceso legal”, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial⁸⁶. Todo pese a que esa norma es denominada por la CADH “Garantías Judiciales”, lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, este artículo no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la CADH⁸⁷.

La Corte Interamericana ha señalado que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la CADH, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar “las debidas

77 Salomón, Blanco, ob. cit., p. 262.

78 Salomón, Blanco, ob. cit., p. 266.

79 Salomón, Blanco, ob. cit., p. 270.

80 Salomón, Blanco, ob. cit., p. 277.

81 Salomón, Blanco, ob. cit., p. 283.

82 Salomón, Blanco, ob. cit., p. 289.

83 Salomón, Blanco, ob. cit., p. 292.

84 Salomón, Blanco, ob. cit., p. 293.

85 Salomón, Blanco, ob. cit., p. 295.

86 Corte, IDH Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. *Serie A*, no 9. Considerando 28.

87 Corte, IDH Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. *Serie A*, no 9. Considerando 27.

garantías” que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso. El incumplimiento de una de esas garantías conlleva una violación de dicha disposición convencional⁸⁸.

Además, la Corte Interamericana ha sido más explícita. Ha reconocido la posibilidad cierta de toda persona, para hacer valer una o más pretensiones, ante los órganos estatales que habrán de expedirse sobre los alcances de sus derechos y obligaciones⁸⁹. La Corte ha señalado que existirá violación del art. 8 cuando se obstruya esta garantía, en supuestos como los de falta de colaboración de las autoridades en la investigación de denuncias efectuadas por ciudadanos frente a abusos estatales⁹⁰; supuestos de la leyes de autoamnistías (como las de Obediencia debida y Punto final), que impiden a las víctimas y sus familiares llevar al conocimiento de un juez casos de violaciones a derechos⁹¹; y, por la privación de este derecho por vías económicas, tal como podría ser el caso del cobro de una tasa de justicia tan elevada que impida el derecho a presentar la causa ante un juez para que la oiga⁹². Igualmente, en el ejercicio de los derechos procesales, en un marco de igualdad entre imputado y víctima, la Corte estableció que el principio general es que dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados, está la de examinar los testigos bajo las mismas condiciones que la contraparte, con el objeto de ejercer su defensa⁹³. Por ello, la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas o los imputados vulnera el derecho convencional de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos⁹⁴.

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional también ha definido lo que se entiende por derecho al debido proceso, indicando: “Por debido proceso se entiende aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho. El debido proceso, más allá de consagrar los derechos de los litigantes y el poder-deber del juez en la forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de los conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento”⁹⁵.

88 Corte IDH *Caso Claude Reyes vs Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, párrafo 117.

89 Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*, del 5 de agosto de 2008, párr. 72; *Caso Bayarri Vs. Argentina*, del 30 de octubre de 2008, párr. 101; y *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, del 26 de noviembre de 2010, párr. 140.

90 Corte IDH, *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*, del 29 de enero de 1997, párr. 64 y 76.

91 Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros («Guerrilha do Araguaia») Vs. Brasil*, del 24 de noviembre de 2010, párr. 174; *Caso Gelman Vs. Uruguay*, del 24 de febrero de 2011, párr. 239; *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, del 14 de marzo de 2001, párr. 42.

92 Corte IDH, *Caso Cantos Vs. Argentina*, del 28 de noviembre de 2002, párr. 54.

93 Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 154.

94 Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 155; en igual sentido: *Caso Lori Berenson Mejía*, párr. 184; y *Caso Castillo Petruzzi y otros*, párr. 154; *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*, 25 de noviembre de 2005.

95 Tribunal Constitucional. *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por Harmut Wilhelm Hopp Miottel, respecto de los artículos 559 y 560 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales, en la causa Rol N° 53.015 del Juzgado de Letras de Parral, en actual tramitación ante la Corte de Apelaciones de Talca, bajo el Rol N° 28-2005*. 17 de mayo de 2007, Rol 619-06. Considerando 16.

Por otro lado, el derecho a un procedimiento racional y justo es reconocido en nuestro texto constitucional en su artículo 19 N°3, señalando que: “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Se desprende con claridad que la Constitución impone al legislador la obligación-deber perpetuo de contemplar un proceso con las características aludidas, en orden a establecer que el proceso resulte racional y justo. Racional, en el entendido que debe tratarse de un procedimiento lógicamente dispuesto que permita al juez sentenciar conforme a Derecho; y justo, en cuanto a que el proceso debe ordenarse a su finalidad que es la justicia, pero también porque tiene que ser justo en cada uno de sus trámites⁹⁶. Sin embargo, no debe reducirse a una racionalidad y justicia meramente formal o procesal, sino que tiene que comprenderse también en su dimensión material⁹⁷.

En el aspecto procesal o adjetivo, se le concibe como un conjunto de reglas que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar en el cumplimiento de sus funciones propias, entre las cuales se encuentran: la existencia de un juicio oral y público, la prohibición de juzgar dos veces al mismo individuo por el mismo acto, la prohibición de hacer declarar a una persona contra sí misma en causas criminales, la obligación de establecer siempre formalidades de notificación y audiencia del procesado en todo juicio o procedimiento⁹⁸.

En el aspecto sustantivo, se le define como un estándar o patrón de justicia, para guiar el actuar de los órganos del Estado considerando las circunstancias de tiempo y lugar en el que se desenvuelve el proceso⁹⁹.

El Tribunal Constitucional, en diversas sentencias ha definido lo que se debe entender por procedimiento racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso. Con ello, se establece la necesidad de un juez imparcial, con normas que eviten la indefensión, que exista una resolución de fondo, motivada y pública, susceptible de revisión por un tribunal superior y generadora de la intangibilidad necesaria que garantice la seguridad y certeza jurídica propias del Estado de Derecho¹⁰⁰.

Y además, ha aclarado en múltiples sentencias los sub-derechos que componen el derecho de procedimiento racional y justo: “El derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, ade-

96 Fernández, Miguel Ángel. “Derecho a la jurisdicción y debido proceso”. En: *Estudios Constitucionales*, vol. 2, N° 1, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2004, págs. 99 - 121, p. 113.

97 *Idem*.

98 Varas Alfonso, Paulino. “Criterios establecidos por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional acerca del contenido esencial del Debido Proceso”. En: *Revista de Derecho Público*, N° 70, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2008, págs. 105 - 116, p. 115.

99 *Idem*.

100 Tribunal Constitucional. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Santander Servicios de Recaudación y Pago Limitada respecto del inciso duodécimo del artículo 3 del Decreto ley N° 3.607, en los autos Rol N° 1225-2007 sobre reclamación interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago*. 7 de julio de 2011, Rol 1830-10. Considerando 10.

cuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores”¹⁰¹.

Como vimos, los derechos al debido proceso y del procedimiento justo y racional, reconocen de una u otra manera como sub-derecho o una especie de derecho dentro de ese género, el derecho al recurso. Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 8 letra h) de la CADH: “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que constituye una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica¹⁰². Además la Corte ha aclarado que el artículo 8.2.h. de la CADH dispone que, durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, “de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”¹⁰³.

Este derecho se refuerza con los establecidos en el artículo 25.1 de la CADH, el cual consagra el derecho a protección judicial: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Respecto de este derecho la Corte, en lo que se refiere específicamente a la efectividad del recurso, ha establecido que el sentido de la protección del artículo es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que una autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante, determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo. Lo anterior no implica que se evalúe la efectividad de un recurso en función de que este produzca un resultado favorable para el demandante¹⁰⁴.

Por parte del Tribunal Constitucional, también se ha dado una definición del derecho al recurso: “consiste en la facultad de solicitar a un tribunal superior que revise lo hecho por el inferior, formando parte integrante del derecho al debido proceso¹⁰⁵, y es parte integrante del principio del debido proceso, por lo que toda limitación a la interposición de ellos, atentará contra la consagración de un procedimiento racional y justo, y como medio de impugnación es deber del legislador establecerlo sin limitaciones o modalidades presupuestarias que lo hagan difícil o imposible de entablar”¹⁰⁶.

101 Tribunal Constitucional. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Senador Guido Girardi, respecto de inciso tercero del artículo 416, del Código Procesal Penal, en la causa Rol N° 2257-2006 de la Corte de Apelaciones de Santiago*. 8 de agosto de 2006, Rol 478-06. Considerando 14.

102 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 158.

103 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 157.

104 Corte IDH. *Caso Perrone y Preckel vs Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de octubre de 2019, párrafo 122.

105 Tribunal Constitucional. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Eduardo Pedro Ramón Zegers Larrain respecto del inciso segundo, del artículo 277 del Código Procesal Penal, en los autos criminales de que conoce el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, bajo el RIT 9056-2012, RUC 1200578139-4*. 9 de enero de 2107, Rol 2323-12. Considerando 23.

106 Tribunal Constitucional. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Tercera Sala de*

Finalmente, con relación a nuestro sistema procesal penal, estos derechos se encuentran manifestados en el artículo 373 letra a) del CPP, dado que el recurso de nulidad permite a las partes que se ven afectadas en sus derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados y vigentes, acudir a un tribunal superior para que se revise el juicio oral o la sentencia. Por lo que excluir a una parte de la posibilidad de recurrir ante un tribunal superior cuando se viera afectada en estos derechos y garantías, correspondería a una vulneración a los derechos establecidos en los tratados internacionales, en específico al artículo 8 letra h) y artículo 25.1 de la CADH.

Ante lo anterior, existe una evidente diferencia de perspectiva respecto al reconocimiento de los derechos de las víctimas en el proceso penal por parte de la CIDH y nuestro máximo tribunal. Por ello, se hace necesario avanzar en una mirada de encuadre o de integración que reconozca a la víctima similares derechos en ambos sistemas de justicia, tal como pregonan el propio artículo 373 letra a) de la Ley de Enjuiciamiento Penal, que considera las garantías y derechos previstos en nuestra Constitución Política y en los Tratados Internacionales ratificados por Chile.

c) Estatuto de la víctima en el código procesal penal

Uno de los principales objetivos político-criminales del nuevo sistema de justicia criminal, declarado reiteradamente en la exposición de motivos del Proyecto del Código Procesal Penal (Mensaje) es la “promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos”¹⁰⁷. A su vez, a los fiscales se les impone la obligación de velar por sus intereses y a los jueces la de garantizar la vigencia de sus derechos¹⁰⁸.

Partiendo de esta declaración de principios, se construye el Estatuto de la Víctima conforme lo dispuesto en el artículo 109 del Código Procesal Penal, estableciendo una serie de derechos para las víctimas, con la limitación –absoluta– que no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo¹⁰⁹. En la especie se le reconocen los siguientes derechos:

- a. Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;
- b. Presentar querrela;
- c. Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;
- d. Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que este pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;
- e. Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y

la Corte de Apelaciones de San Miguel respecto del artículo 8°, inciso primero, de la Ley N° 17.322, en los autos caratulados “Ricardo Antonio Fuentes Moraga con Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de San Miguel”, de que conoce la Corte de Apelaciones de San Miguel, por recurso de hecho, bajo el Rol N° 57-2019 (Laboral-Cobranza). 30 de diciembre de 2019, Rol 7060-19. Considerando 15.

107 Horvitz, López, ob. cit., p. 281.

108 *Idem*.

109 Horvitz, López, ob. cit., p. 304.

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

De la sola lectura de estos derechos, llama la atención el contenido en la letra f), que reconoce el derecho de la víctima a impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, “aun cuando no hubiere intervenido en procedimiento”, derecho que se ve reforzado por lo establecido en el artículo 352 del mismo cuerpo legal (Facultad de recurrir. Podrán recurrir en contra de las resoluciones judiciales el Ministerio Público y los demás intervinientes agraviados por ellas, sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley)¹¹⁰. En estos dos artículos se manifiesta el derecho al recurso que tiene la víctima.

A modo conclusivo, en el caso específico del recurso de nulidad, artículo 373 letra a), y la posibilidad de que la víctima carezca de acceso al mismo, se desconocería por un lado a este sujeto procesal e interviniente del proceso penal como sujeto de derecho y garantías reconocidos por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y, por otro lado, se produce una extraña discordancia, porque por un lado, se le excluye de un derecho en la referida causal de nulidad y, por otro lado, se le reconoce un derecho en el artículo 109 letra f).

¹¹⁰ Duce, Mauricio. “La víctima en el sistema de justicia penal: Una perspectiva jurídica y criminológica”. En: *Política criminal*, vol. 9, N° 18, Santiago, Chile, Universidad de Talca, 2014, p. 760.

BIBLIOGRAFÍA

1. Agudelo Ramírez, Martín. “El debido proceso”. En: *Opinión Jurídica*, vol. 4, N° 7, Medellín, Colombia, Revista Universidad de Medellín, 2005, págs. 89 – 105.
2. Aldunate, Eduardo. “La titularidad de los Derechos Fundamentales”. En: *Estudios Constitucionales*, vol. 1, núm. 1, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2003, págs. 187 – 201.
3. Aldunate Lizana, Eduardo. *Derechos Fundamentales*. Santiago, Chile, Legal Publishing, 2008.
4. Bustos Ramírez, Juan. *Derecho Penal. Parte General. Obras completas*. 2ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, T. I.
5. Bofill, Jorge. “Conferencia inaugural”. En: *Seminario: Problemas actual del derecho al recurso en el proceso penal*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 5 Octubre, 2012.
6. Bofill, Jorge. “Proceso Penal”. En: *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, N°2, Santiago, Chile, Universidad Adolfo Ibáñez, 2005, págs. 689 – 721.
7. Bordalí, Andrés. “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 33, Valparaíso, Chile, Universidad Católica de Valparaíso, año 2009, págs. 263 – 302.
8. Carbonell, Flavia; Letelier, Raúl. “Debido proceso y garantías judiciales”. En: *Curso de Derechos Fundamentales*, Contreras, Pablo; Salgado, Constanza (Edits.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
9. Carocca Pérez, Alex. *El nuevo sistema procesal penal*. Santiago, Chile, La Ley, 2003.
10. Carocca Pérez, Alex. “Las Garantías Constitucionales del sistema procesal chileno”. En: *Ius et Praxis*, Año 3, N° 2, Talca, Chile, Universidad de Talca, 1997, págs. 145 – 226.
11. Cordon Moreno, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Navarra, Ed. Aranzadi, 2002.
12. Cortez Matcovich, Gonzalo. *El recurso de nulidad*. Santiago, Lexis-Nexis, 2006.
13. De la Fuente, Felipe. “Nuevo Proceso Penal”. En: *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, Volumen I, Santiago, Chile, Universidad Adolfo Ibáñez, 2004, págs. 363 – 428.
14. Del Rio Ferretti, Carlos. “Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal”. En: *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2012, págs. 245 – 288.
15. Duce, Mauricio; Riego, Cristián. *Proceso Penal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
16. Duce, Mauricio; Marin, Felipe; Riego, Cristian. “Reforma a los procesos civiles orales. Consideraciones desde el debido proceso” [en línea]. Santiago, Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2011, págs. 17 y sgtes. Disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/1220> [fecha de consulta: 15 de agosto de 2020].
17. Duce, Mauricio, et al. “La víctima en el sistema de justicia penal: Una perspectiva jurídica y criminológica”. En: *Política criminal*, Vol. 9, N° 18, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2014, págs. 740 – 762.
18. Ferrajoli, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. 3ª ed., España, Editorial Trotta, 2003.
19. Fernández González, Miguel Ángel. ““El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal”, desde la perspectiva de la Constitución”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 15, N° 1, Coquimbo, Chile, Universidad Católica del Norte, 2008, págs. 91 – 114.
20. Fernández, Miguel Ángel. “Derecho a la jurisdicción y debido proceso”. En: *Estudios Constitucionales*, vol. 2, N° 1, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2004, págs. 99 – 121.
21. Horvitz Lennon, María Inés. “Acerca de la garantía del condenado de recurrir en contra de la sentencia condenatoria”. En: *Doctrina Procesal Penal*, N° 6, Santiago, Chile, Defensoría Penal Pública, 2009, págs. 7 – 25.
22. Horvitz Lennon, María Inés. “Estatus de la víctima en el proceso penal”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 3, Santiago, Chile, Universidad de Chile 2003, págs. 133 – 143.

23. Horvitz, María Inés; López Masle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, Tomo II.
24. Maturana, Cristian; Mosquera, Mario. *Los recursos procesales*. 1ª edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
25. Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª ed., España, B de F, 2016.
26. Moreno Holman, Leonardo. “El Ministerio Público como titular de la causal de infracción de garantías para recurrir de nulidad”. En: *Revista de Legislación y Jurisprudencia, Leyes & Sentencias*, N°9, Santiago, Chile, Edit. Puntotex, enero de 2006, págs. 138 – 146.
27. Nogueira Alcalá, Humberto. “El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas”. En: *Revista de derecho Coquimbo*, vol. 13, N° 2, Coquimbo, Chile, Universidad Católica del Norte, 2006, págs. 61 – 100.
28. Nogueira, Humberto. *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*. Santiago, Librotecnia, 2008.
29. Núñez Vásquez, J. Cristóbal. *Tratado del proceso penal y del juicio oral*. Santiago, Editorial Jurídica, 2002, T. II.
30. Quintero Olivares, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. España, Aranzadi, 2009.
31. Rieutord Alvarado, Andrés. *El recurso de nulidad en el nuevo proceso penal*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007.
32. Romero Muza, Rubén. “Comentario a la SCS de 10 de octubre de 2012 [rol n°5654-2012]”. En: *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Nro. 33, Santiago, Chile, Universidad Los Andes, Año 2018, págs. 139-145, p. 139.
33. Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*. Madrid, Edit. Taurus, 1966.
34. Salomón, Elizabeth; Blanco, Cristina. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1ª ed., Perú, UC del Perú, 2014.
35. Tavolari, Raúl. “Informe en Derecho: La Garantía del Debido Proceso como causal de Nulidad a invocar por el Ministerio Público”. En: *Boletín del Ministerio Público*, N° 15, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2003, págs. 146 – 155.
36. Varas Alfonso, Paulino. “Criterios establecidos por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional acerca del contenido esencial del Debido Proceso”. En: *Revista de Derecho Público*, N° 70, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2008, págs. 105 – 116.
37. Zapata, Patricio. “Nuevo proceso penal y Constitución Política”. En: *Doctrina Procesal Penal 2001-2003*, N° 1, Santiago, Chile, Defensoría Penal Pública, 2003, págs. 75 – 104.

Sentencias Corte Suprema

- Rol N° 4969-2002, 31 de marzo de 2002.
- Rol N° 5869-2004, 21 de abril de 2004.
- Rol N° 2600-2004, 11 de agosto de 2004.
- Rol N° 4011-2005, 26 de octubre de 2005.
- Rol N° 3666-2005, 14 de septiembre de 2005.
- Rol N° 3984-2005, 15 de noviembre de 2005.
- Rol N° 5654-2012, 10 de octubre de 2012.
- Rol N° 6831-2012, 27 de diciembre de 2012.
- Rol N° 41.252-2019, 5 de mayo de 2020 (Reservada).

Sentencias Tribunal Constitucional

- Rol N° 821-2007, 1 de abril de 2007.
- Rol N° 1250-2008, 14 de mayo de 2008.
- Rol N° 1130-2008, 7 de octubre de 2008.
- Rol N° 1337-2009, 20 de agosto de 2009.
- Rol N° 1718-2010, 7 de abril de 2010.
- Rol N° 1838-2010, 7 de julio de 2010.
- Rol N° 2723-2011, 23 de noviembre de 2011.
- Rol N° 2314-2012, 22 de octubre de 2012.
- Rol N° 2335-2012, 29 de octubre de 2012.
- Rol N° 2452-2013, 17 de octubre de 2013.
- Rol N° 2702-2015, 11 de junio de 2015.
- Rol N° 2802-2015, 1 de septiembre de 2015.
- Rol N° 2921-2015, 13 de octubre de 2015.
- Rol N° 2856-2015, 15 de diciembre de 2015.
- Rol N° 3119-2016, 20 de abril de 2016.
- Rol N° 3029-2016, 21 de noviembre de 2016.
- Rol N° 3297-2016, 5 de diciembre de 2016.
- Rol N° 2895-2016, 6 de diciembre de 2016.
- Rol N° 4153-2017, 22 de enero de 2017.
- Rol N° 3338-2017, 20 de marzo de 2017.
- Rol N° 3406-2017, 20 de marzo de 2017.
- Rol N° 4200-2017, 18 de abril de 2017.
- Rol N° 3938-2017, 12 de junio de 2017.
- Rol N° 3625-2017, 17 de julio de 2017.
- Rol N° 3309-2017, 10 de octubre de 2017.
- Rol N° 3770-2017, 18 de octubre de 2017.
- Rol N° 3029-2017, 21 de noviembre de 2017.
- Rol N° 3969-2017, 21 de noviembre de 2017.
- Rol N° 3297-2017, 5 de diciembre de 2017.
- Rol N° 4435-2018, 29 de enero de 2018.
- Rol N° 4512-2018, 9 de abril de 2018.
- Rol N° 5878-2018, 13 de agosto de 2018.
- Rol N° 5151-2018, 26 de noviembre de 2018.
- Rol N° 4434-2018, 4 de diciembre de 2018.
- Rol N° 7203-2019, 2 de enero de 2019.
- Rol N° 7641-2019, 25 de marzo de 2019.
- Rol N° 6611-2019, 11 de noviembre de 2019.
- Rol N° 6411-2019, 10 de diciembre de 2019.
- Rol N° 7398-2019, 16 de diciembre de 2019.
- Rol N° 7311-2019, 17 de diciembre de 2019.
- Rol N° 7430-2019, 17 de diciembre de 2019.
- Rol N° 7606-2019, 17 de diciembre de 2019.
- Rol N° 7060-2019, 30 de diciembre de 2019.
- Rol N° 7061-2019, 30 de diciembre de 2019.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. ARTÍCULO 129 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. ACTUACIÓN DE PARTICULARES. DETENCIÓN POR GUARDIA MUNICIPAL

Tribunal: Corte Suprema

RESUMEN

La Segunda Sala de la Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad Ingreso N° 104.209-2020, por sentencia de nueve de octubre de dos mil veinte.

Dicho recurso apuntó a las actividades desplegadas por un funcionario municipal en la detención del acusado, criticando el recurrente la realización de actividades privativas de los órganos de la persecución penal.

La Corte Suprema señala que no cualquier actuación de particulares pone en movimiento la sanción de ineficacia probatoria; se requiere, a lo menos, que el privado se subrogue –de facto, o en connivencia con un agente estatal- en actuaciones o diligencias propias de la investigación penal, es decir, aquellas que tienden a esclarecer la existencia de un ilícito o la identificación de sus partícipes.

Se agrega a ello que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, relevante, de gravedad, de tal modo que el defecto constituya un atentado de tal entidad que conduzca a la ineficacia de la garantía, resultando de ello un desconocimiento del núcleo esencial de ésta.

En este caso, el funcionario municipal no obtuvo el material a instancias o en cooperación con los agentes estatales, ni tampoco arrogándose facultades investigativas reservadas a los órganos de persecución, sino que el hallazgo se produjo en un contexto de flagrancia, en el que una comunicación de la Central de la Municipalidad de Macul le dio aviso de un robo que se estaba llevando a cabo en un lugar determinado de la comuna, por lo que el funcionario se dirigió al sitio indicado, deteniendo a la persona que transportaba una maleta sustraída del vehículo, solicitándole que la abriera, encontrando una aspiradora.

Tampoco puede estimarse que el acusado haya visto seriamente dañada su legítima expectativa de privacidad respecto del contenido de la maleta que transportaba, desde el momento en que es

él quien la abre para que fuera visto su contenido, permitiendo que el guardia accediera a conocer aquél, que posteriormente fue entregado a la policía.

Tal como asienta el fallo impugnado, no se observan razones para haber prohibido la incorporación al juicio de la evidencia encontrada por el guardia municipal y consecuentemente, su valoración positiva no ha lesionado la garantía del debido proceso.

TEXTO COMPLETO

Santiago, nueve de octubre de dos mil veinte.

Vistos:

En esta causa R.U.C. N° 2000184927-2 y R.I.T N° 84-2020 del Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de veintiuno de agosto del año en curso, se condenó al acusado JOSÉ EDUARDO QUEUPAN LIPIAN a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito consumado de robo con fuerza en las cosas en bienes nacionales de uso público, cometido en la comuna de Macul el día 17 febrero de 2020.

La defensa del acusado interpuso recurso de nulidad, cuya vista se verificó el pasado veintidós de septiembre, según da cuenta el acta de la audiencia de impugnación.

Considerando:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad se funda en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, denunciándose que en el desarrollo del juicio y en el pronunciamiento de la sentencia se ha infringido sustancialmente la garantía del debido proceso contemplada en el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República y los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, específicamente las facultades excepcionales de los civiles al momento de la detención de un imputado, con la consecuente prohibición de desarrollar diligencias investigativas.

Hace presente que el legislador ha vedado en forma categórica la posibilidad de que particulares desarrollen diligencias de investigación, solamente pueden detener a quien sorprendieren en delito flagrante, con una limitación correlativa, esto es, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima.

Arguye que las normas legales infraccionadas son los artículos 5, 9, 77, 79, 83, 91, 129, 180 y 181 del Código Procesal Penal.

Indica que el guardia municipal aprehendió al acusado y lo entregó posteriormente a la policía, como también interrogó al imputado sobre la maleta que portaba y su contenido, además trasladó la evidencia consistente en la caja negra supuestamente sustraída, para entregarla a personal policial. Es decir, el guardia municipal, que para efectos legales

corresponde a un civil, cuya única prerrogativa es detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima, realiza tres diligencias investigativas cuya dirección y realización, solo competen a la Fiscalía, como interrogar al detenido sobre el origen de la especie que llevaba en su poder; registrar el contenido de la evidencia al contrastarlo con su declaración; y trasladar la evidencia a la comisaría policial.

Manifiesta que los particulares únicamente tienen permitido detener a una persona en situación de flagrancia si es que cumple los presupuestos de ostensibilidad e inmediatez, consagrados legalmente en el artículo 130 del Código Procesal Penal. A contrario sensu, si existen dudas en relación a si la situación de flagrancia es tal, lo que corresponde no es que particulares realicen averiguaciones para corroborar la eventual comisión de un hecho o la participación de un individuo determinado en el mismo, sino solo que eventualmente la policía pueda realizar un control de identidad que satisfaga los presupuestos del artículo 85 del mismo cuerpo legal.

Indica que los propios jueces reconocen en la sentencia, que no quedó claro como el guardia municipal tomó conocimiento de la perpetración del supuesto hecho flagrante. La disyuntiva entonces es la siguiente: la situación de flagrancia era clara y entonces el guardia municipal estaba facultado para aprehender al acusado, o bien, la situación de flagrancia no era tan evidente, y, en consecuencia, el guardia tuvo que realizar un interrogatorio a la persona que estaba deteniendo, y solo una vez corroborado que la maleta que transportaba no llevaba las herramientas señaladas por el imputado, sino una especie distinta (aspiradora), proceder a la aprehensión física del encartado para ponerlo a disposición de la 46ª Comisaría de Macul, trasladando inclusive la maleta, cuyo contenido había revisado.

Señala que ponderados los antecedentes fácticos, consta que lo acontecido fue la segunda opción, y a juicio de la defensa tanto el interrogatorio efectuado al detenido, como la revisión de la maleta que transportaba y la posterior traslación de la evidencia a la comisaría, constituyen diligencias investigativas, que la ley no permite realizar a particulares.

Concluye solicitando la nulidad del juicio oral y la sentencia, que ordene la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado correspondiente, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral donde se excluya de su conocimiento la declaración del testigo Claudio Madrid Jerez, y las dos fotografías de la especie supuestamente sustraída.

SEGUNDO: Que, como primera causal subsidiaria, se invocó la infracción al artículo 373 letra e) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 342 letra c) del mismo cuerpo legal.

Señala que la defensa considera que el tribunal a quo al momento de valorar la prueba ha contradicho las reglas de la lógica, concretamente la razón suficiente y el principio de no contradicción, y las máximas de la experiencia.

Explica que la contravención se genera al momento de determinar quién da aviso a la autoridad municipal de la perpetración del hecho materia de la investigación, circunstancia que es reconocida por los sentenciadores al señalar que “quedó un cabo suelto”

acerca de la persona que entregó la información a la central de la Municipalidad, la que le dio avisó al guardia municipal, quien detuvo a la persona que tenía la especie sustraída y con vestimentas que coincidían con las señaladas en el comunicado.

Indica que el fallo incurrió en una contravención a la razón suficiente, pues la duda no radica en que el guardia municipal efectivamente recibió antecedentes sobre la comisión de un robo en bienes nacionales, sino en quién entregó esos antecedentes.

También se produce una contravención a las reglas de la lógica, al tratar de explicar una contradicción, pues el testigo Hunaldo Bozo escuchó la fractura de un vidrio y salió de su lugar de trabajo, verificando que guardias municipales habían aprehendido, a unos cuarenta metros, a una persona con una maleta sustraída desde el interior de un vehículo, pero tanto el guardia municipal como el funcionario policial, dieron cuenta que el mencionado testigo Bozo, vio desde una ventana como el acusado rompía el vidrio de su vehículo para sustraer la especie.

Explica que respecto de la circunstancia esencial de cómo el testigo Hunaldo Bozo tomó conocimiento del hecho, solamente pueden existir dos posibilidades: (i) si escuchó la fractura del vehículo y luego salió para verificar que guardias municipales habían aprehendido a un sujeto con una maleta que se encontraba al interior del automóvil, entonces no denunció el hecho, y tampoco fue un testigo presencial del mismo; (ii) si en cambio Bozo observó el hecho en su integridad desde una ventana de su lugar de trabajo, entonces pudo él haber sido quien denunció el hecho, y constituye un testigo presencial del mismo. Es aquí entonces donde se infringe el principio de no contradicción porque es imposible que ambos enunciados descritos anteriormente sean verdades procesales a la vez. Luego, conforme al principio de no contradicción, cualquiera de estos dos enunciados podría ser falso, y por ende, falsa la conclusión que acredita la participación del acusado a través de tales dichos.

Finalmente, el tribunal también contraviene en sus razonamientos las máximas de la experiencia, por cuanto a juicio de la defensa constituye una contravención a ellas que una persona delgada con poca masa muscular, haya podido huir corriendo con una maleta en una de sus manos con un peso de quince kilogramos, al igual que haya dejado la bicicleta en que se transportaba. Pide que de acogerse esta causal, se anule el juicio oral y la sentencia, señalándose el estado en que debe quedar el proceso, y ordenando la realización de un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado.

TERCERO: Que, como segunda causal subsidiaria, invoca la contemplada en el artículo 373 b) del Código Procesal Penal, pues se incurrió en una errada interpretación de los artículos 12 N° 15, 104 y 449 del Código Penal.

Explica que el tribunal a quo tiene por acreditada la circunstancia agravante de reincidencia genérica consagrada en el artículo 12 N° 15 del Código Penal, en virtud de las condenas dictadas en las causas RIT 4586- 2014, del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, en que se impuso, con fecha 2 de febrero de 2015, la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, como autor del delito consumado de robo con fuerza en lugar habitado, perpetrado el día 15 de mayo de 2014; y RIT 585-2015, del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, que con fecha 31 de diciembre el 2015

condenó al acusado a la pena de quinientos cuarenta y un días, como autor del delito de robo por sorpresa, perpetrado el día 14 de septiembre de 2015.

Indica que como consecuencia de la concurrencia de la agravante de reincidencia genérica, el tribunal aplica el artículo 449 N° 2 del Código Penal, imponiendo en definitiva la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, por la exclusión del grado mínimo que impone esta norma.

Precisa que el plazo establecido en el artículo 104 del mismo cuerpo legal no se cumple respecto del delito de robo por sorpresa, por cuanto el hecho que motiva la reincidencia ocurrió el 14 de septiembre del 2015, y el hecho objeto de la acusación el 17 de febrero de 2020.

En relación, al robo en lugar habitado, la jurisprudencia dominante consideran que para los efectos de plazo de prescripción de la reincidencia, hay que estarse a la pena impuesta en concreto en el hecho, a consecuencia de lo cual el plazo para no tomar en consideración dicha condena sería de cinco años y no de diez.

Finaliza solicitando se proceda a anular sólo la sentencia dictada en aquella parte en que condenó a su defendido en virtud del artículo 449 N° 2 del Código Penal, a la pena de tres años y años día de presidio menor en su grado máximo, y dicte, sin nueva audiencia – pero separadamente– la respectiva sentencia de reemplazo, condenando al acusado a la pena de presidio menor en su grado medio, proponiendo quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio o la pena que estime conforme a derecho.

CUARTO: Que en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada tuvo por acreditado que “El día 17 de febrero de 2020, a las 20:15 horas aproximadamente, en la vía pública correspondiente a la calle Exequiel Fernández frente al N° 2817, comuna de Macul, el imputado José Eduardo Queupán Lipián, fracturó la ventana delantera derecha del vehículo tipo furgón, marca Fiat, modelo Fiorino, año 2015, PPU HJKH-29, de propiedad de la empresa comercial TECH S.A. apropiándose de una maleta que contenía en su interior una aspiradora y al verse sorprendido se dio a la fuga con la especie por algunos metros, siendo detenido por personal municipal.”

Estos hechos fueron calificados como constitutivos del delito de robo con fuerza en las cosas en bienes nacionales de uso público, previsto y sancionado en el artículo 443 en relación con el artículo 432 del Código Penal, en grado de consumado.

QUINTO: Que en relación a la causal principal de invalidación esgrimida, como se desprende del recurso, las afectaciones en que la defensa fundamentó su reclamo se originarían con motivo de determinadas diligencias que habría realizado un guardia municipal respecto del acusado, en especial respecto a preguntas sobre el contenido de una maleta que transportaba, la verificación del contenido de la misma y su traslado a la unidad policial. Se cuestiona la realización de diligencias de investigación por parte de particulares, lo que vulneraría, de manera trascendental, la garantía del debido proceso, al incorporarse al juicio prueba obtenida de manera ilícita.

SEXTO: Que es importante comenzar el análisis fijando el contexto fáctico en que se habría concretizado la vulneración de garantías alegada; de acuerdo a los hechos establecidos por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, el guardia municipal tomó conocimiento

por la central de la Municipalidad de Macul de la ocurrencia del delito, del lugar en que se estaba perpetrando y ciertas características respecto de la persona que lo estaba cometiendo, y al llegar al sitio indicado, detuvo al individuo a menos de cincuenta metros de donde se encontraba el vehículo desde el que se tomó la especie, con vestimentas que coincidían con las señaladas en el comunicado y a pocos minutos de haber escuchado el denunciante el ruido que provocó la fractura del vidrio.

SÉPTIMO: Que relacionando la acción cuestionada con las garantías que se invocan como transgredidas, esta Corte Suprema ya ha señalado que el deber de repeler la prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios enmarcado dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja dicho sistema debe ser excluido del mismo. En este sentido, el Estado está obligado a velar por el respeto de las garantías fundamentales y a evitar los efectos ilegítimos de los atentados de que son objeto, a fin de resguardar la legitimidad del sistema penal y la integridad judicial (SCS 23930-2014, 25.003-2014, 999-2015 y 21430-2016). En nuestro ordenamiento se reconoce la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, de lo que se desprende que la acción estatal no puede ser requisito sine qua non para que opere el remedio de exclusión probatoria respecto de evidencia obtenida con flagrante vulneración de derechos fundamentales, postura que se ve reafirmada por la circunstancia de que la regla de exclusión se encuentra presente no sólo en materia penal – donde es dable convenir que la abrumadora mayoría de las vulneraciones de derechos son cometidas por agentes del Estado – sino también en materia de derecho laboral y derecho de familia, en que los atropellos a derechos fundamentales tienden a ser ejecutados por privados.

Ahora bien, no cualquier actuación de particulares pone en movimiento la sanción de ineficacia probatoria; se requiere, a lo menos, que el privado se subrogue –de facto, o en connivencia con un agente estatal- en actuaciones o diligencias propias de la investigación penal, es decir, aquellas que tienden a esclarecer la existencia de un ilícito o la identificación de sus partícipes.

OCTAVO: Que, además, la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, relevante, de gravedad, de tal modo que el defecto constituya un atentado de tal entidad que conduzca a la ineficacia de la garantía, resultando de ello un desconocimiento del núcleo esencial de ésta.

NOVENO: Que, entonces, delineados los contornos de las vulneraciones de garantías fundamentales que ameritan, en abstracto, el uso del remedio de exclusión, cabe analizar si la infracción denunciada por la defensa, reúne la entidad suficiente para ser considerada una acción ilícita que habilita a poner en marcha tal institución, de acuerdo a los supuestos de hecho asentados en el motivo sexto.

Tal como se establece en el fallo recurrido, el funcionario municipal no obtuvo el material a instancias o en cooperación con los agentes estatales, ni tampoco arrogándose facultades investigativas reservadas a los órganos de persecución, sino que el hallazgo se produjo en un contexto de flagrancia, en el que una comunicación de la central de la Municipalidad de Macul le dio aviso de un robo que se estaba llevando a cabo en un lugar determinado de la comuna, por lo que el funcionario se dirigió al sitio indicado de-

teniendo a la persona que transportaba una maleta sustraída del vehículo, solicitándole que la abriera, encontrando una aspiradora.

Tampoco puede estimarse que el acusado haya visto seriamente dañada su legítima expectativa de privacidad respecto del contenido de la maleta que transportaba, desde el momento en que es él quien la abre para que fuera visto su contenido, permitiendo que el guardia accediera a conocer aquél, que posteriormente fue entregado a la policía.

DÉCIMO: Que, entonces, tal como asienta el fallo impugnado, no se observan razones para haber prohibido la incorporación al juicio de la evidencia encontrada por el guardia municipal Claudio Madrid Jerez y, consecuentemente, su valoración positiva no ha lesionado la garantía del debido proceso.

UNDÉCIMO: Que, en consecuencia, cabe estimar que los jueces del tribunal oral no incurrieron en vicio alguno al fundamentar su decisión condenatoria en la prueba rendida en el juicio, conforme a sus facultades soberanas, de manera que la causal del recurso en estudio será rechazada.

DUODÉCIMO: Que en lo que atañe al primer motivo subsidiario -artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal-, esta Corte ya ha señalado que toda sentencia criminal debe razonar y exponer los fundamentos en que se apoya, justificar la decisión adoptada, fijar los hechos y establecer el derecho aplicable. El cumplimiento de la obligación de motivación de la decisión significa elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener algunos hechos como probados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos en la litis, con las garantías inherentes al juicio oral. Tal deber apunta no sólo a permitir la comprensión de la decisión, sino además a garantizar la actuación racional en el terreno de la determinación de las premisas fácticas del fallo.

La satisfacción de esta carga posibilita la fiscalización de la actividad jurisdiccional por los tribunales superiores mediante el ejercicio de los recursos procesales. Si el tribunal explica las razones de su resolución es posible controlar si efectivamente la actividad judicial se ha desarrollado dentro de los parámetros de la lógica-racional y la legalidad o si, por el contrario, es el resultado de la arbitrariedad. Por ello, en nuestro ordenamiento jurídico las decisiones judiciales no deben resultar de meros actos de voluntad o ser fruto de simples impresiones de los jueces, sino que deben ser el corolario de la estimación racional de las probanzas, exteriorizada como una explicación igualmente racional sobre las razones de la decisión de una determinada manera -y no de otra-, explicación que deberá ser comprensible por cualquier tercero, mediante el uso de la razón.

DÉCIMO TERCERO: Que al mismo tiempo, la fijación de los hechos y circunstancias que se tuvieren por probadas, favorables o desfavorables al acusado, debe ir precedida de la debida valoración que impone el artículo 297 ya citado. Atendiendo a esta norma, el tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la desestimada, con señalamiento de los medios de prueba, únicos o plurales, por los cuales se dieron por probados los hechos y circunstancias atinentes a la litis.

DÉCIMO CUARTO: Que tal exigencia de fundamentación ha sido debidamente satisfecha por la sentencia que se revisa. En efecto, el fallo extrae conclusiones del análisis de

la prueba, como resultado de un proceso valorativo de cada uno de los elementos de convicción rendidos, tanto respecto de los hechos objetivos integrantes del tipo penal atribuido como de la conducta desplegada por el acusado.

En las condiciones expresadas no puede catalogarse como carente de lógica y comprensión el fallo impugnado, como demanda el artículo 342 del Código Procesal Penal, desde que la sentencia entrega los basamentos que conducen a la decisión alcanzada respecto del delito pesquisado, fundado en el análisis singular y conjunto de las probanzas producidas, lo cual surge de la lectura de los motivos del fallo. Tales consideraciones conducen a una conclusión unívoca, como expresa la sentencia, cuya inteligencia se justifica en virtud de los argumentos explicitados en ella y que no han sido desvirtuados por el recurso, por lo que sólo resta concluir que la impugnación formulada por la defensa da cuenta de una mera discrepancia con la conclusión referida a la forma de atribuir participación al acusado, juicio que el tribunal sustentó suficientemente como se advierte del motivo 9° de la sentencia, por lo que la imputación relativa a una presunta falencia en el razonamiento no será admitida.

DÉCIMO QUINTO: Que, en cuanto a la segunda causal subsidiaria impetrada, letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, ésta deberá ser igualmente desestimada, pues el error denunciado tampoco tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo recurrido, desde que incluso de prescindirse de la agravante de reincidencia contemplada en el artículo 12 N° 15 del Código Penal, el tribunal se encontraba facultado para recorrer la pena en toda su extensión, conforme al artículo 68 inciso 1° del mismo cuerpo legal.

En virtud de lo anteriormente reseñado, se trata entonces, de eventuales errores que, de existir, no tienen influencia en la parte dispositiva de la sentencia y que, por lo mismo, incluso en caso de ser establecidos, no ameritan la declaración de nulidad, según lo preceptúa el artículo 375 del Código Procesal Penal. Por las razones anotadas, esta causal será también rechazada.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 372, 373, letras a) y b), 374 letra e), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se decide:

1.- Que se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado JOSÉ EDUARDO QUEPAN LIPIAN contra la sentencia dictada en la causa RUC N° 2000184927-2 y RIT N° 84-2020 por el Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago con fecha veintiuno de agosto de dos mil veinte, y contra el juicio oral que le antecedió, los que en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm.

Rol N° 104.209-2020.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Abuauad D. No firman el Ministro Sr. Llanos y el Abogado Integrante Sr. Abuauad, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso el primero y ausente el segundo.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. ARTÍCULO 85 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. CONTROL DE IDENTIDAD. INFRACCIÓN A LA LEY DE TRÁNSITO. INDICIOS: APRECIACIÓN SEGÚN LAS CIRCUNSTANCIAS

Tribunal: Corte Suprema

RESUMEN

Mediante sentencia del dieciséis de diciembre de dos mil veinte, la Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad Ingreso N° 119.117-2020, que apuntaba contra el procedimiento policial que se inicia con un control de tránsito que desencadena un control de identidad y la posterior detención de los acusados por el delito de robo con intimidación.

Importa destacar en este caso la secuencia de los diversos regímenes legales desde un inicial control vehicular, control de identidad y finalmente detención, y el peso que lleva en la argumentación del fallo la apreciación de las circunstancias en que se desenvuelven todos estos momentos.

La Corte Suprema señala que una actuación autónoma e intrusiva como el control de identidad, dado que afecta garantías constitucionales como el derecho a la intimidad, debe necesariamente basarse en un indicio de carácter objetivo y por ello susceptible de ser objeto de revisión judicial.

Agrega que en la construcción de un indicio deben aquilatarse, en su conjunto, todas aquellas circunstancias que, conforme el procedimiento llevado a cabo, fueron constatadas por los agentes policiales.

En el caso particular los funcionarios de Carabineros, en primer término, divisaron un automóvil que iba a alta velocidad, zigzagueando hacia el oriente, cuya maletera se abría y cerraba, con una bicicleta en el portamaletas con la rueda afuera, y que, luego de ello, al fiscalizar al conductor del móvil en el marco de un control vehicular, éste no acreditó ser conductor de la aplicación a la que dijo pertenecer, no dando además, los pasajeros del móvil explicaciones satisfactorias respecto de la bicicleta que transportaban.

La Corte Suprema estimó que tales circunstancias, analizadas en su conjunto, en cuanto las mismas son de carácter objetivo y, por lo demás, verificables, permiten estimar que en la especie estamos en presencia de un indicio que posee la fuerza y coherencia necesaria para facultar a los agentes policiales a efectuar un control de identidad a los impugnantes, validando con ello su actuar, en cuanto constituyen una información concreta acerca de la posible -presumible- realización de una conducta delictiva.

TEXTO COMPLETO

Santiago, dieciséis de diciembre de dos mil veinte.

Vistos:

En los antecedentes RUC N° 1900767921-4, RIT N° 11-2020, del Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, se dictó sentencia el ocho de septiembre de dos mil veinte, por la que se condenó a los acusados Cristian Patricio Jesús Contreras Stubing, Cristian Pablo Fuenzalida Maliqueo y Francisco Andrés Maliqueo Ruz, a sufrir cada uno de ellos la pena de cinco (5) años y un (1) día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales, por su responsabilidad como autores del delito de robo con intimidación, previsto y sancionado en el artículo 436, inciso 1°, del Código Penal, cometido el día 17 de julio de 2019, en la comuna de La Florida.

En contra del referido fallo la defensa de los sentenciados Contreras Stubing y Fuenzalida Maliqueo interpuso recurso de nulidad, siendo éste conocido en la audiencia pública de veintiséis de noviembre último y luego de la vista se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta levantada en su oportunidad.

Considerando:

PRIMERO: Que previo al análisis del recurso de nulidad deducido por la defensa de los encartados Contreras Stubing y Fuenzalida Maliqueo, es menester señalar que, en estos estrados, el Ministerio Público incidentó respecto de la inadmisibilidad del mismo, atendida su falta de preparación, toda vez que en la audiencia preparatoria del juicio oral, la defensa no solicitó la exclusión de la prueba de cargo por infracción de garantías fundamentales.

Para desestimar tal alegación, es preciso señalar que con fecha veintinueve de septiembre de dos mil veinte, este Tribunal, conociendo de la incidencia propuesta por el ente persecutor, la rechazó y decidió abocarse al conocimiento del arbitrio en estudio, por lo que debe estarse a lo resuelto en dicha oportunidad procesal.

SEGUNDO: Que el recurso de nulidad deducido en autos se sustenta, en primer término, en la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, esto es, “cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiera infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”, todo en relación con lo establecido en los artículos 19 N° 3, inciso sexto, y N° 7 letra f) de la Constitución Política de la República; 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 83, 91, 93, 181, 193, 194, 195, 196, 227 del Código Procesal Penal. En específico, el impugnante refiere como conculcada la garantía del derecho al debido proceso, en su aspecto de derecho a un proceso previo legalmente tramitado.

Expone que la actuación de los funcionarios de Carabineros se desarrolló fuera del marco constitucional y legal que regula sus facultades autónomas, toda vez que en la especie no es posible en forma unívoca considerar que existió un indicio de que sus representados se aprestaban a cometer un delito o que lo hubieran cometido en los términos requeridos por el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Refiere que la circulación a exceso de velocidad podría constituir una vulneración a la Ley de Tránsito, lo que les daría pie a los funcionarios policiales para cursar la correspondiente infracción, pero no a realizar un control de identidad ni mucho menos revisar el vehículo en que circulaban; por otra parte -expone el recurrente-, la circunstancia de que el chofer del vehículo señalara ser conductor de la aplicación UBER, implica sólo una falta a las normativas del tránsito al no tener autorización para el transporte de pasajeros en forma remunerada -cuya sanción es el pago de una multa y el retiro del automóvil en que se desplazaba-, sin embargo, ello no autorizaba a funcionarios policiales a realizar un control de identidad, según lo ha resuelto reiteradamente este tribunal.

Arguye que, en lo tocante al último elemento considerado por el tribunal, cual es que respecto del porte de la bicicleta en el maletero del vehículo los acusados no supieron dar explicaciones, los mismos aprehensores señalaron que ello se debió al nerviosismo de los encartados, conducta que según lo ha resuelto reiteradamente no puede ser tenida en consideración para configurar el indicio requerido por el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Razona que no es posible que cada uno de estos supuestos, por separado, faculten a los funcionarios policiales para realizar un control de identidad investigativo, por lo tanto solo queda analizarlos en su conjunto y que, realizado dicho examen, resulta que para los agentes que llevaron a cabo el procedimiento ellos no tuvieron tal entidad, puesto que decidieron únicamente realizar un control de identidad de carácter preventivo, lo que reafirma la postura de la defensa.

Finaliza solicitando que se anule la sentencia y el juicio oral que la precede, ordenando la exclusión de toda la prueba ofrecida por el Ministerio Público, para que luego se disponga la realización de un nuevo juicio por el tribunal oral no inhabilitado que corresponda.

TERCERO: Que como causal subsidiaria de nulidad, se hizo valer por la defensa, la contemplada en el artículo 373 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 342 letra c) y 297 del mismo cuerpo de normas, atendida del principio de la lógica de razón suficiente.

Al efecto, arguye que en el presente caso, el tribunal no ha dado por acreditada la participación de los imputados más allá de toda duda razonable, vulnerando de esta manera el principio antes aludido, toda vez que el reconocimiento de la víctima a uno de los imputados fue de lo más particular, porque no solo se demoró bastante, sino porque además no veía en su pantalla a todos los presentes del juicio, después preguntaba cuántos acusados habían, posterior a ello se desconecta el fiscal y cuando ingresa, la víctima logra reconocer a uno de los acusados, y con esa información se le pregunta por alguien más a quien pueda reconocer y no reconoce a nadie.

Refiere que respecto del kardex fotográfico exhibido al ofendido, que permitió el reconocimiento por parte de éste de dos de los acusados, el tribunal no consideró que el funcionario encargado de realizarlo, después de manifestar que la víctima sólo proporcionó los datos de manera vaga de un sujeto de cuello largo, ropa oscura, joven y tez morena, depuso que incorporó al mismo todos los acusados que iban de edades de 20 a 40 años, rubios y ojos azules como era Cristian Contreras y de 40 años como lo era Cristian Maliqueo.

Arguye que, en tercer término, los funcionarios manifestaron que las especies estaban en el auto, por lo que era del todo plausible que los acusados fueran quienes cometieron el delito, por estar cerca del lugar en donde se habría éste perpetrado, por lo que ese estándar debió ser un poco más elevado para acreditar la participación de los imputados en un delito.

Pide, que se acoja el presente recurso de nulidad, declarando en definitiva nulos el juicio oral y la sentencia y que se determine que el procedimiento habrá de quedar en estado de realizarse el juicio oral y se ordene la remisión de los autos al tribunal oral no inhabilitado que corresponda.

CUARTO: Que de la sola lectura de los fundamentos de la causal subsidiaria incoada por la defensas de los acusados, es posible colegir que a través de su reclamo lo que se pretende es revertir una valoración no compartida por la defensa respecto de las probanzas rendidas en autos, más no la inexistencia o la contraposición de la mismas a las reglas de la lógica como contempla la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, razones por las que la causal en estudio será desestimada, toda vez que, por lo demás, la alusión que se hace en el arbitrio de una supuesta infracción al principio de la razón suficiente carece de todo sustento.

QUINTO: Que el hecho que se ha tenido por establecido por los sentenciadores del grado, en el motivo duodécimo de la sentencia que se impugna, es el siguiente:

“El día 17 de julio del año 2019, a eso de las 23:10 horas aproximadamente, los acusados FRANCISCO ANDRES MALIQUEO RUZ, CRISTIAN PATRICIO JESUS CONTRERAS STUBING y CRISTIAN PABLO FUENZALIDA MALIQUEO, con la finalidad de sustraer especies, interceptaron a la víctima PABLO JOSE JESUS ERNESTO NAVARRO SILVA, en la intersección de Avenida La Florida con calle Del Prado, comuna de La Florida, quien se encontraba circulando en su bicicleta marca Trek, color verde, avaluada en la suma de \$100.000 (cien mil pesos), momentos en los que la víctima se detuvo para contestar una llamada de su teléfono celular marca Samsung, modelo J7, avaluado en la suma de 60.000 (sesenta mil pesos), descendieron dos de los acusados del vehículo P.P.U., LDTH.28, marca Volkswagen, mode-

lo Virtus, color azul, en el que se movilizaban, quienes lo intimidan apuntándolo directamente al cuerpo con un objeto que impresionaba ser un arma de fuego, para sustraerle con ánimo de lucro y contra su voluntad, el teléfono celular y la bicicleta, para luego los acusados darse a la fuga en el vehículo, siendo detenidos en las inmediaciones del lugar, por personal de carabineros, logrando recuperar las especies sustraídas” (sic).

SEXTO: Que, en lo que dice relación con el motivo principal del arbitrio es menester señalar que en el considerando octavo del fallo impugnado, los juzgadores del grado tuvieron presente para adoptar su decisión, la declaración de los funcionarios policiales César Bernardo López Sepúlveda y Matías Muñoz Vásquez, quienes dieron cuenta de manera pormenorizada del procedimiento en que intervinieron y que culminó con la detención de los acusados.

En base a tales atestados, los sentenciadores de la instancia concluyeron, en el mismo motivo octavo, que la actuación de los aprehensores no conculcó las garantías fundamentales denunciadas por la defensa de los encartados.

Para fundar tal aserto, argumentaron en el antes referido fundamento que:

“Que estiman estos sentenciadores, a diferencia de lo sostenido por las defensas, que el actuar de los funcionarios policiales, no vulneró ninguna de aquellas garantías amparadas por la constitución, por cuanto, el origen del procedimiento fue por un control vehicular, encontrándose facultados para hacerlo y que al realizar el control de identidad que se realizó con posterioridad, no excedieron sus facultades posterior, no se vulneró garantía alguna.

En efecto, se acreditó que los funcionarios policiales hicieron un control vehicular al acusado y sus acompañantes, que se trasladaban en un vehículo Volkswagen, que circulaba a exceso de velocidad, zigzagueando entre los vehículos y con el maletero abierto, asomándose la rueda de una bicicleta que amenazaba con caerse.

Cabe señalar que luego de solicitados los documentos del vehículo y del conductor -el que si bien dijo ser chofer de Uber, no tenía la aplicación descargada- explicándosele que el automóvil debía ser retirado de circulación, momentos en los que descienden el copiloto del móvil y el sujeto que iba detrás del asiento del copiloto, los que al ser consultados, dieron explicaciones contradictorias sobre el dominio de la bicicleta, por lo que decidieron hacer un control de identidad a aquellos, en virtud del artículo 12 de la Ley 20.931, constatando que ninguno de los sujetos que se desplazaba a bordo del vehículo portaba su cédula de identidad.

Así las cosas, estiman estos sentenciadores que, habiéndose constatado por los funcionarios que el vehículo circulaba a gran velocidad, zigzagueando entre el tránsito vehicular, con el maletero abierto con una bicicleta en su interior, de la que no supieron dar explicaciones los ocupantes del móvil, señalando el chofer que era conductor de Uber, sin tener descargada la aplicación, ello constituye un indicio más que suficiente, en los términos que establece el artículo 85 del código Procesal Penal, que tienen la fuerza y vehemencia que autoriza una diligencia autónoma de la policía.

Sin embargo y, en un actuar conservador de los funcionarios aprehensores, ellos solo se limitaron a trasladarlos a la unidad policial a fin de verificar sus identidades, sin realizar registro de ellos ni del vehículo en el que se desplazaban, pudiendo hacerlo, conforme lo dispone el artículo 85 ya citado, trasladando a los acusados a la unidad policial, solo para efectos de verificar su identidad.

Cabe señalar que no se registró a los acusados ni el vehículo en el que se transportaban, estando los funcionarios habilitados para hacerlo. En tal sentido, la alegación de las defensas, cuestionando el actuar del Sargento López que contestó el llamado de un teléfono que sonaba al interior del vehículo en el que se trasladaban los acusados, no implica que el procedimiento esté viciado, o que de alguna manera haya vulnerado alguna garantía constitucional, por cuanto, se ha acreditado en este juicio, que el celular que López contestó, no pertenecía a ninguno de los acusados en estos autos, por lo que malamente se pueden haber visto vulnerados sus derechos por esa sola conducta y que, al automóvil estaba estacionado, con sus ventanas abiertas y las puertas sin seguro.

En ese orden de ideas, es dable sostener que al contestar dicho llamado, el Sargento aludido tuvo noticia de la existencia de un delito, conforme a lo informado por la mujer que llamaba, la que señaló que momentos antes su pololo había sido víctima del robo de su celular y de su bicicleta, lo que, al parecer de estos sentenciadores, lo habilitaba para detener a los sujetos que fueron hallados con las especies sustraídas, lo que sin embargo, tampoco ocurrió, puesto que solo cuando la víctima de los hechos concurrió a la unidad policial y reconoció las especies sustraídas, es que se puso en conocimiento de los antecedentes al fiscal de turno y se detuvo a los acusados, por lo que el actuar de los funcionarios policiales se enmarcó dentro de lo que la ley establece” (sic).

SÉPTIMO: Que, en lo concerniente a la infracción denunciada por el recurso de nulidad, cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República y que consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y al efecto, el artículo 19, N° 3, inciso sexto, confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas.

OCTAVO: Que, en otro orden de consideraciones, en cuanto a las facultades autónomas de actuación que la ley le entrega al personal policial, así como lo referido al respeto del debido proceso y la intimidad, esta Corte Suprema ha señalado reiteradamente que la negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja de manera sustancial dicho sistema debe ser excluido del mismo.

NOVENO: Que en relación a las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, resulta necesario proceder a su análisis a efectos de poder determinar si ellas han sido transgredidas y, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos fundamentales del acusado, como denunció su defensa.

DÉCIMO: Que como se ha dicho en ocasiones anteriores por esta Corte, el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (Sentencias Corte Suprema Roles N° 7178-17, de 13 de abril de 2017; N° 9167-17, de 27 de abril de 2017; N° 20286-18, de 01 de octubre de 2018; N° 28.126-18, de 13 de diciembre de 2018 y N° 13.881-19, de 25 de julio de 2019; N° 2.895-20, de 04 de marzo de dos mil veinte).

Es así como el artículo 83 del citado cuerpo normativo establece expresamente el marco regulatorio de la actuación policial sin orden previa o instrucción particular de los fiscales permitiendo su gestión autónoma para prestar auxilio a la víctima (letra a); practicar la detención en casos de flagrancia conforme a la ley (letra b); resguardar el sitio del suceso con el objeto de facilitar la intervención de personal experto de la policía, impedir la alteración o eliminación de rastros o vestigios del hecho, etcétera, (letra c); identificar testigos y consignar las declaraciones que ellos presten voluntariamente, tratándose de los casos de las letras b) y c) citadas (letra d); recibir las denuncias del público (letra e) y efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales (letra f). Sólo en las condiciones que establece la letra c) recién citada, el legislador autoriza a los funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile a efectuar diligencias autónomas de investigación.

A su vez, los artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal, regulan el procedimiento de control de identidad, estableciendo la facultad de los funcionarios policiales para solicitar la identificación de cualquier persona sin orden previa de los fiscales, en los casos fundados en que estimen que exista algún indicio de que se hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; en el caso que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad; facultando para el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, procediendo a su detención, sin necesidad de orden judicial, de quienes se sorprenda a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130 -que describe lo que debe entenderse por situación de flagrancia- así como de quienes, al momento del cotejo, registren orden de aprehensión pendiente.

UNDÉCIMO: Que las disposiciones recién expuestas tratan, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano establecido por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado -y sometido a control

jurisdiccional- en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos.

DUODÉCIMO: Que a fin de dirimir lo planteado en el recurso, es menester estarse a lo asentado por los jueces de la instancia al ponderar las evidencias aportadas a la litis, sin que sea dable que, para tales efectos, esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, intente una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado, porque ello quebranta de manera evidente las máximas de oralidad, inmediatez y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal, puesto que lo contrario implicaría que este tribunal de nulidad, únicamente de la lectura de los testimonios “extractados” en la sentencia, podría dar por acreditados hechos distintos y opuestos a los que los magistrados extrajeron de esas deposiciones, no obstante que estos últimos apreciaron íntegra y directamente su rendición, incluso el examen y contra examen de los contendientes, así como hicieron las consultas necesarias para aclarar sus dudas, lo que de aceptarse, simplemente transformaría a esta Corte, en lo atinente a los hechos en que se construye esta causal de nulidad, en un tribunal de segunda instancia, y todavía más, en uno que -a diferencia del a quo- dirime los hechos en base a meras actas o registros -eso es sino el resumen de las deposiciones que hace el tribunal oral en su fallo-, lo cual, huelga explicar, resulta inaceptable. Aclarado lo anterior, se procederá al estudio de las protestas fundantes del recurso con arreglo a los hechos que en la decisión se tienen por demostrados.

DÉCIMO TERCERO: Que resulta relevante para ello, señalar que la sentencia impugnada, en su motivo séptimo, consignó los presupuestos de hecho que se tuvieron como establecidos, consistentes en que el día el día 17 de julio del año 2019, los funcionarios policiales César Bernardo López Sepúlveda y Matías Muñoz Vásquez se encontraban efectuando un patrullaje preventivo por Avenida Rojas Magallanes al poniente y que, siendo las 23:15 horas aproximadamente, al llegar a calle Palma Chilena, divisaron un auto azul que iba a alta velocidad, zigzagueando hacia el oriente, cuya maletera se abría y cerraba, con una bicicleta en el portamaletas con la rueda afuera, efectuándole un control vehicular al conductor quien les explicó que trabajaba en Uber, sin embargo, al pedirle la aplicación no la tenía descargada en su teléfono, informándole que se le cursaría una infracción y que se iban a llevar el automóvil. Acto seguido, los dos pasajeros del móvil se bajaron del mismo y cuando se les consultó sobre la bicicleta, dieron explicaciones contradictorias respecto de a quien pertenecía, por lo que les realizaron un control de identidad y al, no portar sus cédulas de identidad, los llevaron a la unidad para hacerle un control de identidad.

Luego de ello, los agentes policiales dejaron el automóvil en el estacionamiento de la unidad policial y personal de carabineros se llevó a los sujetos a la sala de guardia para hacerles el control de identidad y que, cuando bajaban de la patrulla, uno de ellos sintió sonar un teléfono desde el interior del vehículo en el que se trasladaban los acusados -en la funda trasera del asiento del copiloto-, recibiendo el llamado de una señorita que le informó que ese celular era de su pololo a quien acababan de asaltar en la esquina de Avenida La Florida con calle El Prado, robándole también su bicicleta, llegando momento

después el ofendido a la unidad policial, reconociendo sus pertenencias, por lo que se detuvo inmediatamente a los acusados.

DÉCIMO CUARTO: Que en la especie la defensa del encartado ha cuestionado el actuar de los funcionarios policiales, toda vez que estima que éstos, pese a la inexistencia de un indicio, controlaron la identidad de los recurrentes ante sola existencia de una infracción de tránsito que no habilitaba para ello, procediendo de manera autónoma en un caso no previsto por la ley, lo que implicara que todas las pruebas derivadas de tales diligencias son ilícitas, y por ende, debieron ser valoradas negativamente por los juzgadores de la instancia.

DÉCIMO QUINTO: Que, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte, una actuación autónoma e intrusiva como el control de identidad debe, necesariamente, dado que afecta garantías constitucionales como el derecho a la intimidad, basarse en un indicio de carácter objetivo y por ello susceptible de ser objeto de revisión judicial (Sentencias Corte Suprema Roles N° 21.413-14, de 22 de septiembre de 2014, y N° 2.222-19, de fecha 28 de febrero de 2019).

En el mismo sentido, es preciso señalar que en la construcción de un indicio deben aquilatarse, en su conjunto, todas aquellas circunstancias que, conforme el procedimiento llevado a cabo, fueron constatadas por los agentes policiales.

Pues bien, del mérito de los antecedentes antes expuestos, se colige que los funcionarios de Carabineros, en primer término, divisaron un automóvil que iba a alta velocidad, zigzagueando hacia el oriente, cuya maletera se abría y cerraba, con una bicicleta en el portamaletas con la rueda afuera, y que, luego de ello, al fiscalizar al conductor del móvil en el marco de un control vehicular, éste no acreditó ser conductor de la aplicación a la que dijo pertenecer, no dando además, los pasajeros del móvil explicaciones satisfactorias respecto de la bicicleta que transportaban.

Tales circunstancias, analizadas en su conjunto, en cuanto las mismas son de carácter objetivo y, por lo demás, verificables, permiten estimar que en la especie estamos en presencia de un indicio que posee la fuerza y coherencia necesaria para facultar a los agentes policiales a efectuar un control de identidad a los impugnantes, validando con ello su actuar, en cuanto constituyen una información concreta acerca de la posible -presumible- realización de una conducta delictiva.

DÉCIMO SEXTO: Que, en consecuencia, al proceder del modo que lo hicieron los funcionarios policiales no transgredieron en el caso concreto las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no han vulnerado las normas legales que orientan el proceder policial como tampoco las garantías y derechos que el artículo 19° de la Constitución Política reconoce y garantiza a los imputados, por lo que los jueces del tribunal oral no incurrieron en vicio alguno al aceptar con carácter de lícita la prueba de cargo obtenida por la policía en la referidas circunstancias y que fuera aportada al juicio por el Ministerio Público, de manera que no queda sino rechazar, también, la causal principal del recurso en análisis.

Por estas consideraciones y de acuerdo, también, a lo establecido en los artículos 372, 373 letra a), 374 letra c), 376 y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad

promovido por la defensa de los condenados Cristian Patricio Jesús Contreras Stubing y Cristian Pablo Fuenzalida Maliqueo, en contra de la sentencia de ocho de septiembre dos mil veinte y en contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC N° 1900767921-4, RIT N° 11-2020, del Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, los que en consecuencia, no son nulos.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller. Regístrese y devuélvase.

Rol N° 119.117-2020

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., y los Abogados Integrantes Sr. Ricardo Abuaud D., y María Cristina Gajardo H. No firman los Abogados Integrantes Sr. Abuaud y Sra. Gajardo, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos ausentes.

**UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN**

EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA: REFLEXIONES SOBRE SU ORIGEN HISTÓRICO-LEGISLATIVO, Y SU FUNCIONALIDAD EN EL ACTUAL ESTADO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Cristian Crisosto Rifo¹

I. INTRODUCCIÓN

Etimológicamente prevaricación proviene de “*prae- varicare*”, que quiere decir caminar con paso torcido, ir por mal camino. Según la Real Academia Española de la Lengua prevaricación en su primera acepción quiere decir: “*Delito consistente en que una autoridad, un juez o un funcionario dicte a sabiendas una resolución injusta*”.

Desde su entrada en vigencia en 1874 nuestro Código Penal incorporó en el Libro Segundo, Título V “*De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos*”, en su párrafo 4, las diversas hipótesis de prevaricación. Así en los artículos 223 hasta el 227, se sancionan las diversas hipótesis dolosas y culposas de la prevaricación judicial; a continuación en el artículo 228 la denominada prevaricación administrativa, en el 229 la no aprehensión de personas; y en los artículos 231 y 232 la prevaricación de los abogados y procuradores.

Posteriormente y ya en el año 2002 por Ley N° 19.806, se incorporó al Código Penal una hipótesis que puede conceptualizarse como prevaricación del fiscal del Ministerio Pú-

¹ Abogado, Magister en Derecho con mención en Derecho Público, Fiscal Adjunto Especializado en la investigación de los delitos de corrupción de la Fiscalía Local de Temuco, Fiscalía Regional de La Araucanía, Ministerio Público.

blico, sin embargo el legislador lo incorporó en el artículo 269 ter, dentro del párrafo II bis del delito de obstrucción de la investigación, dentro del Título VI del Libro Segundo, que regula “*Los crímenes y simples delitos contra el orden y seguridad públicos cometidos por particulares*”.

Así las cosas el artículo 228 de nuestro Código Penal sanciona el delito de prevaricación administrativa, castigando en su inciso primero una conducta dolosa y en el segundo inciso una hipótesis culposa, de la siguiente manera: **“El que, desempeñando un empleo público no perteneciente al orden judicial, dictare a sabiendas providencia o resolución manifiestamente injusta en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo, incurrirá en las penas de suspensión del empleo en su grado medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales.**

Si la resolución o providencia manifiestamente injusta la diere por negligencia o ignorancia inexcusables, las penas serán suspensión en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.

Se podrá apreciar en este ensayo a partir de la revisión de la doctrina sobre el delito de prevaricación administrativa, que su tratamiento ha sido históricamente residual, apareciendo permanentemente “*a la sombra*” del delito de prevaricación judicial. En efecto, tanto la doctrina comparada como la nacional, abordan en detalle las diversas hipótesis de prevaricación de los jueces, y al referirse a la prevaricación administrativa, simplemente se replican los conceptos ya tratados respecto de los magistrados, particularmente en los elementos típicos más problemáticos, como ser la correcta interpretación de conceptos normativos como “*manifiestamente injusta*”, el hecho de ser un delito de mera actividad, etc., produciéndose una especie de conocimiento insuficiente en torno a su verdadera naturaleza jurídica, principalmente cuando se le analiza a la luz de algunos conceptos de Derecho Administrativo que subyacen en su descripción típica.

Adicionalmente también, se podrá constatar la influencia determinante que tuvo en la Comisión Redactora de nuestro Código Penal, en la configuración del tipo penal en estudio, la regulación de la prevaricación administrativa del Código Penal Español de 1848, y también la obra de Joaquín Francisco Pacheco, renunciando los comisionados a desarrollar una descripción típica propia para nuestro artículo 228, redacción que, como se requiere para todo tipo penal, debe conciliarse con el principio de taxatividad del artículo 19 N° 3 de la Constitución, que exige que la conducta sancionada esté expresamente descrita en la ley.

Al mismo tiempo se examinará la configuración del delito, a la luz de la actual vigencia de un nutrido complejo de normas de Derecho Administrativo, inexistentes a la época de la entrada en vigencia del Código Penal, que regulan hoy casi la totalidad de las labores de la Administración Pública, entre otros: la función pública, el procedimiento administrativo, el acto administrativo, como también los procedimientos administrativos disciplinarios, y por cierto los diversos mecanismos de invalidación y revocación de los actos administrativos ilegales o arbitrarios, que hacen necesario revisitar la pertinencia de mantener el control de la jurisdicción penal respecto de la dictación de “*providencia o resoluciones injustas*”, en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es posible advertir que la Comisión Redactora de nuestro Código Penal, al decidir el criterio de distribución de los diversos tipos penales a lo largo del Libro Segundo, resolvió sistematizarlos en función del sujeto activo involucrado, cuyo caso precisamente es el de las diversas hipótesis de prevaricación, que como ya se puntualizó, se tipificaron en función del juez, del funcionario de la administración pública y de los abogados, no atendiendo en cambio al bien jurídico protegido por cada delito, criterio que como veremos podría considerarse distinto entre el de la prevaricación del juez y en la prevaricación administrativa.

En efecto, en una primera mirada si consideramos la función del juez en un Estado de Derecho, podremos decir que sus conductas ilícitas afectarían a la Administración de Justicia, y por su parte los delitos cometidos por los otros funcionarios públicos lesionarían a la Administración Pública. Si se ahonda en el análisis vamos advirtiendo que es posible conceptualizar el bien jurídico protegido por la prevaricación judicial no en sentido orgánico sino más bien en sentido dinámico, es decir haciendo alusión al ejercicio de la función jurisdiccional. A eso se refieren Ossandón y Rodríguez al decir que: *“El fundamento de la antijuridicidad de la prevaricación judicial es que la conducta del juez lesiona la administración de justicia en sentido funcional”*². Citando a Jakobs los mismos autores precisan que: *“El fundamento de la prevaricación judicial se halla en la infracción de un deber específico, concebido en sentido objetivo-institucional, en relación con el desempeño de la función de realización del derecho, la que se efectúa en servicio de la ciudadanía”*³. De este modo concluyen que la Administración de justicia: *“Es una institución configurada constitucionalmente, de la que depende la propia existencia del Estado de Derecho”*⁴.

Por su parte Guzmán Dálbora, quien se ha dedicado con determinación al estudio de los denominados delitos funcionarios, hace presente que el bien jurídico comprometido al considerar la Administración de Justicia como ejercicio de la jurisdicción sería una: *“función pública cuyo contenido consiste en declarar coactivamente, con exclusividad e independencia, el Derecho aplicable a un supuesto fáctico particular cuya identidad es controvertida, o respecto del cual se discute la norma que debe regirlo o el sentido o alcance de tal norma”*⁵.

De esta manera podemos concluir preliminarmente que el bien jurídico comprometido en la prevaricación judicial, se refiere no tanto al aspecto orgánico del Poder Judicial, ni al principio de legalidad en sí mismo, sino que básicamente al ejercicio de la función jurisdiccional, consistente en realizar el Derecho, actividad que en sí misma permite la existencia del Estado de Derecho, función que se vincula al principio de legalidad consagrado en los artículos 6 y 7 de nuestra Constitución política.

² Ossandón Widow, María y Rodríguez Collao, Luis: “Aspectos sistemáticos y político-criminales de la prevaricación administrativa”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, 2005, II semestre, p. 410.

³ *Ibid.*; p. 412, en Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte General* (trad. Cuello Contreras - Serrano González de Murillo). 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 53.

⁴ *Ibid.*, p. 413.

⁵ Guzmán Dálbora, J. “La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica”. En: ARROYO ZAPATERO - BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*. Cuenca, U. Castilla-La Mancha, 2001.

Por otro lado la función pública protegida por el delito de prevaricación administrativa, pareciera no compartir precisamente el mismo contenido que el de la prevaricación judicial. En efecto, de la misma redacción del artículo se desprende una voluntad legislativa de separarlo de la prevaricación judicial al indicar el inicio del artículo 228 del Código Penal: **“El que, desempeñando un empleo público no perteneciente al orden judicial...”**, texto que aparte de distinguir claramente al sujeto activo, parece hacer alusión a una actividad o función distinta de la jurisdiccional, al mencionar el concepto de **“empleo público”** situado en un **“orden”** o ámbito distinto, fuera de lo **“judicial”**.

Así, tradicionalmente nuestra doctrina y jurisprudencia casi unánime nos ha planteado que el bien jurídico protegido por los delitos en general llamados funcionarios, sería el *correcto desempeño de la función pública*. Por ello Etcheberry indica: *“A nuestro juicio, el bien jurídico protegido [...] es también entre nosotros la recta administración pública. Para estos efectos, la expresión ‘Administración Pública’ debe entenderse en sentido muy amplio, como ‘actividad general del Estado’, no sólo en el aspecto técnicamente llamado administrativo, sino también en el legislativo y el judicial. Esta idea es expuesta por Bunster, quien manifiesta su acuerdo con el pensamiento de Eusebio Gómez, en el sentido de que en estos delitos no resulta atacado el Estado mismo, sino su regularidad funcional”*⁶.

Por su parte Politoff, Matus y Ramírez plantean que: *“En cuanto al bien jurídico protegido de manera común por todas estas figuras puede postularse el recto funcionamiento de la Administración Pública, cuyos funcionarios tienen un deber especial frente a la consecución de sus finalidades en orden a la prosecución del bien común, que justifica el diferente tratamiento penal que aquí se les dispensa, mediante la construcción de ‘delitos especiales’, sin perjuicio de las particularidades de cada delito”*⁷.

Coinciden con los anteriores los profesores Ossandón y Rodríguez, al postular que el bien jurídico protegido: *“Es el propio desempeño de la función pública, por ser éstos lo que puede llegar a afectar —en términos de perjuicio o beneficio— a la ciudadanía”*⁸.

De esta manera, el bien jurídico protegido por el delito de prevaricación administrativa podría entenderse como el correcto desempeño de la función pública, no entendida ésta en sentido orgánico sino que en sentido dinámico, es decir, como el ejercicio de potestades públicas con el objeto de satisfacer fines generales, de acuerdo al ordenamiento jurídico. En efecto, si consideramos el artículo 1 inciso cuarto de la Constitución que nos indica que **“...el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”**, y lo vinculamos con el artículo 6 inciso primero de la misma Carta Constitucional que prescribe que: **“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella...”**, es posible considerar que los órganos del Estado, en lo que nos atañe, distintos a los del Poder Judicial, tienen como función o razón de ser el servicio a las personas. ¿Cómo?, a través del ejercicio de potestades públicas, con el objeto de satisfacer necesidades generales de manera regu-

6 Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal. 3ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo IV, p. 203.

7 Politoff Lifschitz, A; Matus Acuña, Jean; Ramírez Guzmán, María. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2005, Tomo II, p. 487.

8 Ossandón Widow, María; Rodríguez Collao, Luis. *Delitos contra la función pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*. 2ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2014, p. 98.

lar y continua, sometiendo su acción al principio de juridicidad, esto es, sujetándose a la Constitución, ley y otras normas jurídicas que componen nuestro ordenamiento jurídico.

De allí que cuando un funcionario público de un ámbito distinto al Poder Judicial, ejerce sus potestades públicas infringiendo el ordenamiento jurídico, o utilizando sus facultades torcidamente para adoptar decisiones injustas, o no buscando el interés general, es posible que pueda configurarse el delito de prevaricación administrativa.

III. SUJETO ACTIVO

Si bien es cierto la redacción no indica directamente al “funcionario” o “autoridad”, y más bien utiliza la conocida preposición “**El que**”, que define en la mayoría de los casos a los delitos comunes, no es controvertido el aserto de que se trata de un delito especial, que requiere un sujeto activo con una calidad especial, en este caso ser funcionario público, que se desprende de que a continuación al sujeto activo se le exige que se halle “**desempeñando un empleo público distinto del orden judicial**”, lo que claramente denota la exigencia de que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario público, y además que actúe en el ejercicio de sus funciones.

Don Joaquín Francisco Pacheco en su obra “*El Código Penal, concordado y comentado*”; refiriéndose al español de 1848; texto que sirvió de fuente para nuestra Comisión Redactora al confeccionar el Código Penal, en particular sobre la prevaricación administrativa y judicial, expresa: “*Más en este título que nos ocupa, la palabra empleado tiene más lata significación. Todo el que ejerce funciones, todo el que desempeña un cargo público en la sociedad, entra o puede entrar aquí en aquella esfera. El alcalde de elección popular, el escribano que heredó su oficio, el cura que obtuvo por oposición su curato, a todos estos, y a cuantos otros casos análogos se imaginen, puede alcanzar la ley en sus respectivas disposiciones*”⁹.

Abona esta interpretación el hecho de que el proyecto original de la Comisión Redactora fijaba este delito en el artículo 230, y lo comenzaba con la frase “**El empleado público...**”, sin embargo dicha redacción fue modificada posteriormente. En efecto, según lo plasmado en la sesión N° 171 de diez de octubre 1873 de la Comisión Redactora, a propósito del sujeto activo de este delito se señaló: “**Para que la disposición del artículo 230 comprenda no sólo a los empleados permanentes sino también a los que de un modo accidental desempeñan cargos públicos, se varió su primera frase diciéndose: “El que desempeñando un empleo público no perteneciente al orden judicial, etc.”**”¹⁰.

De esta manera es posible sostener que la redacción definitiva del artículo 228 tuvo como objetivo ampliar el posible sujeto activo no sólo a los que hoy catalogaríamos como funcionarios de planta, sino que también a los de contrata, incluyendo a los que llamamos honorarios y a asesorías en general. Lo anterior incluso a título gratuito, al complementarse con el artículo 260 del Código Penal, que definiendo para efectos penales al fun-

9 Pacheco, Joaquín F. “*El Código Penal, concordado y comentado*” de don Joaquín Francisco Pacheco, de la Academia Española. Fiscal que fue del tribunal Supremo de Justicia. Quinta edición, corregida y aumentada, Madrid, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, Impresión de Cámara de S.M. Isabel la Católica 23, 1881, Tomo II, págs. 400 y sgtes. En Fama.es, catálogo de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, Joaquín Pacheco.

10 Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno. Santiago, Imprenta de la República de Jacinto Núñez, 1873, págs. 308 y sgtes.

cionario público, no en términos estatutarios sino que atendiendo a la función pública desarrollada, comprende a aquellos sujetos activos que no perciben remuneración, al definir también como funcionario público a aquellos que: “... **ni reciban sueldo del Estado**”.

En efecto, según el estado actual del desarrollo de la doctrina y jurisprudencia penal sobre los delitos funcionarios, es seguro decir que están contestes en tratar el concepto penal de funcionario público desde un punto de vista funcional y no estatutario. Este concepto funcional atiende a la labor o función que desarrolla el empleado público *más que al vínculo contractual específico* que lo une con la Administración, concepto mucho más amplio que el concepto de empleado público para efectos del Derecho Administrativo, para el cual, salvo excepciones legales, sólo son funcionarios públicos los adscritos a la “*planta institucional*” y los vinculados “*a contrata*”, y que reciben una contraprestación pecuniaria por su labor.

Más aún desde un punto de vista formal, es posible advertir que se trata de un delito especial propio, de manera tal que si desaparece la calidad especial de funcionario público, no existe un tipo penal residual al cual reconducir la conducta de un autor que no ostente dicha calidad. Esto queda de manifiesto al considerar que el fundamento de la antijuridicidad en este caso está dado por la especial calidad del sujeto activo, quien ha sido investido por la ley con una esfera de competencias, que se expresan en diversas potestades públicas, las cuales se les han entregado por el ordenamiento jurídico para ejercerlas con apego al principio de juridicidad, con el fin de satisfacer necesidades generales de manera regular y continua. Un sujeto activo que no revista la calidad de funcionario público no podría cometer a título de autor este delito, desde luego por carecer de la investidura regular, pero particularmente por no tener la competencia ni potestad de emitir decisiones justas o “*injustas*”, lo que en todo caso no excluiría necesariamente la participación a título de complicidad.

IV. CONDUCTA TÍPICA

1. Desempeñando un empleo público.

Un elemento típico relevante se refiere a un aspecto ya adelantado, y es que la conducta sancionada debe ser cometida en el contexto del ejercicio de las funciones públicas del funcionario, al exigir el legislador que la conducta se ejecute “**desempeñando un empleo público**”, lo cual según nuestro análisis circunscribe la acción a actos de ejecución desplegados en cumplimiento de las labores públicas propias del empleado público. Lo cual también nos permite inferir que dicha actuación debe ser ejecutada en el ámbito de las potestades públicas que le han sido asignadas al funcionario, es decir dentro de su competencia. En efecto, según el artículo séptimo inciso primero de la Constitución los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, en el ámbito de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

De este modo no podría ser perseguido penalmente por este tipo penal un funcionario que ejerció alguna potestad pública que no le ha sido asignada, ya que sería incompetente, y no estaría actuando en el “**desempeño de su empleo público**”, deviniendo dicha conducta en atípica, sin perjuicio del inicio de un procedimiento administrativo disciplinario.

En efecto, en el delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 del Código Penal, el concepto penal de si un funcionario público tiene **“a su cargo”** los caudales o efectos de los cuales se apropia, dependerá de las normas de Derecho Administrativo que regulan la posición y labores del funcionario público. Pues bien, de la misma manera es posible también aseverar que en el caso de la prevaricación administrativa, serán también las normas jurídicas del Derecho Administrativo las que nos permitirán precisar el núcleo de la conducta delictiva consistente en **“desempeñando un empleo público”, “dictare providencia o resoluciones injustas”**. Esto puede ser así porque estas decisiones administrativas no son otras que los denominados actos administrativos, y para dictarlos el funcionario debe contar con potestades públicas, y este tipo de potestades es posible entenderlas como un concepto abstracto, como un *“poder de acción”*¹¹, es decir la potestad sería una *“posición jurídica activa, que se traduce en el poder de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas”*¹².

Por ello la noción de potestad permite fundar el concepto de potestad pública como *“el poder de acción unilateral de las autoridades públicas”*. Es decir, se trata de un concepto abstracto, distinto de la facultad.

Siguiendo lo anterior se dice que la potestad es un poder que puede o no concretarse luego en la atribución de un derecho subjetivo, llamado también facultad. Es aquel poder de acción el que permite que el sujeto activo, interviniendo en algún procedimiento administrativo concrete dicha potestad pública en la dictación o emisión de algún acto administrativo, el cual podrá ser de gravamen o favorable para algún ciudadano.

En segundo lugar las potestades públicas son de derecho estricto, y deben en principio ser siempre asignadas por ley, es decir el fundamento de la potestad pública está en el legislador. A su vez estas potestades podrán ser regladas o discrecionales, siendo las primeras aquellas en que el legislador preddefine en la ley la totalidad de las condiciones para su ejercicio, en cambio las discrecionales son aquellas en que el legislador entrega a la Administración ciertos grados de libertad para determinarse, al decir de García de Enterría y Fernández, es *“una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos”*¹³.

Por lo anterior podemos decir que la conducta incriminada en el delito de prevaricación administrativa presupone que el funcionario público sea titular de alguna potestad pública, la cual puede ser reglada o discrecional, ya que la ley no distingue una de otra hipótesis. Adicionalmente dicha potestad pública debe ejercerse válidamente en el contexto del ejercicio de las funciones públicas del sujeto activo, vale decir dentro de su competencia, o sea, ejerciendo la medida o porción de potestades públicas que el ordenamiento jurídico le ha asignado. En cambio si el sujeto activo fuese empleado público pero incompetente para dictar el acto administrativo injusto, sería plausible vislumbrar alternativas, entre ellas analizar la posibilidad de subsumir la conducta en el tipo penal de Abusos contra particulares, del artículo 255 del Código penal, no obstante ser éste un delito construido de forma distinta al que estudiamos.

¹¹ Valdivia, José Miguel. *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2018, págs. 147 y sgtes.

¹² *Ibíd.*, p. 145.

¹³ Valdivia, José Miguel, *ob. cit.*, p. 224.

2. Objeto material

A continuación y considerando la forma procedimental y reglada en que la Administración debe ejercer sus funciones públicas, debemos concordar que la conducta de dictar providencia o resoluciones manifiestamente injustas en materia contencioso administrativa o meramente administrativa, debería darse en el contexto de un procedimiento administrativo, el cual a contar del año 2003 con la Ley N° 19.880 tiene regulación legal expresa, al dictarse la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos.

Por ello se podría entender que el legislador al describir que la conducta recae en *dictar providencia o resoluciones injustas*, nos reenvía también a las normas de Derecho Administrativo para precisar su recta aplicación. En efecto, es posible que entendamos por dictar dichas providencias o resoluciones como la emisión de un acto administrativo, y en nuestro ordenamiento jurídico existe incluso una definición legal para ello en el artículo 3° inciso segundo de la ya aludida Ley N° 19.880, de Bases de Procedimientos Administrativos, al definir el acto administrativo como ***“las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”***.

De esta manera es plausible entender que la conducta de dictar las resoluciones o providencias debería en principio, cumplir con los requisitos de formalidad atendido el tipo de acto de que se trate, y esta formalidad debería entenderse en primer lugar, como su emisión con los requisitos de forma necesarios para cada acto administrativo en particular.

A continuación el acto administrativo debe emitirse en el contexto de un procedimiento administrativo, en el cual la autoridad o funcionario está ejerciendo una potestad pública que se expresa en la emisión de un determinado acto administrativo, y dicha intervención debe desplegarse en el ámbito de su competencia.

Por lo anterior entendemos que el objeto material sobre el cual recae la acción se refiere al acto administrativo en sentido amplio, por ello el legislador lo describe como ***“providencia o resolución”***. De esta distinción es posible deducir que incluye tanto los actos trámite como los actos finales. Así, ***“providencia”*** haría mención a actos administrativos que sin ser terminales, deciden ciertas etapas intermedias del procedimiento, que son necesarias para en definitiva adoptar una resolución final, como lo sería por ejemplo la decisión de declarar inadmisibles, fuera de bases, la oferta de una empresa que postuló a la licitación de la construcción de una obra pública, dejándola fuera del procedimiento de licitación, el que continúa con las demás empresas oferentes. Y estaríamos en presencia de una ***“resolución”***, al tratarse de un acto administrativo terminal o final, que decide, define un procedimiento administrativo, como lo sería, siguiendo el mismo ejemplo, la emisión de la resolución o decreto que adjudica en definitiva el contrato de obra pública a alguna de las empresas oferentes.

Si bien es cierto el legislador no distingue y sanciona la emisión de ambos tipos de actos administrativos, es menester hacer presente que respecto de los actos trámite, se debieran comprender sólo aquellos que tengan un cierto contenido decisorio mínimo, que sean aptos para generar el peligro de una decisión injusta. Esto es refrendado también por la propia definición legal de acto administrativo, que hace mención a que contengan

“declaraciones de voluntad”, es decir que los actos administrativos sean capaces de crear, modificar o extinguir relaciones o posiciones jurídicas, lo que nos lleva a sostener que no todo acto trámite podrá ser objeto material de este delito. Esto dejaría también fuera de tipicidad la emisión de informes o asesorías.

La descripción típica además exige que la dictación del acto administrativo injusto pueda verificarse en un **“negocio contencioso administrativo o meramente administrativo”**, lo que denota una concepción de carácter amplio del tipo de procedimiento administrativo en el contexto del cual se emite la decisión injusta. En efecto, lo extensivo de ambos conceptos permite afirmar que la conducta prevaricadora podrá cometerse prácticamente en cualquier tipo de procedimiento administrativo, que se tramite ante los más distintos órganos públicos, partiendo por ejemplo por la solicitud de un subsidio de agua potable en un municipio, meramente administrativo, hasta la sustanciación de un procedimiento sancionatorio dirigido por una superintendencia, contencioso administrativo. De esta manera el legislador no limita la sede o el tipo de procedimiento en cuyo contexto puede dictarse el acto administrativo **“injusto”**, lo que permite en definitiva proteger de mejor manera los derechos de los ciudadanos.

3. Manifiesta injusticia

En cuanto a que la providencia o resolución deba ser **“manifiestamente injusta”**, existen diversas opiniones doctrinales al respecto. Según Muñoz Conde: *“El problema de lo que debe entenderse por injusticia se traslada al ámbito de la interpretación, debiendo entenderse como injusta toda interpretación jurídica que sea difícilmente justificable en el plano teórico. También actuaciones de facto en las que, aparentemente no se conculcan normas jurídicas, pueden constituir una injusticia y, por tanto prevaricación, por ejemplo el retraso excesivo en la adopción de una resolución, la arbitrariedad, la desviación de poder, la decisión desigual de supuestos iguales, entre otros”*¹⁴.

Por cierto las aseveraciones del maestro español se vinculan con la forma en que está regulada la prevaricación administrativa en el Código Penal español de 1995, que en su artículo 404 castiga: **“A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”**.

Por su parte Matus y Ramírez adscriben a un criterio más restringido, al señalar que: *“Por resoluciones manifiestamente injustas no se ha de entender otra cosa que aquellas dictadas contra ley expresa y vigente, pues no es otra la obligación constitucional de los empleados públicos [...]. No se trata, por tanto, de una referencia a la injusticia material medida con cualquier extra normativo, sino al mismo criterio objetivo que se aplica con relación a la prevaricación judicial”*¹⁵.

¹⁴ Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte especial*. 14ª edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, p. 938.

¹⁵ Matus Jean Pierre y Ramírez María. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial*. Talca, Universidad de Talca, 2002, p. 336.

Parecería abonar esta interpretación más estricta la doctrina vigente a la época de dictación de nuestro Código, y que sirvió de base para su promulgación. En efecto, el Código Penal español de 1848 regulaba este delito en su artículo 270: **“El empleado público que a sabiendas y con manifiesta injusticia dictare o consultare providencia o resolución en negocio contencioso administrativo o meramente administrativo, incurrirá en la pena de inhabilitación perpetua especial”**. Respecto de esta tipificación, casi idéntica a la nuestra, don Joaquín Francisco Pacheco en su obra ya citada, al analizar el delito de prevaricación administrativa expresa al respecto: *“Manifiestamente injusta. Es decir, que no basta cualquier injusticia, una ilegalidad dudosa, una falta de esta clase, para cuya convicción sean necesarias grandes conocimientos, difíciles deducciones”*¹⁶.

*“...No hay prevaricación –al menos de la que aquí se habla– sino cuando de una manera evidente se ha faltado a lo que era justo”*¹⁷. La ilegalidad dudosa a la que se refiere el ex Fiscal del Tribunal Supremo Español, nos condiciona además a que la infracción de ley deba ser de tipo evidente, palmaria.

Esta interpretación más estricta pareciera deducirse también de la historia fidedigna del establecimiento de nuestro artículo 228. En efecto, en la sesión N° 48 de quince de julio de 1871, con presencia de los Comisionados Sres. Reyes, Altamirano, Gandarillas, Flores y Renjifo, se señala: *“Habiéndose adoptado ya una disposición semejante en el artículo 149 respecto de los empleados judiciales, es justo reproducirla en el 218, desde que en él se descubre la misma razón”*¹⁸.

En efecto, ocurrió que la Comisión Redactora reguló en el artículo 148 del proyecto que sometieron a revisión del Congreso, las diversas hipótesis de prevaricación judicial, entre ellas fallar contra ley expresa y vigente, que una vez promulgado el Código quedaron reguladas en el artículo 223, hasta nuestros días. Pues bien, a propósito del mencionado artículo 148 y para delimitar su sentido y alcance, en la sesión N° 35 de cinco de mayo de 1871, la Comisión agregó un artículo 149, que señalaba: **“Para hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios a que se refiere el artículo anterior, en los casos de los números 1, 2, 3, 4 y 7, es necesario que la infracción de la ley sea clara y manifiesta, i la ignorancia o mala aplicación de ella inexcusable”**¹⁹.

Es decir para la Comisión Redactora las hipótesis de prevaricación judicial consistente en fallar en contra de ley expresa y vigente, y otras allí identificadas en su artículo 148, requerían además de un actuar malicioso, que concurriera en su conducta una infracción de ley, y que esta violación además fuera palmaria, evidente.

Por ello y a propósito de la regulación de la prevaricación administrativa, la Comisión entendió que también debía utilizarse el mismo criterio que en la judicial, y agregó un inciso segundo al artículo 218, quedando este artículo de la siguiente manera: **“El empleado público que a sabiendas i con manifiesta injusticia dictare o consultare providencia o resolución en negocio contencioso o administrativo o meramente administrativo, incurrirá en la pena de suspensión del empleo i multa.**

¹⁶ Pacheco, Joaquín Francisco, ob. cit., p. 400.

¹⁷ Pacheco, Joaquín Francisco, op. ob. cit., p. 400.

¹⁸ Actas de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno..., ob. cit., págs. 98 y sgtes.

¹⁹ Actas de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno..., ob. cit., págs. 70 y sgtes.

Para la aplicación de este artículo deberán concurrir respecto de los casos a que él se refiere las circunstancias determinadas en el 149”.

Como vimos el mencionado artículo 149 requería de parte del sujeto activo una **“infracción de ley”**, y que además fuera manifiesta.

Por lo anterior e independientemente que en definitiva la redacción final del artículo varió un tanto, quedando regulado en nuestro actual artículo 228 del Código Penal, no es menos cierto que el concepto normativo **“manifiesta injusticia”** se mantuvo hasta la actualidad, por lo cual es válido considerar que la Comisión Redactora entendía que de la misma manera en que un juez prevaricaba al fallar contra ley expresa y vigente, la prevaricación administrativa importaba una conducta equivalente a aquella, esto es infringir la ley, pero ahora ejecutada por un miembro de la Administración Pública en su propio ámbito de competencias.

Por ello estimamos que la Comisión Redactora se decidió por un criterio único para ambos tipos penales para efectos de fijar el real sentido de lo que debía entenderse por **“injusto”**, interpretando en ambos casos la idea de injusticia como infracción de ley. Esto nos permite concluir que para que un acto administrativo sea injusto para efectos penales, no bastará una arbitrariedad, sino que requiere que se dicte en contra de lo que la ley manda, prohíbe o permite, es decir podría llegar a plantearse que para efectos del artículo 228 del Código Penal, lo injusto sería equivalente a ilegal, esto es aplicar la ley de forma contraria a lo que ella prescribe.

V. DELITO FORMAL O DE RESULTADO

Es necesario además analizar si este delito está configurado como un delito de mera actividad o de resultado. Como se sabe son delitos de mera actividad o formales, aquellos que se consuman sin necesidad de que se produzca un resultado externo, separado de la conducta misma. Por otra parte los delitos de resultado son aquellos que para su consumación requieren que a partir de la ejecución de la conducta, se produzca un resultado externo separado de aquella. En este caso es posible decir que el delito de prevaricación administrativa se consuma con la sola ejecución de la conducta, que en este caso se satisface con dictar la resolución o providencia manifiestamente injusta, no requiriendo así el legislador para su perfeccionamiento, la producción de un efecto separado de la emisión misma del acto administrativo, como podría ser la afección concreta de algún derecho subjetivo en particular.

Esto que parece desprenderse del análisis exegético de la descripción típica, es necesario matizarla con la constatación de que, si bien es cierto la conducta no requiere producir un resultado externo separado de ella, eso no obsta a que al dictar la resolución injusta sí se está lesionando el bien jurídico protegido. En efecto, la dictación de la resolución injusta implica en sí mismo un atentado, una lesión, al correcto ejercicio de las potestades públicas, en el contexto del funcionamiento de la Administración Pública. En otras palabras, aunque no sea posible atribuir a la dictación de un acto administrativo manifiestamente injusto, la lesión de un derecho subjetivo determinado, de todas formas la emisión de aquella resolución injusta siempre afectará el recto funcionamiento de la

Administración Pública como bien jurídico protegido por este delito. Y estimamos será el grado o magnitud de afectación de este bien jurídico, el que debería determinar la intervención de mecanismos represivos de índole administrativa, o bien que justifique el control sancionatorio de carácter penal.

Y lo anterior se traduce en una situación eventualmente discutible, en el sentido de debatir hasta qué punto se requiere la persecución penal de una conducta, cuando ésta no afecta un derecho subjetivo de un ciudadano en particular, o un derecho colectivo determinado o al menos determinable. Pues claro, si entendemos que no se requiere tal afectación específica para la intervención penal, atendido el bien jurídico protegido, sería posible dialogar sobre si la configuración de este delito se acercaría más bien a la protección del ordenamiento jurídico en sí mismo, *más que el recto funcionamiento de la Administración*, es decir, el delito devendría en instrumento de protección del principio de legalidad en sentido amplio, lo cual haría al menos discutible la utilización de la jurisdicción penal, en vez de propender a la intervención de los mecanismos administrativos de control, que parecieran constituirse en instrumentos más conciliables con el principio de ultima ratio del Derecho Penal, dado que se puede argüir que la razón de ser del sistema de responsabilidad administrativa, consiste precisamente en preservar y mejorar el funcionamiento específico de la institución pública en la cual se cometió el acto ilícito.

VI. CULPABILIDAD

Como se indicó en cuanto al elemento positivo de la culpabilidad del delito, el inciso primero exige dolo directo, lo que se evidencia de la incorporación del concepto **“a sabiendas”**. Esta exigencia de dolo directo viene justificada desde su origen legislativo mismo. En efecto, el mismo Pacheco se refiere a este elemento cuando lo analiza a propósito de la prevaricación judicial, haciéndolo expresamente aplicable a la prevaricación administrativa, al señalar: *“Venimos ya a la tercera condición del artículo: que esta injusticia se haya cometido a sabiendas, esto es, con conocimiento de lo que era, con malicia, con ánimo de perpetrarla”*. *“...Si el artículo no hubiere usado aquella palabra, daría a entender que en todo caso de sentencia injusta, la presunción estaría por haberse hecho con conocimiento y designio de delinquir. Por el contrario, usándola da a entender que la presunción es la opuesta, y que ese mal intento necesita ser justificado”*²⁰.

De esta manera en el texto guía de nuestra Comisión Redactora, se justifica la incorporación de **“a sabiendas”**, para exigir que la dictación de la sentencia, en nuestro caso, la del acto administrativo injusto, no se le aplicaría la presunción general de dolo, sino que se requiere que el acusador debe probar que la conducta fue cometida con conocimiento y voluntad reflexiva, que el sujeto activo tiene certeza de la naturaleza ilegal de la conducta, y concienzudamente la ejecutó.

Fundados en estas disquisiciones es que nuestra Comisión Redactora incorpora también en la descripción típica el requisito subjetivo del dolo directo, a través de la frase **“a sabiendas”**, excluyendo de esta manera la posibilidad de su comisión con dolo eventual. Muy ilustrativo a este respecto resulta Etcheberry, quien señala a propósito

²⁰ Pacheco, Joaquín Francisco, ob. cit., p. 402.

del **“a sabiendas”** aplicable a la prevaricación judicial y administrativa que: *“Ni siquiera es suficiente que el juez se encuentre en duda acerca del recto alcance e interpretación de la ley. El juez debe tener la conciencia de que está aplicando un precepto legal en forma contraria a lo que su texto y sentido señalan. No se trata sólo de una incorrección jurídica, sino de una incorrección moral”*²¹. *“Por añadidura no se parte de la presunción de conocimiento del derecho tal como es, sino que, por el contrario, para poder sancionar a título de prevaricación es preciso que conste el dolo directo, sin que valga en este terreno la presunción general de dolo del artículo 1”*²².

En la misma línea se adscriben Ossandón y Rodríguez, cuando indican a propósito del delito de prevaricación administrativa: *“El inciso primero exige que la providencia o resolución haya sido dictada a sabiendas, locución que claramente alude al grado de certeza con que debe actuar el funcionario acerca de la injusticia del acto y que importa -como ocurre generalmente en estos casos- un requerimiento de dolo directo”*²³.

En cuanto al inciso segundo, el legislador también sanciona la conducta ejecutada **“por negligencia o ignorancia inexcusables”**. Alguna doctrina interpreta que estas aseveraciones implican la posibilidad de que las conductas sean cometidas por culpa o dolo eventual. Así Ossandón y Rodríguez, aseveran: *“Por su parte el inciso segundo, al utilizar la cláusula negligencia o ignorancia inexcusables hace extensivo el castigo a la actuación con dolo eventual y con culpa”*²⁴. No obstante, es posible disentir de esta última aseveración, porque del análisis del tenor literal de ambos incisos, se puede desprender que el inciso primero requiere dolo directo, y el inciso segundo por su parte apunta a una conducta culposa, no advirtiendo una hipótesis para su comisión a título de dolo eventual.

Respecto de la figura culposa, sería posible considerar la derogación de este segundo inciso del delito, particularmente porque entendemos que su incorporación respondió a la inexistencia a fines del siglo XIX en Chile, de procedimientos de jurisdicción administrativa disciplinaria. Además, la misma Comisión Redactora incorporó en los artículos 2 y 10 N° 13 del Código Penal el principio de que los cuasidelitos se castigan por excepción. En este inciso segundo estaríamos ante hipótesis de una conducta errónea por una parte, y la segunda basada en el desconocimiento, comportamientos que hoy son claramente posibles de prevenir, controlar y sancionar en el marco de los diversos procedimientos administrativos disciplinarios, vigentes respecto de los funcionarios públicos.

VII. FUNCIONALIDAD NORMATIVA DEL DELITO

Es posible evaluar la funcionalidad del delito de prevaricación administrativa en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, en la actualidad el Derecho Administrativo y Constitucional han evolucionado de tal manera que en la forma que está descrita la conducta típica de la prevaricación administrativa, resulta desafiante hacer una aplicación conciliable con el resto del ordenamiento jurídico. A modo muy ejemplar

²¹ Etcheberry, Alfredo, ob. cit., p. 215.

²² Etcheberry, Alfredo, ob. cit., p. 216.

²³ Ossandón y Rodríguez, ob. cit., p. 431.

²⁴ Ossandón y Rodríguez, ob. cit., p. 431.

los Estatutos Administrativos, tanto de los funcionarios públicos como de los municipales, regulan, entre varios tópicos, la función pública, los criterios y procedimientos de actuación a los cuales están sometidos los diversos funcionarios públicos, como también aquellos procedimientos disciplinarios destinados a sancionar sus conductas ilícitas en el ejercicio de su ministerio. También se cuenta con la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, que establece las figuras de la revocación e invalidación de los actos administrativos, como también el silencio administrativo.

Así cuando hablamos de controlar y sancionar la emisión de actos administrativos ilegales o arbitrarios, encontramos diversos mecanismos de Derecho Administrativo que permiten obtener la invalidación o supresión de los efectos antijurídicos del acto cuestionado con mayores grados de eficiencia y eficacia, que los que ofrece el Derecho Penal. Es del caso de ciertas instituciones que se integran a los mecanismos de cesación de vigencia del acto administrativo, en particular la revocación e invalidación de los actos administrativos. Ambas instituciones se conocen como instrumentos de extinción unilateral por la Administración, y se caracterizan por privar de efectos a un acto administrativo mediante una decisión posterior de contrario imperio²⁵.

De esta manera la revocación consiste en el retiro del acto por parte de la propia Administración, por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, que es lo mismo que decir que se le priva de efectos porque se volvió a evaluar las circunstancias que llevaron a dictarlo en un momento inicial. Así lo indica el artículo 61 de la Ley N° 19.880. Este instrumento de privación de efectos de un acto administrativo por cierto que puede aplicarse a aquellos fundados en un abuso de autoridad, o en el ejercicio de una potestad con desviación de poder. El límite para su ejercicio estaría en los actos de tipo favorable.

Por otro lado está la Invalidación del artículo 53 de la Ley N° 19.880, que consiste en el retiro del acto de parte de la propia Administración fundado en razones de Derecho, en particular asilado en la ilegalidad inicial del acto, por considerarse ex post que el acto debía ser anulado, potestad que debe ser ejercida en el plazo de 2 años.

Ambas instituciones resultan ser mucho más eficientes a la hora de controlar la eventual emisión de actos injustos, arbitrarios o derechamente ilegales. Además contienen un elemento de eficacia encomiable, porque por más que algún sujeto sea condenado en sede penal por haber emitido una resolución *“injusta”*, esa condena penal no necesariamente privará de efectos jurídicos al acto administrativo, lo que sí ocurrirá, con la revocación o la invalidación. Esto con una importante salvedad legislativa, la situación expresamente contemplada a título excepcional y a propósito de la responsabilidad administrativa, en el artículo 120 del Estatuto Administrativo Ley N° 18.834, inciso primero que señala: **“Si se le sancionare con la medida de destitución como consecuencia exclusiva de hechos que revisten caracteres de delito y en el proceso criminal hubiere sido absuelto o sobreseído definitivamente por no constituir delito los hechos denunciados, el funcionario deberá ser reincorporado a la institución en el cargo que desempeñaba a la fecha de la destitución o en otro de igual jerarquía”**. Es decir, haciendo excepción a la independencia de las responsabilidades administrativa y penal, el legislador otorga

25 Valdivia, José Miguel, ob. cit., p. 200.

excepcionalmente un efecto categórico a la jurisdicción penal por sobre la administrativa, obligando a esta *última autoridad a dejar sin efecto* un acto administrativo terminal, reincorporando al funcionario destituido.

Por añadidura, se podría aseverar que el objetivo del proceso penal es distinto al de las instituciones de Derecho Administrativo, que aquel persigue la sanción al responsable y no la privación de los efectos del acto **“injusto”**. No obstante incluso es bastante discutible que se logre ese objetivo, puesto que la prueba en juicio de la conducta típica impone un enorme desafío para el persecutor, que necesariamente requerirá abordar los elementos normativos de Derecho Administrativo ya analizados.

Cabe mencionar también que las penas asociadas al delito del artículo 228, en su versión dolosa del inciso primero, no recaen en sanciones corporales sino que privativas de derechos, en particular suspensión del empleo de un año un día a dos años, más multa. En tanto que para la hipótesis culposa del inciso segundo, la pena asociada es suspensión del empleo de sesenta y un días a un año, más multa. Si comparamos dichas sanciones con las que se aplican en un procedimiento administrativo disciplinario, constatamos que son equivalentes, ya que en la mayoría, si no todos los procedimientos disciplinarios, existe la sanción administrativa de suspensión, que tiene una duración de hasta 6 meses en algunos casos. Es decir, las penas aplicables en ambas **“jurisdicciones”** incluso son equivalentes, lo que en algunas circunstancias particulares podría perfectamente evocar el principio del non bis in ídem.

Adicionalmente, no es posible obviar la acción constitucional de protección, la cual es profusamente utilizada no tanto para garantizar garantías constitucionales, sino que para atacar ilegalidades, o sea, para requerir la intervención del ente jurisdiccional para dejar sin efecto precisamente actos administrativos que se estimen ilegales. En efecto, el artículo 20 de la Constitución permite entablar el recurso en contra de actos u omisiones ilegales, además de arbitrarias, acción constitucional que se caracteriza por su eficiencia y también eficacia, en contra de los efectos antijurídicos de dichos actos.

Por todo lo anterior es posible apreciar que el delito de prevaricación administrativa, en su actual redacción típica, mantiene un ámbito normativo de aplicación reducido al mínimo, atendido que la evolución histórica y normativa del Derecho Administrativo y Constitucional, ha generado diversas instituciones jurídicas de constante aplicación, que permiten evitar y reprimir la dictación de actos administrativos injustos o ilegales, de manera eficiente y eficaz, lo que quizás impone el desafío legislativo de una modificación legal, que incluya una descripción típica acorde con el estado actual del Derecho Administrativo.

VIII. CONCLUSIONES

El delito de prevaricación administrativa del artículo 228 del Código Penal ha sido históricamente estudiado de manera residual, apareciendo permanentemente *“a la sombra”* del delito de prevaricación judicial. En efecto, tanto la doctrina comparada como la nacional abordan en detalle las diversas hipótesis de prevaricación de los jueces, y al referirse a la prevaricación administrativa, simplemente se replican los conceptos ya tratados respecto de los jueces, particularmente en los elementos típicos más relevantes.

Es posible apreciar la influencia determinante que tuvo en la Comisión Redactora de nuestro Código Penal, en la regulación de la prevaricación administrativa, el Código Penal Español de 1848 y también la obra de Joaquín Francisco Pacheco, renunciando los comisionados a innovar y desarrollar suficientemente la descripción típica de nuestro artículo 228.

El bien jurídico protegido por el delito de prevaricación administrativa podría entenderse como el correcto desempeño de la función pública, no entendida ésta en sentido orgánico sino que en sentido dinámico, es decir como el ejercicio de potestades públicas con el objeto de satisfacer fines generales, de acuerdo al ordenamiento jurídico.

En cuanto al sujeto activo del delito, se trata de un delito especial, puesto que requiere que el autor tenga una cualidad especial, esto es, la de ser empleado público, concepto que para efectos penales es más amplio que para fines administrativos. En efecto, para el Derecho Penal lo determinante es la función pública y no el vínculo estatutario del funcionario con la Administración, en cambio para el Derecho Administrativo sólo son funcionarios públicos, aquellos de planta funcionaria o contrata.

Se trataría además de un delito especial propio, de manera tal que si desaparece la calidad especial de funcionario público, no existe un tipo penal residual al cual reconducir la conducta de un autor que no ostente dicha calidad.

La conducta debe ejecutarse **“desempeñando un empleo público”**, lo cual según nuestro análisis circunscribe la acción a actos de ejecución desplegados en cumplimiento de las labores públicas propias del empleado público. Lo cual también nos permite inferir que dicha actuación debe ser ejecutada en el ámbito de las potestades públicas que le han sido asignadas al funcionario, es decir dentro de su competencia.

La conducta incriminada en el delito de prevaricación administrativa presupone que el funcionario público sea titular de alguna potestad pública, la cual puede ser reglada o discrecional, ya que la ley no distingue una de otra hipótesis. Adicionalmente dicha potestad pública debe ejercerse válidamente en el contexto del ejercicio de las funciones públicas del sujeto activo, vale decir dentro de su competencia, o sea, ejerciendo la medida o porción de potestades públicas que el ordenamiento jurídico le ha asignado.

Dictar dichas providencias o resoluciones puede concebirse como la emisión de un acto administrativo, y en nuestro ordenamiento jurídico existe una definición legal para ello en el artículo 3° inciso segundo de la ya aludida Ley N° 19.880, de Bases de Procedimientos Administrativos. Entendemos que el objeto material sobre el cual recae la acción se refiere al acto administrativo en sentido amplio, por ello el legislador lo describe como **“providencia o resolución”**, incluyendo tanto los actos trámite como los actos finales. El acto administrativo debe emitirse en el contexto de un procedimiento administrativo, en el cual la autoridad o funcionario está ejerciendo una potestad pública que se expresa en la emisión de un determinado acto administrativo.

La descripción típica además exige que la dictación del acto administrativo injusto pueda verificarse en un **“negocio contencioso administrativo o meramente administrativo”**, lo que denota una concepción de carácter amplio del tipo de procedimiento adminis-

trativo en el contexto del cual se emite la decisión injusta. En efecto, lo extensivo de ambos conceptos permite afirmar que la conducta prevaricadora podrá cometerse prácticamente en cualquier tipo de procedimiento administrativo, que se tramite ante los más distintos órganos públicos.

En cuanto al concepto normativo “*manifiesta injusticia*”, es válido considerar que la Comisión Redactora del Código Penal entendía que de la misma manera en que un juez prevaricaba al fallar contra ley expresa y vigente, la prevaricación administrativa importaba una conducta equivalente a aquella, esto es infringir la ley, pero ahora ejecutada por un miembro de la Administración Pública en su propio ámbito de competencias. Por ello estimamos que la Comisión Redactora se decidió por un criterio único para ambos tipos penales para efectos de fijar el verdadero sentido y alcance de lo que debía entenderse por “*injusto*”, interpretando en ambos casos la idea de injusticia como infracción de ley. Esto nos permite concluir que para que un acto administrativo sea injusto para efectos penales, no bastaría una arbitrariedad, sino que requiere que se dicte en contra de lo que la ley manda, prohíbe o permite, es decir podría llegar a plantearse que para efectos del artículo 228 del Código Penal, lo injusto sería equivalente a ilegal, esto es aplicar la ley de forma contraria a lo que ella prescribe.

El delito de prevaricación administrativa sería un delito formal o de mera actividad, puesto que se consuma con la sola ejecución de la conducta, que en este caso se satisface con dictar la resolución o providencia manifiestamente injusta, no requiriendo así el legislador para su perfeccionamiento, la producción de un efecto separado de la emisión misma del acto administrativo, como podría ser la afcción concreta de algún derecho subjetivo.

En cuanto a la culpabilidad, es posible concluir de la historia fidedigna de la ley, que la incorporación por la Comisión Redactora de la locución “*a sabiendas*”, denota una exigencia de dolo directo, esto es, que a la dictación del acto administrativo injusto, no se le aplicaría la presunción general de dolo, sino que se requiere que el acusador pruebe que la conducta fue cometida con conocimiento y voluntad reflexiva, que el sujeto activo tiene certeza de la naturaleza ilegal de la conducta, y concienzudamente la ejecutó.

Por último es posible apreciar que el delito de prevaricación administrativa mantiene actualmente un ámbito de aplicación normativa reducida al mínimo, ya que la evolución histórica y normativa del Derecho Administrativo y Constitucional, ha generado diversas instituciones jurídicas de constante utilización, que permiten evitar y reprimir la dictación de actos administrativos injustos o ilegales, de manera eficiente y eficaz, dando pie a la deliberación acerca de la necesidad de modificación legal de este tipo penal, en cuanto permita alcanzar una descripción típica más conciliable y funcional a los controles existentes en el ámbito del Derecho Administrativo.

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

TRATAMIENTO PENAL DE LA SIEMBRA, PLANTACIÓN, CULTIVO O COSECHA DE ESPECIES VEGETALES DEL GÉNERO CANNABIS EN CHILE

Roberto Rabi González¹

RESUMEN

El presente trabajo busca entregar un panorama actualizado del estatuto legal, además del entorno jurisprudencial y doctrinario, del delito de siembra, plantación, cultivo o cosecha de especies vegetales del género cannabis en Chile, previsto y sancionado en el artículo 8 de la Ley 20.000; revisando la estructura del tipo penal y sus principales problemas dogmáticos. Analizamos sus orígenes, abundantes fallos de importancia, doctrina nacional y comparada relevante y la redacción actual de la figura penal; enfatizando la necesidad de una reformulación que sea consecuencia de una decisión seria y definitiva en torno a las necesidades de política criminal que fundan la penalización de esta conducta.

I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho Penal comparado, los sistemas de tipificación penal de los delitos de tráfico ilícito de drogas y figuras afines, optan preferentemente por estructuras complejas que abarcan las distintas etapas del desarrollo del ciclo de los estupefacientes, desde la generación de las sustancias hasta su consumo. El legislador chileno escogió la técnica denominada “de incriminación en cascada²”, orientada fundamentalmente a evitar lagunas de punibilidad, en términos tales que si, por ejemplo, no es factible acreditar los presupuestos de alguno de los comportamientos ligados al tráfico de la droga (verbigra-

¹ Fiscal Adjunto, especializado en delitos de tráfico ilegal de estupefacientes, Fiscalía Santiago Norte de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Ministerio Público. Magíster en Derecho Constitucional Pontificia Universidad Católica de Chile, Máster en Derecho Penal y Procesal Penal Universidad Diego Portales.

² La noción de *incriminación en cascada*, alude a la técnica legislativa que busca establecer tipos penales amplios para figuras de mayor gravedad, y el empleo del mismo núcleo típico, pero con menor exigencia para figuras asociadas de menor disvalor. Es distinto de la *responsabilidad criminal en cascada*, que alude a un sistema de responsabilidad penal para cierto tipo de delitos, en virtud del cual, se establece una cadena escalonada de autoría que funciona de forma excluyente y subsidiaria.

cia la venta) persiste la posibilidad de sancionar penalmente al sujeto activo por los otros (la tenencia, el transporte, etc.).

En tal contexto, desde la entrada en vigencia de la Ley 18.403 de 4 de marzo de 1985, el ordenamiento jurídico nacional ha contemplado una figura periférica, pero de tremendo alcance práctico: la siembra, plantación, cultivo o cosecha de especies vegetales del género cannabis. Dicha figura, actualmente regulada en el artículo 8 de la Ley 20.000, a diferencia de la gran mayoría de los tipos penales de dicha norma, tiene un objeto material más bien específico, se trata de “especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas”. Considerando que el verbo rector consiste en “sembrar, plantar, cultivar o cosechar especies vegetales”, el ámbito de posibilidades se restringe considerablemente, quedando reducidas a hipótesis de muy poca ocurrencia, aquellas en que las especies vegetales en cuestión son distintas del cannabis. De hecho, el artículo 5 del reglamento de la Ley 20.000 contiene la enunciación concreta de las especies a que se refiere el artículo 8 de la ley, prescribiendo: “Calificase como especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, a que se refiere el artículo 8° de la ley N° 20.000, las siguientes: Cannabis Sativa L, Cacto Peyote, Catha Edulis (Khat), Datura Estramonium L, Hongo Psilocide, Eritroxylon Coca, Papaver Somniferum L, Salvia divinorum (salvinorina A)”.

II. HISTORIA

La figura, como decíamos anteriormente, aparece en nuestro sistema penal con la Ley 18.403, de 4 de marzo de 1985. Su incorporación obedeció a razones de política criminal y a la necesidad de armonizar nuestro sistema persecutor con tratados internacionales vigentes, fundamentalmente la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes. La redacción original sancionaba a quienes “sin contar con la competente autorización, siembren, cultiven, cosechen o posean especies vegetales o sintéticas del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, en circunstancias que hagan presumir el propósito de tráfico ilícito de alguna de ellas”. Posteriormente, la Ley 19.366 de 30 de enero de 1995, reformuló la tipificación, sancionando a “los que, sin contar con la competente autorización, siembren, planten, cultiven o cosechen especies vegetales del género Cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (...) a menos que justifiquen que están destinadas al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, en cuyo caso, serán sancionados según los artículos 41 y siguientes”, esto es, se estableció un tipo penal que sancionaba dos modalidades de realización de verbos rectores alternativos, precedidos todos ellos de un elemento negativo del tipo: “sin contar con la competente autorización”. Dicha estructura fue conservada por el legislador de la Ley 20.000, que en el artículo 8, dispuso: “El que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, caso en el cual sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes”.

Estas dos modalidades, como veremos, tienen, en principio, una penalidad tremendamente desigual. Sin embargo, el inciso final de la disposición citada contiene una rebaja de pena aplicable a los casos en que se sanciona a título de delito y no de falta, que es facultativa para el tribunal y de amplísimo espectro: “Según la gravedad del hecho y las circunstancias personales del responsable, la pena podrá rebajarse en un grado”.

III. EL TIPO PENAL

El tipo penal emplea cuatro verbos rectores, que dan cuenta de acciones bastante cercanas entre sí: “sembrar, plantar, cultivar y cosechar”. La primera de ellas, sembrar, que según el diccionario de la RAE³ consiste en “arrojar y esparcir las semillas en la tierra preparada para este fin”, presenta ciertas particularidades asociadas a la manifestación específica del objeto material en este caso. Si lo comparamos con el artículo 368 del Código Penal español que sanciona de manera menos específica a “los que ejecuten actos de cultivo”, disposición que la doctrina ha entendido comprende “siembra, plantación y recolección”⁴, resulta evidente que el legislador aludió a una acción más delimitada que recae sobre una semilla. Los tribunales han desestimado la posibilidad de que la semilla de cannabis pueda ser objeto del delito de tráfico de drogas, argumentando que: “El cultivo de la semilla en sí misma no es hecho reprochable a priori por cuanto el usuario puede obtener el permiso administrativo correspondiente y llevar a cabo un cultivo lícito”⁵. A contrario sensu, parece evidente que en este caso y al tenor de lo dispuesto en la ley y reglamento vigentes, el mero acto de sembrar una semilla de cannabis será una conducta, en principio, típica si el sujeto activo no está autorizado. En tal sentido, Politoff, Matus y Ramírez argumentan que la mera posesión de las semillas de cannabis puede considerarse un acto preparatorio de este tipo penal, “cuando han sido adquiridas con ese fin”⁶. Un problema que acarrea la consideración independiente de este verbo rector, es que no permite emplear de manera razonable, a nuestro juicio, la solución española a quien, después de sembrar, abandona lo sembrado sin cuidarlo y por tal razón el objeto material resulta inutilizado o muere. Lo anterior porque el delito se consuma una vez desarrollada la acción de sembrar. Efectivamente, en el Derecho Español solo se menciona genéricamente la expresión “cultivo”, en consecuencia, en dicho sistema quien siembra semillas, pero con posterioridad “no las cuida, si además no realiza actos de cultivo, como, por ejemplo, el de regar lo sembrado”⁷ realizaría una acción atípica. Por otro lado, el tratamiento de los actos anteriores a la siembra resulta ser el mismo, esto es, son constitutivos de un acto preparatorio impune. En efecto, los actos “anteriores a la siembra, como pueden ser los de preparación del terreno (...) no suponen todavía un

3 En el presente artículo emplearemos varias definiciones del diccionario de la RAE, en todos los casos, existiendo más de una acepción, empleamos el que figura con el número uno, que es en cada concepto el principal y, además, el atiente al tema que abordamos.

4 Joshi Jubert, Ujala. *Los delitos de tráfico de drogas I. un estudio analítico del art. 368 CP*. Barcelona, José María Bosh Editor, 1999, p. 118.

5 4° TOP de Santiago, RUC 0600200858-9, RIT 11-2008, 5 de marzo de 2008. En: *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXI - N° 1 - Julio 2008, Valdivia, Universidad Austral de Valdivia, páginas 171-185.

6 Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre, y Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 601.

7 Alcalde Sánchez, M. *Salud pública y drogas tóxicas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 41. Citado en Frieyro, Sofía. *El delito de tráfico de drogas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 60.

inicio de ejecución, pues no puede afirmarse que el cultivo ha comenzado”⁸.

Por otra parte, por “plantar” entendemos según el diccionario de la RAE “meter en tierra una planta, un vástago, un esqueje, un tubérculo, un bulbo, etc., para que arraigue”. Concluimos, entonces, que se trata de un acto cuyo objeto material es distinto del de “sembrar”. Para Politoff, Matus y Ramírez, y en el mismo sentido señalado en el párrafo anterior, deberá considerarse un acto preparatorio de la figura del artículo 8, “la compra de especies vegetales vivas o de escajes de las mismas para su plantación”⁹.

En cuanto al verbo “cultivar”, el diccionario de la RAE lo define como “dar a la tierra y a las plantas las labores necesarias para que fructifiquen”. Se trata de una expresión, como decíamos antes y a la luz de la experiencia española, más amplia, que suele ser la que se utiliza como etiqueta para identificar la figura del artículo 8. Un verbo rector que comprende tanto la siembra como la plantación, pero resulta más enfocado al cuidado de aquello sembrado o plantado, cuando se realiza con miras a la obtención de un producto final, esto es las sustancias señaladas en el artículo 5 del reglamento, plenamente desarrolladas, maduras.

Finalmente, el texto del artículo 8º emplea el verbo rector “cosechar”, que significa según la Academia de la Lengua Española “ocupación de recoger los frutos de la tierra”. Resulta relevante destacar que en esta modalidad específica de comisión encontramos el hito en que el objeto material muta, de una entidad conectada a la tierra a un producto independiente, denominado también “cosecha” en los términos de la propia RAE y que comprende el “conjunto de frutos, generalmente de un cultivo, que se recogen de la tierra al llegar a la sazón”. Considerando que dicha especie vegetal, ahora desarrollada e independiente, puede, si su composición química corresponde a alguna de las sustancias mencionadas ahora en los artículos 1 o 2 del Reglamento N° 867, ser objeto de alguna de las figuras de tráfico que la ley establece, concordamos con Politoff, Matus y Ramírez en cuanto a que “mientras las especies vegetales cosechadas permanezcan en poder de quien las cultivó, el delito será el de cultivo, a pesar que la posesión de tales especies pueda verse también como posesión constitutiva de tráfico”¹⁰.

Como es evidente, tratándose de un delito de emprendimiento, la realización por un sujeto de cualquiera de estas acciones antes explicadas, algunas de ellas, o todas, supone la comisión de un solo delito, el cual se configurará si y solo si el sujeto activo la o las realiza “careciendo de la debida autorización”. Dicha exigencia, como decíamos anteriormente, es una clara expresión de los denominados elementos negativos del tipo, esto es, aquellos cuya “no concurrencia es presupuesto del cumplimiento del tipo”¹¹ y, por lo mismo, su aparición “excluye no solo la antijuridicidad sino ya el propio tipo”¹². La autorización

8 Pedreira González, Félix. *Actos de cultivo, elaboración y tráfico*. En: *El delito de tráfico de drogas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 30 y 31. Citado en Frieyro, Sofía. *El delito de tráfico de drogas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 61.

9 Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre, y Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 601.

10 Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre, y Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 602.

11 Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la 2ª edición alemana de Luzón Peña, Diego; Díaz y García Conlledo, Mihuel, y de Vicente Remesal, Javier. Madrid, Civitas, 1997, reimpresión 2008, Tomo I, p. 284.

12 Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la 2ª edición alemana, de Luzón Peña, Diego; Díaz y García

mencionada está regulada por el artículo 9 de la Ley 20.000, que dispone que esta será otorgada por el Servicio Agrícola y Ganadero, conforme a las disposiciones de los artículos 6 y siguientes del Reglamento N° 867¹³, que regulan la forma de efectuar la solicitud,

Conlledo, Miguel, y de Vicente Remesal, Javier. Madrid, Civitas 1997, reimpresión 2008, Tomo I, p. 284.

13 De la autorización, control y fiscalización de las siembras, plantaciones, cultivos y cosecha de especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas.

Artículo 6: Para obtener la autorización a que se refiere el artículo 8° de la ley N° 20.000, los interesados deberán presentar una solicitud en la Dirección Regional del Servicio Agrícola y Ganadero con jurisdicción en el territorio en que está ubicado el predio en que se efectuará la siembra, plantación, cultivo o cosecha de las especies vegetales a que se refiere la disposición legal citada. En el caso en que el predio respectivo abarque dos o más jurisdicciones, se podrá solicitar la autorización en cualquiera de ellas.

Artículo 7: La solicitud deberá presentarse con una antelación mínima de cuatro meses al inicio de la siembra, plantación, cultivo o cosecha y deberá contener la siguiente información:

- a. La completa individualización del solicitante, esto es, nombres y apellidos, nacionalidad, estado civil, profesión o actividad, domicilio, lugar y fecha de nacimiento, número de la cédula de identidad y del Rol Único Tributario, si fuere distinto a aquélla;
- b. Ubicación y denominación del predio, si la tuviere; superficie y deslindes del mismo; rol de avalúo para el pago de contribuciones territoriales; inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces;
- c. Exacta ubicación del terreno y superficie en que se proyecta efectuar el cultivo;
- d. Fecha en que se efectuará la siembra; género, especie y variedad del cultivo; cantidad del material de reproducción que se propone emplear y proveedor del mismo; período y cantidad estimados de cosecha;
- e. Destino que se pretende dar al producto cosechado y antecedentes del contrato respectivo, si ya se hubiere celebrado.

Artículo 8: La solicitud a que se refieren los artículos anteriores deberá ser acompañada de los siguientes documentos:

- a. Certificado de dominio vigente y de pago de contribuciones al día;
- b. Autorización otorgada por el dueño del predio y copia del título en virtud del cual el solicitante lo explota, los que deberán ser suscritos ante Notario;
- c. Plano en que aparezca debidamente delimitado el terreno en que se desea efectuar el cultivo;
- d. Declaración jurada acerca del cierre que se utilizará y de la forma en que se procederá a la destrucción de rastrojos una vez concluida la cosecha;
- e. Si se tratare de sociedades deberá acompañarse copia de sus títulos, con certificado de vigencia;
- f. En el caso de comunidades hereditarias deberá acompañarse copia autorizada de la inscripción del decreto judicial o resolución administrativa que concede la posesión efectiva y de la especial de herencia con certificado de vigencia;
- g. Tratándose de asociaciones distintas de las anteriores, se acompañará el título que la origine y la individualización de sus integrantes. Si careciere de pacto escrito, la individualización completa de los asociados deberá hacerse por medio de una declaración jurada ante Notario.

En los tres casos anteriores deberá agregarse una relación completa de los socios, directores, administradores o de los miembros de las asociaciones o comunidades, salvo el caso de las sociedades anónimas, en la que se incluirá, además, a las personas encargadas directamente del cultivo, con expresa mención de este hecho.

Artículo 9: Recibida la solicitud en el Servicio Agrícola y Ganadero, con toda la documentación antes descrita, se remitirá el expediente a la Intendencia Regional correspondiente, la que ordenará agregar los certificados de antecedentes del solicitante, del propietario del predio, de los socios directores, administradores o de los miembros o integrantes de las sociedades, comunidades u otras asociaciones y de los encargados del cultivo. Si lo estimare pertinente, la Intendencia pedirá informe a los organismos policiales respectivos.

Artículo 10: Concluidas las gestiones anteriores, la Intendencia informará sobre el particular al Servicio Agrícola y Ganadero, y éste, una vez recibido el informe, podrá otorgar la autorización solicitada, la que comunicará, remitiendo una copia de ella, a las jefaturas de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones con jurisdicción en el territorio en que está ubicado el predio. El rechazo de la solicitud deberá ser fundado, con arreglo a la ley y este Reglamento.

En la autorización se establecerán las características de los cierros que deberán utilizarse, como asimismo, la forma en que se efectuará la destrucción de las especies a que se refiere el inciso 2° del artículo 10° de la ley N° 20.000.

Artículo 11: Concedida la autorización, el interesado deberá comunicar a la Dirección Regional del Servicio Agrícola y Ganadero con jurisdicción en el territorio en que está ubicado el predio y con una anticipación mínima de 30 días, la fecha exacta de la siembra, plantación o cultivo. Igualmente, deberá comunicarse a dicha Dirección Regional la fecha en que se iniciará la cosecha, con una antelación no inferior a sesenta días, contados desde la fecha indicada para el inicio de la misma.

Con todo, si el predio respectivo abarca dos o más jurisdicciones del Servicio Agrícola y Ganadero, las comunicaciones a que se refiere el párrafo anterior, se podrán enviar a cualquiera de ellas.

Artículo 12: Concluida la cosecha y para los efectos del transporte de los productos obtenidos, el interesado deberá requerir, previamente, una guía de libre tránsito que otorgará el Servicio Agrícola y Ganadero, en la que se individualizará el medio de transporte, cantidad de los productos, destino y ruta a ser utilizada. Dicha guía deberá ser visada por alguna de las Unidades de Carabineros más próxima al predio y también por aquella correspondiente al lugar de destino de los productos.

Artículo 13: Los predios en que se realicen alguno de los cultivos a que se refieren los artículos anteriores deberán estar del todo cerrados mediante algún sistema que impida el acceso de cualquier persona que no esté directamente encargada del cultivo.

Artículo 14: Finalizada la cosecha y separado el producto, las plantas, sus rastrojos, florescencias, semillas u otras partes activas deberán ser destruidas por el interesado en presencia de un funcionario del Servicio Agrícola y Ganadero y de un funcionario de la Policía de Investigaciones o de Carabineros de Chile, de la Oficina o Unidad más próxima al predio,

sus requisitos y resguardos orientados a que, otorgada que sea, la producción se desvíe a personas y usos distintos de los que fundamentaron la autorización. Entre otras restricciones, la ley prescribe que no podrá otorgarse dicha autorización a quienes hubieren sido formalizados o condenados por ilícitos de las leyes 19.366, 20.000 o 19.913 (sobre lavado de activos). Recientemente, la Corte Suprema ha resuelto que la expresión “careciendo de la debida autorización” es un elemento normativo del tipo, esto es, uno de aquellos para cuya inteligencia se requiere valoración jurídica¹⁴; por cierto, lo que no importa que no sea, a su vez, un elemento negativo en los términos antes señalados. Más allá de la etiqueta, precisa el alcance del citado elemento al resolver que “dice relación con la antijuridicidad, pues las conductas realizadas con la competente autorización se encuentran justificadas por el derecho, de manera tal que no es la falta de aquella la que determina que la realización de alguna de las conductas respecto de las sustancias o drogas esté prohibida o sea ilegal, en este caso la plantación del género cannabis sativa, sino que es la capacidad de afectar el bien jurídico a través de su difusión incontrolable la que determina su ilegalidad. Simplemente, la ley contempla casos en que se pueden realizar las conductas prohibidas cumpliendo con las normas pertinentes, por considerar que en esos casos existen otros intereses que justifican la realización de dichas conductas”¹⁵.

Los actos antes expuestos, en las circunstancias descritas, podrán ser sancionados ya sea con las penas de simple delito, previstas en el artículo 8 de la Ley 20.000, esto es, presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales; como regla general, o con las penas de multa la falta del artículo 50 de dicho cuerpo legal; esto último en aquellos casos en que el sujeto activo justifique que las sustancias están destinadas a su uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Del tenor literal de la disposición citada se desprende que el tratamiento de las conductas en comento como faltas penales, supone la concurrencia de ciertas cualidades del destino que el sujeto activo le dé al objeto material de la conducta, aludiendo como modalidades alternativas al uso y al consumo. Lo cierto es que la expresión “uso” tiene tal amplitud que hace irrelevante la formulación alternativa, pues, entre otras expresiones más específicas, incluye al propio consumo. Más ardua resulta la precisión sobre los calificativos de dicho uso o consumo, pues el legislador utiliza a las expresiones “personal exclusivo y próximo en el tiempo”, como cualidades copulativas.

Por “personal” entendemos aquel uso o consumo de un objeto, destinado a la persona del sujeto que usa o consume y no de otro. La ley refuerza esta cualidad empleado la voz “exclusivo”, que importa la negación absoluta de la participación de cualquier otro en el uso o consumo en cuestión. No debe desconocerse, sin embargo, que la disposición citada no excluye la posibilidad de coautoría o coparticipación, situación en que, evidentemente, el alcance de estas expresiones alude al conjunto de los autores o partícipes. Así lo ha resuelto la Corte Suprema, afirmando que “los actos de siembra, plantación,

debiendo levantarse un acta de la diligencia, la que suscribirán los funcionarios asistentes y el interesado, copia de la cual se remitirá al mencionado Servicio Agrícola.

¹⁴ Como, por ejemplo, “cosa mueble”, “abuso”, “legítimamente”, etc.

¹⁵ Corte Suprema, Rol N° 5417-2019, 17 de diciembre de 2019.

cultivo o cosecha de las plantas realizados por dos o más personas mancomunada o concertadamente, aún cuando no todos ellos ejecuten alguno de esos actos de manera directa o inmediata, no serán sancionados conforme al artículo 8° sino según el artículo 50, en su caso, si justifican que la droga que obtendrían de esas plantas está destinada a su propio uso o consumo”¹⁶.

Finaliza la disposición con la partícula más ambigua, la alusión a la “proximidad en el tiempo”. Al discutir la Ley 19.366 que incorporó dicha referencia, algunos diputados revelaron su incomodidad con la mención, toda vez que en su opinión “podría ser una forma de incentivar el consumo y la autorización para los cultivos caseros”¹⁷. Pero sobre la redacción específica, únicamente se buscó precisar la expresión “próximo”, agregando a ella “en el tiempo”, especificación que no contenía el proyecto original¹⁸. Nuestra doctrina y la jurisprudencia se han abocado a la interpretación de estas exigencias en conjunto, no de manera independiente, con mayor intensidad, como anticipamos, en la proximidad en el tiempo.

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que la diferenciación obedece a un criterio no cuantitativo, y la conducta se considerará comprendida en la hipótesis sancionada como delito, cuando la droga “no pueda ser considerada para el autoconsumo próximo en el tiempo por su calidad o pureza o las circunstancias concomitantes sean suficientemente indiciarias por sí mismas de la destinación por el sujeto activo a su tráfico” y, por el contrario, no lo será cuando “la droga de que se trata sea posible de ser consumida en un tiempo próximo y no existan otros elementos concomitantes que desvirtúen dicha situación”¹⁹.

Respecto de la proximidad en el tiempo, la Corte Suprema ha variado su interpretación, de una inicialmente estricta, hasta una que le da a la alternativa punible como falta bastante más extensión. Desde comienzos de la presente década, la variación más relevante se advirtió, “respecto del uso o consumo de marihuana “próximo en el tiempo” (que) dista, en un importante número de casos, de interpretaciones restrictivas que podían apreciarse en años anteriores, no obstante su carácter formal de droga dura”²⁰. En cuanto a esta específica cuestión, “próximo se define como cercano, que dista poco en el espacio o en el tiempo. La ley no emplea expresiones como ‘inmediato’ o ‘rápido’ para calificar el consumo en su limitación temporal, dependiendo de las circunstancias del caso su calificación”²¹.

16 Corte Suprema, Rol N° 4949-15, 4 de junio de 2015.

17 Primer Informe de Comisión Especial. Cámara de Diputados. Fecha 15 de septiembre de 1992. Informe de Comisión Especial en Sesión 57. Legislatura 325.

18 Se aprobó por mayoría de votos una indicación de los señores Tohá y Reyes, para agregar después de la palabra “próximo” la expresión “en el tiempo”. Lo anterior con el objeto de satisfacer la observación formulada por algunos señores Diputados en el sentido de acotar y precisar el vocablo “próximo” (Primer Informe de Comisión Especial. Cámara de Diputados. Fecha 15 de septiembre de 1992. Informe de Comisión Especial en Sesión 57. Legislatura 325).

19 Corte Suprema, Rol N° 12.564-18, 16 de agosto de 2018.

20 Cisternas Veliz, Luciano. “Consumo de Marihuana «Próximo en el Tiempo»: Aproximación a la Evolución Jurisprudencial (2005-2015)”. En: *Revista de la Justicia Penal*, N° 7 (2017) ISSN 0719-9228, Santiago, Librotecnia, p. 54.

21 TOP de Quillota, Rit N° 9-2012, 20 de marzo de 2012; confirmado por CA de Valparaíso, Rol N° 388-2012, de 2 de mayo de 2012.

Ahora, la Corte Suprema ha resuelto que pesa sobre el acusado la carga procesal de acreditar que la droga se destinaría al uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, mediante la prueba de descargo que se rinda, de las circunstancias concretas de dicho destino²². Debemos asumir, en todo caso –y así lo ha sostenido la Corte Suprema– que esta referencia corresponde a un concepto “regulativo”, que implica que la determinación de las circunstancias bajo las cuales opera debe necesariamente realizarse atendiendo al escenario fáctico del caso concreto, de manera que “la facultad de hacerlo tiene que entenderse concedida a los jueces que son quienes se encuentran en posesión de los mencionados antecedentes fácticos, motivo por el cual en el ejercicio de esa facultad, ellos gozan de una amplia discrecionalidad, puesto que los mencionados conceptos no “procuran normas ni son constitutivos para la sentencia”²³.

Se ha afirmado también, por cierta jurisprudencia y doctrina, que la aplicación de las sanciones del artículo 50 de la Ley 20.000, tratándose de lo que se ha denominado “cultivo-falta”, no se impondrán si “las características propias del hecho y las circunstancias concomitantes que acompañen a la acción no permiten aplicar la sanción residual. Esto en consideración de dos elementos: el lugar de cultivo y la afectación que este le produzca al bien jurídico protegido por la ley”²⁴. Vale decir que, frente a la conducta del artículo 8, acreditado que el destino del cultivo sea su uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, deberían, además, para aplicarse la sanción del artículo 50 según el reenvío, concurrir los presupuestos fácticos de la figura del art. 50 de la Ley 20.000²⁵⁻²⁶. Sin embargo, la tesis mayoritaria, respaldada en fallos recientes, sostiene de manera categórica que “el artículo 8 de la Ley N° 20.000, al aludir a la utilización de la cannabis para el consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, no está eximiendo de responsabilidad a su autor, sino solamente le impone una pena más baja, esto es, la contenida en el artículo 50 de la Ley antes señalada”²⁷.

22 En Corte Suprema, Rol N° 4.949-15, 9 de junio de 2015, y Corte Suprema, Rol N° 15.920-15, 17 de noviembre 2015. En algunos casos recientes (Rol N° 12.564-18, 16 de agosto de 2018, y Rol N° 35.154-16, 27 de julio de 2016) que parecen ajustarse a lo decidido en casos anteriores, cuando la Corte Suprema sostuvo que pesa sobre el acusado la carga de aportar antecedentes sobre el destino del cultivo, sin embargo, resuelve en sentido opuesto al estimar, en definitiva, como insuficiente la prueba del Ministerio Público para demostrar que la droga estaba destinada a su tráfico, incurriendo, además, en el consiguiente ejercicio de valoración proscripto en la sede de nulidad.

23 Rodríguez Vega, Manuel. “La proximidad” del uso o consumo como causal de exención del delito de plantación de especies vegetales del género *cannabis* del art. 8 de la ley 20.000. Santiago, Universidad de Talca, 2016, p. 4.

24 Del Real, Vicente y Vergara, Gonzalo. “Análisis Jurídico: Artículo 8 de la Ley 20.000. El Problema de la licitud del cultivo, como respuesta al consumo privado y sus vías de obtención”. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad Finis Terrae, 2016, p. 47.

25 “SEXTO: [...] Que, con lo razonado, y conforme lo prescribe la norma legal antes citada, en su inciso final, donde se establece que sin constituir delito, una persona que sin la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche estas especies, y justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, será sancionado conforme a lo dispuesto en el artículo 50 y siguientes de la L. 20.000; sin embargo, no reuniéndose en la especie los requisitos que señala esta última norma, pues no se trata de un consumo en lugares públicos o abiertos al público ni tampoco se ha probado que el acusado se haya concertado para consumir privadamente, no procede sancionarlo”. TOP de Talca, RIT N° 264-2009, 12 de abril de 2010.

26 Así, la Corte Suprema ha afirmado que si la hipótesis corresponde a especies de género *cannabis* destinadas a su “consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo en lugar privado o no abierto al público (se trata de el) único caso en que ese consumo privado no es sancionado penalmente ni aun a título de falta”. Corte Suprema, Rol N° 6909-16, 4 de abril de 2016.

27 Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol N° 89-2019, 16 de septiembre de 2019.

Las figuras en cuestión, como es evidente, no admiten una modalidad de comisión culposa²⁸, sino que, como en el Derecho español, es necesario que concurra el “conocer y querer de los actos de cultivo, conocer y querer el objeto del cultivo y conocer y querer la capacidad objetiva de difusión del consumo ilegal de las sustancias obtenidas; el cultivo debe estar orientado a la obtención de drogas como producto por medios agrícolas”²⁹.

IV. OBJETO MATERIAL

Como señalamos al principio, a diferencia de la generalidad de los tipos penales de la Ley 20.000, el objeto material del delito sancionado en el artículo 8 de dicho cuerpo legal es más acotado; “especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas”. El artículo 5 del Reglamento de la Ley 20.000 enumera, con un sistema clauso, las especies a que se refiere el artículo 8 de la ley, prescribiendo: “Califícase como especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, a que se refiere el artículo 8° de la ley N° 20.000, las siguientes: Cannabis Sativa L, Cacto Peyote, Catha Edulis (Khat), Datura Estramonium L, Hongo Psilocide, Eritroxylon Coca, Papaver Somniferum L, Salvia divinorum (salvinorina A)”. De todas ellas, resulta evidente que la más relevante, por la extensión de su consumo en nuestro país, es el cannabis sativa. Se suele aludir genéricamente a la marihuana, sin embargo, por tal entendemos “la planta de la especie Cannabis Sativa L. Esta planta posee más de 500 compuestos, de los cuales se conocen 120 cannabinoides, entre ellos el delta-9-tetrahydrocannabinol (THC) y cannabidiol (CBD). Debido a su potencial dañino y adictivo, está sujeta a control por distintas Convenciones Internacionales y agencias reguladoras, siendo la sustancia ilegal más consumida en Chile y el mundo”³⁰. El tratamiento del cannabis en nuestro sistema penal ha tenido importantes variaciones. En el presente siglo, pasó de ser considerada una droga dura a una droga blanda en los delitos de tráfico con la entrada en vigencia de la Ley 20.000, para luego de un breve tiempo volver a la lista 1, esto es, una sustancia capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. Actualmente, se debate intensamente, siguiendo la experiencia internacional, la viabilidad de despenalizar su consumo y regular su oferta. Al respecto existen enfoques diversos para enfrentar este problema de Salud Pública, básicamente uno prohibicionista –como el que actualmente impera en Chile– y uno de reducción de daños³¹. La anterior discusión supone evaluar las ventajas y desventajas de los tipos penales actualmente vigentes, asumiendo, en primer lugar, la situación genérica del consumo recreacional de la sustancia. Además, y por otra parte, se discute reformar el Código Sanitario y la Ley 20.000, para, sin introducir modificaciones de mayor entidad a un sistema que considera ilegítimo todo cultivo y consumo del cannabis, a menos que

28 A diferencia de la figura del artículo 10, que pese a tener una evidente vinculación, supone un sujeto activo especial y una conducta específica.

29 Frieyro, Sofía. *El delito de tráfico de drogas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 60.

30 Cuadrado, Cristóbal; Huneus, Josefina, y Zamorano, Nicolás. *Documento de posición del Colegio Médico de Chile sobre el proyecto de ley que “Modifica el Código Sanitario para incorporar y regular el uso medicinal de productos derivados de cannabis”*. Santiago, Colegio Médico de Chile, 2019, p. 3. Disponible en: http://www.colegiomedico.cl/wp-content/uploads/2019/06/documento_cultivo_seguro.pdf

31 Sánchez Bustos, Sergio. “Principales Paradigmas Preventivos en el mundo de Hoy”. En: Musalem, Pedro y Sánchez, Sergio. *Aportes para una Nueva Política de Drogas*. Santiago, Colegio Médico de Chile, 2010, págs. 20 y sgtes.

se produzca en un entorno estrictamente íntimo, y cualquier manera de llevar dicha sustancia desde el productor a consumidores finales distintos de este, legalizar y regular el uso medicinal del cannabis. Efectivamente, un proyecto en tal sentido ingresó a la Cámara de Diputados el año 2017 y el día 7 de enero de 2019, se inició su discusión en la Comisión de Salud del Senado. El proyecto pretende modificar el artículo 98 bis del Código Sanitario y los artículos 8, 9 y 50 de la Ley 20.000, buscando permitir que cualquier persona cultive cannabis, requiriendo para ello la autorización de un médico a través de una receta médica, eliminando la exigencia de autorización por el Servicio Agrícola y Ganadero.

Al respecto, el Colegio Médico de Chile se ha opuesto al proyecto de ley en comento, argumentando que “La ley actual chilena no impide el uso medicinal de cannabis y sus derivados mientras tenga las autorizaciones pertinentes, lo que incluye estándares mínimos de control a la producción. El proyecto de Ley intenta eliminar estas medidas de control, quitando la garantía de eficacia, seguridad y calidad que necesita la población”³². El proyecto en cuestión se encuentra aún en segundo trámite constitucional.

V. ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA

Los delitos de tráfico de la Ley 20.000 protegen la salud pública, por lo mismo es necesario para que se configuren que “las sustancias estupefacientes o sicotrópicas –objeto material– puedan afectarla y estén controladas”³³. En doctrina suele distinguirse entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material. Entendemos por antijuridicidad formal la mera contradicción entre la conducta típica del agente y el derecho, esto es, la contravención de las órdenes y prohibiciones que establece el ordenamiento jurídico. La antijuridicidad material importa que la conducta efectivamente afecte el bien jurídico protegido por un tipo penal, descartando, por ende, los casos en que no se ha dañado o puesto en peligro el específico bien jurídico que tutela una figura penal determinada y no otro. Para que se produzca la afectación del bien jurídico protegido por la generalidad de los tipos penales de la Ley 20.000, tratándose de delitos de peligro abstracto³⁴, basta la posibilidad de que dicha afectación se produzca y es por lo tanto imprescindible que el objeto material de dichas figuras sea idóneo al efecto. Nuestro máximo tribunal ha resuelto que, por no existir certeza científica sobre el grado de pureza y peligrosidad de la droga incautada, tal como establece el art. 43 de la Ley 20.000³⁵, en los casos en que úni-

32 Cuadrado, Cristóbal; Huneus, Josefina, y Zamorano, Nicolás. *Documento de posición del Colegio Médico de Chile sobre el proyecto de ley que “Modifica el Código Sanitario para incorporar y regular el uso medicinal de productos derivados de cannabis”*. Santiago, Colegio Médico de Chile, 2019, p. 6. Disponible en: http://www.colegiomedico.cl/wp-content/uploads/2019/06/documento_cultivo_seguro.pdf

33 Rebolledo, Lorena. “El Bien Jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes”. En: *Revista del Ministerio Público*, N° 60, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014, p. 124.

34 Tanto en los delitos de peligro abstracto como en los delitos de peligro concreto nos enfrentamos a construcciones penales que justifican la proscripción de determinadas conductas en razón al peligro que ellas generan y no a un resultado tangible. Si embargo, mientras en el caso de los delitos de peligro abstracto el resultado nocivo es presumido por el legislador, en el caso de los delitos de peligro concreto la puesta en peligro en un escenario específico debe acreditarse. En general, los sistemas comparados y el chileno, emplean la técnica de delitos de peligro abstracto para la penalización de los delitos cuyo objeto material son los estupefacientes.

35 Artículo 43.- El Servicio de Salud deberá remitir al Ministerio Público, en el más breve plazo, un protocolo del análisis químico de la sustancia suministrada, en el que se identificará el producto y se señalará su peso o cantidad, su naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como, asimismo, un informe acerca de los componentes tóxicos y sicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública.

camente se haya acreditado la sola presencia de una sustancia prohibida en un objeto determinado, resulta imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para afectar la salud pública y, por consiguiente, los hechos, aun tenidos por comprobados no pueden ser castigados³⁶ por tratarse de una conducta carente de antijuridicidad material³⁷.

Este criterio mayoritario se ha asentado en especial respecto de los delitos de microtráfico. En efecto, nuestro tribunal supremo “ha insistido en la trascendencia de demostrar únicamente a través de un particular medio probatorio –la pericia correspondiente al protocolo que trata el artículo 43 de la Ley N° 20.000– el grado de pureza de la droga cuyo porte, posesión, guarda o transporte se atribuye al acusado, como única vía para establecer la tipicidad y/o antijuridicidad del delito de tráfico de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas del artículo 4° (...) precisando la Corte Suprema en diversas sentencias que las razones para así decidirlo no se extienden a la misma figura cuando ésta recae sobre fármacos, ni a los delitos de los artículos 3° y 8° de la Ley N° 20.000”³⁸.

En cuanto al tipo penal que nos convoca, la Corte Suprema ha, sostenidamente, estimado innecesario acreditar mediante un informe pericial de pureza la concentración del cannabis, sosteniendo que “la presencia de los principios activos de la sustancia de rigor es suficiente para calificarla como aquellas que constituyen el objeto material del delito de cultivo”³⁹.

VI. RELACIONES CONCURSALES

Como expresábamos anteriormente, parece pacífico que “mientras las especies vegetales cosechadas permanezcan en poder de quien las cultivó, el delito será el de cultivo, a pesar que la posesión de tales especies pueda verse también como posesión constitutiva de tráfico”⁴⁰. Sin embargo, existen bastantes situaciones de hecho que pueden generar dudas sobre la solución más apropiada a problemas concursales. Desde ya acotamos la discusión a los casos menos evidentes pues si los objetos en poder del sujeto activo son drogas ilícitas distintas del objeto de la siembra, plantación, cultivo o cosecha, por exigua que sea la cantidad de las primeras, se sancionarán de manera independiente.

La Corte Suprema ha resuelto que debe sancionarse como concurso real, según el artículo 74 del Código Penal, el existente entre los delitos de los artículos 3° y 8 la Ley N° 20.000,

³⁶ Corte Suprema, Rol N° 4215-12, 25 de julio de 2012.

³⁷ Pese a tratarse del criterio predominante, existen sentencias que resuelven con criterios de excepción ciertas situaciones puntuales. Así, por ejemplo, se ha resuelto que no es necesaria la determinación de la pureza en casos de microtráfico carcelario (Corte Suprema, Rol N° 1720-2017, 9 de marzo de 2017; Corte Suprema, Rol N° 3994-2017, 15 de marzo de 2017); Pluralidad o diversidad de drogas (Corte Suprema, Rol N° 10.197-2017, 4 de mayo de 2017; Corte Suprema, Rol N° 39.641-2017, 9 de noviembre de 2017; Corte Suprema, Rol N° 39.779-2017, 9 de noviembre de 2017; Corte Suprema, Rol N° 39.746-2017, 13 de noviembre de 2017; Corte Suprema, Rol N° 44.261-2017, 30 de enero de 2018); Reiteración de conductas de microtráfico (Corte Suprema, Rol N° 10.197-2017, 4 de mayo de 2017; Corte Suprema, Rol N° 39.641-2017, 9 de noviembre de 2017; Corte Suprema, Rol N° 39.746-2017, 13 de noviembre de 2017; Corte Suprema, Rol N° 44.261-2017, 30 de enero de 2018).

³⁸ Rodríguez Vega, Manuel. “Jurisprudencia de la Corte Suprema del trienio 2016-2018 sobre aspectos sustantivos de la Ley N° 20.000”. En: Revista del Ministerio Público N° 75, Santiago, Chile, Ministerio Público, año 2019, p. 80.

³⁹ Corte Suprema, Rol N° 24.869-17, 18 de julio de 2017; Corte Suprema, Rol N° 41.412-17, 29 de noviembre de 2017; Corte Suprema, Rol N° 23.005-18, 5 de noviembre de 2018; Corte Suprema, Rol N° 29.118-2019, 6 de enero de 2020. Corte Suprema, Rol N° 29.948-19, 24 de febrero de 2020.

⁴⁰ Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre, y Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 602.

en un caso en que los acusados son sorprendidos manteniendo en un inmueble diversas cantidades de cannabis sativa deshidratada y en proceso de secado, así como insumos para su cultivo, cosecha y comercialización; además de algunas plantas vivas. Lo anterior por cuanto la sentencia recurrida tuvo por acreditado que el inmueble en donde fueron detenidos los sentenciados se encontraba destinado, tanto su interior como el exterior, al cultivo de marihuana que no estaba destinado al uso y consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo de los condenados, rechazando que dicho cultivo fuese un acto preparatorio del tráfico de la cannabis sativa, pues “los sentenciados incurrieron en un ilícito que adquiere individualidad y por ende no puede ser calificado de preparatorio, pues para que pudiese ser calificado de ese modo y asociarlo a una atipicidad hubiese sido necesario que el cultivo estuviese destinado a un consumo individual y que éste fuese próximo en el tiempo, circunstancias que ya fueron desestimadas”⁴¹. Interesante observación se ha formulado al respecto al cuestionar el fallo argumentando que “de haberse demostrado que la plantación tenía por objeto el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo de quien está a cargo de la misma –como echa de menos el fallo–, ello descartaría un tráfico posterior y, por ende, aquélla no puede ser un acto preparatorio de éste”⁴². Continúa la crítica, ahora apuntando a lo esencial: “los actos de elaboración o plantación de drogas o de las especies vegetales que las producen pueden verse como actos preparatorios especialmente punibles de otro principal, que sería el tráfico ilícito, en sentido estricto –esto es, las conductas que hoy describe el inciso 2° del artículo 3° de la Ley N° 20.000– y que, por tanto se consumen en él, siendo ambas figuras especiales de la genérica de tráfico ilícito, en sentido amplio –esto es, el resto de las conductas que “por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo” de las sustancias a que se refiere el artículo 1°–. De allí que quien cultiva especies prohibidas, para por sí mismo extraer de ellas las sustancias que posteriormente pone a la venta, no comete tres delitos, sino sólo uno, el de tráfico ilícito, en sentido estricto, es el acto principal al cual los otros le sirven solamente como preparatorios especialmente punibles”⁴³.

En los casos en que el objeto material del cultivo esté en parte destinado al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo del sujeto activo y en parte a otras finalidades comprendidas dentro del alcance del artículo 8 de la Ley 20.000, únicamente se sancionará el delito del artículo 8 toda vez que, en rigor, existe un concurso aparente de leyes penales, que se debe solucionar por el criterio de la consunción basado en el principio de insignificancia, dado el mínimo disvalor de la falta del art 50 de la Ley 20.000⁴⁴.

41 Corte Suprema, Rol N° 12.564-18, 16 de agosto de 2018. Corte Suprema, Rol N° 12.869-18, 1 de agosto de 2018.

42 Rodríguez Vega, Manuel. “Jurisprudencia de la Corte Suprema del trienio 2016-2018 sobre aspectos sustantivos de la Ley N° 20.000”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 75, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2019, p. 129.

43 Rodríguez Vega, Manuel. “Jurisprudencia de la Corte Suprema del trienio 2016-2018 sobre aspectos sustantivos de la Ley N° 20.000”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 75, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2019, págs. 129 y 130.

44 Matus, Jean Pierre. “La teoría del concurso aparente de leyes penales y el “resurgimiento” de la ley en principio desplazada”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Coquimbo, Universidad Católica del Norte, 2002, págs. 30-31.

VII. REFLEXIONES FINALES

La figura del art. 8 de la Ley 20.000 se ha transformado en una de las más ricas en discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, en atención a que su regulación obedece a una lógica diversa, pero complementaria, del sistema de sanción de las figuras de tráfico y consumo de drogas ilícitas en nuestro país. Su relevancia práctica es tremenda pues su objeto material específico es el estupefaciente más cultivado, transado y consumido en nuestro país. El destino de esta figura está ineludiblemente ligado a la apreciación político criminal sobre su eficacia y legitimidad. Mas, en el actual escenario, parece evidenciar aún la necesidad de acotar jurisprudencialmente discusiones que todavía se encuentran abiertas. Lo anterior evitaría, entre otros problemas, modificaciones legales tendientes más a precisar el sentido en que deben interpretarse y aplicarse los tipos penales vigentes, que a cambios valorativos de fondo de los poderes colegisladores.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. Alcalde Sánchez, M. *Salud pública y drogas tóxicas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
2. Cisternas Veliz, Luciano. “Consumo de Marihuana «Próximo en el Tiempo»: Aproximación a la Evolución Jurisprudencial (2005-2015)”. En: *Revista de la Justicia Penal*, N° 7, Santiago, Librotecnia, 2017.
3. Cuadrado, Cristóbal; Huneeus, Josefina, y Zamorano, Nicolás. “Documento de posición del Colegio Médico de Chile sobre el proyecto de ley que “Modifica el Código Sanitario para incorporar y regular el uso medicinal de productos derivados de cannabis”. Santiago, Colegio Médico de Chile, 2019.
4. Del Real, Vicente y Vergara, Gonzalo. “Análisis Jurídico: Artículo 8 de la Ley 20.000. El Problema de la licitud del cultivo, como respuesta al consumo privado y sus vías de obtención”. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad Finis Terrae, 2016.
5. Frieyro, Sofía. *El delito de tráfico de drogas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
6. Joshi Jubert, Ujala. *Los delitos de tráfico de drogas. Un estudio analítico del art. 368 CP*. Barcelona, José María Bosh Editor, 1999.
7. Matus, Jean Pierre. “La teoría del concurso aparente de leyes penales y el “resurgimiento” de la ley en principio desplazada”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Coquimbo, Universidad Católica del Norte, 2002.
8. Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre, y Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
9. Rebolledo, Lorena. “El Bien Jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 60, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014.
10. Rodríguez Vega, Manuel. “La proximidad” del uso o consumo como causal de exención del delito de plantación de especies vegetales del género cannabis del art. 8 de la ley 20.000”. Santiago, Universidad de Talca, 2016.
11. Rodríguez Vega, Manuel. “Jurisprudencia de la Corte Suprema del trienio 2016-2018 sobre aspectos sustantivos de la Ley N° 20.000”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 75, Santiago, Chile, Ministerio Público, abril de 2019.
12. Roxin, Claus *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la 2ª edición alemana, de Luzón Peña, Diego; Díaz y García Conlledo, Mihuel, y de Vicente Remesal, Javier. Madrid, Civitas, Tomo I, 1997, reimpresión 2008.
13. Sánchez Bustos, Sergio. “Principales Paradigmas Preventivos en el mundo de Hoy”. En: Musalem, Pedro y Sánchez, Sergio. En: *Aportes para una Nueva Política de Drogas*, Santiago, Colegio Médico de Chile, 2010.

NORMAS CITADAS

1. Código Penal. Actualizado al 15 de octubre de 2020.
2. Ley N° 18.403 (4/3/1985), Sanciona el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes y deroga la Ley N° 17.934.
3. Ley N° 19.366 (29/9/1994), Sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, dicta y modifica diversas disposiciones legales y deroga Ley N° 18.403.
4. Ley 20.000 (16/2/2005), Sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, dicta y modifica diversas disposiciones legales y deroga Ley N° 19.366.

JURISPRUDENCIA CITADA.

1. Corte Suprema, Rol N° 4215-12, 25 de julio de 2012.
2. Corte Suprema, Rol N° 4949-15, 4 de junio de 2015.
3. Corte Suprema, Rol N° 15.920-15, 11 de noviembre de 2015.
4. Corte Suprema, Rol N° 6909-16, 4 de abril de 2016.
5. Corte Suprema, Rol N° 35.154-16, 5 de diciembre de 2016.
6. Corte Suprema, Rol N° 1720-2017, 9 de marzo de 2017.
7. Corte Suprema, Rol N° 3994-2017, 15 de marzo de 2017.
8. Corte Suprema, Rol N° 10.197-2017, 4 de mayo de 2017.
9. Corte Suprema, Rol N° 24.869-2017, 18 de julio de 2017.
10. Corte Suprema, Rol N° 39.641-2017, 9 de noviembre de 2017.
11. Corte Suprema, Rol N° 44.261-2017, 30 de enero de 2018.
12. Corte Suprema, Rol N° 12.564-18, 16 de agosto de 2018.
13. Corte Suprema, Rol N° 12.869-18, 1 de agosto de 2018.
14. Corte Suprema, Rol N° 12.564-18, 16 de agosto de 2018.
15. Corte Suprema, Rol N° 5417-2019, 17 de diciembre de 2019.
16. Corte Suprema, Rol N° 29.118-2019, 6 de enero de 2020.
17. Corte Suprema, Rol N° 29.948-19, 24 de febrero de 2020.
18. Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol N° 89-2019, 16 de setiembre de 2019.
19. 4° TOP de Santiago, RUC 0600200858-9, RIT 11-2008, 5 de marzo de 2008. En: *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXI - N° 1 - Julio 2008, páginas 171-185.
20. TOP de Quillota, Rit N° 9-2012, 20 de marzo de 2012; confirmado por CA de Valparaíso, Rol N° 388-2012, 2 de mayo de 2012.
21. TOP de Talca, RIT N° 264-2009, 12 de abril de 2010.

**UNIDAD
DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL
Y EXTRADICIONES**

EL PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN PASIVA NO ES UN JUICIO ORAL. COMENTARIO DE SENTENCIA

Álvaro Hernández Ducos¹

I. INTRODUCCIÓN

La Sala Penal de la Corte Suprema ha definido la extradición pasiva como *el procedimiento que 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 el último lo juzgue o proceda al cumplimiento de la sentencia en el caso respectivo* (Cury, *Derecho Penal, Parte General*, séptima edición, p. 218). 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 en un estado determinado 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 materia del requerimiento².

Además, ha indicado que la extradición pasiva *no constituye propiamente un juicio, pues no persigue acreditar la existencia del delito y determinar la responsabilidad del imputado, sino que consiste en un mero “procedimiento” destinado a establecer la concurrencia de los requisitos que la hacen procedente, en lo relativo al o los sujetos extraditables, al delito y su naturaleza y a la extensión de la sanción aplicable. A mayor abundamiento, es preciso consignar que la extradición ha sido definida por esta Corte Suprema como “el acto mediante el cual el Estado en cuyo territorio se ha refugiado una persona, la entrega al Estado donde delinquirió, para su juzgamiento o cumplimiento de la pena, en su caso, con el objeto de evitar la impunidad de los delitos y hacer efectivo el principio del auxilio mutuo que deben prestarse las naciones, para la consecución del señalado fin”* (proceso de extradición Rol N° 7.063-2009). En consecuencia, esta institución tiene por objeto impedir que delitos que afec-

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

² Corte Suprema, 14 de agosto de 2017, Rol N° 36.136-2017.

*ten bienes jurídicos de alta lesividad para la sociedad queden impunes, y también someter a los responsables a rendir cuenta en un proceso en marcha o enfrentar las decisiones que a su respecto se adopten en un proceso ya concluido*³.

La extradición es una institución jurídica que proviene del Derecho Internacional Público y que emana del Derecho de los Tratados.

Chile ha suscrito tratados de extradición desde la segunda mitad del siglo XIX a la fecha, muchos de los cuales se encuentran aún vigentes.

Los tratados de extradición contienen, en términos generales, un compromiso recíproco de los Estados parte en orden a entregarse mutuamente a las personas que hayan cometido delitos, sea para juzgarlas o para permitir el cumplimiento de sentencias condenatorias firmes, los requisitos formales y de fondo, la jurisdicción, los delitos extraditables o la gravedad de los mismos⁴, las condiciones que impiden conceder una extradición de manera imperativa (cosa juzgada, prescripción de la acción penal o de la pena, persecución política, entre otros) o facultativa (nacionalidad del requerido), el instituto de la detención previa con fines de extradición, la concurrencia de solicitudes de extradición entre varios países, la extradición en tránsito, los plazos para formalizar una extradición y para retirar a los extraditados, la incautación de objetos vinculados a los delitos y los gastos, entre otras.

El procedimiento de extradición pasiva se encuentra regulado en Chile en el Libro IV, Título VI, Párrafo 2° del Código Procesal Penal, en concreto entre los artículos 440 a 454 inclusive.

Dichas normas determinan, básicamente, la procedencia de la extradición, la competencia del tribunal llamado a conocer del asunto en primera instancia y en segunda instancia (artículo 450), la institución de la detención previa, consagrada en todos los tratados internacionales sobre la materia, la representación del Estado requirente, que se entrega por ley al Ministerio Público, el mecanismo para ofrecer y producir pruebas, tanto para el representante del Estado requirente como de la Defensa, la procedencia de la prisión preventiva y otras medidas cautelares, así como los resguardos que debe tomar el ministro instructor de la Corte Suprema, el contenido y la ritualidad de la audiencia de juicio de extradición pasiva propiamente tal, el contenido de la sentencia de extradición, los recursos que se pueden interponer en contra de la sentencia del juicio de extradición, contemplando tanto el de apelación como el de nulidad, los efectos de las sentencias que conceden y que deniegan la extradición, y el procedimiento de extradición pasiva simplificada.

Hay que destacar que esta regulación no contiene ninguna norma que permita la aplicación supletoria de otro procedimiento, en caso de ausencia de regulación expresa.

³ Corte Suprema, 14 de marzo de 2017, Rol N° 45.285-2017.

⁴ Los tratados de extradición “antiguos” contienen un listado estricto de delitos extraditables (por ejemplo, el tratado entre Chile y Colombia de 1914; y el tratado entre Chile y Estados Unidos de América de 1900). Los tratados de extradición “modernos” no tienen un listado de delitos extraditables, sino una exigencia en el sentido que los delitos deben tener una gravedad mínima, lo que es medido por la pena aplicable, generalmente superior a un año de privación de libertad (Convención de Extradición de Montevideo, de 1933) o de al menos dos años de privación de libertad (Convención de Extradición del Mercosur y países asociados, de 1998).

II. PRESENTACIÓN DEL CASO

El requerido, de nacionalidad colombiana, había ingresado a Chile usando un documento de identidad falsificado y cuando se percataron las autoridades migratorias nacionales, presentaron una denuncia al Ministerio Público, que dio lugar a la causa RUC 1901040790-K, a cargo de la Fiscalía Local de Los Andes, por usurpación de nombre y uso de instrumento público falso. Al iniciarse dicha causa, la Oficina de INTERPOL Chile comunicó esta situación a su par de Colombia y fue así como las autoridades judiciales colombianas se enteraron que la persona que se encontraba prófuga de su justicia se encontraba en Chile e iniciaron en su país el procedimiento de extradición, remitiendo además copia de los antecedentes de la investigación en ese país a la fiscalía chilena.

En diciembre de 2019, las autoridades judiciales de la República de Colombia solicitaron, a través de conducto diplomático, la extradición para juzgarlo por el delito de Femicidio (equivalente a nuestro Femicidio), cometido en contra de su pareja, ocurrido en el hogar común de ambos, en el año 2018.

Al llegar la solicitud formal a la Corte Suprema, fue asignado el caso al Sr. Carlos Aranguiz Zúñiga, en calidad de Ministro Instructor, bajo el Rol de Ingreso N° 110-2020. La persona requerida fue localizada y detenida, quedando en prisión preventiva durante todo el proceso de extradición.

Con fecha 10 de febrero de 2020, el Sr. Ministro Instructor concedió la extradición de la persona requerida a Colombia, por estimar que se encontraban acreditados todos los requisitos contenidos en el tratado bilateral entre Chile y Colombia, así como la normativa nacional sobre la materia.

La Defensoría Penal Pública, representante del requerido, presentó entonces un recurso de nulidad y en subsidio de apelación en contra la sentencia, al que le fue asignado el Rol de Ingreso N° 19.567-2020.

La Sala Penal de la Corte Suprema escuchó los alegatos de las partes y resolvió el 14 de abril de 2020 rechazar ambos recursos, por unanimidad. Esta sentencia se adjunta a este trabajo, y el comentario se refiere al fallo respecto del recurso de nulidad, que atiende a la naturaleza jurídica de la extradición pasiva⁵.

III. EXPLICACIONES Y COMENTARIOS

El Ministerio Público, en primera instancia, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 444 CPP, ofreció con la debida anticipación el contenido completo de los antecedentes presentados por conducto diplomático por parte de las autoridades colombianas. Pero además ofreció como prueba documental, para producirlos en la audiencia del juicio de extradición, tres documentos que constaban en la carpeta de investigación de la causa RUC 1901040790-K, antes mencionada.

En concreto, se trataba de dos documentos que provenían de la carpeta de investigación

⁵ La parte de la sentencia que rechazó el recurso de apelación no es objeto de comentarios en esta oportunidad, pues no aporta, a juicio del autor, un nuevo desarrollo jurisprudencial, limitándose a señalar que el contenido de los antecedentes fundantes del pedido de extradición fueron suficientes para acreditar el estándar probatorio exigido en este tipo de procedimientos.

colombiana por Femicidio en contra del requerido y que no habían llegado por vía diplomática junto al pedido formal de extradición, sino que a través de cooperación directa de parte del tribunal colombiano: el primero era el informe final de necropsia sobre la víctima y el segundo la declaración de un testigo.

El tercer documento era el registro de la declaración del imputado ante la Policía de Investigaciones de Chile, en el marco de la investigación que desarrollaba la Fiscalía Local de Los Andes, ocasión en la cual, junto con renunciar a su derecho a guardar silencio sobre los delitos que se investigaban (usurpación de nombre y uso indebido de documento público falso), en forma espontánea y sin que hubiera ningún indicio sobre ello, confesó que se encontraba huyendo de Colombia, su país de origen, pues allí había dado muerte a su pareja, cortándole el cuello con un cuchillo cocinero al interior del hogar común.

Durante la audiencia del juicio de extradición, la Defensa se opuso tenazmente a la lectura de los mencionados documentos, señalando que el Ministerio Público los había obtenido a través de una investigación no autorizada por la ley, sin resguardo de las garantías del debido proceso e, invocando las normas sobre juicio oral, agregó que existía prohibición para dar lectura en juicio de antecedentes de la investigación. El Ministerio Público argumentó que ninguno de los abogados que representaban a la República de Colombia en el juicio de extradición había ordenado esas diligencias, que ellas eran públicas para los intervinientes y constaban en la carpeta investigativa de la Fiscalía Local de Los Andes, donde el imputado era a su vez representado por la Defensoría Penal Pública local, que el juicio de extradición es un procedimiento especial regulado por el Código Procesal Penal, que no tiene las características de un juicio oral y que existe una norma que permite ofrecer y producir pruebas que van más allá del contenido de la demanda formal de extradición que formula el Estado requirente.

El Ministro Instructor acogió los planteamientos del Ministerio Público, permitió la lectura resumida de los documentos objetados por la Defensa, los valoró en su sentencia y concedió la extradición de la persona requerida.

La Defensoría Penal Pública dedujo recurso de nulidad y de apelación en subsidio en contra de la sentencia que concedía la extradición. Para justificar la nulidad, alegó en contra del uso y valoración de los tres documentos antes mencionados. Y para justificar la apelación, partió del supuesto que sin esos tres documentos no se cumpliría con el estándar probatorio exigido en Chile para conceder una extradición.

La causal de nulidad invocada fue la contenida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, por cuanto estimó que se habían infringido sustancialmente los derechos y garantías contenidos en la Constitución y por los tratados internacionales suscritos por Chile, en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello por cuanto el Ministerio Público habría obtenido pruebas con infracción de garantías fundamentales, las cuales fueron autorizadas por el Tribunal con infracción de ley y que fueron valoradas positivamente y constituyeron uno de los elementos centrales en su decisión final.

Agregó el recurrente que la incorporación a través de lectura de la declaración del imputado obtenida ante la Policía de Investigaciones y de los demás documentos men-

cionados contravenían la prohibición establecida en los artículos 228, 329 y 334 del Código Procesal Penal, vulnerando los principios de oralidad, inmediación y contradicción de nuestro sistema jurídico. Por último, agregó que el Ministerio Público debe limitar su acción a los antecedentes que presente el Estado requirente a través de su demanda de extradición y que no puede realizar actividad investigativa alguna ni valerse de otras que hayan tenido lugar en el extranjero.

La Sala Penal de la Corte Suprema, por unanimidad y con participación de todos sus ministros titulares, rechazó el recurso de nulidad, indicando que en la especie no se conculcó el derecho constitucional que reclamaba el recurrente y que el Ministro Instructor actuó correctamente en todas y cada una de las actuaciones que impugnaba la Defensa.

En su argumentación, se refirió al concepto de la extradición, a su naturaleza jurídica, a sus objetivos generales, y dio cuenta de la historia fidedigna de su establecimiento con los párrafos dedicados a la materia en la discusión parlamentaria que condujo a la normativa hoy vigente en nuestro país.

La sentencia de nulidad hace particular énfasis en su argumentación que la extradición no es un juicio de culpabilidad, en el sentido que no se busca determinar si la persona requerida era culpable o inocente de los hechos que se le imputaban, pues de lo contrario habría un doble juzgamiento sobre la persona, sino que se trataba de un antejuicio en el cual había que demostrar la concurrencia de los requisitos y exigencias que plantean los tratados internacionales, el derecho internacional y la normativa nacional sobre la materia.

En cuanto a la naturaleza jurídica, la Corte Suprema sostuvo que la extradición pasiva constituía un **procedimiento especialísimo**, tanto por sus objetivos como por el hecho de contener mecanismos de incorporación de prueba totalmente diferentes a los propios de un juicio ordinario.

Así, en su considerando séptimo se señala que los antecedentes proporcionados por las autoridades del Estado requirente se entendían como legítimamente incorporadas al proceso de extradición sin necesidad de formalidad especial ni con las exigencias de publicidad previa de los juicios ordinarios, imponiendo a su representante únicamente la obligación de hacer una breve relación de ellos al inicio de la audiencia de juicio. En tanto, que los demás antecedentes que ofrezcan las partes deben ser anunciados y producidos en la forma que prescribe la norma especial del procedimiento de extradición.

La Corte sostuvo además que la extradición era un procedimiento especialísimo por cuanto no le resultan aplicables las normas del procedimiento del juicio oral, ni siquiera en forma supletoria de aquel, al no existir ningún artículo que haga ese reenvío.

Esta forma de resolver ya constituye una jurisprudencia uniforme de parte de la Corte Suprema. En efecto, esta es la misma línea de argumentación que aparece en las reiteradas decisiones de los Ministros Instructores conociendo de diversos juicios de extradición pasiva en primera instancia y las posteriores confirmaciones por parte de la Sala Penal conociendo de recursos de apelación.

Además del caso que se comenta en este trabajo -sentencia al recurso de nulidad Rol de Ingreso N° 19.567-2020- es necesario considerar una sentencia anterior, también referi-

da a un recurso de nulidad, en otra extradición requerida por la República de Colombia, causa Rol de Ingreso N° 716-2011, en que la Sala Penal anuló prácticamente todo el procedimiento de primera instancia, con similares argumentos.

En dicha sentencia, en lo que dice relación con el tipo de procedimiento de la extradición pasiva, se sostuvo en su considerando tercero *que durante la vista de la causa y su estudio posterior, este tribunal de alzada logró convicción respecto a la existencia de un error procesal básico y que, a su juicio, debe remediarse en forma previa al análisis y solución del asunto controvertido. Tal error consistió, en lo sustancial, en aplicar a esta extradición pasiva el procedimiento propio de un juicio oral, en circunstancias que el código respectivo contiene uno especial, el que ni siquiera contempla la aplicación supletoria de aquél en caso de existir algún vicio normativo, como ocurre en otras situaciones procesales, todo ello en atención a la naturaleza jurídica de la extradición y sobre la cual existen ya variados pronunciamientos jurisdiccionales.* En su considerando undécimo sostuvo *que el Libro IV del Código Procesal Penal, al regular los procedimientos especiales, en donde se incluyen, entre otros, el simplificado, el de acción penal privada, el abreviado y la extradición, sólo autorizó a que en tres de ellos se pudiera utilizar, de manera supletoria, las normas del Libro II del Código Procesal Penal.* Y en su considerando décimo quinto se señaló *que esta Corte ha dicho, además, que el procedimiento de extradición pasiva no es un juicio oral y tampoco una audiencia (la del art. 448) donde pueda prepararse el juicio oral que se desarrollará en el país requirente, pues en él no se ejerce labor de juzgamiento alguna, sino que es más bien un antejuicio de mérito*⁶.

IV. CONCLUSIÓN

Con la sentencia comentada en este trabajo, se puede considerar que se ha asentado una jurisprudencia uniforme y sostenida en el tiempo por parte de la Corte Suprema, en el sentido que el juicio de extradición constituye un procedimiento especialísimo, que por su naturaleza jurídica y sus objetivos, no guarda relación con las normas del juicio oral ordinario, normas que ni siquiera se le aplican en forma supletoria.

V. TEXTO DEL FALLO

Santiago, catorce de abril de dos mil veinte.

Vistos:

En estos antecedentes Rol N° **19567-20**, que dicen relación con una solicitud de extradición pasiva, efectuada por Colombia, el Sr. Ministro don Carlos Aranguiz, pronunció sentencia el diez de febrero del año en curso, por la cual se accedió a la petición formulada por ese país, respecto de Fernando Vásquez Sinisterra, ciudadano colombiano, por el delito de feminicidio agravado contemplado en los artículos 104 A literales A y E y 104B literal G- del numeral 7 del artículo 104 del Código Penal colombiano, seguido ante el Juez 21 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali, perpetrado en ese país el 15 de octubre de 2018, disponiendo que se arbitren las medidas necesarias para poner al requerido a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores, con el objeto de

⁶ Corte Suprema, Rol N° 716-11, 31 de marzo de 2011.

ser entregado al país solicitante, cuyo cumplimiento será diferido hasta la completa sustanciación del procedimiento que enfrenta actualmente en el Juzgado de Garantía de Los Andes, RUC N° 1901040790-K, RIT N° 2830-2019, y, en su caso, hasta el cumplimiento efectivo de la eventual condena que se le pueda imponer.

Contra la sentencia antes referida, la defensa del inculpado dedujo un recurso de nulidad con apelación subsidiaria, ordenándose la realización de la correspondiente audiencia, la que se verificó el día veinticinco de marzo pasado, comenzando con la recepción de la prueba documental ofrecida por el abogado del requerido, quien incorporó mediante su lectura extractada, algunos pasajes del Informe Policial N°20190533356/00864/302 de fecha 27 de septiembre de 2019, efectuada por la BRIDEC de la PDI, para a continuación ser oídos los intervinientes, presentándose a alegar el abogado señor Javier Ruiz Quezada, por la Defensoría Penal Pública; y contra los recursos, el abogado del Ministerio Público don Álvaro Hernández, incorporándose el acta respectiva.

Considerando:

PRIMERO: Que la requirente dedujo recurso de nulidad, basado exclusivamente en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, lo que vincula con el debido proceso, garantía que se encuentra establecida en el inciso sexto del numeral 3° del art. 19 de la Carta Fundamental, artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el derecho a la libertad ambulatoria consagrada en el artículo 19 n° 7 de la Constitución Política de la República, en relación con los artículos 77, 83, 84, 228, 329, 331 y 334 del Código Procesal Penal.

Desarrollando los motivos de su arbitrio, denuncia que el Ministerio Público a través de la policía obtuvo pruebas con infracción de garantías fundamentales, cuya incorporación además fue autorizada por el Tribunal con infracción a las normas legales que la regulan, las que luego fueron valoradas positivamente como uno de los elementos centrales del fundamento de la sentencia que accedió a la extradición.

Prosigue con su explicación, detallando que se trata de tres medios de prueba que provienen de la carpeta de investigación de una causa llevada a cabo por la Fiscalía Local de los Andes, bajo el RUC 1901040790-k, por el delito de usurpación de nombre y uso malicioso de instrumento público y en la cual el sr. Vásquez tiene la calidad de imputado en nuestro país, que consisten en:

- a) Informe Policial N°20190533356/00864/302 de fecha 27 de septiembre de 2019, efectuada por la BRIDEC de la PDI que consigna una declaración efectuada por el requerido en el marco de la investigación seguida en su contra en Chile.
- b) Informe Pericial de Necropsia N°2018010176520000437 de fecha 16 de octubre de 2018 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de la Seccional Valle del Cauca, Unidad Básica de Palmira.
- c) Acta de entrevista de Manuel de Jesús Pacheco Concha, con fecha 18 de octubre de 2018, ante la Policía Judicial de Cali, Colombia.

A continuación, indica que la Policía de Investigaciones tras detener al sr. Vásquez el 26 de septiembre de 2019, en el contexto de un delito de usurpación de nombre y uso malicioso de instrumento público, al tomarle declaración, se refirió a los hechos que fundan el presente procedimiento de extradición, de manera autónoma y sin haber mediado instrucción del fiscal de turno, respecto del cual Chile no tiene jurisdicción de conformidad al artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales, efectuando además gestiones con la Seccional de Investigación Judicial de la Policía Judicial de Colombia, entidad desde la que se remitió finalmente los documentos relacionados con el Femicidio de la Sra. L.M.M.M., entre los que se encuentran la carpeta de investigación de la causa que motiva el pedido de extradición, en la cual consta el Informe Pericial de Necropsia N°2018010176520000437 de fecha 16 de octubre de 2018, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de la Seccional Valle del Cauca, Unidad Básica de Palmira y el acta de entrevista de Manuel de Jesús Pacheco Concha, con fecha 18 de octubre de 2018, ante la Policía Judicial de Cali, Colombia, cuestionados por la recurrente.

Enseguida, reprocha que durante la audiencia del artículo 448 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público, incorporó indebidamente mediante lectura, tanto de la declaración prestada por el requerido ante la policía, como los registros que dieron cuenta de diligencias realizadas por la Policía de Investigaciones en relación a los hechos que son materia de la solicitud de extradición, lo que contraviene la prohibición de los artículos 228 inciso final, 329 y 334 del Código Procesal Penal y vulnera los principios de oralidad, intermediación y contradicción que rigen nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, el recurrente denuncia que, al Ministerio Público, como representante del Estado requirente, le corresponde aportar los antecedentes que dicho Estado presente y no realizar actividades investigativas ni valerse de aquellas respecto de hechos ocurridos en el extranjero fuera de las excepciones previstas por la ley.

Producto de lo anterior, aduce que los antecedentes analizados, no debieron ser incorporados ni menos considerarse como prueba en la sentencia definitiva, como se hizo.

La defensa termina su recurso de nulidad pidiendo, se invalide la audiencia de extradición y la sentencia para que se realice una nueva para los fines previstos en el artículo 448 del cuerpo legal ya señalado, por Ministro no inhabilitado, con la exclusión de los medios de prueba ya referidos.

SEGUNDO: Que, como se desprende, el núcleo del recurso descansa en el hecho que una parte de los antecedentes que acompañó al proceso el Ministerio Público, en representación del Estado requirente, fueron obtenidos con infracción de garantías fundamentales, por haber actuado la Policía de Investigaciones de manera autónoma fuera de los casos previstos por la ley, los que además, no obstante, tratarse de registros policiales se incorporaron mediante su lectura en la audiencia del artículo 449 del Código Procesal Penal, excediendo el ente persecutor el marco de sus atribuciones, antecedentes que finalmente fueron valorados por el Tribunal, para otorgar la extradición, lo que infringe los derechos constitucionales que invoca.

TERCERO: Que, conforme se ha sostenido por esta Corte Suprema, en reiterados pronunciamientos jurisdiccionales, la solicitud de extradición pasiva, constituye un conjunto de ac-

tuaciones, ordenadas legalmente, para garantizar, y en su caso disponer, la entrega por las autoridades del Estado donde se halla una persona reclamada por las autoridades de otro Estado, con el fin de responder de actividades delictivas, al objeto de que sea juzgada por sus órganos jurisdiccionales o cumpla la pena o medida de seguridad que se le impuso (SCS, Rol Nro. 1858-2010, de 21 de junio de 2010 y Rol Nro. 4651- 2010, de 17 de agosto de 2010).

El fundamento de esta institución 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).

CUARTO: Que el procedimiento de extradición pasiva se encuentra definido en el artículo 440 del Código Procesal Penal, como aquel aplicable cuando un país extranjero solicitare a Chile la extradición 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 de duración superior a un año, correspondiendo al Ministerio de Relaciones Exteriores remitir la petición y sus antecedentes a la Corte Suprema.

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). A su turno, el Profesor Enrique Cury la define como el acto de 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 el último lo juzgue o proceda al cumplimiento de la sentencia en el caso respectivo (Derecho Penal. Parte General. 7ª Edición. p. 218).

QUINTO: Que, en consecuencia, la gestión de solicitud de 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, cuales son los expresados anteriormente en lo relativo al sujeto extraditable, al delito y a la naturaleza y extensión de la sanción aplicable.

SEXTO: Que, al respecto, la Comisión de la Cámara de Diputados señaló: “No es función de la Corte, ni del ministerio público, hacer un juicio de culpabilidad completo de la persona antes de conceder extradición. La extradición es una especie de juicio de mérito: determina si tiene o no tiene fundamento la petición de extradición para que el otro tribunal lo juzgue. No tiene sentido acreditar si es culpable o inocente”. Por su parte, la Comisión del Senado indicó “que la investigación que puede realizarse en Chile respecto de un delito cometido en el extranjero es mínima, ya que los antecedentes deben ser proporcionados por el Estado requirente” (J. Cristóbal Núñez Vásquez, Tratado del Proceso Penal y el Juicio Oral, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, p.p. 505 y 506). Es por

lo acotado, que la ley otorga al Estado requirente y al imputado la mera posibilidad de rendir prueba si lo desean, con la limitación que expone el mismo artículo 444 del Código Procesal Penal Chileno.

SEPTIMO: Que, en concordancia con lo anterior, cabe tener presente, que las normas del Párrafo 2° del Título VI, Libro IV del Código Procesal Penal, dan lugar a un procedimiento especialísimo para resolver lo concerniente a extradiciones, que autoriza admitir como pruebas legítimamente incorporadas al proceso los antecedentes que la legislación internacional y nacional exigen perentoriamente adjuntar por el Estado requirente con la petición de extradición, sin necesidad de hacerlo con formalidad especial en la audiencia del artículo 448 de aquel cuerpo legal. De otra forma no se explicarían ni la señalada obligatoriedad ni las exigencias de publicidad previa a que está sometido el juez de primera instancia en cuanto se le requiere ponerlos en conocimiento de los intervinientes antes de su celebración, imponiendo al representante de la parte requirente únicamente la obligación de hacer una breve cuenta de ellos en la audiencia. Serán otros antecedentes o hechos complementarios al pedido mismo, los que deberán ser producidos como prueba o justificarse en las tantas veces mencionada audiencia y en el espacio que le asigna el inciso 2° del artículo 448. (De esta manera se resolvió en la extradición pasiva Rol 5.358-2007 de esta Corte).

Que, por su parte el Libro IV del Código Procesal Penal, al regular los procedimientos especiales, en donde se incluyen, entre otros, el simplificado, el de acción penal privada, el abreviado y la extradición, sólo autorizó a que en tres de ellos se pudieran utilizar, de manera supletoria, las normas del Libro II del Código Procesal Penal, esto es, el procedimiento simplificado, el de acción penal privada y el procedimiento abreviado.

OCTAVO: Que, atendido lo razonado precedentemente y como resultado que en el proceso de extradición, no se ejerce labor de juzgamiento alguna, sino que es más bien un “ante-juicio de mérito”, es que no resulta aplicable el procedimiento propio del juicio oral, ni siquiera en forma supletoria de aquel, en el caso de existir algún vicio normativo, como los invocados por la defensa para sustentar la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

En efecto, al tratarse los cuestionamientos efectuados por la Defensa de cuestiones procedimentales, no corresponde impugnarlas ante este Tribunal ni en este procedimiento, sino que ante los jueces y en el proceso para el cual está siendo requerido el inculcado

NOVENO: Que, sin perjuicio de lo anterior y a mayor abundamiento, los cuestionamientos, sobre las exigencias procesales y de garantías constitucionales efectuados por la Defensa del requerido Fernando Vásquez Sinisterra, fueron suficiente y apropiadamente zanjadas por el Sr. Ministro Instructor en la audiencia prevista en el artículo 448 del Código Procesal Penal, de cinco de febrero pasado, quien autorizó su incorporación, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda dar.

DECIMO: Que de la forma antes referida, en la especie no se ha conculcado el derecho constitucional que reclama la defensa del requerido de extradición, por lo que la causal contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal no se ha configurado y procede, en consecuencia, rechazar el recurso de nulidad interpuesto.

UNDECIMO: Que, en cuanto dice relación con el recurso de apelación que se ha interpuesto subsidiariamente, como ya se ha adelantado en reflexiones anteriores, valorados solamente los antecedentes acompañados al requerimiento de extradición por el país requirente, ellos son suficientes, idóneos y convincentes para acreditar los supuestos del artículo 449 del Código Procesal Penal, que exige para que se conceda la extradición, que se compruebe la identidad de la persona cuya extradición se solicita; que el delito que se le imputa sea de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes; y, que del mérito que surge de ellos, pueda presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado, en atención a que, tales antecedentes proporcionan fundamento serio para su enjuiciamiento, con lo que dicho recurso no puede prosperar.

DUODECIMO: Que, contrariamente a lo afirmado por la apelante, el fallo en revisión, en sus considerandos sexto y séptimo abunda en antecedentes objetivos que a criterio de este tribunal representan fundamentos serios y graves como para afirmar que en nuestro país sí se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen, siendo de advertir que tal exigencia de modo alguno impone al tribunal que conoce de la extradición el adquirir la convicción absoluta de condena, pues ello será labor de los juzgadores que en definitiva conozcan de la causa en el país extraditante, bastando para nuestros tribunales el convencerse de que estos antecedentes proporcionan fundamentos serios para un eventual enjuiciamiento del imputado en Chile, estándar que se cumple sobradamente en la especie.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 384, 450 y 451 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa de Fernando Vásquez Sinisterra, contra la sentencia de diez de febrero del año en curso, por el Sr. Ministro don Carlos Aranguiz, la que en consecuencia, **no es nula**.

Asimismo, pronunciándose sobre el recurso interpuesto en forma subsidiaria por la defensa, por las razones expuestas precedentemente y por sus propios fundamentos, **se confirma la sentencia apelada**, antes individualizada.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados. Redacción del Ministro Sr. Brito.

Rol N°19567-2020

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R., y Jorge Dahm O. No firma el Ministro Sr. Cisternas, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber cesado en sus funciones.

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

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

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO HERRAMIENTA PARA LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

Sebastián Aguilera Vasconcellos¹

RESUMEN

El presente trabajo aborda la necesidad de incorporar la perspectiva de género en los distintos momentos de la actividad probatoria en los procedimientos penales en que se conocen delitos constitutivos de violencia de género, a la luz de los estudios de género y de la teoría racional de la prueba.

En particular, analizaremos por qué incorporar la perspectiva de género en la etapa de valoración de la prueba permite adoptar una decisión racional, deteniéndonos en la valoración del testimonio único de la víctima y el impacto de los prejuicios, libretos y estereotipos en la aplicación de máximas de la experiencia, y cómo su erradicación permitiría disminuir los niveles de impunidad observados en la comisión de este tipo de delitos.

Es precisamente en la política y en la epistemología de las perspectivas parciales donde se encuentra la posibilidad de una búsqueda objetiva, sostenida y racional.

Donna Haraway

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

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace ya varias décadas, pero con especial intensidad en nuestro país en los últimos años, ha venido tomando fuerza la necesidad de incorporar la *perspectiva de género* en todos los ámbitos de la actividad estatal², destacándose especialmente esfuerzos desde los distintos actores del sistema de justicia penal para dar respuesta a casos de violencia de género en contra de las mujeres.

En ese sentido, el Ministerio Público ha venido realizando importantes avances en esta materia, mediante la implementación de una Política de Igualdad de Género de la Fiscalía de Chile, que estableció como uno de sus primeros objetivos la incorporación de la perspectiva de género en los diferentes procesos y materias vinculados con la investigación y persecución penal³. En ese mismo sentido, destaca la publicación de un “Manual para la investigación de casos de violencia física y psíquica por razones de género”, que se constituye como una herramienta metodológica estandarizada que establece directrices de actuación para las y los fiscales, y las funcionarias y los funcionarios, a fin de investigar y ejercer la acción penal con perspectiva de género⁴.

La Defensoría Penal Pública, por otra parte, reconoció el año 2018 en su Manual de Actuaciones Mínimas en Materia de Igualdad de Género, lo indispensable de incorporar la perspectiva de género al momento de analizar ciertas categorías penales, debido a la “existencia de concepciones estereotipadas de género ampliamente utilizadas por los operadores del sistema de justicia criminal”⁵.

Por último, el Poder Judicial adoptó el año 2018 una Política de Igualdad de Género y No Discriminación (en adelante) y al año siguiente, la Secretaría Técnica de la Corte Suprema publicó un Cuaderno de Buenas Prácticas, que entrega entre otros insumos, una matriz de trabajo, que sirve de herramienta práctica a los jueces y juezas de nuestro país, para “apoyar la argumentación de la sentencia, desde el punto de vista normativo y jurisprudencial”, aplicando los principios de igualdad, no discriminación y perspectiva de género en las sentencias⁶.

Hasta ahora, y con justa razón, gran parte de estos esfuerzos de parte de las instituciones que conforman el Sistema de Justicia han estado concentrados en introducir nociones esenciales sobre los aportes de las teorías del género⁷ y la normativa del sistema in-

2 Véase, por ejemplo, el reconocimiento de esta necesidad en la discusión constitucional chilena a iniciarse este año, que “requiere de la igualdad de género en la construcción, en la participación y en el órgano constituyente que discuta y decida los contenidos de la nueva Carta”, en SEPÚLVEDA, Bárbara. *Género y Derecho Público. La construcción jurídica de la ciudadanía de las mujeres*. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2020, Capítulo 3.1.

3 Ministerio Público de Chile. *Política de Igualdad de Género de la Fiscalía de Chile*. Santiago, Chile, Ministerio Público de Chile, 2019, p. 29.

4 LÓPEZ, Edith. *Manual para la investigación de casos de violencia física y psíquica por razones de género*. Santiago, Chile, Ministerio Público de Chile, 2019.

5 R.E. N° 484, 28 de diciembre de 2018, de la Defensoría Penal Pública, que establece manual de actuaciones mínimas en materia de igualdad de géneros, considerando décimo octavo.

6 ARBELÁEZ, Lucía y RUIZ, Esmeralda. *Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*. Santiago, Chile, Poder Judicial de Chile, 2019, p. 15.

7 Como bien advierte Zúñiga, esto es parte del proceso de difusión de los postulados y metodologías feministas, ZÚÑIGA, Yanira. “La ‘generización’ de la ciudadanía. Apuntes sobre el de la diferencia sexual en el pensamiento feminista”. En: *Revista de Derecho*, Vol. XXII, N° 2, Valdivia, Chile, Universidad Austral de Chile, 2009, págs. 39-64, p. 47.

ternacional de derechos humanos, que permitan a sus miembros la comprensión del fenómeno de la violencia de género, la identificación y eliminación de estereotipos y el uso de herramientas como la interseccionalidad, todo con el objeto de dar a conocer el alcance de los compromisos internacionales sobre derechos humanos de las mujeres, asegurar un debido acceso a la justicia a las víctimas y en definitiva, permitir el derecho a las mujeres a vivir una vida libre de violencia⁸.

Ahora bien, siendo una cuestión cuya importancia queda de manifiesto, cabe preguntarnos entonces, ¿cuáles son los alcances de la incorporación de la perspectiva de género en el proceso penal? ¿A quién corresponde su aplicación y en qué etapa del proceso? En particular tratándose del ámbito probatorio, por su particular importancia en la práctica jurídica⁹, ¿en qué se traduce la utilización de esta herramienta y en qué momentos de la actividad probatoria influye su aplicación?¹⁰ Finalmente, más allá de la eventual responsabilidad internacional del Estado que se pueda generar por desarrollar investigaciones y juicios contaminados con estereotipos y prejuicios de género, ¿qué herramientas tiene el órgano persecutor para corregir una decisión racionalmente viciada por estos sesgos?

Primero intentaré esbozar un concepto de *perspectiva de género*, y en particular su conceptualización como herramienta hermenéutica, que cumple una función esencial a la hora de visibilizar, excluir y sustituir de la valoración de la prueba los prejuicios, libretos y estereotipos que se manifiestan con especial gravedad en casos de violencia de género¹¹, a través de las máximas de la experiencia de los/las jueces/zas. Asimismo, se analizará sucintamente su fundamento a partir de las teorías del género, y la necesidad de su incorporación a la luz de los distintos instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Chile en la materia, para asegurar así los principios de igualdad y no discriminación y acceso a la justicia.

A continuación, se destacarán las especiales dificultades probatorias que supone el juzgamiento de hechos constitutivos de violencia de género, especialmente tratándose de hechos ocurridos en contexto de clandestinidad (particularmente violencia intrafamiliar y delitos sexuales), pues estos se suelen desarrollar en espacios privados o en lugares cerrados, donde el agresor usualmente aprovecha momentos en que se queda a solas con la víctima, constituyéndose esta última naturalmente como la única testigo directo de los hechos que denuncia.

Este escenario de clandestinidad, agravado por las especiales circunstancias y contexto de la violencia de género en contra de las mujeres, exige un especial esfuerzo del juzgador a la hora de valorar racionalmente el testimonio de la víctima y la distinta prueba indiciaria o de contexto que haga valer el Ministerio Público en el desarrollo del juicio.

8 En ese sentido, ver un completo análisis en SEPÚLVEDA, Ivonne y SOVINO, Maurizio. "Violencia de género e investigación penal: deberes y desafíos para el Ministerio Público". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2017, págs. 125-171.

9 Se suele señalar que el resultado de aproximadamente un 80% de los casos dependerá de aspectos probatorios más que dogmáticos o jurídicos, si no más. En ese sentido, TWINING, William. "De nuevo, los hechos en serio". En: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 32, Alicante, España, Universidad de Alicante, 2009, p. 321.

10 GAMA, Raymundo. "Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico". En: *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, N° 1, Girona, España, Marcial Pons, 2020, p. 286.

11 Cfr. ELLISON, Louis y MUNRO, Vanessa. "Telling tales: exploring narratives of life and law within the (mock) jury room". En: *Legal Studies*, N° 35(02), Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015, p. 220.

De ahí la importancia de entender que la incorporación de la perspectiva en el razonamiento probatorio se constituye en una verdadera necesidad para el juez o jueza que conoce de casos de violencia de género, pues generalmente al no hacerlo, y como analizaremos, el resultado de esa valoración puede no ser ni “tan sana, ni tan crítica y menos aún racional”¹² al estar fundada en prejuicios, libretos y estereotipos de género. Así, pondremos que la falta de incorporación de esta herramienta en la valoración judicial de la prueba, se puede llegar a considerar como suficiente para alegar la nulidad, por llegar a conclusiones a través de un razonamiento inferencial errado y sesgado por estereotipos, y en definitiva por adoptar una decisión sin respetar los cánones de racionalidad¹³.

II. PERSPECTIVA DE GÉNERO Y RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL

a. Generalidades

La perspectiva de género es una herramienta de análisis, surgida y construida para identificar, develar y corregir las diferentes situaciones y contextos de opresión y de discriminación que sufren mujeres y personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans, Intersex, Queers (en adelante LGBTIQ+), en razón de su género¹⁴.

Si bien su consagración como principio data de su reconocimiento en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín en 1995, no siempre se revisan las bases y fundamentos de raíz feminista de esta herramienta¹⁵, por lo que parece necesario destacar acá, la importancia que han tenido estas teorías en visibilizar e incorporar en el ámbito normativo internacional estos contenidos¹⁶.

En ese sentido, el concepto *género*, y el entendimiento actual de lo que significa vivir bajo un sistema de dominación patriarcal son producto fundamental de las teorías feministas, esto es, “de un conjunto de saberes, valores y prácticas explicativas de las causas, formas, mecanismos, justificaciones y expresiones de la subordinación de las mujeres”¹⁷.

La necesidad de incorporar la perspectiva de género en nuestras actividades, parte de la premisa de que actualmente nos encontramos bajo un sistema patriarcal en el que los hombres son el paradigma de ser humano, y la masculinidad es la “centralidad misma alrededor de la cual giran todos los hechos y cosas y desde la cual se definen y valoran”¹⁸. De ese modo, primero es necesario ver y comprender todas las formas en que la mirada de los hombres se ha asumido como la neutral, y corregirlas. Aunque como adelanta

12 DI CORLETO, Julieta. “Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género”. En: DI CORLETO, Julieta. *Género y justicia penal*, Buenos Aires, Argentina, Didot, 2017, p. 285.

13 ARAYA, Marcela. *Recurso de nulidad penal y control racional de la prueba*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2018, p. 140.

14 LÓPEZ, E., ob. cit., págs. 85 y sgtes.

15 Entre otras razones, “porque la noción género se incardinó en el lenguaje normativo internacional (...) expandiéndose a las normas administrativas internas y a los estatutos legales referidos a la mujer”, ZÚÑIGA, ob. cit., p. 46.

16 GAMA, ob. cit., p. 288.

17 Por supuesto no hay una, sino que múltiples teorías feministas, pero que en lo medular apuntan en este sentido. Cfr. FACIO, Alda y FRIES, Lorena. “Feminismo, género y patriarcado”. En: *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, Año 3, N° 6, Buenos Aires, Argentina, Universidad de Buenos Aires, 2005, p. 295; CHILDS, Mary y ELLISON, Louis. “Evidence law and feminism”. En: CHILDS, Mary y ELLISON, Louis. *Feminist perspectives on evidence*, Londres, Reino Unido, Cavendish Publishing, 2000, p. 6.

18 FACIO y FRIES, ob. cit., p. 286.

Alda Facio, esta tarea no es nada fácil, ya que muchas de las manifestaciones del sexismo son percibidas tanto por hombres como por mujeres como algo natural, y la mirada de los hombres ha pasado por tantísimos siglos como una mirada “neutral”, que en muchas oportunidades será difícil reconocerla para desarticularla¹⁹.

El derecho, como toda construcción social, no está ajena a la dominación del discurso patriarcal. Como se ha venido señalando desde las teorías feministas, al ser el Derecho una construcción realizada esencialmente por hombres y para hombres²⁰, está inevitablemente teñido de sesgos androcéntricos y *heteropatriarcales*, por lo que la perspectiva de género pretende derribar la idea de neutralidad del Derecho, y servir de herramienta para comprender que “la realidad no se puede analizar en forma neutra sin que ello, en situaciones de desigualdad, derive en perpetuar y consolidar la discriminación contra la mujer”²¹.

No obstante este diagnóstico de la situación, hoy existe un *corpus iuris* bien definido de normas dentro del sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos que recogen estos conceptos, comprendidos tanto por tratados internacionales, acuerdos no convencionales sobre la materia, normas internacionales en el ámbito del derecho humanitario y el derecho penal internacional, además de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, tanto en materia de derechos humanos como penales internacionales²², que dan fuerza a la necesidad de incorporar esta herramienta en el ámbito jurídico²³.

Este cuerpo normativo pone especialmente énfasis en brindar un debido acceso a la justicia²⁴ de mujeres víctima de violencia, y asegurar el principio de igualdad y no discriminación²⁵, señalando la necesidad de adoptar medidas que otorguen un trato diferenciado, a través de medidas afirmativas que tengan por objeto asegurar el progreso de ciertos grupos discriminados²⁶.

19 *Ibid.*, p. 277.

20 OLSEN, Frances. “El sexo del derecho”. En: RUIZ, Alicia. *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires, Argentina, Biblos, 2000, p. 16.

21 ARAYA, Marcela. “Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 32, Santiago, Chile, Centro de Estudios de la Justicia, 2020, p. 37.

22 La Corte Penal Internacional, por ejemplo, ha establecido criterios especiales para el conocimiento de casos de violencia sexual, señalando en su Regla N° 63.4 de Procedimiento y Prueba que “la Sala no requerirá corroborar la prueba para demostrar ninguno de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual”.

23 ZELADA, Carlos y OCAMPO, Mauricio. “Develando lo Invisible: la feminización de los estándares de prueba sobre violencia sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Derecho en Libertad*, N° 9, Lima, Perú, Universidad del Pacífico, 2012, p. 146.

24 ARROYO, Roxana. “Acceso a la justicia para las mujeres...el laberinto androcéntrico del derecho”. En: *Revista IIDH*, N° 5, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011, p. 53: “Problemas como la falta de celeridad, ausencia de personal capacitado, protocolos de intervención, desconfianza de la palabra de las víctimas y falta de credibilidad de su testimonio amparado bajo supuestas normas neutrales, favorecen un subtexto de género que profundiza los sesgos sexistas presentes en el derecho penal y en el derecho procesal penal, prevaleciendo por ejemplo la creencia de la mala fe de las declaraciones de las mujeres, lo que en definitiva lleva a la impunidad”.

25 El reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación, permite distinguir entre el reconocimiento normativo-formal de la igualdad y la igualdad real o de facto. Como hemos venido diciendo, siendo el punto de partida del orden social y cultural para el establecimiento de diferencias androcéntricas, tomando al hombre como parámetro y medida de todo, es él quien dicta las normas y las aplica, por lo que toda persona que no cumpla con su estándar, será distinta e inferior. De ahí que la mera igualdad formal no alcance para satisfacer las necesidades de los grupos marginados, pues no se encontrarán en la misma situación para el goce y ejercicio de sus derechos.

26 SEPÚLVEDA y SOVINO, ob. cit., págs. 138-140.

Así, en su artículo 5º, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW) dispone que los Estados deben velar por la erradicación de prejuicios y estereotipos que resultan discriminatorios contra las mujeres “basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquier de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

Por su parte, la Convención Belém do Pará destaca la relación entre discriminación y violencia, señalando que “el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación (art. 6º letra a), y la necesidad de adoptar medidas apropiadas de todo tipo para “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres” (art. 8º letra a).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión IDH) también ha destacado, por ejemplo en el informe temático sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas²⁷, la obligación de erradicar patrones socioculturales discriminatorios que pueden influir la labor de fiscales, jueces y otros funcionarios judiciales en la judicialización de casos de violencia contra las mujeres; el deber de garantizar que la actuación del sistema de justicia sea imparcial, independiente, y libre de discriminación.

En definitiva, la perspectiva de género busca reconocer y distinguir que una cosa es la diferencia sexual y otra cosa son las “atribuciones, ideas, representaciones y prescripciones sociales que se construyen tomando como referencia a esa diferencia sexual”²⁸. El uso de esta herramienta permite poner el foco en las situaciones de discriminación, desigualdad y violencia que viven principalmente las mujeres. Implica reconocer, identificar la situación de desigualdad y discriminación de hombres y mujeres en la sociedad, y asumir la necesidad de desarrollar acciones concretas para transformarla²⁹.

b. Perspectiva de género en la actividad judicial

Si bien la perspectiva de género cumple una función que impacta en todo momento del proceso en el que entren en juego consideraciones estereotipadas sobre la base de la distribución de roles preconcebida por pertenecer a uno u otro género³⁰, el foco de este trabajo lo pondremos en el momento final del proceso penal, esto es, en el juzgamiento con perspectiva de género.

Y ello pues, como ha relevado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “*los tribunales nacionales son la primera línea de salvaguarda de los derechos de las mujeres, por lo cual, para la labor de los jueces, es relevante sustraerse de los prejuicios al momento de fallar*”³¹.

²⁷ CIDH, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, OEA/SER.L/V/II.Doc. 68, 20 de enero de 2007.

²⁸ LAMAS, Marta. “La perspectiva de género”. En: *Revista de Educación y Cultura*, N° 47, México, SNTE, 1996, p. 223.

²⁹ ARBELÁEZ y RUIZ, ob. cit., p. 64.

³⁰ FUENTES, Olga. “La perspectiva de género en el proceso penal. ¿Refutación? de algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”. En: *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, N° 1, Girona, España, Marcial Pons, 2020, p. 277.

³¹ CASAS, Lidia y GONZÁLEZ, Juan Pablo. “Estereotipos de género en sentencias del Tribunal Constitucional”. En: *Anuario de Derecho Público*, N° 1, Santiago, Chile, Universidad Diego Portales, 2012, p. 252.

Del modo en que hemos venido conceptualizando, juzgar con perspectiva de género se debe traducir en que el juez o jueza facilite la consecución del objetivo de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el uso y disfrute de derechos y libertades. En concreto, *“aspira a que los parámetros que utiliza el sistema de justicia para interpretar y aplicar la ley no refuercen, a través de una pretendida neutralidad axiológica vinculada a la igualdad formal, las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, consolidando la discriminación de estas últimas”*³².

En ese sentido, la recomendación N° 35 del año 2017 de la CEDAW establece que *“todos los órganos judiciales tiene que garantizar que los procedimientos judiciales por violencia de género contra la mujer sean imparciales justos y no se vean afectados por estereotipos de género ni por nociones preconcebidas o estereotipadas”*.

En el mismo sentido, el Comité CEDAW dentro de sus observaciones al Estado de Chile en el marco del séptimo informe periódico, señala en su Recomendación N°14³³ su preocupación por los *“obstáculos institucionales, procedimentales y prácticos que afrontan las mujeres para acceder a la justicia, tales como: a) Los estereotipos discriminatorios, la parcialidad judicial y los escasos conocimientos sobre los derechos de la mujer entre los miembros del poder judicial, los profesionales de la justicia y los encargados de hacer cumplir la ley, incluida la policía (...)”*.

Como bien señaló el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Humberto Sierra, juzgar con perspectiva de género no es realizar activismo judicial, sino que consiste en aplicar el derecho de igualdad frente a la ley y no discriminación dentro de una protección multinivel de los derechos humanos: significa no utilizar estereotipos de género que perpetúen discriminaciones y desigualdades y en últimas significa ser más justos³⁴.

c. La perspectiva de género en el ámbito probatorio

Ahora bien, en el ámbito probatorio, la perspectiva de género tiene un alcance y un potencial importante, pues como indica Gama, prácticamente todos los temas y problemas probatorios son susceptibles de examinarse con perspectiva de género:

*“desde la concepción de los hechos en el proceso, los presupuestos epistemológicos de la prueba, los problemas de percepción e interceptación de los hechos, la construcción social y normativa de los hechos jurídicamente relevantes, la calificación jurídica de los hechos, los enunciados generales empleados como máximas de la experiencia o reglas de la sana crítica, las inferencias probatorias, los poderes probatorios del juez, la valoración de las pruebas y el análisis de credibilidad, la relevancia de las pruebas, la admisibilidad y exclusión de las pruebas, las reglas de la carga de la prueba, el estándar de prueba, las instituciones del derecho probatorio y las reglas de la prueba en general, la práctica de ciertas pruebas como el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la prueba testimonial, la construcción de historias y narrativas, las pruebas periciales y científicas y la enseñanza de la prueba”*³⁵.

³² FUENTES, ob. cit., p. 276.

³³ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico del Estado de Chile, adoptadas por el Comité en su 69° período de sesiones (19 de febrero al 9 de marzo de 2018).

³⁴ ARBELÁEZ y RUIZ, ob. cit., p. 63.

³⁵ GAMA, ob. cit., págs. 289-290.

Por ello es que en particular en las distintas etapas de la actividad probatoria, la perspectiva de género cumple un rol fundamental, pues permite identificar las atribuciones y prescripciones sociales basadas en el género, dándole al juez o jueza la capacidad de eliminar de su razonamiento los estereotipos subyacentes en sus evaluaciones³⁶, tomando conciencia de la posibilidad de que en su razonamiento hayan tenido incidencia consciente o inconscientemente, y hacer uso de la información que proporciona este punto de vista para valorar sin prejuicios la prueba rendida en juicio³⁷.

La aplicación de la perspectiva de género en cada una de las etapas de la actividad probatoria³⁸, redundaría previsiblemente en una disminución muy sustancial de la cantidad de testimonios únicos no corroborados y con ella, de la cifra de impunidad que arrojan estos casos³⁹.

Ahora bien, la perspectiva de género no solo pretende la eliminación de estos estereotipos en el razonamiento probatorio, sino que además y complementariamente, la perspectiva de género exige la sustitución de estos fundamentos patriarcales por nuevas inferencias, que se basen en exigencias de igualdad real y efectiva en la interpretación y aplicación de la ley⁴⁰.

Sin entrar de momento a detallar la función que cumpliría en la valoración de la prueba propiamente tal, se defiende en este trabajo su función heurística, esto es, una herramienta que mejora el rendimiento del juez para la averiguación de la verdad, al erradicar de su razonamiento elementos que lo contaminan y en definitiva tornan cualquier conclusión fundada en ellos, en irracional.

Por ello descartamos consideraciones como las que, aduciendo un concepto aparentemente neutral de racionalidad, señalan que en esta etapa solo se pueden admitir argumentos de tipo epistémicos y/lógicos, considerando a la perspectiva de género como un criterio político⁴¹.

En ese mismo sentido, y como veremos, la incorporación de la perspectiva de género en el razonamiento probatorio no es una regla contra-epistémica, esto es, una barrera que dificulta la obtención de conocimiento por parte del sujeto llamado a decidir, impidiendo que alcance un grado mayor de inteligencia e información sobre el asunto⁴². No es, como se ha dicho, “una forma más de limitación normativa a la búsqueda de la verdad, basada en argumentos acerca de lo que es valioso hacer con el sistema penal”, ni pretende sacri-

36 FUENTES, ob. cit., p. 277.

37 RAMÍREZ, José. “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”. En: *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, N° 1, Girona, España, Marcial Pons, 2020, p. 230.

38 Para una revisión acabada del rendimiento de esta herramienta en el proceso penal, ver: ARAYA, ob. cit. n°21.

39 FUENTES, ob. cit., p. 278.

40 Ibid., p. 278.

41 En ese sentido, se afirma que “realizar una diferenciación al momento de la valoración de la prueba sería tanto como pretender que el fallador le diese mayor grado de corroboración a determinadas pruebas, y/o menos a otras, pero no desde, o con, argumentos lógicos o epistémicos, sino desde una perspectiva política, omitiendo con ello la aplicación de las reglas del razonamiento probatorio para cada caso”, en CALDERÓN, José. “Perspectiva de género, estándar de prueba y ventajas probatorias asimétricas”. En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, N° 48, Bogotá, Colombia, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2018, p. 130.

42 GASCÓN, Marina. “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”. En: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28, Alicante, España, Universidad de Alicante, 2005, p. 128.

ficar la búsqueda de la verdad a fin de cambiar la historia de discriminación en perjuicio de las mujeres⁴³.

Por el contrario, sostenemos que la perspectiva de género como herramienta heurística cumple precisamente una función epistémica que favorece la búsqueda de la verdad en el proceso, pues como dice Arena, se puede comparar su utilidad en el proceso como la incorporación de la tecnología del VAR para la determinación de infracciones en el fútbol⁴⁴: no implica un cambio en la regla ni un relajamiento en el estándar, sino que nos permite procesar de mejor manera y objetividad, elementos tan relevantes como el testimonio de la víctima, considerando el contexto, la historia de discriminación social, los prejuicios que han solido afectar la evaluación de tales testimonios, etc.⁴⁵.

III. DIFICULTADES PROBATORIAS EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Una de las principales preocupaciones en materia de violencia de género, particularmente en casos de violencia sexual, dice relación con las altas tasas de impunidad y, por tanto, la deficiente respuesta del Estado a la hora de sancionar este tipo de hechos.

Así, conforme a las estadísticas del Ministerio Público⁴⁶, del total de causas terminadas el año 2019 (por cualquier tipo de delito) un 12,33% terminó mediante sentencia definitiva condenatoria, mientras que solo un 1,29% lo hizo mediante sentencia definitiva absolutoria. En cambio, si tomamos en cuenta únicamente los delitos sexuales, tenemos que disminuye considerablemente la cantidad de casos que va a juicio, pues solo un 7,7% de los casos termina mediante sentencia definitiva condenatoria y un 1,8% mediante sentencia definitiva absolutoria.

Dentro de las explicaciones que se entregan, nos interesa poner énfasis principalmente a aquellas que refieren a las dificultades probatorias, por ser el objeto de este trabajo. En ese sentido, se ha señalado, por un lado, que en una gran cantidad de casos de violencia sexual, las agresiones no dejan evidencias físicas⁴⁷. Esto porque tanto violaciones como abusos sexuales no necesariamente traen consigo el uso de la fuerza⁴⁸, como aquellos en los que el imputado se aprovecha de la incapacidad de la víctima para oponer resistencia⁴⁹, y, por otro lado, porque aun habiendo algún tipo de fuerza o intimidación, normalmente la agresión sexual no dejará rastros visibles o marcas que puedan ser rescatadas mediante una pericia médica⁵⁰.

43 ARENA, Federico. "Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género". En: *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, N°1, Girona, España, Marcial Pons, 2020, p. 252.

44 Sobre el rendimiento de esta tecnología en el ámbito probatorio, ver: EZURMENDIA, Jesús y VALENZUELA, Jonatan. "Deporte, prueba y decisión arbitral: sobre la asistencia en video". En: *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 9, N° 2, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2020.

45 ARENA, ob. cit., p. 253.

46 Ministerio Público, Boletín Estadístico enero-diciembre 2019.

47 DI CORLETO, ob. cit., p. 297.

48 ABUHABDA, Sofía et. al. "Propuesta de un estándar probatorio diferenciado para delitos sexuales". En: *IV Concurso Nacional de Derecho Procesal "Sistema de Justicia y perspectiva de género"*, Santiago, Chile, Universidad Diego Portales, 2019, p. 10.

49 En este sentido, en los últimos tiempos ha cobrado especial relevancia el estudio de las hipótesis de hecho en que la víctima se encuentra incapacitada para oponerse. Ver en: SOVINO, Maurizio y HUERTA, Sofía. "Los alcances de la circunstancia comisiva de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima en los delitos contra la libertad / indemnidad sexual". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 77, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2019.

50 Ministerio de Salud, Norma General Técnica para la atención de Víctima de Violencia Sexual, 2016, p. 42.

Sin embargo, la dificultad que más atención ha suscitado entre quienes han estudiado este aspecto, dice relación con la clandestinidad en la que normalmente se ejerce la violencia en contra de las mujeres⁵¹. Ello ya que normalmente las agresiones se ejercen en espacios privados, donde predomina el silencio y el miedo, y donde naturalmente no hay presencia de terceras personas que puedan actuar como testigos directos de los hechos.

De ahí que, generalmente el único medio de prueba directo disponible será el testimonio que pueda prestar la víctima, lo que se ha denominado en doctrina como un caso de testimonio único de la víctima. De ello importa que el juez se vea generalmente enfrentado a la elección entre seguir la hipótesis de la víctima o la del acusado, lo que como ha advertido Matida, termina desarrollando un dilema político-moral: *“por un lado, está la palabra de la víctima y nuestro reclamo de ser una sociedad que debe construir un sistema de justicia penal preparado para escuchar a las mujeres; por otro, nuestra promesa de proteger importantes garantías procesales para la democracia”*⁵².

Esto también ha sido revisado y señalado en reiteradas oportunidades por la Corte IDH, la que ha destacado que, dada esta especial forma de violencia, *“no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho”*⁵³.

Esto se suma a otras dificultades propias del estado actual de nuestro sistema de valoración racional de la prueba, cual es la sobrevaloración de la prueba científica por un lado⁵⁴ y por otra, la subvaloración y falta de claridad respecto a criterios para una valoración racional de la prueba testimonial⁵⁵.

A continuación, entonces, y a la luz de este diagnóstico de déficit probatorio, analizaremos el rendimiento de la incorporación de la perspectiva de género en la valoración de la prueba, para aclarar cuáles son sus alcances, refiriéndonos muy brevemente también a la situación del testimonio único de la víctima.

IV. RENDIMIENTO DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

a) Punto de partida

Como punto de partida para este breve repaso sobre la aplicación de la perspectiva de género en la valoración de la prueba, debemos señalar que partimos de la base de una teoría que defiende la conexión entre prueba y verdad, o también llamada teoría cognoscivista o racionalista de la prueba⁵⁶, que conversa y coincide en gran medida con lo

51 ABUHABDA, ob. cit., p. 10.

52 MATIDA, Janaina. “A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência”. En: NICOLITT, André y AUGUSTO, Cristiane. *Violência de Gênero: temas polêmicos e atuais*. Belo Horizonte, Brasil, D’Plácido, 2019, págs. 88-89.

53 Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros VS. México, párr. 100.

54 VÁSQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid, España, Marcial Pons, 2015, págs. 85 y sgtes.

55 GONZÁLEZ, María de los Ángeles. “Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 46, N° 3, Santiago, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2019, p. 792.

56 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Presunción de inocencia, verdad y objetividad*. Alicante, España, Universidad de Alicante, 2015, p. 14.

que hemos venido desarrollando desde las teorías de género, sin perjuicio de que esta postura insiste en una pretensión de objetividad y neutralidad del Derecho⁵⁷.

Esta concepción racional de la prueba, se basa en las siguientes asunciones de partida:

- a. Hay una relación o conexión teleológica entre prueba y verdad, de modo que la verdad se configura como el objetivo institucional a alcanzar mediante la prueba en el proceso judicial⁵⁸.
- b. El concepto de verdad en juego es el de *verdad por correspondencia*, esto es, un enunciado sobre hechos es verdadero si, y solo si, se corresponde con lo sucedido en el mundo.
- c. Nunca un conjunto de elementos de juicio, por rico y fiable que sea, permitirá alcanzar certezas racionales (no psicológicas o subjetivas) respecto de la ocurrencia de un hecho, reconociendo que tenemos limitaciones epistémicas que nos sitúan siempre ante decisiones que deben adoptarse en contextos de incertidumbre.
- d. El razonamiento probatorio es, en definitiva, un razonamiento necesariamente probabilístico. Por eso al decir que una afirmación sobre hechos está probada, es afirmar que es probablemente verdadero dadas las pruebas disponibles⁵⁹.

Asimismo, los autores⁶⁰ que reconocen en la actividad probatoria una búsqueda por la verdad y ponen de relieve la necesidad de la coincidencia del razonamiento judicial con la epistemología, distinguen claramente tres momentos fundamentales de la actividad probatoria o de toma de decisiones sobre los hechos en el proceso judicial: i) La conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; ii) La valoración de esos elementos de juicio; y finalmente iii) La adopción de la decisión en base a un determinado estándar de prueba⁶¹.

Sin perjuicio de esta distinción de los distintos momentos de la actividad probatoria, a pesar de tratarse de momentos distintos y sucesivos, muchas veces en los procesos reales se ven entrelazados y en nuestro medio, tanto doctrina como jurisprudencia suele confundirlos⁶², especialmente la valoración y la adopción de la decisión.

Así, de momento dejaremos de lado cualquier análisis vinculado con etapas anteriores de la actividad probatoria que han sido menos estudiados, como el razonamiento probatorio en la etapa de investigación o preparación del caso, dirigida a la generación de hipótesis y elementos de prueba, dirigido a la decisión que debe adoptar el órgano persecutor al mo-

57 GAMA, ob. cit., p. 290.

58 Pero no una conexión conceptual, esto es, que algo se dé por probado no significa que sea verdadero en términos absolutos, sino que lo es a la luz de la información disponible.

59 FERRER, Jordi. "Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea". En: PAPAYANIS, Diego y PEREIRA, Esteban. *Filosofía del Derecho Privado*. Madrid, España, Marcial Pons, 2018, p. 402.

60 Entre otros, el mismo FERRER, Jordi. "La prueba es libertad pero no tanto: Una teoría de la prueba causi-benthamiana". En: *Revista Jurídica Mario Alario D'F ilippo*, Vol. IX, N° 18, Cartagena, Colombia, Universidad de Cartagena, 2017, p. 154.

61 FERRER, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, España, Marcial Pons, 2007, p. 41.

62 Cfr. LÓPEZ, Julián. "La prueba". En: HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Tomo II, p. 138, que refiere cuatro momentos de la actividad probatoria: *proposición, admisión, rendición y valoración*.

mento de adoptar una decisión al cierre de la investigación; y el razonamiento probatorio en la etapa de decisión acerca de la admisibilidad de los elementos de prueba, contemplada por varios sistemas procesales como paso previo a la presentación de pruebas en juicio y en la que un tribunal debe resolver acerca de su relevancia y su compatibilidad con las reglas jurídicas de exclusión⁶³, para concentrarnos en la valoración de la prueba propiamente tal, dejando quizás para otro trabajo, la discusión a propósito de la necesidad de corrección del estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” en casos de violencia de género.

b) Valoración de la prueba y las máximas de la experiencia

Como bien sabemos, en Chile rige un sistema de libre convicción o sana crítica racional, que conforme se ha venido señalando tradicionalmente en nuestro medio, se caracteriza por la ausencia de reglas legales tendientes a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, “pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión haciendo explícitas las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”⁶⁴.

Así, este sistema aparece consagrado expresamente en el artículo 297 del Código Procesal Penal, que establece:

Art. 297.- Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

Ahora bien, y a diferencia de lo que generalmente se suele indicar, el sistema de sana crítica no es en realidad un sistema intermedio entre el sistema legal tasado y la libre convicción⁶⁵, sino que se trata más bien de un sistema distinto a los otros dos, que no se limita solo a establecer la ausencia total de reglas predeterminadas en abstracto por el legislador, sino que sugiere la existencia de otro tipo de reglas.

Pues a pesar de no establecer reglas legales sobre cómo valorar, mediante la invocación a la *sana crítica*, el sistema de valoración nos hace recurrir entonces a las reglas de la epistemología general, “no difiriendo sustancialmente el razonamiento, en materia

63 ACCATINO, Daniela. “Atomismo y holismo en la justificación probatoria”. En: *Isonomía*, N° 40, México D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2014, p. 21.

64 LÓPEZ, J., ob. cit., p. 150.

65 Cfr. Ibid., p. 149.

*probatoria, de aquel que se emplea en el campo de las ciencias, existiendo consustancialmente fuertes exigencias de motivación y de control intersubjetivo posterior*⁶⁶, lo que nos permite acercarnos entonces a qué vamos a entender por valorar, a falta de una mayor explicación de la ley, que parece referirse a un razonamiento utilizado por el juez para arribar a determinadas conclusiones.

En términos de Nieva, esta etapa se caracteriza por ser aquella en que el juez percibe los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso, donde se incluye tanto la extracción los resultados de esa valoración como el juicio racional o razonamiento del juez sobre dicha percepción, que es consustancial a la misma, y que es lo que tradicionalmente se ha definido como valoración de la prueba⁶⁷.

El foco de esta actividad está puesta, entonces, en la actividad racional del juez o jueza, que consiste en la elección de la hipótesis más probable entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos⁶⁸, a través de la individualización de las pruebas que corroboran las proposiciones sobre los hechos del caso sostenidas por las partes⁶⁹.

En otros términos, la valoración supone entonces la realización de un razonamiento que no es distinto a cualquier otro tipo de razonamiento que pretende determinar la verdad sobre los hechos del pasado, estructurándose en torno a las llamadas *inferencias probatorias*. Esto es: a través de los elementos de prueba que tenemos a disposición (hechos probatorios) se intenta inferir un determinado enunciado sobre los hechos (hechos probados), a partir de otros enunciados sobre los hechos⁷⁰. Es decir, el razonamiento consiste en conectar dos hechos, a través de inferencias.

Ahora bien, siguiendo a González Lagier, estas inferencias probatorias o enlaces o conexión entre los elementos de prueba y la hipótesis a comprobar puede tener distintos caracteres: empírico, normativo o conceptual.

En el ámbito de la valoración propiamente tal, el juez se valdrá principalmente de las inferencias probatorias empíricas (por lo que dejaremos de lado las otras dos), que consisten básicamente en experiencias previas que vinculan los hechos con las pruebas, que tienen como fundamento la observación de una asociación más o menos regular entre dos hechos, y cuya finalidad es intentar aproximarse en la mayor medida posible a la verdad acerca de los hechos que se infieren. Estas son las máximas de la experiencia o también llamadas generalizaciones empíricas que se pretenden de sentido común y aceptación general⁷¹.

66 ARAYA, ob. cit. n° 13, p. 229.

67 NIEVA, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid, España, Marcial Pons, 2010, p. 34.

68 GASCÓN, Marina. *Los hechos en el derecho*. Madrid, España, Marcial Pons, 2010, p. 144.

69 ACCATINO, Daniela. "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVII, Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2011, p. 486.

70 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. "Hechos y argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)". En: *Jueces para la Democracia*, N° 46, España, Jueces para la Democracia, 2003, p. 35.

71 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. "Distinciones, estipulaciones y sospechas sobre los criterios de valoración y los estándares de prueba". En: BENFELD, Johann y LARROUCAU, Jorge. *La sana crítica bajo sospecha*. Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2018, págs. 16-18.

Las llamadas máximas de la experiencia o generalizaciones de sentido común, cumplen un rol tan importante en las inferencias sobre hechos, que son consideradas como el “pegamento del razonamiento probatorio”⁷².

Entendido de esta manera, salta a la vista que las máximas de la experiencia no solo cumplen un rol en tanto límite de la sana crítica, sino que desempeñan un rol activo en el razonamiento jurídico y son necesarias para correlacionar los hechos probatorios con los hechos que hay que probar⁷³.

En ese contexto, entonces, es necesario entender que las máximas de la experiencia cumplen una función de garantías, esto es, de regla que correlaciona las razones (los hechos probatorios) con una determinada pretensión o hipótesis sobre los hechos. Estas garantías no necesariamente son verdaderas, sino que solo probables, y su grado de certeza racional dependerá principalmente del fundamento cognoscitivo que las soporta⁷⁴, entendiendo además que nos encontramos en un contexto de incertidumbre.

Y es precisamente esta falibilidad y la premisa de existir un conocimiento común al que recurrir, lo que nos invita a examinar en detalle cómo estas generalizaciones tan fundamentales en el ámbito del razonamiento probatorio, pueden esconder una serie de fallencias que, en definitiva, merman la racionalidad de la conclusión adoptada por el juez.

c) Entre máximas de la experiencia y prejuicios, libretos y estereotipos

Como ya se puede haber advertido, la tradición racionalista de la prueba se basa en el presupuesto de que existe algo así como un conjunto común de conocimientos (o *stock* o acervo de conocimientos) con los que examinamos los hechos, el comportamiento humano, las actitudes de las personas, sus intenciones y su credibilidad, bajo la premisa de que esto sería accesible a cualquier persona racional, y estaría disponible en el conocimiento personal del juez/a⁷⁵. Este stock de conocimiento puede ser comprendido como un equivalente al sentido común o a la cultura general que maneja el juez a la hora de construir sus inferencias probatorias epistémicas⁷⁶.

La verdad es que el “acervo de conocimientos” de una sociedad consiste habitualmente en una mezcla compleja de información de todo tipo, que puede esconder entre otras cosas, sesgos y estereotipos de género⁷⁷. Según Twining, este conocimiento común consiste en verdaderas “*aglomeraciones de creencias mal definidas que típicamente consisten en un complejo potaje de información, modelos sofisticados, memorias anecdóticas, impresiones, relatos, mitos, proverbios, deseos, estereotipos, especulaciones y prejuicios, más o menos fundados*”⁷⁸.

72 SCHUM, David. *The evidential foundations of probabilistic reasoning*. 2ª ed., Evanston, EE.UU., Northwestern University Press, 2001, págs. 82-83.

73 GONZÁLEZ LAGIER, ob. cit., n° 71, p. 22.

74 GONZÁLEZ LAGIER, ob. cit., n° 70, p. 43.

75 GAMA, ob. cit., p. 291.

76 TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid, España, Marcial Pons, 2008, p. 211.

77 ANDERSON, Terence, SCHUM, David y TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Madrid, España, Marcial Pons, 2015, p. 338.

78 Ibid., p. 338.

Así, Taruffo ha reconocido que este sentido común está lleno de prejuicios de género, raciales, religiosos, étnicos y de todo tipo, que pueden afectar profundamente el razonamiento probatorio, y son particularmente peligrosas porque pueden ser efectivas en hacer que una determinada motivación judicial resulte especialmente coherente y creíble para aquellos que comparten los mismos prejuicios, reforzándolos. De esa manera los hechos pueden ser distorsionados y manipulados sustancialmente, pero la historia relatada puede sonar muy persuasiva para una audiencia que comparte prejuicios similares⁷⁹.

De ahí que, al estudiar las máximas de la experiencia, se hace la prevención de que algunas nunca podrán utilizarse, ya que no se basan en verdaderas generalizaciones, sino que en prejuicios, estereotipos, especulaciones, proverbios, mitos y, en general, asunciones que carecen de todo fundamento cognitivo que se hacen en base a un supuesto “sentido común”⁸⁰. Así sucede, por ejemplo, con los prejuicios que tienen por base el género, la raza, la religión o el partido político⁸¹, y en general, cualquiera construido sobre la base de lo que hoy día conocemos como “categorías sospechosas de discriminación”⁸².

Así, siguiendo el análisis que hace Ezurmendia a propósito de la valoración de la prueba en los procedimientos de familia⁸³, dentro de este bagaje de conocimientos que maneja el juez o jueza, pueden encontrarse inferencias falaces que pueden terminar contaminando la racionalidad de la conclusión sobre los hechos alcanzada por el juez/a. Así, dentro de las falencias que pueden afectar el ejercicio racional del juez, encontramos fundamentalmente tres: los prejuicios, los libretos y los estereotipos.

1. Prejuicios

Los prejuicios, han sido comúnmente descritos como una creencia sin fundamento sobre una persona por su pertenencia a una determinada categoría, o en palabras de Schauer, como creencias infundadas respecto a una persona, normalmente basadas en generalizaciones estadísticamente febles⁸⁴. Como señala el autor, los prejuicios no necesariamente implican una carga negativa, sino que basta el empleo de una generalización estadísticamente débil. Pero el peligro de realizar inferencias a partir de premisas que contienen prejuicios “radica en su conclusión, toda vez que el prejuicio puede, y muchas veces suele, ser compartido por una parte importante de quienes componen un grupo social determinado, validando como consecuencia dicha conclusión”⁸⁵.

79 TARUFFO, ob. cit., págs. 211-212.

80 MATURANA, Javier. *Sana Crítica: un sistema de valoración racional de la prueba*. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2014, p. 199.

81 MATURANA, ob. cit., p. 200.

82 DÍAZ DE VALDÉS, José. “Las categorías sospechosas en el derecho chileno”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. L, Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2018, págs. 189-218, págs. 190-191.

83 EZURMENDIA, Jesús. “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 47, N° 1, Santiago, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2020, págs. 107-108.

84 SCHAUER, Frederik. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge, Reino Unido, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 15.

85 EZURMENDIA, ob. cit., p. 109.

Así por ejemplo el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, conociendo de un caso de violación en contra de una mujer, descartó la existencia del delito, entre otras cosas, en atención a que a su juicio no hubo una infracción al bien jurídico protegido, pues la víctima “llevaba una vida licenciosa, frívola y adocenada. Cliente habitual de las discotecas de su pueblo. Y, que, en la madrugada en que ocurrieron los hechos, venía de bailar con amigos, pese a tener vida de pareja –señaló incluso que pensaba casarse en septiembre– y un niño de tres años de edad. En esas circunstancias se encontró con (...) el acusado, con quien abordó un taxi que los llevo a la casa del victimario –donde ella supo por él que no había nadie más– y en el trayecto se besaban y acariciaban. Se la representa, en otras palabras, como una casquivana”⁸⁶.

En el caso, si bien se intersectan además estereotipos y algunos libretos, parece clara la utilización del prejuicio según el cuál, una persona “de vida licenciosa, frívola y adocenada”, representada bajo la categoría que el tribunal denomina como “casquivana”, mantiene siempre relaciones sexuales consentidas, y no puede ser agredida sexualmente. Así, como destaca Zúñiga, la imagen de que solo las mujeres vírgenes, púdicas o decentes son susceptibles de ser violadas, o que determinadas conductas sugerentes iniciales inhabilitan a la mujer para negarse posteriormente ante el avance sexual masculino, siguen influyendo, hasta el día de hoy, en la valoración judicial de la existencia de un delito sexual, porque expresan el imaginario masculino sobre el sexo y la violencia⁸⁷.

2. Libretos

Por su parte los libretos o *scripts*, señalan que existen asignaciones ético morales referidas a cuestiones entendidas como buenas o malas en función de determinadas conductas consideradas como normales o anormales⁸⁸. Es decir, las conductas que son consideradas como lejanas a la “normalidad”, adoptan un valor negativo y antagónico a aquellas que la generalidad considera como propias, sin ninguna evidencia científica ni válida. Así en el ejemplo de Ezurmendia, se podría entender mejor una familia constituida por un hombre y una mujer que una familia monoparental o una pareja homosexual⁸⁹. Estos libretos preconcebidos, al igual que los prejuicios, pueden derivar en alcanzar conclusiones y decisiones lógicamente inexactas y jurídicamente incorrectas. Además, al transmitir un juicio moral, no es un mecanismo útil para informar sobre la verdad de algo, sino de un mecanismo para condicionar las reacciones de la audiencia⁹⁰.

Así por ejemplo, en otra sentencia conociendo de un caso de violación en contra de una mujer por parte de su entonces ex pareja, el tribunal absolvió, y aunque si bien no explicitó como motivos para su decisión, se refirió sobre la víctima como si “es o no una mujer maligna, una cazafortunas o una prostituta y si merecía o no lo que pasó o si lo debía, y si había que obligarla a propinarle sexo violento son cuestionamientos que [...]”

86 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, 29 de agosto de 2004, RUC N° 0300133869-1, considerando 5°.

87 ZÚÑIGA, Yanaira. “Cuerpo, Género y Derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 3, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2018, p. 227.

88 EZURMENDIA, ob. cit., p. 110.

89 Idem.

90 TARUFFO, ob. cit., p. 212.

no tienen influencia en la decisión”, mientras que respecto del imputado, solo se refieren a este como que “se ignora si el acusado es amable y bueno, tampoco que sea abogado, padre de familia y buena expareja”⁹¹.

Aunque en el caso se haya señalado expresamente que esto no fue considerado para adoptar la decisión de absolución, la invocación de estos libretos por parte del tribunal (mujer maligna versus hombre buen padre de familia), influyen poderosamente sobre las categorías que vienen a la mente de la persona, condicionando la capacidad de analizar una situación, pues se hace “podemos ver con mucha más facilidad lo que esperamos ver que lo que no”⁹².

3. Estereotipos

Finalmente, los estereotipos, en los términos de Cook y Cusack, son una generalización o preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo o los roles que las personas de tales grupos deben cumplir⁹³. El estereotipo también se usa para marcar diferencias y establecer relaciones de inferioridad o superioridad con una persona de un grupo, como ocurre en un sistema patriarcal respecto de hombres y mujeres. Así, comúnmente se refiere el estereotipo de género como una “una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”⁹⁴. Si bien no necesariamente son errados, cuando son impuestos sin reconocer la realidad individual de la persona ni su efectiva pertenencia o adherencia a una categoría, “entonces el enunciado deja de ser probatorio y se transforma en lisa y llana crítica ideológica a su comportamiento”⁹⁵.

Los estereotipos se basan en marcadores sociales, combinando una categoría o tipo de personas con una etiqueta o comportamiento esperado: el “árabe-terrorista”, la “rubia-tonta” o como vimos hace poco en nuestro país, “miembro de una barra de un club de fútbol-delincuente”⁹⁶. Presuponemos que su pertenencia a un grupo implica un cierto tipo de conductas o características sobre lo que son o se espera de ellas. Por ello, Cook y Cusack se refieren a estos como una suerte de guiones de identidad⁹⁷. En la mayoría de los casos, los estereotipos se basan en generalizaciones estadísticas febles, y, por lo tanto, no reflejan ninguna realidad específica.

91 Ver extracto sentencia en: <https://www.latercera.com/reportajes/noticia/fallos-marcan-cuando-los-jueces-no-les-creen-victimas-violacion/171310/> [fecha de consulta: 18 de enero de 2021].

92 AMSTERDAM, Anthony y BRUNER, Jerome. *Minding the law*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2002, p. 47.

93 COOK, Rebecca y CUSACK Simone. *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*. Pennsylvania, EE.UU., University of Pennsylvania Press, 2010, págs. 9 y sgtes.

94 Corte IDH, sentencia caso Gonzáles y otras (Campo Algodonero) vs. México, 16 de noviembre de 2009, párrafo 401.

95 ARENA, ob. cit., págs. 255-256.

96 En el contexto de la discusión de medidas cautelares contra un Carabinero imputado por la muerte de una persona, la magistrada hizo alusiones relacionadas con el grupo social de víctima, hincha de Colo Colo que falleció tras ser arrollado por un camión de Carabineros en las inmediaciones del Estadio Monumental la noche del martes 28 de enero. Ver en: <https://www.indh.cl/indh-anuncia-queja-disciplinaria-contrajueza-que-aludio-al-grupo-social-de-hincha-de-colo-colo-que-murio-atropellado-por-camion-de-carabineros/> [fecha de consulta: 18 de enero de 2021].

97 COOK y CUSACK, ob. cit., págs. 18-19.

Como bien señala Taruffo, son usados como medio para subsumir personas o comportamientos específicos bajo “tipos” bien conocidos, esto es, como un mecanismo que reduce la individualidad y particularidades de tales personas o comportamientos, con el fin de simplificar la comprensión y la descripción de la realidad. Cuando esto sucede, quien presenta los hechos incurre en una falacia, porque distorsiona los hechos para forzarlos a calzar dentro de una estructura narrativa culturalmente familiar⁹⁸.

Asimismo, como construcciones ideológicas y culturales que reflejan la estructura desigual de poder existente en la relación entre sexos, pueden desempeñar una función no solo descriptiva sino también prescriptiva o normativa, en tanto implícitamente imponen a las mujeres que se adecuen a los roles que se les asignan por los hombres⁹⁹, afectando así en muchos casos el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial¹⁰⁰.

En ese sentido, se han identificado como un especial tipo los estereotipos normativos, que determinan un rol para determinada categoría de personas, construyendo y determinando su personalidad de una forma unidireccional. Así, estas pautas estereotipadas incluyen a los individuos en una categoría o grupo social en particular; y especifican las normas que se aplican a esa categoría de personas y que definen sus roles, minimizando y valorando negativamente cualquier otra conducta desapegada del rol o norma¹⁰¹.

Así, especial gravedad tiene la utilización de estereotipos para analizar la credibilidad de las víctimas de violencia de género, las inconsistencias en sus declaraciones, su comportamiento, la duda o inseguridad con la que hablan. Como señala Sepúlveda, el estereotipo de la víctima mujer pone especial énfasis en las *“características de debilidad y vulnerabilidad que se espera las víctimas tengan. Bajo esta lógica, una mujer víctima de un delito sexual no podría ser más fuerte y corpulenta que su perpetrador, o reaccionar con rabia en vez de llanto, no podría ser una mujer autónoma y resuelta o de personalidad fuerte. Eso simplemente no obedece a los cánones impuestos de la víctima ideal”*¹⁰².

Asimismo, los estereotipos sobre la víctima ideal hacen que el juez ponga un énfasis desmedido en su valoración en cuestiones como *“la ausencia de alteración emocional en la afectada al relatar los hechos materia de lo denunciado, es decir, la falta de correlación ideo-afectiva, o aquel que toma en cuenta que la víctima no se aísla socialmente después de haber sufrido el delito, ya que no advierte el gran abanico de reacciones con que los seres humanos podemos enfrenar una situación compleja o traumática”*¹⁰³.

En el mismo sentido, el estereotipo de la víctima ideal establece como regla de conducta cual es el comportamiento esperable de una mujer tras sufrir una agresión, construyendo sin matices, *“el argumento de la tardanza en presentar la denuncia como dato concluyente de lo inverosímil de lo denunciado”*¹⁰⁴.

98 TARUFFO, ob. cit., p. 213.

99 RAMÍREZ, ob. cit., p. 229.

100 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, CEDAW/C/58/D47/2012, comunicación n° 47/2012, caso “González Carreño con España”, 16 de julio de 2014.

101 ARENA, Federico. “Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual”. En: *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXIX, N° 1, Valdivia, Chile, Universidad Austral de Chile, 2016, p. 58.

102 SEPÚLVEDA, ob. cit., cap. 3.3.

103 ARAYA, ob. cit. n° 13, p. 48.

104 SUBIJANA, Ignacio. “La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer”.

Como ejemplo paradigmático del empleo de estereotipos de género encontramos el voto de minoría del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, conociendo del caso de femicidio frustrado en contra de Nabila Rifo. En dicho voto, dentro de otras cosas, el juez de minoría señala que: *“Cuando las mujeres víctimas de violencia son agredidas, normalmente siguen otra conducta. Molestas o iracundas, denuncian, luego retractan, situación estudiada por los expertos y a esto lo llaman “retractación”, pero, supone la premisa de la violencia, de la que se sigue la denuncia, acicateada por la rabia que produce la ofensa y finalmente, el perdón. En este caso, no hay tal denuncia, pudiendo haberlo hecho ante estas profesionales. Tal comportamiento de exclusión, si es que efectivamente Mauricio es el agresor, no se aviene con los más elementales principios de la lógica y de las máximas de la experiencia”*.

Dentro de los estereotipos de género, resultan especialmente la identificación del uso de estereotipos de género y roles de género, y por otro de estereotipos sexuales o sexualidad normalizada, que tienen especial incidencia en casos de violencia sexual. Estos últimos se refieren a los comportamientos sexuales esperables y deseables para hombres y mujeres, aludiendo al deseo, atracción sexual y, en definitiva, a todo aquello que resulta aceptado en ese ámbito¹⁰⁵.

Por ejemplo, respecto de estos últimos resulta relevante revisar el caso canadiense *R. vs. Ewanchuk*, caso sobre abuso sexual en que el tribunal de primera instancia absolvió por estimar el consentimiento tácito de la víctima. La Corte Suprema, al revocar dicha sentencia, se hace cargo de detectar los estereotipos presentes en la valoración realizada en la instancia. Así, señala como en dicha valoración *“late el rechazo hacia la autodeterminación sexual de las mujeres bajo la falsa asunción de que se encuentran siempre en un estado de permanente disponibilidad sexual hacia los hombres. En síntesis, identifica los siguientes estereotipos sexuales: a) las mujeres son pasivas sexualmente y, por tanto, están siempre dispuestas a aceptar las proposiciones de los hombres; b) las mujeres deben resistirse activa y físicamente a las agresiones sexuales, de modo que, de no hacerlo, se entiende que las consienten; c) las mujeres se encuentran en un estado de consentimiento permanente frente a la actividad sexual, por lo que cuando dicen «no», en realidad dicen «sí», «inténtalo de nuevo» o «convénceme»”*¹⁰⁶.

En esta misma línea, el Comité CEDAW¹⁰⁷ identificó una serie de estereotipos de género que deben ser erradicados en los casos de violación: i) la víctima debía haber recurrido a toda su fuerza y su valor para resistirse a la violación y le privó de credibilidad el no haber tratado de escapar; ii) para ser violada con intimidación la víctima debe ser tímida o atemorizarse fácilmente; iii) cuando la víctima y el agresor se conocen, el acto sexual es consentido; iv) no puede haber oposición a la violación si el acusado logra eyacular¹⁰⁸.

En Chile sin ir más lejos, en un caso ventilado por un delito de violación, el tribunal decidió absolver al acusado basado en la conducta “poco coherente” de la víctima. Ello pues,

En: *Boletín Comisión Penal. Juezas y Jueces para la Democracia*, N° 10, España, Jueces para la Democracia, 2018, págs. 33-34.

¹⁰⁵ COOK y CUSACK, ob. cit., p. 25.

¹⁰⁶ RAMÍREZ, ob. cit., p. 232.

¹⁰⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, Comunicación N° 18/2008, Caso Karen Tayag con Filipinas, 22 de septiembre de 2010, párrafo 3.5.

¹⁰⁸ ARAYA, ob. cit. n° 21, p. 50.

tras ser agredida sexualmente por el agresor, defenderse y lograr salir de la pieza en la que estaba junto a él, no huye de inmediato, sino que permanece en la misma cabaña. Así, el tribunal señala lo que a su juicio es la conducta esperable de una mujer víctima de violencia sexual, señalando que desde las máximas de la experiencia, quien repele una agresión sexual empleando resistencia física, simultáneamente procede a pedir socorro, siendo un testimonio en otro sentido incoherente y contradictorio, centrando en definitiva la cuestión sobre la tipicidad del asunto en el comportamiento de la víctima para verificar la existencia, o su ausencia, de una violación¹⁰⁹.

En definitiva, siendo el contenido de estas máximas de experiencia meras regularidades sin respaldo empírico feble y que obedecen a construcciones culturales arraigadas en el colectivo social fuertemente influenciado por el patriarcado, “no pueden servir de sustento a una inferencia racionalmente justificable”¹¹⁰. De ahí la necesidad de exigir que los jueces/zas saquen a la superficie las máximas con las que justifican su decisión, con el fin de que pueda controlarse su eventual arbitrariedad o la consistencia y solidez de su basamento empírico, erradicando las que son un producto directo de estereotipos de género o que encubren concepciones discriminatorias.

De ahí el valor epistemológico de la perspectiva de género, y su consagración como herramienta útil para el descubrimiento de la verdad. Ello, pues hace patente la necesidad de erradicar las falacias supuestamente basadas en la razón, que no hacen más que contaminar las conclusiones a las que llega el juez a partir de ellas, pues proveen razones inválidas, ilegítimas o falsas para aceptarlas¹¹¹. Ahora bien, si ya las generalizaciones de sentido común son epistemológicamente peligrosas¹¹², creo que en el ámbito del razonamiento probatorio en casos de violencia de género son tanto más perjudiciales por dos órdenes de cosas: porque generalmente de modo implícito, permiten perpetuar estereotipos de género en nuestra sociedad¹¹³, lo que sumado a una probable decisión desfavorable a la pretensión punitiva, entrega un mensaje de impunidad en casos de esta naturaleza, lo que se traduce en perpetuar la violencia que sufren las mujeres en un orden patriarcal.

d) ¿Y el testimonio único de la víctima?

Como hemos venido teorizando, creemos que el mayor rendimiento de la incorporación de la perspectiva de género en la valoración del testimonio de la víctima en contexto de clandestinidad, es lograr que esta se realice erradicando y reemplazando todos aquellos prejuicios, libretos y estereotipos discriminatorios que de forma consciente o inconsciente han alcanzado la consideración de máximas de la experiencia por parte del juez/a¹¹⁴.

109 AGUIRRE, Fernanda *et. al.* “La influencia de los estereotipos de género en la construcción de máximas de experiencia”. En: *IV Concurso Nacional de Derecho Procesal “Sistema de Justicia y perspectiva de género”*. Santiago, Chile, Universidad Diego Portales, 2019, p. 23.

110 ARAYA, ob. cit. n° 21, p. 49.

111 TWINING, William. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 334.

112 *Idem.*

113 En ese sentido, CASAS y GONZÁLEZ, ob. cit., p. 272.

114 FUENTES, ob. cit., págs. 280-281.

Una dificultad que prevalece en la valoración de la prueba testimonial, es que los tribunales suelen remitirse a una regla del sistema de prueba legal tasada, conocida como “*Testis unus, Testis nullus*”, en virtud de la cual, un testigo único no puede ser fundamento de una condena¹¹⁵. En ese sentido, se denuncia que en nuestro sistema procesal penal se perpetúan incomprensibles reminiscencias del sistema de prueba legal, que se consideraba superado¹¹⁶.

Así, algunos autores como Sancinneti, estudiando principalmente los criterios utilizados por los tribunales alemanes y haciendo un recorrido por la historia de la valoración de la prueba de testigo único, concluye que “*una condena basada en un testimonio único –y muy especialmente si el testigo es el acusador del proceso– nunca tendría una base objetivamente suficiente como para alcanzar una “certeza personal”, que no sea por vía de un “pálpito” o “corazonada”*”¹¹⁷.

En el mismo sentido Ramírez, para quien el elemento central en la valoración probatoria en casos de testimonios únicos, es la presencia de elementos externos de corroboración, pues coincidiendo con Sancinneti, le preocupa el espacio de subjetividad en la decisión que puede adoptar el juez/a¹¹⁸. Así, a su juicio, solo mediando prueba corroborativa existirá una mínima justificación racional de la valoración probatoria, “*pues someteríamos a contraste lo que el testigo dijo con un elemento que confirmaría o infirmaría lo que manifestó como paso previo a declarar o no probada la hipótesis acusatoria*”¹¹⁹.

Nuestros tribunales, si bien no han desarrollado con mayor profundidad este asunto, sí han señalado que deben concurrir ciertos requisitos para que el testimonio de la víctima produzca prueba¹²⁰: a) coherencia en la declaración, b) ausencia de ganancias secundarias y c) ausencia de un elemento externo, en el mismo tenor de lo que ha venido desarrollando el Tribunal Supremo de España¹²¹. En ese sentido, dicho tribunal ha establecido tres criterios de referencia para determinar la veracidad de la declaración de la víctima en caso de que sea esta la única prueba de cargo:

- a. La *credibilidad subjetiva* de la víctima, que generalmente se suele constatar, además de características físicas y psíquicas propias del testigo que pudieren debilitar su testimonio (discapacidades sensoriales, edad, etc.), por la concurrencia de móviles espurios, en función de relaciones anteriores (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero, etc.).
- b. La *verosimilitud del testimonio*, donde se considera fundamentalmente la coherencia interna del relato o la lógica o plausibilidad de la declaración, y la existencia de datos objetivos periféricos corroboradores.

¹¹⁵ DI CORLETO, ob. cit., p. 291.

¹¹⁶ Cfr. NIEVA, Jordi. “La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba”. En: *Ars Juris Salmanticensis*, N° 5, Salamanca, España, Universidad de Salamanca, 2017.

¹¹⁷ SANCINETTI, Marcelo. “Testimonio único y principio de la duda”. En: *InDret*, N° 3, Barcelona, España, Universitat Pompeu Fabra, 2013, p. 15.

¹¹⁸ RAMÍREZ, ob. cit., p. 215.

¹¹⁹ Ibid., p. 219.

¹²⁰ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 2 de enero de 2020, Rol N° 2419-2019, considerando 6°.

¹²¹ SCOGNAMILLO, Alessandra. “La víctima como único testigo”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLVII, Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2020, p. 363.

- c. La *persistencia en la incriminación*, donde se examina la ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones del testigo, la concreción en la declaración (sin vaguedades o ambigüedades), y la ausencia de contradicciones en las distintas declaraciones¹²².

Cuando no se verifiquen estos verdaderos requisitos y no haya otras pruebas incriminatorias, se postula que la sentencia debe ser siempre absolutoria, en tanto en cuanto la condena del acusado en este caso violaría el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Sin perjuicio de otras críticas sobre estos criterios, creo que desde ya es relevante distinguir entre la valoración del testigo y el testimonio. La relevancia de esta distinción es que nos permite poner el foco en lo que tiene mayor relevancia epistémica: el contenido del testimonio, el que debe valorarse conforme a su relevancia, poder explicativo y fuerza probatoria, más allá de si confiamos o no en el agente. Así, puede ocurrir que el testigo sea mentiroso, pero lo que importa al proceso, epistémicamente hablando, es saber si los hechos son verdaderos o falsos, y no si el testigo es sincero o no¹²³, por lo que se deben preferir criterios orientados a la evaluación del relato por sobre a las características de la víctima, que por lo general se prestarán para arbitrariedades y el uso de estereotipos. Asimismo, exigir coherencia a una víctima de violencia de género resulta no solo muy exigente desde el punto de vista del testimonio, “si no que tampoco funciona como un buen parámetro para definir la veracidad del relato”¹²⁴.

Además, como hemos venido señalando a propósito de los errores en la formulación de las máximas de la experiencia en tanto inferencias probatorias, una mala comprensión de parte del juez/a de estos criterios puede reforzar la idea de que para condenar hacen falta víctimas-ideales.

Así, según postulan estas reglas, para que un testigo sea bien valorado, su testimonio tiene que haber sido coherente, consistente, tiene que haber entregado un relato plausible, y debe estar libre de sentimientos de odio, resentimiento, venganza o enemistad, etc. Pero en realidad, esto no debiera ser así. Como señala Gama, “*el hecho de que haya algunas inconsistencias, modificaciones, o estados subjetivos no demerita necesariamente la credibilidad de las declaraciones de las víctimas. Que un relato sea considerado plausible o implausible depende en buena medida de la manera en que se interpreten los hechos y de los criterios empleados para llevar a cabo la interpretación*”¹²⁵.

Se ha reconocido también por varios autores, que regular exigencias y establecer pautas rígidas de valoración de este tipo, especialmente la exigencia de corroboración externa, entrañan el riesgo de una peligrosísima impunidad, y por consiguiente debe ser evitado en la medida de lo posible.

Como señala Nieva, “*en estos supuestos el testimonio de la víctima puede no ser coherente, precisamente por el estrés postraumático que puede padecer como consecuencia de la agresión. Derivado de lo mismo, es bastante sencillo que la víctima no pueda contextua-*

122 RAMÍREZ, ob. cit., p. 211.

123 GONZÁLEZ, ob. cit., p. 801.

124 ABUHABDA et. al., ob. cit., p. 19.

125 GAMA, ob. cit., págs. 296-297.

lizar una parte de lo sucedido, y que tenga recuerdos solapados que le hagan incurrir en contradicciones. No hay acuerdo, además, de los psicólogos en este sentido. Póngase por ejemplo que, al parecer, la víctima de un accidente suele aportar más datos sobre la localización y circunstancias del accidente, y en cambio los testigos no accidentados suelen tener más recuerdos sobre las personas de los accidentados. Si ello es así, es posible que la víctima sepa decir dónde estaba y qué se hallaba haciendo cuando se produjo la agresión, pero sólo pueda recordar los rasgos físicos del agresor con gran dificultad, incluso teniendo la serenidad suficiente para fijarse en él”¹²⁶.

En suma, adoptar como exigencia que la declaración de la víctima esté corroborada por datos externos y no como un criterio de valoración de la prueba puede traducirse en una regla que opere en detrimento de las víctimas y que no hace sino reforzar un escepticismo estructural hacia su credibilidad, al tiempo que refuerza la impunidad de cierta clase de delitos, como es la violencia de género en contra de las mujeres¹²⁷.

Sin perjuicio de ello, creemos que en realidad prácticamente nunca se estará en presencia de un caso de prueba única, pues naturalmente, existe la prueba indiciaria o de contexto que permite dar corroboración al testimonio prestado por la víctima.

Así, aunque no existan elementos probatorios que corroboren exactamente la ocurrencia de la conducta típica, *“es importante rodear la narrativa presentada con elementos confirmatorios en la medida de lo posible, haciendo así tantas inferencias probatorias como sea posible, las que sumadas, denotan una mayor plausibilidad de la hipótesis de acusación ante tantas corroboraciones”*¹²⁸.

Y aquí también rinde provecho la incorporación de la perspectiva de género, pues nos permite visibilizar los elementos que pueden ser considerados como pertinentes para corroborar el testimonio de la víctima y permitir que su testimonio sea suficientemente valorado¹²⁹.

Así, lo importante será visibilizar que los testimonios de peritos y testigos de oídas constituyen en realidad pruebas de naturaleza diversa al testimonio directo, y por tanto permiten la corroboración de este, pues no se limitan a reiterar el relato de la víctima, sino que son capaces de aportar datos como el estado emocional, circunstancias de la revelación, contexto del vínculo entre las partes, etc. Como señala Di Corleto¹³⁰, aunque la distinción parezca sutil, es fundamental para comprender que en realidad no estamos en presencia de casos de “testigo único”, sino que, en la mayoría de los casos, en realidad existe suficiente prueba de contexto para condenar.

Este matiz es importante, pues permite visibiliza cómo la existencia de otros elementos de prueba directos, como la existencia de partes médicos que acreditan las características de las lesiones en un caso de violencia física o sexual, no son propiamente tal un factor de corroboración de la declaración de la víctima (aunque pudieran serlo). Por lo que,

¹²⁶ NIEVA, ob. cit. n° 67, págs. 249-250.

¹²⁷ GAMA, ob. cit., p. 297.

¹²⁸ MATIDA, ob. cit., p. 105.

¹²⁹ FUENTES, ob. cit., p. 282.

¹³⁰ DI CORLETO, ob. cit., p. 302.

ante casos de retractación, parece injustificada y arbitraria una decisión de absolución por considerar que no tener un relato que corroborar (pues la declaración de la víctima no se da), ese otro acervo probatorio no puede ser tomado en consideración¹³¹.

En definitiva, naturalmente la mera declaración de la víctima no será suficiente, en principio, para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, pues siempre va a requerir la práctica de otra prueba sobre determinados datos que, aunque periféricos, la doten de verosimilitud¹³².

V. CONTROL DE LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Como bien se ha advertido en un detallado trabajo de la jueza Marcela Araya¹³³, en la práctica judicial chilena al conocer casos de la causal de nulidad prevista en el artículo 374 letra e), en muchos casos los tribunales se limitan a advertir sobre el alcance de su control sobre los hechos, y acogen o rechazan el recurso basándose en la infracción o apego a los parámetros definidos por el legislador en el art. 274 del CPP. Ello en todo caso, simplemente recurriendo retóricamente a los criterios de la sana crítica, pero generalmente sin un esfuerzo argumentativo para diferenciar las condiciones de aplicación de la nulidad, generando arbitrariedad.

Como sabemos, la fundamentación de las sentencias constituye un mecanismo de control a la actividad judicial, relacionado principalmente con la etapa de la valoración de la prueba. En este sentido, no basta con la mera fundamentación, sino que es preciso que la valoración que se haga de los medios de prueba contemple una aplicación de las reglas de racionalidad¹³⁴, y expresando en la sentencia el razonamiento utilizado para arribar a la decisión de absolución o condena.

En nuestro medio, la posibilidad de controlar los elementos de racionalidad está contemplada en la infracción de la regla del artículo 297 del CPC, permitiendo control por vía de nulidad mediante el motivo absoluto de nulidad del art. 374 letra e), esto es, cuando en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e).

El control que admite el recurso de nulidad es respecto de la revisión de la concordancia entre el razonamiento justificativo del tribunal y los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, limitándose a la verificación de las relaciones lógicas de corroboración de hipótesis conforme a criterios de la racionalidad¹³⁵.

¹³¹ FUENTES, ob. cit., p. 283.

¹³² FUENTES, Olga. "Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías". En: *Revista General de Derecho Procesal*, N° 4, España, IUSTEL, 2018, p. 5.

¹³³ Cfr. ARAYA, ob. cit. n° 13, p. 110.

¹³⁴ OYARZÚN, Felipe. *Aplicación de las máximas de la experiencia en un modelo de valoración racional de la prueba*. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2016, p. 58.

¹³⁵ FERRER, ob. cit. n°61, págs. 350 y sgtes.

El enfoque que defendemos en este trabajo, supone que a través del recurso de nulidad el tribunal de alzada puede y debe fiscalizar la forma en que han sido establecidos los hechos en el proceso penal mediante el conocimiento del recurso de nulidad, fundado en la motivación de las sentencias. En ese sentido, si comprendemos que nuestro sistema probatorio se despliega fundamentalmente mediante la aplicación de un razonamiento de probabilidad inductiva, en que se valora el apoyo que cada elemento de prueba aporta a las hipótesis en conflicto, y donde juegan un rol trascendental las máximas de la experiencia en tanto generalizaciones que hacen posible este ejercicio inferencial, se hace necesario que este razonamiento se explicita para ser controlado.

Si el tribunal no se vale de criterios de racionalidad en la valoración de la prueba, su decisión será entonces sustancialmente equivalente a la arbitrariedad subjetiva y debe ser revertida¹³⁶. De ahí que sea necesario y válido realizar un control *ex post* de la racionalidad del tribunal, constatando que la valoración se haya realizado empleando los siguientes criterios:

- a. que la valoración no se realice con métodos calificados como irracionales;
- b. la utilización adecuada de todos los datos empíricos disponibles;
- c. el uso de esquemas adecuados de argumentación; y
- d. la validez racional de las inferencias basadas en máximas de experiencia¹³⁷.

En ese sentido, y fundado principalmente en el incorrecto uso de una inferencia probatoria, al utilizar una máxima de la experiencia carente de fundamento, basada en prejuicios, libretos y estereotipos prohibidos por el ordenamiento jurídico, y que corrompen cualquier conclusión sobre los hechos adoptada en función de ellos, la decisión adoptada por el tribunal carece entonces de racionalidad.

Lo que se espera entonces es que la motivación bien entendida –en su concepción racionalista– sirva de punto de partida, con el fin de concebir la posibilidad de control sobre el juicio de hecho, lo que permitiría erradicar de las decisiones judiciales alusiones a la “soberanía del juzgador” y al “privilegio de la intermediación”, que impiden el control sobre el razonamiento y lo sustraen de las posibilidades contraloras que se radican en la nulidad¹³⁸.

La perspectiva de género permitirá al operador visibilizar el mal uso de estas inferencias probatorias epistémicas, exigir su identificación, erradicación y sustitución por otras que reconozcan los principios de igualdad y no discriminación.

VI. CONCLUSIÓN

La perspectiva de género es una herramienta de análisis que como hemos revisado, cumple un papel fundamental en todas y cada una de las etapas del proceso en casos de violencia de género en contra de las mujeres, desde los primeros momentos del inicio de la investigación hasta la adopción de una decisión de absolución o condena.

¹³⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2ª ed., Madrid, España, Trotta, 2005, págs. 422-424.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 424.

¹³⁸ ARAYA, ob. cit. n° 13, p. 119.

La importancia de su aplicación, si bien está contemplada en diversos instrumentos internacionales del sistema americano e internacional de derechos humanos, se puede ver con mayor claridad desde su conceptualización a la luz de las teorías de género y en particular en el ámbito probatorio, a la luz de la teoría racional de la prueba.

Así, en el ámbito de la valoración de la prueba propiamente tal, la perspectiva de género se constituye como una herramienta esencial, que permite visibilizar, erradicar y sustituir los distintos prejuicios, libretos y estereotipos basados en el género (y en general, en cualquier otra categoría sospechosa de discriminación), de modo de poder adoptar una decisión racional, que se acerque al propósito declarado del proceso, esto es, la búsqueda de la verdad y al mismo tiempo, cumpla con promover los principios de igualdad y no discriminación y erradicar de nuestra sociedad los estereotipos que solo replican y perpetúan la violencia estructural en contra de las mujeres.

De ese modo, el rendimiento de la perspectiva de género en la valoración de la prueba, principalmente el testimonio de la víctima y la prueba indiciaria o de contexto, permitirá avanzar en la construcción de una sociedad en la que las mujeres tengan un debido acceso a la justicia, disminuyendo los niveles de impunidad observados en la actualidad.

Finalmente, se insta a los distintos operadores de justicia a hacer valer la necesidad de incorporar esta herramienta que dota de racionalidad la decisión judicial, a través de los mecanismos de control establecidos por el legislador.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABUHABDA, Sofía et. al. "Propuesta de un estándar probatorio diferenciado para delitos sexuales". En: *IV Concurso Nacional de Derecho Procesal "Sistema de Justicia y perspectiva de género"*, Santiago, Chile, Universidad Diego Portales, 2019.
2. ACCATINO, Daniela. "Atomismo y holismo en la justificación probatoria". En: *Isonomía*, N° 40, México D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2014, págs. 17-59.
3. ACCATINO, Daniela. "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVII, Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2011, págs. 483-511.
4. AGUIRRE, Fernanda et. al. "La influencia de los estereotipos de género en la construcción de máximas de experiencia". En: *IV Concurso Nacional de Derecho Procesal "Sistema de Justicia y perspectiva de género"*, Santiago, Chile, Universidad Diego Portales, 2019.
5. AMSTERDAM, Anthony y BRUNER, Jerome. *Minding the law*. Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 2002.
6. ANDERSON, Terence, SCHUM, David y TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Madrid, España, Marcial Pons, 2015.
7. ARAYA, Marcela. "Género y Verdad. Valoración Racional de la Prueba en los Delitos de Violencia Patriarcal." *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 32, Santiago, Chile, Centro de Estudios de la Justicia, 2020, págs. 35-69.
8. ARAYA, Marcela. *Recurso de Nulidad Penal y Control Racional de la Prueba*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2018.
9. ARBELÁEZ, Lucía y RUIZ, Esmeralda. *Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*. Santiago, Chile, Poder Judicial de Chile, 2019.
10. ARENA, Federico. "Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género". En: *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, N°1, Girona, España, Marcial Pons, 2020, págs 247-252.
11. ARENA, Federico. "Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual". En: *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXIX, N° 1, Valdivia, Chile, Universidad Austral de Chile, 2016, págs. 51-75.
12. ARROYO, Roxana. "Acceso a la justicia para las mujeres...el laberinto androcéntrico del derecho". En: *Revista IIDH*, N° 5, San José, Costa Rica, IIDH, 2011, págs. 35-62.
13. CALDERÓN, José. "Perspectiva de género, estándar de prueba y ventajas probatorias asimétricas". En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, N° 48, Bogotá, Colombia, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2018, págs. 115-135.
14. CASAS, Lidia y GONZÁLEZ, Juan Pablo. "Estereotipos de género en sentencias del Tribunal Constitucional". En: *Anuario de Derecho Público*, N° 1, Santiago, Chile, Universidad Diego Portales, 2012, págs. 250-272.
15. CHILDS, Mary y ELLISON, Louis. "Evidence law and feminism". En: CHILDS, Mary y ELLISON, Louis. *Feminist perspectives on evidence*, Londres, Reino Unido, Cavendish Publishing, 2000, págs. 1-12.
16. COOK, Rebecca y CUSACK Simone. *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*. Pennsylvania, EE.UU., University of Pennsylvania Press, 2010.
17. DI CORLETO, Julieta. "Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género". En: DI CORLETO, Julieta. *Género y justicia penal*, Buenos Aires, Argentina, Didot, 2017, págs. 285-307.
18. DÍAZ DE VALDÉS, José. "Las categorías sospechosas en el derecho chileno". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. L, Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2018, págs. 189-218.

19. ELLISON, Louis y MUNRO, Vanessa. "Telling tales: exploring narratives of life and law within the (mock) jury room". En: *Legal Studies*, N° 35(02), Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015, págs. 201-225.
20. EZURMENDIA, Jesús. "Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia". En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 47, N° 1, Santiago, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2020, págs. 101-118.
21. EZURMENDIA, Jesús y VALENZUELA, Jonatan. "Deporte, prueba y decisión arbitral: sobre la asistencia en video". En: *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 9, N° 2, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2020, págs. 57-72.
22. FACIO, Alda y FRIES, Lorena. "Feminismo, género y patriarcado". En: *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, Año 3, N° 6, Buenos Aires, Argentina, Universidad de Buenos Aires, 2005, págs. 259-294.
23. FERRER, Jordi. "La prueba es libertad pero no tanto: Una teoría de la prueba causi-benthamiana". En: *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, Vol. IX, N° 18, Cartagena, Colombia, Universidad de Cartagena, 2017, págs. 150-169.
24. FERRER, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, España, Marcial Pons, 2007.
25. FERRER, Jordi. "Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea". En: PAPAYANIS, Diego y PEREIRA, Esteban. *Filosofía del Derecho Privado*. Madrid, España, Marcial Pons, 2018, págs. 401-430.
26. FUENTES, Olga. "La perspectiva de género en el proceso penal. ¿Refutación? de algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz "El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género". En: *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, N° 1, Girona, España, Marcial Pons, 2020, págs. 271-284.
27. FUENTES, Olga. "Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías". En: *Revista General de Derecho Procesal*, N° 4, España, IUSTEL, 2018.
28. GAMA, Raymundo. "Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico". En: *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, N° 1, Girona, España, Marcial Pons, 2020, págs. 285-298.
29. GASCÓN, Marina. *Los hechos en el derecho*. Madrid, España, Marcial Pons, 2010.
30. GASCÓN, Marina. "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos". En: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28, Alicante, España, Universidad de Alicante, 2005, págs. 127-139.
31. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. "Distinciones, estipulaciones y sospechas sobre los criterios de valoración y los estándares de prueba". En: BENFELD, Johann y LARROUCAU, Jorge. *La sana crítica bajo sospecha*. Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2018, págs 15-34.
32. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. "Hechos y argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)". En: *Jueces para la Democracia*, N° 46, España, Jueces para la Democracia, 2003, págs.17-26.
33. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. "Presunción de inocencia, verdad y objetividad". Alicante, España, Universidad de Alicante, 2015.
34. GONZÁLEZ, María de los Ángeles. "Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto". En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 46, N° 3, Santiago, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2019, págs. 791-819.
35. LAMAS, Marta. "La perspectiva de género". En: *Revista de Educación y Cultura*, N° 47, México, SNTE, 1996, págs. 216-229.

36. LÓPEZ, Edith. *Manual para la investigación de casos de violencia física y psíquica por razones de género*. Santiago, Chile, Ministerio Público de Chile, 2019.
37. LÓPEZ, Julián. “La prueba”. En: HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Tomo II, págs. 65-228.
38. MATIDA, Janaina. “A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência”. En: NICOLITT, André y AUGUSTO, Cristiane. *Violência de Gênero: temas polêmicos e atuais*. Belo Horizonte, Brasil, D’Plácido, 2019, págs. 87-110.
39. MATURANA, Javier. *Sana Crítica: un sistema de valoración racional de la prueba*. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2014.
40. NIEVA, Jordi. “La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba”. En: *Ars Juris Salmanticensis*, N° 5, Salamanca, España, Universidad de Salamanca, 2017, págs. 57-76.
41. NIEVA, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid, España, Marcial Pons, 2010.
42. OLSEN, Frances. “El sexo del derecho”. En: RUIZ, Alicia. *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires, Argentina, Biblos, 2000, págs. 25-42.
43. OYARZÚN, Felipe. *Aplicación de las máximas de la experiencia en un modelo de valoración racional de la prueba*. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2016.
44. RAMÍREZ ORTIZ, José. “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”. En: *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, N° 1, Girona, España, Marcial Pons, 2020, págs. 201-246.
45. SANCINETTI, Marcelo. “Testimonio único y principio de la duda”. En: *InDret*, N° 3, Barcelona, España, Universitat Pompeu Fabra, 2013.
46. SCHAUER, Frederik. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge, Reino Unido, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
47. SCOGNAMILLO, Alessandra. “La víctima como único testigo”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLVII, Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2020, págs. 361-372.
48. SEPÚLVEDA, Bárbara. *Género y Derecho Público. La construcción jurídica de la ciudadanía de las mujeres*. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2020.
49. SEPÚLVEDA, Ivonne y SOVINO, Maurizio. “Violencia de género e investigación penal: deberes y desafíos para el Ministerio Público”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2017, págs. 125-171.
50. SCHUM, David. *The evidential foundations of probabilistic reasoning*. 2ª ed., Evanston, EE.UU., Northwestern University Press, 2001.
51. SOVINO, Maurizio y HUERTA, Sofía. “Los alcances de la circunstancia comisiva de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima en los delitos contra la libertad / indemnidad sexual”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 77, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2019, págs. 83-116.
52. SUBIJANA, Ignacio. “La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer”. En: *Boletín Comisión Penal. Juezas y Jueces para la Democracia*, N° 10, España, Jueces para la Democracia, 2018, págs. 27-39.
53. TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid, España, Marcial Pons, 2008.
54. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2ª ed., Madrid, España, Trotta, 2005.
55. TWINING, William. “De nuevo, los hechos en serio”. En: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 32, Alicante, España, Universidad de Alicante, 2009, págs. 317-340.

56. TWINING, William. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
57. VÁSQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid, España, Marcial Pons, 2015.
58. ZELADA, Carlos y OCAMPO, Mauricio. “Develando lo Invisible: la feminización de los estándares de prueba sobre violencia sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Derecho en Libertad*, N° 9, Lima, Perú, Universidad del Pacífico, 2012, págs. 138-190.
59. ZÚÑIGA, Yanira. “La ‘generización’ de la ciudadanía. Apuntes sobre el de la diferencia sexual en el pensamiento feminista”. En: *Revista de Derecho*, Vol. XXII, N° 2, Valdivia, Chile, Universidad Austral de Chile, 2009, págs. 39-64.
60. ZÚÑIGA, Yanira. “Cuerpo, Género y Derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 3, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2018, págs. 209-254.

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

¿EXCLUSIÓN TEMÁTICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL? UN ANÁLISIS A PROPÓSITO DEL DENOMINADO CASO “FRAUDE A CARABINEROS” O CASO “VERDE AUSTRAL”

Camila Guerrero Martínez¹

SUMARIO

I. Introducción; II. El caso concreto; 1. Resolución de tribunal a quo; 2. Apelación del auto de apertura de juicio oral por parte del Ministerio Público; a) Argumentos referidos a la inexistencia de vulneración de garantías fundamentales; b) Análisis particular de la prueba testimonial excluida “temáticamente”; 3. Sentencia revocatoria de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago: criterios de indivisibilidad del medio de prueba y de la interpretación sistemática de la prueba testimonial conforme al artículo 306 CPP; III. Exclusiones probatorias en el proceso penal; 1. Sobre el estándar de pertinencia: distinciones doctrinales; a) Pertinencia como relevancia en sentido epistémico; b) Pertinencia como filtro de exclusión extra epistémico; IV. ¿Exclusión temática de la prueba testimonial?: una crítica a la reinterpretación de la pertinencia formal como filtro [automático] de exclusión extra epistémico.

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

I. INTRODUCCION²

Con fecha 10 de julio de 2020 la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de apelación presentado por el Ministerio Público en contra del auto de apertura de juicio oral dictado por el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, que había excluido temáticamente por supuestas inobservancias a garantías fundamentales, la declaración de testigos funcionarios policiales, quienes habían elaborado informes policiales patrimoniales de distintos acusados, en el marco de la investigación por el delito de lavado de activos en el denominado caso “Fraude a Carabineros” o caso “Verde Austral” (R.U.C. 1601014175-7, RIT N°4730-2017)³.

El presente artículo, tiene por objeto analizar los fundamentos de la resolución recurrida y de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, para luego desarrollar someramente el estándar de la exclusión probatoria contemplada en el artículo 276 inciso primero del Código Procesal Penal (en adelante; CPP), refiriéndome a las distintas posturas doctrinales sobre la pertinencia y la conexión de estos desarrollos con el debate jurisprudencial por la existencia o inexistencia de la denominada “exclusión temática” a nivel interno, abordando los escasos pronunciamientos de la doctrina e indicando los argumentos más frecuentes que suelen darse en audiencias al respecto. Finalmente, se realizarán algunas observaciones sobre las denominadas reglas “contra epistémicas” como limitaciones al principio general de inclusión de prueba, para luego señalar cómo es que el hecho de invocar una función depuradora del juez de garantía implicaría -a su vez- estar dispuestos a asumir el riesgo de un potencial incremento de error judicial por falsos negativos en el proceso penal -especialmente- en casos con delitos de alta complejidad.

II. EL CASO CONCRETO

1. Resolución del tribunal *a quo*

La audiencia preparatoria de juicio oral del caso de la referencia se extendió por un poco más de siete meses, entre el 12 de septiembre de 2019 y el 30 de abril de 2020. Durante el desarrollo de la misma, las defensas realizaron solicitudes de exclusión por infracción de garantías fundamentales respecto de testigos que elaboraron informes policiales patrimoniales de acusados en el marco de la investigación por el delito de lavado de activos, en base a los siguientes motivos copulativos:

² Agradezco a las fiscales Karina Guajardo, Tania Sironvalle y Constanza Encina, con quienes intercambié distintos argumentos, por haberme facilitado gentilmente algunas sentencias de sus respectivas investigaciones que acá se sistematizan. Asimismo, debo especial mención a Constanza Witker, Marcelo Contreras y Sebastián Salinero, por sus valiosos comentarios y sugerencias que contribuyeron a dar forma y sentido al presente trabajo. Los errores que persistan son, por supuesto, míos.

³ A la fecha de preparación de este artículo, la causa se encuentra vigente y con fecha de inicio de juicio oral para junio de 2021. Se trata de una investigación llevada por el Fiscal Regional de Magallanes y la Antártica Chilena, Eugenio Campos Lucero, en la que se acusó a distintos imputados por haber conformado presuntamente una organización criminal compuesta por funcionarios de Carabineros en servicio activo, en retiro y civiles, quienes habrían malversado caudales públicos por a lo menos \$28.348.928.198 (veintiocho mil trescientos cuarenta y ocho millones novecientos veintiocho mil ciento noventa y ocho pesos) aproximadamente, a través de distintas modalidades y con las participaciones de otras 95 personas -condenadas en procedimiento abreviado-, quienes facilitaron sus cuentas bancarias para dicho efecto.

- i. Vulneración al derecho de no autoincriminación por la utilización de declaraciones de imputados en los informes policiales patrimoniales;
- ii. Vulneración al deber de registro al no constar su declaración como testigos en la carpeta investigativa;
- iii. Vulneración de normas relativas a la prueba pericial de los artículos 315 y siguientes del Código Procesal Penal (CPP): se solicitó la exclusión temática de los resultados o conclusiones señalados en los informes policiales patrimoniales elaborados por testigos funcionarios policiales. Esta última solicitud -a su vez- mezclada con argumentaciones en las que se invocaba la causal de exclusión por vulneración de garantías fundamentales en subsidio de la causal contemplada en el artículo 276 CPP inciso primero, es decir, por impertinencia manifiesta, pero en una vertiente que era argumentada como “formal o procesal”.

En relación con la utilización de declaraciones en informes policiales patrimoniales sobre el cual versaría la declaración del testigo funcionario policial, algunas defensas alegaron una presunta vulneración de garantías fundamentales, sosteniendo que la declaración del imputado -al constituir un medio de defensa- no podría ser utilizada para hacer las diligencias posteriores que fueron incorporadas en el informe por parte de un funcionario policial, dado que para ello se debió contar con la renuncia expresa del imputado. El tribunal, sin embargo, rechazó la solicitud de exclusión por este motivo, respecto de los tres testigos en que se solicitó señalando a grandes rasgos lo siguiente:

- Que *“el hecho de haberse utilizado una declaración del imputado en la realización del informe policial no implica en sí una infracción de garantías constitucionales”*⁴;
- Que *“lo cierto es que el testigo si le tomó declaración [al imputado] entiende el tribunal que en ese sentido no se ve vulnerado para nada el principio de que solamente pueden comparecer los testigos de oídas porque eso es, un testigos de oídas, por lo que también el tribunal en ese sentido rechaza dicha exclusión”*⁵ (SIC);
- Que *“en cuanto a que se necesita una autorización expresa para utilizar las diferentes diligencias que realizaron en particular las declaraciones de los imputados, lo cierto es que solamente se refiere a la declaración. Entiende el tribunal que ellos pueden hacer renuncia a su derecho a guardar silencio en cualquier etapa de la investigación y así también en el juicio, debiendo ser valorada esta producción o renuncia por el tribunal oral en el momento respecto de la determinación de pena, en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal, para los efectos de ver si concurre o no una atenuante de responsabilidad penal”*⁶ (SIC).

En relación con la solicitud relativa a una presunta vulneración al deber de registro, ya que no constaba la declaración de los funcionarios policiales en la carpeta investigativa, la defensa argumentó que existiría una especie de “impertinencia formal” que vulneraría garantías fundamentales. Al respecto, el tribunal *a quo*, resolvió que respecto de los testi-

4 7° J.G. de Santiago, audio audiencia 28 de octubre de 2019, RUC N° 1601014175-5, RIT N° 4730-2017, testigo N° 41.

5 7° J.G. de Santiago, audio audiencia 19 de noviembre de 2019, RUC N° 1601014175-5, RIT N° 4730-2017, testigo N° 448.

6 7° J.G. de Santiago, audio audiencia 19 de noviembre de 2019, RUC N° 1601014175-5, RIT N° 4730-2017, testigo N° 568.

gos que son funcionarios policiales en la causa concreta, se debían rechazar las alegaciones de la defensa, señalando en cada caso que no habría vulneración de garantías por los siguientes motivos:

- Que “no hay una impertinencia formal basada en que no prestó declaración [ya que] existe en la labor investigativa que realizó una forma de contraste”⁷;
- Que “se trata de testigos que refieren a distintas diligencias”⁸, por lo que en cuanto a hacer impertinente formalmente entiende el tribunal que esta impertinencia no corresponde como se ha señalado anteriormente mas aun en este tipo de testigos [en] que existen sus informes policiales respecto de los cuales el testigo podrá ser confrontado”⁹ y;
- Que “se trata de un funcionario diligenciador, en esas circunstancias, considera que este podrá ser contrastado con las distintas diligencias que realizó durante el procedimiento, reiterando que la prohibición de ingresar los registros de investigación es para el Ministerio Público, no así para las defensas de acuerdo al 334 del Código Procesal Penal”¹⁰ (SIC).

Finalmente, en relación con el tercer tipo de solicitud, algunas defensas argumentaron una causal de exclusión por “impertinencia formal” y en subsidio por vulneración de garantías, debido a que los testigos funcionarios policiales, habrían firmado un informe policial patrimonial, en el que constaban los resultados o conclusiones de las diligencias investigativas, lo que -según argumentaron- sería propio de un informe de peritos en los términos del artículo 314 CPP. Por lo anterior, al tener características de un peritaje, pero ser presentado como prueba testimonial, se configuraría una causal de exclusión que denominaron “impertinencia formal” y, en subsidio, la causal de vulneración de garantías por infracción al derecho a defensa. El tribunal *a quo*, mediante resoluciones referidas a audiencias de discusión de exclusiones probatorias de fechas 28 de octubre, 19 de noviembre, 20 de noviembre y 25 de noviembre de 2019, acogió la argumentación de algunas defensas, pero fundado en una supuesta infracción al debido proceso, específicamente, de normas relativas a la prueba pericial. Estimó al respecto, que debía excluirse temáticamente la declaración de funcionarios policiales de la sección de Lavado de Activos de OS7 de Carabineros de Chile, quienes no se podrían pronunciar sobre los resultados de los informes policiales patrimoniales que realizaron respecto de tres acusados, dado que ello vulneraría garantías constitucionales. Los argumentos del tribunal para acoger la solicitud de exclusión temática de la prueba testimonial se referirían fundamentalmente a dos motivos (i) que, a través del acto de concluir, los funcionarios policiales excedían el marco que les correspondía, pues el análisis de la prueba de déficit patrimonial correspondía a alguien que tenga la expertiz respectiva; y (ii) que dichas conclusiones podrían afectar garantías constitucionales, dado que el testigo se estaría refiriendo a esa conclusión sin contar con un conocimiento específico. Lo anterior, según puede apreciarse a continuación:

7 7° J.G. de Santiago, audio audiencia 28 de octubre de 2019, RUC N° 1601014175-5, RIT N° 4730-2017, testigo N° 41.

8 7° J.G. de Santiago, audio audiencia 19 de noviembre de 2019, RUC N° 1601014175-5, RIT N° 4730-2017, testigo N° 439.

9 7° J.G. de Santiago, audio audiencia 19 de noviembre de 2019, RUC N° 1601014175-5, RIT N° 4730-2017, testigo N° 448.

10 7° J.G. de Santiago, audio audiencia 19 de noviembre de 2019, RUC N° 1601014175-5, RIT N° 4730-2017, testigo N° 568.

- Audiencia de 18 octubre de 2019: el tribunal sostuvo respecto de uno de los testigos que *“las cosas son lo que son y no el título que se le da”*, señalando que el informe de peritos exigiría -de conformidad con el artículo 314 CPP- un conocimiento especial de una ciencia, arte u oficio, por lo que se debían cumplir los requisitos del artículo 315 CPP. Por lo anterior, el tribunal argumentó que *“al hacer esta valoración, el funcionario policial en los términos señalados evidentemente hace una conclusión que excede el marco de sus capacidades, que solamente son en orden policial y no para determinar fehacientemente y comparar elementos de prueba o antecedentes de investigación que no le corresponden a él, más aun dado que no se ha comprobado ni se ha acreditado que este tenga conocimientos”*¹¹. Así, en virtud de lo anterior, el tribunal accede a la solicitud de exclusión temática, en cuanto a excluir cualquier conclusión que diga relación con el informe policial patrimonial del acusado referido.
- Audiencia de 19 de noviembre de 2019: el tribunal parte señalando que *“revisado el referido informe, lo cierto es que constata y va refiriendo cada una de las propiedades adquiridas, remuneraciones y detalla los ingresos, egresos y demás operaciones que realiza [el imputado] pero en un mérito meramente ilustrativo; sin embargo, y en eso si se debe coincidir con la defensa, que en uno de los acápite de sus conclusiones hace la conclusión que habita o requiere un conocimiento, que en esa circunstancia esa conclusión, si bien es cierto y en eso debo ser tajante, no es un peritaje, un caso hace una evaluación sistemática y usa una técnica contable o de otra forma para establecer su conclusión o por lo menos no deja establecida una metodología, sino es mas bien una conclusión policial, sin embargo, entendiendo que esa conclusión puede afectar las garantías constitucionales del imputado, porque dicho testigo podrá referirse a esa conclusión sin contar con mayores conocimientos, o por lo menos no corroborarlos, este tribunal va a acceder por infracción a las garantías constitucionales únicamente a la exclusión temática, por lo que dicho testigo no podrá referirse a las conclusiones a las que arribó a propósito del informe patrimonial [del acusado]”* (SIC)¹².
- Audiencia de 20 de noviembre de 2019: al momento de resolver la solicitud de exclusión temática, el tribunal refiere que *“(…) el tribunal es un tribunal de derecho no es contador auditor ni ingeniero comercial y en ese sentido lo que el tribunal considera que hay una vulneración de derechos fundamentales como se sostuvo ayer, no es en el sentido cercenar la prueba de lo acusadores tampoco en el sentido que lo señaló el Consejo de Defensa del Estado de impedir que el testigo de razón de sus dichos, en ningún momento eliminar conclusiones impide que el testigo de razón de sus dichos, porque puede decir fui al Conservador, pedí el oficio al Conservador, pedí la información al Servicio de Impuestos Internos, por tanto, el tribunal no vislumbra en qué sentido se podrá ver perjudicado”*¹³.
- Audiencia de 25 de noviembre de 2019: el tribunal, siguiendo el criterio que había manifestado en las audiencias anteriores en los casos de funcionarios policiales que elaboraron informes policiales patrimoniales y respecto de los cuales se solicitó la

11 7° J.G. de Santiago, audio audiencia 18 de octubre de 2020, RUC N° 1601014175-5, RIT N° 4730-2017, testigo N° 41.

12 7° J.G. de Santiago, audio audiencia 19 de noviembre de 2019, RUC N° 1601014175-5, RIT N° 4730-2017, testigo N° 439.

13 7° J.G. de Santiago, audio audiencia 19 de noviembre de 2019, RUC N° 1601014175-5, RIT N° 4730-2017, testigo N° 448.

exclusión temática de las conclusiones de sus informes, señaló al respecto que “*el tribunal, como lo ha venido sosteniendo y lo ha hecho con otros testigos, entiende que por haber en las conclusiones establecido una consecuencia estable [respecto de los imputados que indica] (...) el tribunal solamente hace una exclusión temática respecto a la infracción de Garantías Constitucionales, como lo ha hecho respecto de los demás testigos, respecto de las conclusiones únicamente a las que arribó a propósito del informe patrimonial*”¹⁴ (SIC).

Como es posible apreciar, el eje central de la argumentación del tribunal *a quo* es que si bien, no son peritajes propiamente tales (de hecho, lo señala explícitamente a propósito del informe elaborado por el testigo N° 439 al expresar que “pericial claramente no lo es”), el problema de fondo estaría dado porque el funcionario aparentemente habría excedido “el marco de sus capacidades, que son solamente de orden policial” y que esto vulneraría garantías constitucionales del imputado al formular aseveraciones sin tener mayores conocimientos. Lamentablemente, lo que el tribunal no ponderó, es que los funcionarios policiales que elaboraron los informes, sí tenían formación en investigaciones por lavado de activos y realizaron una serie de diligencias patrimoniales para cumplir una instrucción particular referida a determinar si conforme a los ingresos formales de los imputados, era posible acreditar un incremento patrimonial injustificado mediante diligencias en terreno, relativas a la identificación de bienes raíces, vehículos y otros bienes adquiridos a su nombre o de terceros testaferros. Lo anterior, se materializó posteriormente en un informe en que se daba cuenta de las distintas propiedades e inversiones que tenían los acusados y concluyeron en función de los resultados de las diligencias.

Uno de los aspectos necesarios de relevar es la invocación genérica de una denominada “impertinencia formal o procesal” como argumento de algunos intervinientes para solicitar la exclusión temática de la prueba testimonial, tanto por la causal de impertinencia del inciso primero del artículo 276 CPP, como por la causal de vulneración de garantías constitucionales del inciso tercero de la referida norma. Se trata de una construcción argumentativa proveniente de una determinada corriente doctrinal, a la que me referiré en supra III y IV.

Con fecha 30 de abril de 2020 el tribunal *a quo* dictó auto de apertura de juicio oral en el caso de análisis. Los argumentos generales para solicitar la incorporación de la prueba testimonial excluida temáticamente -contenidos en la apelación presentada por el Ministerio Público-, así como los específicos relativos a la caracterización de la prueba excluida por dicho concepto, se desarrollarán brevemente en los apartados siguientes.

2. Apelación del auto de apertura de juicio oral por parte del Ministerio Público

El Ministerio Público presentó apelación del auto de apertura de juicio oral con fecha 05 de mayo de 2020, señalando que la exclusión temática no tendría cabida en nuestra legislación y que tampoco podría ser admitida por la vía de una supuesta vulneración a garantías fundamentales, más aún si en el fundamento de la exclusión, el tribunal *a quo* no había especificado la forma concreta en que alguna garantía resultaría efectivamente vulnera-

14 7° J.G. de Santiago, audio audiencia 19 de noviembre de 2019, RUC N° 1601014175-5, RIT N° 4730-2017, testigo N° 568.

da. Señaló al respecto cuatro argumentos generales para sustentar lo anterior y luego se refirió específicamente a la prueba testimonial excluida “temáticamente”, consistente en una parte del contenido de informes policiales patrimoniales desarrollados en el marco de la investigación por el delito de lavado de activos.

a. Argumentos referidos a la inexistencia de vulneración a garantías fundamentales

Argumento 1. “La regla de exclusión probatoria del artículo 276 CPP es taxativa y opera como una excepción al régimen general de libertad de prueba contemplado en el artículo 295 CPP”: según ha sido reconocido por la Excelentísima Corte Suprema, el artículo 295 del Código Procesal Penal¹⁵ establece el principio de prueba absoluta¹⁶, por lo que *las excepciones a este principio, establecidas en el artículo 276 del mismo código, en tanto excepciones, han de ser interpretadas y aplicadas restrictivamente*¹⁷, siendo la regla general, la de la admisión de la prueba ofrecida, de conformidad con lo estipulado en el inciso final de la norma antes referida. Lo anterior, además, según lo resuelto por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en orden a que *“(…) la exclusión temática de prueba realizada por el juez de garantía no se encuentra dentro de los casos señalados en el artículo 276 del Código Procesal Penal (...)”*¹⁸.

Argumento 2. “No bastan argumentaciones genéricas relativas a la infracción de garantías constitucionales, sino que se debe indicar específicamente de qué forma se vulneran dichas garantías”: el Ministerio Público argumentó que tanto la doctrina¹⁹ como la jurisprudencia²⁰, han sostenido que el artículo 276 CPP contiene una enumeración taxativa sobre exclusiones de prueba y que estas debían interpretarse restrictivamente, ya que por su naturaleza constituyen una verdadera sanción que afecta el derecho a la prueba de la que son titulares los intervinientes. En este sentido, sostuvo que la invocación a la inobservancia de garantías fundamentales debía ser de cierta entidad, relevancia o gravedad en la obtención de la prueba, siendo carga de la defensa el señalar en su argumentación cuál era la garantía comprometida, la forma en que se produjo su afectación y cómo es que la exclusión del medio de prueba es la única respuesta idónea para subsanarla. Al respecto, el ente persecutor argumentó que durante el desarrollo de la Audiencia Preparatoria de Juicio Oral en la que se excluyó temáticamente a los testigos policiales, no fue explicado por parte de las defensas cómo es que puede configurar una vulneración a garantías constitucionales la declaración íntegra de testigos policiales relativa a los resultados de la investigación patrimonial realizada por estos, en el marco de una orden de investigar

15 Artículo 295 CPP: “Libertad De prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”.

16 Corte Suprema, 30 de mayo de 2012, Rol N° 2513-2012: “en general, la trascendencia de lo que está en juego en la judicatura punitiva ha llevado al legislador contemporáneo a sentar en el principio de la **prueba absoluta** que el artículo 295 de CPP reproduce en términos categóricos” [énfasis añadido].

17 BLANCO, Rafael. *Código Procesal Penal sistematizado con jurisprudencia*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters, 2017, p. 635.

18 Corte de Apelaciones de Santiago, 06 de octubre de 2014, Rol N° 2696-2014.

19 BLANCO, ob. cit., p. 637. En el mismo sentido, Hernández, Cfr.: HERNÁNDEZ, Héctor. *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal*. Santiago, Chile, Universidad Alberto Hurtado, Colección de Investigaciones Jurídicas, 2002, N°2, págs. 68 y 69.

20 Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de mayo de 2016, Rol N°366-2016, considerando 2°, Cfr.: CL/JUR/3509/2016; Corte de Apelaciones de Rancagua, 21 de noviembre de 2007, Rol N°447-2007.

emanada por la Fiscalía, para investigar incrementos patrimoniales injustificados de imputados funcionarios públicos que estuvieran relacionados con ganancias ilícitas obtenidas de la malversación de más de \$28.000.000.000 (veintiocho mil millones de pesos). Indicó además, que no fue explicado por parte de las defensas, ni por el tribunal en su resolución de exclusión, cómo es que pueda vulnerar el debido proceso, la posterior declaración íntegra de funcionarios policiales de una sección especializada en lavado de dinero ante el Tribunal Oral en lo Penal, acerca de los hallazgos y conclusiones investigativas a las que arribaron como resultado de su investigación patrimonial y para la que han sido especialmente entrenados durante el desarrollo de su carrera policial.

Argumento 3. “Los medios de prueba son indivisibles y la decisión del juez de garantía debe limitarse a aceptar la inclusión o exclusión de estos como una universalidad”: el ente persecutor argumentó que los medios de prueba se identifican con un concepto unitario que no puede ser objeto de divisiones ya que los desnaturalizan y mutan, haciéndoles perder su calidad de tales. En esta línea, a nivel doctrinal, Blanco ha sostenido que *“no resulta posible que la declaración de los testigos pueda dividirse o ser parcializada en relación con algún aspecto o tema, ya que no existe norma positiva expresa que autorice tal división”*²¹. Por su parte, a nivel jurisprudencial²² y respecto del alcance del artículo 276 del Código Procesal Penal sobre la exclusión de prueba, se ha estimado que no es posible la división de un testimonio, sino que este debe entenderse *“como una unidad”*, conclusión que es por lo demás respaldada en la interpretación armónica de las normas del párrafo quinto del Título III del Código Procesal Penal.

Argumento 4. “La denominada “exclusión temática” es incompatible con los deberes de los testigos ante el Tribunal Oral en lo Penal, según lo dispuesto por el artículo 298 CPP en relación con el 306 CPP”: el Ministerio Público argumentó que en otro caso reciente y por resolución de fecha 02 de septiembre de 2019, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo que no correspondía excluir en forma parcial la prueba testimonial en relación con un determinado tema, pues ello *“atentaría con lo dispuesto en el artículo 298 del Código Procesal Penal en cuanto dispone el deber del testigo de declarar sobre todo lo que se le pregunte y de no ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración (...)”*²³. Así, tomando en consideración este último razonamiento, el ente persecutor argumentó la necesidad de que exista una coherencia en la interpretación sistemática entre el conjunto de normas que establecen las disposiciones generales sobre la prueba. Indicó al respecto, que en el artículo 298 CPP el legislador ha estipulado un deber de todo testigo de declarar la verdad sobre lo que se le pregunte y de *“no ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración”*, norma que debe necesariamente relacionarse con lo establecido en el artículo 306 CPP²⁴. De esta

21 *“(...) la exclusión temática no está permitida en nuestra legislación, de modo que la decisión del juez de garantía debe limitarse a aceptar la inclusión o exclusión de la probanza respectiva como una universalidad. El legislador no estableció como razón de exclusión el “tema” acerca del cual prestará declaración un testigo. No existe fundamento legal para excluir la declaración de un testigo ofrecido por los intervinientes, de modo “temático”, esto es, permitiéndole que concurra al juicio oral, pero prohibiéndole que declare respecto de ciertos “temas” (...)”* [énfasis añadido]. Cfr.: BLANCO, ob. cit., p. 635.

22 Corte de Apelaciones de Concepción, 24 de marzo de 2017, Rol N° 2114-2017, considerando 6°, Cfr.: CL/JUR/1159/2017.

23 Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de septiembre de 2019, Rol N° 3170-2019.

24 *“Todo testigo antes de comenzar su declaración, prestará juramento o promesa de decir la verdad sobre lo que se le preguntare, sin ocultar ni añadir nada de lo que pudiere conducir al esclarecimiento de los hechos”*.

manera, la obligación de decir la verdad por parte de los testigos, contemplada en el artículo 298 CPP en relación con el 306 CPP vendría siendo “*un requisito formal para el debido cumplimiento del aspecto sustancial o de fondo de declarar todo lo que se sabe y nada más que esto, tal como se cree que es verdad*”²⁵. Por lo anterior, argumentó la evidente incompatibilidad de las normas antes referidas y la interpretación dada por el tribunal *a quo* en orden a sustentar una forma de exclusión no contemplada en nuestro ordenamiento jurídico y que en la práctica implica un cercenamiento de la declaración de los testigos policiales, ante un Tribunal Oral en lo Penal, infringiendo en consecuencia, uno de los principios fundamentales del juicio oral y que es la libertad probatoria. Así, la consecuencia lógica del razonamiento del tribunal *a quo* -según sostuvo el Ministerio Público-, llevaría entonces a una inconsistencia normativa evidente: por un lado, no podría esperarse que el testigo preste juramento teniendo presente que el propio tribunal le ha impuesto condiciones que le impiden cumplirlo, y por otro, no es posible que el testigo preste declaración sin haber prestado previamente promesa o juramento.

Finalmente, se argumentó además que resultaría a todas luces improcedente restringir los temas respecto de los cuales pueda interrogarse a los testigos policiales, dado que conforme lo dispone el artículo 297 CPP, el Tribunal Oral en lo Penal está llamado a valorar la prueba con libertad.

b. Análisis particular de la prueba testimonial excluida “temáticamente”: resultado de informes patrimoniales por lavado de activos elaborados por funcionarios policiales

Respecto de la prueba específica que fue excluida temáticamente, el Ministerio Público indicó en su apelación que, dentro del proceso penal, los testigos son personas que han percibido a través de sus sentidos los hechos que son relevantes para la resolución de un caso y que en consecuencia concurren a declarar sobre hechos. En este sentido, sus opiniones o conclusiones no son materia de testimonio y no resultan relevantes, salvo excepciones²⁶ que suelen relacionarse justamente con la labor de funcionarios policiales²⁷ que se han especializado en algún área o materia de su formación profesional, vinculada a la labor investigativa. Asimismo, se relevó que dentro del marco de la investigación policial los testigos efectúan una labor que abarca diversos aspectos que conforman un todo, que no puede separarse o parcializarse, y cuya limitación realizada a través de una exclusión temática entraba duramente su deposición. En este mismo sentido había sido además resuelto por parte de la jurisprudencia²⁸.

Lo anterior, resulta de vital importancia, si se considera además, que actualmente, en las

25 MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Librotecnia, 2017, Tomo II, p. 1271.

26 BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación penal en juicio oral y prueba*. Bogotá, Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, reimpresión 2018, p. 60.

27 DUCE, Mauricio. *La prueba pericial*. CABA, Argentina, Ediciones Didot, 2014, págs. 107 a 109.

28 Corte de Apelaciones de San Miguel, 12 de agosto de 2013, Rol N°1081-2013. Cfr.: ALVEAR, Camila. “Comentario al fallo dictado por la I. Corte de Apelaciones de San Miguel sobre la exclusión temática de prueba de peritos del Servicio de Impuestos Internos”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°56, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, págs. 241-256.

sociedades modernas y dadas las nuevas formas de criminalidad económica organizada vinculada a la corrupción y otros delitos transnacionales, diversos organismos internacionales han enfocado sus esfuerzos hacia la preparación de capacitaciones de operadores del sistema penal y la elaboración de recomendaciones que los “Estados Parte” deben incorporar para enfrentar las investigaciones de una forma eficiente, eficaz, respetando garantías constitucionales y altamente capacitada. En este contexto, el delito de lavado de activos integra una amplia gama de delitos modernos, conexos y complejos, cuya tipificación, investigación y juzgamiento constituye un desafío constante para el sistema penal. Para ello, según la recomendación N°30 del Grupo de Acción Financiero (GAFI) que el Estado de Chile debe cumplir por ser parte de GAFILAT²⁹, se establece la responsabilidad de las autoridades de orden público e investigativas en relación con la realización de una investigación patrimonial o financiera, paralela a la persecución penal del delito de lavado de activos, en los siguientes términos:

“(...) en todos los casos relacionados a delitos que produzcan gran volumen de activos, las autoridades del orden público designadas deben desarrollar una investigación financiera de manera proactiva en paralelo a la persecución del lavado de activos (...) Los países deben asegurar que las autoridades competentes tengan responsabilidad en la rápida identificación, rastreo e inicio de acciones para congelar y embargar bienes que están, o puedan ser o estar, sujetos a decomiso, o que se sospecha que son producto del crimen. Los países deben utilizar también, cuando sea necesario, grupos multidisciplinarios permanentes o temporales especializados en investigaciones financieras o de activos (...)” [énfasis añadido].

Así las cosas, se entiende por investigación patrimonial o financiera, aquella que es realizada por unidades o brigadas especializadas en lavado de activos de los organismos policiales y consiste en una *“técnica de indagación que permite analizar sistemáticamente la información existente en una serie de archivos y bases de datos (públicas y privadas) u otras fuentes, para identificar e individualizar bienes y derechos que integran un patrimonio atribuyendo la titularidad a una persona física natural o jurídica. Su propósito, en suma, es siempre esclarecer o acreditar una relación entre personas -ya sean naturales o jurídicas-, y bienes o derechos de contenido patrimonial”*³⁰.

De esta manera, al igual que la investigación respecto del autor del delito de lavado de activos y sus delitos “base”, que implica una serie de etapas y actuaciones en el proceso penal, que van desde la investigación y determinación del hecho y la responsabilidad que le cabe en él, su juzgamiento y eventual condena; en la investigación patrimonial ocurre un proceso similar en relación con los bienes. Al respecto, en las investigaciones patrimoniales se desarrolla una metodología desde el punto de vista investigativo con distintas fases: una fase de fijación del objeto de la investigación patrimonial, según se trate de

²⁹ De hecho, como parte de GAFILAT, el Estado de Chile debe someterse a un proceso de evaluaciones mutuas para el cumplimiento de las recomendaciones formuladas por el organismo. Proceso en el que se encuentra actualmente Chile durante 2020 y 2021.

³⁰ Recomendación del Consejo de Europa, de fecha 25 de abril de 2002, sobre “Mejora de la metodología de la investigación operativa en la lucha contra la delincuencia vinculada al tráfico de drogas y simultáneamente investigación económico-patrimonial de la misma”, publicada en el Diario Oficial del Consejo de Europa con fecha 15 de mayo de 2002. Cfr. contenida además en: Unidad de Análisis Financiero, Ministerio Público y Ministerio del interior. “Guía para la investigación patrimonial en lavado de activos y delitos precedentes. Estrategia Nacional para la Prevención y Combate al Lavado de Activos y al Financiamiento del Terrorismo”. 2017, p. 12.

personas naturales o jurídicas; una fase de identificación y recopilación de antecedentes, a partir de fuentes abiertas y cerradas de información así como también de documentación y evidencia incautada; una tercera fase de análisis de la información y validación fáctica de conclusiones preliminares sobre incrementos patrimoniales injustificados y finalmente, una última fase de confección de conclusiones definitivas, que se plasmarán en el respectivo informe policial de investigación patrimonial y corresponde a la enunciación de los hallazgos policiales encontrados en base a la información, validada fácticamente.

Así, sostuvo el Ministerio Público que es justamente por lo anteriormente expuesto que suele ser frecuente denominar a determinados policías de secciones especializadas en ciertos delitos complejos, como “testigos expertos”. Mauricio Duce define este tipo de testigos como *“personas que exhiben cierta experticia sobre una materia relevante para su declaración, pero que toman conocimiento causal de los hechos, sin ser nombrados por el sistema para cumplir con la función pericial”*³¹. La opinión coincidente en doctrina es entender que las reglas que deben aplicarse a este tipo de prueba son las de las reglas de la prueba testimonial. Sin embargo, tratándose del alcance de las cosas que podrían declarar, a diferencia de los *testigos legos* que relatan de los hechos que percibieron directamente a través de sus sentidos o hechos que pertenecen a su propio estado mental en un momento determinado, tratándose de los *testigos expertos*, *“en el área de dicha experticia, y dentro de los límites de la idoneidad concreta que dicha experticia ofrezca, se debiera autorizar la posibilidad de formular preguntas por opiniones o conclusiones”*³². Así, para la doctrina, tratándose de funcionarios policiales que disponen de un conocimiento especial, adquirido durante el desarrollo de su carrera y en el marco de sus labores investigativas especializadas, es posible formular preguntas por los hallazgos encontrados en su informe policial y que se refieren a dichas áreas, pero que serían objetables sin ese conocimiento especial.

En el caso concreto, los funcionarios policiales, pertenecían a la Sección de Lavado de Activos de OS7, una sección investigativa técnica y altamente especializada de Carabineros de Chile que, dentro de sus múltiples funciones, realiza diligencias investigativas orientadas a acreditar la existencia de incrementos patrimoniales injustificados de los imputados previa instrucción particular del Ministerio Público. Por todo lo anterior, y más allá de las consideraciones expuestas, se relevaron las consecuencias prácticas y jurídicas de considerar que los testigos policiales en investigaciones patrimoniales vinculadas a casos de lavado de activos, no puedan concluir, ya que se estaría vedando la posibilidad de aplicar una técnica de investigación policial utilizada en todas las sociedades modernas para investigar los delitos más complejos y que afectan bienes jurídicos de carácter colectivo, tales como la administración de justicia, la probidad y el orden público económico, principalmente vulnerados a través de la comisión del delito lavado de activos, de los delitos de corrupción y de la criminalidad organizada en general.

31 DUCE, ob. cit., p. 107.

32 DUCE, ob. cit., p. 108.

3. Sentencia revocatoria de la Corte de Apelaciones de Santiago: criterios de indivisibilidad del medio de prueba y de la interpretación sistemática conforme al artículo 306 CPP

Con fecha 10 de julio de 2020, en su considerando 8°, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago revocó la resolución del tribunal *a quo* e incorporó la prueba testimonial que había sido excluida temáticamente en los siguientes términos:

*“8°. En relación con la exclusiones temáticas de las declaraciones de los testigos (...), ello no puede ser considerado de la forma como lo sostiene la resolución que se revisa, porque dentro del marco de la investigación ellos **han efectuado una labor que ha abarcado diversos aspectos que conforman un todo**, y que desde ese punto de vista atento lo que comprende **no puede separarse o parcializarse**, ello en el entendido que su limitación entrará su deposición, en la medida que diciendo relación con aspectos de la investigación sus declaraciones van a poder ser refutadas o contrastadas por diversos elementos que constituyen el núcleo de las defensas, y su valoración en definitiva quedará entregada al tribunal que tiene competencia para ello, dentro del marco de la totalidad de la prueba rendida, aspecto que se encuentra **en íntima correlación con lo que dispone el artículo 306** del Código Procesal Penal de lo que se sigue la improcedencia de la exclusión temática respecto de ellos (...)”³³ [énfasis añadido].*

Así, podemos ver que, de los argumentos expuestos, la Corte de Apelaciones de Santiago recogió dos criterios que considero importante relevar: por un lado, el criterio de indivisibilidad del medio de prueba y, por otro, el de la interpretación sistemática de las normas referidas a la prueba testimonial, especialmente en lo relativo al artículo 306 CPP. En un ejercicio de ponderación, la Corte hace ver que no existiría una supuesta garantía conculcada ya que constituye “*el núcleo las defensas*” el ejercicio de refutación y contrastación que se realizará durante el desarrollo del juicio oral respecto de dicho medio de prueba, resaltando que la valoración de los testimonios queda entregado al tribunal oral luego de la declaración realizada íntegramente según las obligaciones que el propio CPP establece en orden a decir la verdad sobre todo lo que se le pregunte sin ocultar nada.

Para efectos de abordar la resolución del tribunal *a quo* desde un punto de vista crítico, en las líneas que siguen, se desarrollarán las principales conceptualizaciones relativas a las exclusiones, es decir, su fundamento y su relación con el principio de libertad probatoria o principio general de inclusión, refiriéndome brevemente a los distintos estándares que se han desarrollado por la doctrina y jurisprudencia en relación con la aplicación de la exclusión contemplada en el artículo 276 inciso primero del CPP. Lo anterior, deteniéndome en los dos tipos de conceptualizaciones que se han desarrollado acerca del alcance de la noción de *pertinencia*³⁴, en lo que podría percibirse como un ejemplo gráfico de lo que Coloma ha denominado como la “*torre de babel del derecho probatorio*”³⁵. Posteriormente,

³³ Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de julio de 2020, Rol N°2262-2020.

³⁴ Recogidas recientemente en un trabajo de Duran, Cfr.: DURAN, Pablo. *El concepto de pertinencia en el derecho probatorio en Chile* [en línea]. Trabajo final presentado a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile en cumplimiento parcial de los requisitos para optar al Grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Público. Valdivia, Chile, 2016. Disponible en: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2016/egd948c/doc/egd948c.pdf> [fecha de consulta: 07 de enero de 2021].

³⁵ COLOMA, Rodrigo. “El derecho probatorio y su torre de babel. Sobre citas en revistas indexadas”. En: *Revista de Derecho*,

en infra IV intentaré explicar la conexión de la corriente -minoritaria- sobre el concepto de “pertinencia” con el caso concreto, dado que fue justamente la que ocupó el tribunal *a quo* (según se abordó en supra II). Se pretende argumentar, cómo es que esta noción de pertinencia y la reinterpretación bajo la figura de “exclusión temática” en dichos casos, se aleja -en su fundamento- de los desarrollos iniciales de quienes argumentaban casos de exclusiones temáticas derivadas de lo que la doctrina ha denominado como la “teoría del fruto del árbol envenenado”, es decir, cuando la prueba que fue valorada por el tribunal oral, provenía de una actuación o diligencia que hubiere sido declarada nula o que hubiere sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales³⁶.

III. EXCLUSIONES PROBATORIAS EN EL PROCESO PENAL

El caso desarrollado en los apartados anteriores sirve para ilustrar la discusión sobre la noción de “pertinencia como garantía”³⁷, a partir de la cual han comenzado a levantarse alegaciones en que se invoca una causal de exclusión probatoria por impertinencia en un sentido “formal” o “procesal” y, en subsidio la causal de exclusión por vulneración de garantías fundamentales. Esto último, principalmente para sustentar las denominadas “exclusiones temáticas” de las declaraciones que deban prestar en juicio oral tanto los testigos como los peritos, cuando se estimare, por razones -extra epistémicas- que no deben ser admitidas, aun cuando puedan ser relevantes o útiles como medio de prueba, según se explicará más adelante.

Partamos por el principio. A nivel doctrinal, la *prueba* es definida como una actividad tendiente a desplegar mecanismos de corroboración acerca de los enunciados de un determinado caso y que “permite justificar las decisiones judiciales de cara a su ajuste a la verdad empírica respecto de los eventos que suscitan la necesidad de aplicación del derecho”³⁸. Sin embargo, dado que la averiguación de la verdad es un fin prioritario del proceso penal pero no el único, se ha señalado que en todo sistema penal existirían tres tipos de valores. Para seguir la conocida distinción de Laudan³⁹, estos podrían clasificarse en: (i) valores extra-epistémicos; (ii) valores epistémicos nucleares; (iii) valores cuasi epistémicos. Dentro de los primeros, el autor refiere a las consideraciones de oportunidad, a las relacionadas con los derechos de los acusados, a los vinculados con la transparencia y el debido proceso, entre otros. Dentro de los segundos, se encuentran aquellos que buscan reducir o aminorar la posibilidad de un juicio erróneo, es decir, la condena de quien no cometió el delito o la absolución de quien sí lo hizo. A este tipo de valores Laudan

Vol. XXIX N°2, Valdivia, Chile, Universidad Austral de Chile, 2016, págs. 35-58.

36 Se trata de sentencias en que algunos tribunales superiores de justicia han acogido recursos de apelación y nulidad, y han aplicado implícitamente la exclusión de una parte de la prueba testimonial, al sostener que el tribunal no debió incluir (juez de garantía) o valorar (tribunal oral), la declaración de un testigo policial referida a dichas actuaciones y/o diligencias, es decir, reducido a este tipo de situaciones.

37 HERNÁNDEZ, Héctor. “Pertinencia como garantía: Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba”. En: ACCATINO, Daniela (Coord.) *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, Chile, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2010.

38 VALENZUELA, Jonatan. *Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*. Santiago, Chile, Rubicón Editores, 2017, p. 138.

39 LAUDAN, Larry. “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar” [en línea]. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°28, 2005, ISSN 2386-4702. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2005-n28-por-que-un-estandar-de-prueba-subjetivo-y-ambiguo-no-es-un-estandar> [fecha de consulta: 07 de enero de 2021].

refiere como los del núcleo duro de la epistemología jurídica, en tanto se interesan precisamente en cómo hacer para que estos errores sean tan improbables como lo permita la evidencia. Finalmente, los valores cuasi epistémicos, son referidos por el autor como aquellos en que el interés no está en la reducción de los errores, sino en su *distribución* de una manera particular. En este sentido, Laudan los denomina quasi-epistémicos, dado que, aunque se centran en el control del error, “*sus motivos no derivan de su relación con la verdad ni con la reducción del error, sino de una decisión política según la cual cierto tipo de errores es peor o menos aceptable, que otros*”⁴⁰.

La discusión que nos convoca a propósito de las exclusiones probatorias nos lleva a abordar los dos primeros tipos de valores, entendiendo que los terceros, relativos a la distribución del error, se encuentran presentes en el segundo y tercer momento de la actividad probatoria, relativa a la valoración de la prueba y la adopción de la decisión del caso sometido a conocimiento del tribunal, ambas durante la fase de juicio oral.

Un aspecto necesario de recordar es que, si bien en un sentido epistémico, la búsqueda de la verdad y la distribución del error judicial es uno de los fines del proceso, esta búsqueda no puede ser a cualquier costo. Por lo tanto, cada vez que la protección o maximización de otros fines del proceso supone la exclusión de pruebas relevantes para el caso que deba decidirse, significa que han operado las reglas “contra epistemológicas”, -que materializan en cierta forma los valores extra epistemológicos-, y que suponen un “sacrificio epistémico” al ser contraproducentes para el objetivo de averiguación de la verdad. Por lo mismo, según sostiene Ferrer:

“(...) consciente de ese coste, el legislador deberá decidir en cada caso de conflicto entre la maximización de los fines epistemológicos y de cualquier otro que se quiera proteger, en qué medida se sacrifican unos y otros (...) para evaluar en cada caso si este tipo de reglas de exclusión están justificadas, habrá que juzgar su racionalidad teleológica atendiendo a su adecuación como medios para alcanzar los fines a los que responder. Y, además, evaluar, dado que entran en conflicto con la averiguación de la verdad, si están disponibles otros medios para alcanzar esos fines que no conlleven este conflicto (evitando así la regla de exclusión)”⁴¹.

Ahora bien, para el ejercicio de ponderación entre las normas que integran el derecho probatorio y la búsqueda de la verdad en un sentido epistemológico, existen tres momentos de la actividad probatoria en el proceso judicial⁴²: (a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; (b) la valoración de esos elementos, y (c) la adopción de la decisión. Las exclusiones de prueba en el proceso penal se enmarcan justamente dentro del primer momento, es decir, a propósito de la proposición de admisión de pruebas en el proceso, como uno de los filtros o limitaciones al principio general de inclusión. Este principio tendría como uno de sus orígenes la concepción de Bentham, según la cual existe una justificación epistemológica para la admi-

⁴⁰ LAUDAN, ob. cit., p. 97.

⁴¹ FERRER, ob. cit., p. 159.

⁴² FERRER, Jordi. “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”. En: *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, Vol. IX N°18, Cartagena, Colombia, Universidad de Cartagena, 2017, p. 154.

sión de toda prueba que aporte información relevante sobre los hechos que se juzgan, en la medida que “*garantiza la mayor probabilidad de que los enunciados que se declaren probados coincidan con la verdad*”⁴³. Esto último ha sido reinterpretado por Ferrer, en el sentido de que se debe hacer una distinción entre validez y verdad de la decisión, en los siguientes términos:

*“Una decisión sobre los hechos será **válida** si está fundada en los elementos de juicio disponibles. Sera, en cambio, **verdadera** si se corresponde con los hechos del mundo. Pues bien, el aumento de la riqueza del conjunto de elementos de juicio aumenta la probabilidad de que la **decisión válida sea también verdadera**. Y ello es suficiente para justificar el principio de inclusión”*⁴⁴ [énfasis añadido].

Al respecto, según ha sostenido Valenzuela, conforme al principio general de inclusión “(...) *debe considerarse en el marco de la actividad probatoria a toda evidencia que resulte relevante o pertinente para la verificación de una determinada hipótesis de hecho (...) Cualquiera evidencia cuya capacidad de explicar alguna hipótesis de hecho resulte pertinente o relevante para la solución del caso concreto, es una evidencia que debe incluirse. Este es el típico modo de definir a las evidencias en el contexto de procedimientos en las denominadas ciencias del descubrimiento*”⁴⁵. Si esto es así, entonces las exclusiones probatorias -en tanto filtro excepcional del principio general de exclusión- dificultan la averiguación de la verdad, dado que tienen por justificación, “*recoger en el marco del proceso penal ciertos valores que son considerados valiosos para el sistema de enjuiciamiento en su conjunto*”⁴⁶. Por este motivo es que las reglas contra epistémicas “*convierten a la prueba de los hechos, en algún sentido, en prueba jurídica. Ello porque la relación teleológica entre actividad probatoria y verdad en el derecho se encuentra mediada por la satisfacción de criterios tales como el respeto por los derechos de las personas, la necesidad de dar contenido operativo a la idea de debido proceso, la seguridad jurídica, la realización de los cometidos del derecho sustantivo, entre muchos otros*”⁴⁷.

A nivel interno, la consagración del principio general de inclusión se encuentra en el artículo 295 CPP en relación con el 276 inciso final CPP y las exclusiones de prueba en el artículo 276 CPP inciso primero al tercero, por causales de impertinencia, sobreabundancia e infracción de garantías fundamentales, respectivamente. Ahora bien, y como se advertirá en su momento, la noción de “exclusión temática” no está expresamente consagrada en nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando en distintos razonamientos de tribunales superiores de justicia -y a propósito de recursos de nulidad que han sido sometidos a su pronunciamiento-, es posible identificar algunas sentencias en las que se ha señalado que determinado testigo no debió pronunciarse acerca de una diligencia declarada nula o que hubiere sido obtenida con infracción de garantías fundamentales. Esto ha sido interpretado por algunos como una especie de exclusión temática al impedir que un funcionario policial se pronuncie de alguna diligencia específica, pudiendo declarar

43 FERRER, ob. cit., págs. 155 y 158.

44 FERRER, ob. cit., p. 162.

45 VALENZUELA, ob. cit., p. 128.

46 VALENZUELA, ob. cit., p. 126.

47 VALENZUELA, ob. cit., p. 129.

respecto de las demás que hubiere realizado. En mi opinión, estos razonamientos judiciales no son más que una aplicación de la teoría del fruto envenenado y que encuentra consagración expresa en nuestra legislación en el inciso tercero del artículo 276 CPP⁴⁸.

Una construcción argumentativa totalmente distinta, es la relativa a la “exclusión temática” fundada en una supuesta impertinencia formal o procesal, cuando se estima que no se hubiere incorporado un determinado medio de prueba “de conformidad a la ley”. Esta discusión será abordada en infra III y IV, pero desde ya dejaré esbozado, que esta construcción tiene su punto de partida en el alcance e interpretación que se puede dar al artículo 295 del Código Procesal Penal, contenido en el párrafo 4° del título II en relación con el inciso final del artículo 276 CPP. Dichos artículos consagran el principio de libertad probatoria en los siguientes términos:

“Art. 295. Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”.

“Art. 276 CPP inciso final: Exclusión de prueba para el juicio oral. (...) Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral”.

Por último, considero relevante destacar que el principio general de inclusión de la prueba se encuentra expresamente señalado en el mensaje del Código Procesal Penal en los siguientes términos:

(i) A propósito de la etapa intermedia, indicándose que:

*“(...) En cuanto al control de la admisibilidad de las pruebas, también se ha adoptado por entregar al juez **facultades limitadas de control en sentido negativo**, es decir, solo puede rechazar pruebas por **causales específicas**, destinadas en general a cautelar la adecuada realización del juicio (...)” [énfasis añadido].*

(ii) A propósito de la introducción de prueba en el juicio oral, indicándose que:

*“(...) Se propone la adopción del sistema de la **libertad probatoria en cuanto a la introducción de los medios al juicio**, haciéndose expresa mención a la posibilidad de que se utilicen como medios de prueba todos aquellos mecanismos modernos por medios de los cuales resulta posible hacer constar hechos de manera confiable. En cuanto a la apreciación de la prueba, se propone la adopción del sistema de libre valoración de la prueba, único compatible con el reconocimiento de la autonomía de cada juez para adquirir la convicción sobre los hechos del caso. Se mantiene la exigencia de convicción del tribunal como estándar necesario para la condena” [énfasis añadido].*

En las líneas que siguen, se señalarán brevemente las dos principales concepciones doctrinales y jurisprudenciales acerca del contenido y alcance de la causal de exclusión por impertinencia.

⁴⁸ Por ejemplo, en este comentario jurisprudencial dicha situación se menciona expresamente. Cfr.: SHÜRMANN, Miguel. Comentario de Jurisprudencia: “La exclusión temática de los testigos de oídas sobre lo expuesto por un imputado en la etapa de investigación”. En: *Gaceta Jurídica*, N°381, Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2012, págs. 294-320.

1. Sobre el estándar de pertinencia: distinciones doctrinales

En nuestro derecho interno, el juez está facultado para excluir las pruebas ofrecidas que fueren impertinentes, de conformidad con el artículo 276 CPP inciso primero, que establece lo siguiente:

*“(...) El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren **manifestamente impertinentes** y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios (...)”* [énfasis añadido].

Siguiendo -con algunas variaciones⁴⁹- la reciente sistematización efectuada por Durán⁵⁰, podemos decir que actualmente existen al menos dos tipos de desarrollos relativos al concepto de impertinencia en la doctrina procesal chilena: (a) pertinencia como relevancia en sentido epistémico; y (b) pertinencia como filtro de exclusión extra epistémico. Las implicancias de ambas posturas pueden resumirse de la forma que a continuación se señala:

a. Pertinencia como relevancia en sentido epistémico

Quienes adscriben a esta concepción, identifican indistintamente como pertinente y/o relevante, aquella prueba o medio probatorio que resulta importante, necesario o útil para la determinación de la verdad de los hechos sometidos al conocimiento del tribunal, es decir, con el objeto del juicio. Esta postura identifica la relevancia como el principio general de inclusión de aquellos medios de prueba que ofrecen información sobre los hechos y que permiten extraer de ellos alguna conclusión lógica de verdad. Dentro de quienes adscriben a esta postura podemos mencionar a Maturana y Montero, López y Horvitz, Bofill, Coloma, Valenzuela, entre muchos otros.

En cuanto al alcance del concepto de pertinencia, podemos decir que no se refiere al medio de prueba en sí mismo considerado y entendido como actividad, sino que al hecho que pretende probarse con el medio de prueba concreto, es decir, que el hecho tenga relación con el objeto del proceso, dado que *“atiende al hecho que se fija como objeto de la prueba en relación con las afirmaciones que se hicieron por las partes en su momento y puede llevar a la no admisión de los medios de prueba que se propongan”*⁵¹. Por lo anterior, el estándar de impertinencia según esta postura doctrinal suele ser referido como aquella que *“no guarda relación alguna con los hechos materia de la acusación o los alegatos por la defensa, esto es, que no existe ninguna relación, lógica o jurídica, entre el hecho y el medio de prueba”*⁵².

49 A diferencia de Durán, quien distingue entre tres tipos de desarrollos conceptuales de la pertinencia en materia probatoria, en mi opinión la postura sostenida por Duce es coincidente con la de Hernández, relativa a una noción de la pertinencia como filtro extra epistémico.

50 DURÁN, ob. cit.

51 MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Librotecnia, 2017, Tomo II, p. 1122.

52 HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, Tomo II, p. 45.

En esta misma línea, podemos decir que, a nivel jurisprudencial se han sostenido -al menos- los siguientes criterios que considero relevante destacar:

- Impertinencia debe fundarse en la falta de relación del medio con los hechos:

“(...) En efecto, la causal de exclusión de impertinencia, debe fundarse en que el medio probatorio ofrecido no tenga relación alguna con los hechos descritos en la acusación, cuyo no es el caso de la prueba en análisis, que corresponde al testimonio de un perito Criminalístico de LABOCAR de Carabineros de Chile, que obtuvo fotografías del sitio del suceso y de la víctima, en el marco de una diligencia de reconstitución de escena, diligencias que claramente se conectan a los hechos investigados, no constituyendo su incorporación un despropósito sin relación alguna con el objeto de la presente causa.(...)”⁵³.
- Impertinencia debe fundarse en la falta de vinculación del medio con el objeto del juicio en términos de relevancia:

“(...) y en relación a la impertinencia de la prueba mencionada, esta Corte tiene en consideración que la calificación citada está referida a la relación del medio concreto con el hecho a probar, esto es, su vinculación con el objeto del juicio en términos de relevancia, permitiendo así la demostración o la refutación de una imputación (...)”⁵⁴.
- Impertinencia manifiesta quiere decir: clara, evidente y ostensible:

“(...) la causal de exclusión impertinencia, exige que esta deba ser manifiesta, vale decir, clara, evidente y ostensible, circunstancias que no concurren en este caso, pues como se dijo, la razón de la exclusión se fundó en el incumplimiento de lo previsto en el artículo 314 del Código Procesal Penal, respecto de la falta de necesidad de conocimiento experto, disposición que por lo demás no establece expresamente la sanción de exclusión, lo que guarda armonía con lo asentado en el basamento segundo precedente, en orden a que las únicas causales sancionadas con la exclusión probatoria, son aquellas prevista en el artículo 276 (...)”⁵⁵.
- Impertinencia como prueba “inoficiosa, improcedente o no suficientemente individualizada”:

(...) Quinto: Que escuchado el registro de audio de la audiencia de preparación de juicio oral se advierte que la resolución impugnada por el Ministerio Público ha acogido la exclusión de prueba ofrecida por éste a requerimiento de los defensores de los imputados, decisión que ha sido fundada por el Juzgado de Garantía, respecto al set fotográfico por ser inoficioso, en cuanto a los oficios por improcedentes y respecto de las dos municiones, por no encontrarse debidamente individualizadas (...)”⁵⁶.

⁵³ Corte de Apelaciones de Valdivia, 21 de abril de 2014, Rol N° 2013-2014, considerando 3°.

⁵⁴ Corte Suprema, 10 de abril de 2014, Rol N° 4554-2014, considerando undécimo.

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Valdivia, 21 de abril de 2014, Rol N° 2013-2014, considerando 4°.

⁵⁶ Corte de Apelaciones de San Miguel, 01 de febrero de 2011, Rol N° 76-2011, considerando 5°; acoge recurso de hecho de la defensa y rechaza apelación de Ministerio Público por causal de (no) infracción de garantías.

b. Pertinencia como filtro de exclusión extra epistémico

Una segunda postura minoritaria, es la sostenida a nivel interno por Hernández y Duce, quienes entienden la pertinencia de un modo diverso a la mera relevancia o utilidad, haciendo posible la exclusión de prueba que es epistémicamente relevante, por impertinente. Es decir, que luego de realizado este análisis de utilidad de la prueba para la adquisición de conocimiento sobre los hechos controvertidos, en un paso siguiente, la pertinencia respondería a motivos institucionales, relativos a la legitimidad o conveniencia de contar con un material probatorio cuya relevancia no es discutible.

En este sentido, Hernández sostiene que *“la pertinencia a que se refiere este precepto [pertinencia como garantía] puede entenderse no sólo como relevancia en sentido epistemológico -para lo cual probablemente la norma sea, además, superflua- sino también como garantía, en el sentido de encerrar el mandato de ponderación propio de la prevención de prejuicios injustificados”*⁵⁷ y refuerza su cercanía con lo planteado por Duce al respecto⁵⁸.

Por su parte, Duce propone un ejercicio de admisibilidad con dos niveles de análisis de la pertinencia de un medio de prueba, distinguiendo entre relevancia lógica y pertinencia en sentido institucional (relevancia legal)⁵⁹. En cuanto a la relevancia lógica, mantiene la distinción de la primera corriente doctrinal, que asemeja pertinencia a relevancia en el sentido de que el medio de prueba tenga vinculación con los hechos a debatir en juicio, y luego, en un segundo nivel, evalúa la relevancia legal del medio de prueba. Para ello, sostiene que el juez debe ponderar el aporte potencial de su incorporación, versus:

- (i) los potenciales perjuicios que puede generar;
- (ii) el costo material y humano que genera su rendición en juicio, y
- (iii) la influencia indebida que esta genera en el sentenciador.

Al respecto, considero particularmente ilustrativo traer a colación una columna del profesor Duce publicada en el año 2011 a propósito de la discusión suscitada en un caso mediático y que se titulaba *“Admisibilidad y exclusión de pruebas en el proceso penal”*⁶⁰. En dicha columna, Duce plantea la necesidad de generar un debate acerca de la *“no admisión”* de pruebas por causales distintas de aquellas contempladas en el artículo 276 del CPP, sosteniendo que la interpretación taxativa de las causales del 276 CPP por parte de la doctrina y jurisprudencia, estaban llevando a jueces de garantía y litigantes a intentar forzar -a su juicio, erróneamente- el uso de causales de exclusión, indicando como ejemplo la exclusión referida a la obtención de pruebas con inobservancia de garantías fundamentales, cuando ciertas hipótesis no parecieran estar claramente cubiertas por

57 HERNÁNDEZ, Héctor. *“Pertinencia como garantía: Prevención del perjuicio en el examen de admisibilidad de la prueba”*. En: ACCATINO, Daniela (Coord.) *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, Chile, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2010, p. 43.

58 Cuando Duce distingue entre relevancia lógica y relevancia legal, dado que sitúa en este segundo nivel, un análisis de costo y beneficio, Cfr.: HERNÁNDEZ, *Ibid.*, p. 44.

59 DUCE, Mauricio. *“Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: Un modelo para armar en la jurisprudencia nacional”*. En: ACCATINO, Daniela. *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, Chile, Editorial Abeledo Perrot Legalpublishing, 2010, p. 60.

60 DUCE, Mauricio. *“Admisibilidad y exclusión de prueba en el proceso penal”* [en línea]. En: *El Mercurio Legal*, 2011. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?id=900648&Path=/oD/BE/> [fecha de consulta: 05 de enero de 2021].

la misma. Plantea al respecto que la utilización errónea de las causales de exclusión se produciría por la aparente confusión entre el hecho de excluir una prueba por motivos distintos de los contemplados en el artículo 276 CPP y el hecho de que el juez de garantía deba admitir todo tipo de prueba que se presente, es decir, una aparente confusión entre lo que denomina, el “mundo de la exclusión” con el “mundo de los requisitos de admisión” producto de una lectura que estima incompleta del principio de libertad de prueba del artículo del 295 CPP⁶¹.

Sostiene al respecto que dicha norma señala específicamente que todo medio de prueba debe ser “producido e incorporado en conformidad a la ley” y que esto explicaría el por qué, no obstante tratarse de un sistema de libertad probatoria, el CPP contendría una importante regulación de varios medios de prueba. Por lo anterior, argumenta que, sin el cumplimiento de aquellas condiciones, no es posible pensar que el medio pueda ser admitido a juicio. Se trataría -en su opinión-, de un examen distinto al del debate de exclusión que puede plantearse de conformidad al artículo 276 del CPP. Asimismo, concluye que el fundamento de una exclusión difiere del fundamento de una inadmisión de prueba, ya que el segundo buscaría resguardar la protección del debido proceso y favorecer la introducción de información de la más alta calidad para favorecer la toma de decisiones judiciales más acertadas, y que al no estar haciéndose un examen riguroso de los medios de prueba en la actualidad, nuestro sistema procesal penal se estaría exponiendo tanto a errores judiciales como a vulneraciones de derechos.

Según refiere Durán, a nivel jurisprudencial es posible apreciar este criterio con motivo de la sentencia de un tribunal *a quo* que había excluido la declaración de peritos del Ministerio Público por no contar con la debida acreditación de su calidad de tales, argumentando que eran “impertinentes subjetivamente”, lo que pareciera ser un análisis “costo/beneficio” del mismo⁶². Dicha resolución fue revocada con fecha 02 de febrero de 2011 de la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N° 1756-2011. Asimismo, y según se verá más adelante, pareciera ser que este es justamente el razonamiento que emplea el tribunal *a quo* en el caso comentado en supra II y que fue revocado por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Finalmente, es importante tener presente que a nivel interno el juez también está facultado para excluir las pruebas ofrecidas que fueren **sobreabundantes (o inútiles)**, de conformidad con el artículo 276 CPP inciso segundo y también aquellas que fueren **ilícitas**, de conformidad con el artículo 276 CPP inciso tercero. Sin perjuicio que el análisis de estas causales excede el objeto de este trabajo, dado que esta última suele ser invocada en subsidio o conjuntamente con la hipótesis de “impertinencia formal”, estimo pertinente destacar que en cuanto a los alcances concretos de la exclusión de la prueba ilícita, Hernández se refiere a la ponderación que debe hacerse entre eficiencia y legitimidad de la persecución penal⁶³, sosteniendo al respecto que la primera es un interés que solo

61 Este mismo razonamiento es desarrollado más latamente por el referido autor a propósito de la prueba pericial, Cfr.: DUCE, “Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: Un modelo para armar en la jurisprudencia nacional”, ob. cit., págs. 61 y sgtes.

62 DURÁN, ob. cit., p. 47.

63 HERNÁNDEZ, Héctor. *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal*. Santiago, Chile, Universidad Alberto Hurtado, Colección de Investigaciones Jurídicas, 2002, N°2, p. 62.

puede fundar excepciones a las exclusiones probatorias en grupos de casos especialmente configurados. Destaca en este sentido, la “**insuficiencia de la simple ilegalidad**” para fundamentar una infracción a garantías fundamentales, ya que “*solo la segunda hipótesis [infracción a garantías] da lugar a una sanción tan radical como es la exclusión de prueba*”⁶⁴.

Asimismo, Hernández considera que es posible y legítimo distinguir entre: “(...) *disposiciones que garantizan los derechos del imputado, respecto de las cuales, además, debe valorarse si alcanzan el rango de garantía fundamental (...) y otras que tienen un rol accesorio, no necesariamente de mero “orden”, pero sí de rango inferior desde la perspectiva de la situación procesal del afectado*”⁶⁵. Por lo mismo, frente a la interrogante de si acaso puede considerarse que el respeto general de las formas procesales integra también la “esfera de derechos” del imputado para los efectos de la exclusión de la prueba proveniente de la infracción de dichas formas, Hernández sostiene 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***” [énfasis añadido].

Si esto es así, es decir, si la simple ilegalidad de la prueba no sería suficiente para fundamentar una infracción de garantías como causal de exclusión -tal como el referido autor analiza-, no queda claro cómo es que por la vía de un criterio de exclusión extra epistémico de la “pertinencia como garantía” se pueda llegar a dicho resultado, respecto de medios de prueba que -según se argumente en cada caso- supuestamente no hayan sido incorporados “de conformidad a la ley”. Lo anterior, especialmente si recordamos que en nuestra normativa interna la exclusión de prueba es una sanción extrema, en tanto constituye una excepción al artículo 295 CPP en relación con el 276 inciso final CPP. Volviendo a Ferrer entonces⁶⁶, si un medio probatorio concreto no vulnera garantías constitucionales, si el medio es relevante y útil para la determinación de la verdad de los hechos sometidos al conocimiento de un tribunal ¿por qué cercenar el conjunto de los elementos de juicio, disminuyendo la probabilidad de que una decisión válida sea también verdadera?

IV. ¿EXCLUSIÓN TEMÁTICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL? UNA CRÍTICA A LA REINTERPRETACIÓN DE LA PERTINENCIA FORMAL COMO FILTRO [AUTOMÁTICO] DE EXCLUSIÓN EXTRA EPISTÉMICO

Dicho todo lo anterior, me gustaría señalar algunas reflexiones finales:

1. La actividad probatoria se encuentra presidida por la necesidad de satisfacer el principio general de inclusión, de modo tal que “*toda evidencia que sirva de base para la justificación de una decisión debe ser tomada en cuenta a fin de que conte-*

⁶⁴ HERNÁNDEZ, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 68.

⁶⁵ HERNÁNDEZ, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 68.

⁶⁶ FERRER, ob. cit., p. 162.

*mos con una decisión con la mayor información posible*⁶⁷. No obstante, y dado que todo sistema penal no solo tiene por objeto amparar valores epistémicos, existen reglas “contra epistémicas” que regulan la actividad probatoria como filtro o ejercicio de ponderación, pero que “no permiten aumentar la capacidad del proceso de determinar lo sucedido”⁶⁸.

2. Uno de los fundamentos de dichas reglas es que existen una serie de valores igualmente relevantes para el proceso además de la búsqueda de la verdad. Dentro de estas se encuentran aquellas reglas que buscan resguardar el respeto por las garantías fundamentales de las personas, cuya vulneración supone la aplicación de un criterio de exclusión por ilicitud; y aquellas reglas que buscan resguardar otro tipo de valores, como lo son -a modo de ejemplo-, las reglas relativas a los plazos y preclusiones, que si bien no constituyen propiamente exclusiones probatorias, sí configuran un límite a la actividad probatoria en el marco del debido proceso, con miras a cautelar la realización de un procedimiento dentro en un plazo razonable y justo.
3. Las exclusiones de prueba para el juicio oral están consagradas en el artículo 276 CPP de manera taxativa. De esto da cuenta el mensaje del CPP y ha sido además señalado en sentencias de tribunales superiores de justicia⁶⁹. Sin perjuicio de lo anterior, en el desarrollo jurisprudencial de estas causales, se ha podido identificar algunos fallos en que sin pronunciarse acerca de una existencia de exclusión temática expresamente, sostienen -a partir de la teoría del fruto del árbol envenenado-, que los tribunales no debieron haber incluido (juzgados de garantía) o no debieron haber valorado (tribunales orales) determinadas declaraciones de funcionarios policiales en la parte en que se refieren a diligencias o actuaciones que hubieren sido declaradas nulas o que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. En estas exclusivas hipótesis, algunos tribunales superiores de justicia, al momento de acoger recursos, hacen referencia a la imposibilidad de referirse u ocupar dichas actuaciones a través de cualquier medio probatorio.
4. Esta aplicación de la exclusión por vulneración de garantías fundamentales dista mucho de la que fue levantada por las defensas y posteriormente acogida a propósito del caso analizado en supra II, según se intentó justificar. A diferencia de la hipótesis expuesta en el párrafo anterior, el fundamento para la “exclusión temática” aplicada por el tribunal *a quo*, no estaría dada por el hecho de que los testigos se fueran a referir a alguna actuación o diligencia declarada nula ni a la obtención de pruebas con inobservancia de garantías fundamentales, sino que en una eventual vulneración *ex post*, al momento del juicio oral, es decir, cuando los respectivos funcionarios policiales hubieren prestado declaración en calidad de testigos, por la referencia a los resultados y conclusiones de las diligencias realizadas. Lo anterior,

67 VALENZUELA, ob. cit., p. 139.

68 VALENZUELA, ob. cit., p. 25.

69 En este sentido, a modo de ejemplo, Cfr.: Corte de Apelaciones de Santiago, 06 de octubre de 2014, Rol N° 2694-2014; Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de septiembre de 2019, Rol N° 3170-2019, considerando 9°. Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de agosto de 2019, Rol N° 4226-2019.

-según lo argumentado por el tribunal *a quo*-, debido a que dichas aseveraciones conclusivas solo podrían darse respecto de la prueba pericial y no de la prueba testimonial, lo que, infringiría *-ex post-* normas del CPP relativas a la prueba pericial.

5. La situación anteriormente descrita, es decir, que el funcionario policial aparentemente “declare más de lo que le corresponde, por el acto de concluir”, fue interpretado como una causal de vulneración de garantías fundamentales, pese a que la defensa levantó la solicitud, sustentando la exclusión temática en una especie de “impertinencia formal o procesal” y en subsidio la causal de prueba ilícita. Como comentario al margen, queda la duda de si uno de los motivos por los cuales se terminan acogiendo por vulneración de garantías algunas hipótesis no contempladas en el artículo 276 CPP pero que hubieren sido argumentadas como impertinentes, tendrían su origen -no explicitado- en el hecho de que el Ministerio Público solo puede apelar respecto de la causal de vulneración de garantías y no respecto de otras, conforme lo dispone el artículo 277 CPP. Sin perjuicio de lo anterior -sobre este punto- existe abundante jurisprudencia de reconducciones de causales de impertinencia a la de vulneración de garantías en nuestra jurisprudencia, cuando se hubiere argumentado la primera causal por los intervinientes o se hubiere aplicado la misma por el tribunal, en circunstancias que -dada su naturaleza- se configuraría la segunda⁷⁰.
6. Lo cierto es que, el caso analizado, nos refleja que el carácter taxativo de las exclusiones probatorias del artículo 276 CPP, continúan generando una creciente tendencia a tratar de forzar hipótesis no contempladas en la norma, tal como lo advirtió Duce en su momento⁷¹, con el riesgo latente de que se produzca a futuro un incremento de hipótesis de error judicial o situaciones de vulneración de derechos. En eso, concordamos. Sin embargo, tengo algunas aprehensiones relativas a la instalación de un mecanismo excesivamente depurador de la prueba por parte del juez de garantía, por la evidente tensión que produciría dicho control con el artículo 297 CPP. El caso analizado es una muestra clara de lo anterior.
7. Frente a la aplicación forzosa de circunstancias no previstas en las causales del 276 CPP, hay autores como Duce y Hernández que han sostenido la necesidad de que se genere una especie de filtro de admisibilidad distinto del filtro de las exclusiones probatorias, en base a una interpretación de la última frase del artículo 295 CPP. Sostienen al respecto, que el hecho de presentar un medio de prueba de un modo que no sea “conforme a la ley”, abriría la puerta a la fundamentación de

⁷⁰ En este sentido, a modo de ejemplo, Cfr.: Corte de Apelaciones de San Miguel, 08 de octubre de 2010, Rol N° 1243-2010, considerando 4°, revoca resolución que excluyó sentencia condenatoria en procedimiento abreviado; Corte de Apelaciones de San Miguel, 10 de septiembre de 2014, Rol N° 1380-2014, considerandos 3° y 4°, acoge recurso de hecho de Ministerio Público por considerar que impertinencia alegada era en realidad infracción de garantía; Corte de Apelaciones de Talca, 14 de abril de 2016, Rol N° 131-2016, acoge apelación del Ministerio Público y revoca resolución que excluyó testigo policial que no había prestado declaración; Corte de Apelaciones de Santiago, 01 de septiembre de 2015, Rol N° 2467-2015, considerandos 2 y 3°, acoge recurso de hecho del Ministerio Público por considerar que impertinencia alegada era en realidad infracción de garantía; Corte de Apelaciones de Valdivia, 16 de abril de 2014, Rol N° 208-2014, considerando 4°, rechaza recurso de hecho interpuesto por defensa; Corte de Apelaciones de Valdivia, 21 de abril de 2014; Rol N° 2013-2014, considerando 5°.

⁷¹ DUCE, “Admisibilidad y exclusión de prueba en el proceso penal”, ob. cit. Este mismo razonamiento es desarrollado más latamente por el referido autor a propósito de la prueba pericial, Cfr.: DUCE, Mauricio. “Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: Un modelo para armar en la jurisprudencia nacional”. En: ACCATINO, Daniela. *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, Chile, Editorial Abeledo Perrot Legalpublishing, 2010, págs. 61 y sgtes.

requisitos de admisibilidad, en base a reglas contra epistémicas, lo que -a su vez- daría pie para sustentar una causal de exclusión/inadmisibilidad por motivos extra epistémicos, es decir, sustentado en vulneración de garantías constitucionales, dependiendo del caso de que se trate⁷².

8. En Chile, sigue siendo mayoría doctrinal y jurisprudencial la concepción de la pertinencia como relevancia, en el sentido de que todo medio probatorio que sea útil para la acreditación de los hechos debe ser admitido conforme al principio general de inclusión. Sin perjuicio de lo anterior, podemos sostener que al menos en el caso sometido a análisis en supra II, el tribunal *a quo* adoptó en sus efectos prácticos -pero sin mayor fundamento- la tesis minoritaria de pertinencia como filtro de exclusión extra epistémico, para aplicar una especie de “exclusión temática” de declaración de testigos funcionarios policiales. Estimó al respecto, que “declararían más de lo que les correspondía” al indicar resultados y conclusiones en sus informes policiales patrimoniales sobre lavado de activos y que, por lo tanto, al asemejarse a un estándar de peritos -pero sin llegar a serlo-, debían quedar excluidos.
9. El Ministerio Público apeló la resolución de auto de apertura de juicio oral descartando la existencia de la exclusión temática en la prueba testimonial en base a cuatro argumentos generales y otras consideraciones referidas a la prueba en específico que había sido excluida de esa forma. Los argumentos generales consistieron en:
 - Argumento 1. “La regla de exclusión probatoria del artículo 276 CPP es taxativa y debe ser interpretada restrictivamente⁷³, ya que opera como una excepción al régimen general de libertad de prueba contemplado en el artículo 295 CPP”⁷⁴.
 - Argumento 2. “No bastan argumentaciones genéricas relativas a la infracción de garantías constitucionales, sino que se debe indicar específicamente de qué forma se vulneran dichas garantías”⁷⁵.
 - Argumento 3. “Los medios de prueba son indivisibles y la decisión del juez de garantía debe limitarse a aceptar la inclusión o exclusión de estos como una universalidad”⁷⁶.

72 Hernández aborda esto respecto de los testigos de contacto, pero no pareciera restringirlo exclusivamente a este tipo de pruebas, Cfr.: HERNÁNDEZ, Héctor. “Pertinencia como garantía: Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba”. En: ACCATINO, Daniela (Coord.) *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, Chile, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2010.

73 En este sentido, a modo de ejemplo, Cfr.: Corte de Apelaciones de Santiago, 06 de octubre de 2014, Rol N° 2694-2014; Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de septiembre de 2019, Rol N° 3170-2019, considerando 9°. Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de agosto de 2019, Rol N° 4226-2019.

74 En este sentido, se ha sostenido además por la jurisprudencia que “(...) la exclusión de las evidencias no resulta eficaz ni menos legal, haciendo presente que aquélla es un **acto extremo, delicado**, pues se trata de desprenderse de pruebas que pueden posibilitar la respuesta social a un acto ilícito” [énfasis añadido]. Cfr.: Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de junio de 2014, Rol N° 1521-2014, considerando 5°.

75 En este sentido, también, a modo de ejemplo, Cfr.: Corte de Apelaciones de Santiago, 09 de mayo de 2014, Rol N° 1078-2014, considerandos 4° y 5°; Corte de Apelaciones de Santiago, 09 de junio de 2014, Rol N° 1319-2014, considerandos 6° y 7°; Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de junio de 2014, Rol N° 1521-2014, considerandos 3° y 4°.

76 En este sentido, a modo de ejemplo, Cfr.: Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de septiembre de 2019, Rol N° 3170-2019, considerando 6°.

- Argumento 4. “La denominada “exclusión temática” es incompatible con los deberes de los testigos ante el Tribunal Oral en lo Penal, según lo dispuesto por el artículo 298 CPP en relación con el 306 CPP”⁷⁷. Asimismo, con el artículo 309 CPP⁷⁸.
10. La Corte de Apelaciones de Santiago, mediante resolución de fecha 10 de julio de 2020 (Rol N° 2262-2020) revocó la sentencia del tribunal *a quo* ordenando incluir la prueba testimonial excluida temáticamente, invocando dos criterios al respecto: por un lado, el de la indivisibilidad del medio probatorio y, por otro, el de la interpretación sistemática de la prueba testimonial conforme al artículo 306 CPP.
 11. Además de todo lo anterior, el razonamiento del tribunal *a quo* no se sostendría argumentativamente teniendo -al menos- en consideración que:
 - a. En abstracto: una interpretación gramatical de lo que se entiende por pertinencia, es que sea conducente o concerniente a algo, lo que se acerca a un criterio de relevancia más que uno de validez, que emana de la postura de Duce y Hernández como filtro de exclusión extra epistémico, esto es, que se trate de un medio de prueba que resulte importante, necesario o útil para la determinación de la verdad de los hechos sometidos al conocimiento del tribunal (objeto del juicio). Por su parte, aun cuando alguien se pueda mostrar favorable a una interpretación extra epistémica para un caso similar al analizado, un juicio de ponderación entre los valores involucrados debiese conllevar necesariamente a la incorporación de la prueba “temáticamente” excluida ya que la presunta infracción, no alcanza criterios de gravedad suficiente como para constituir una afectación a una garantía fundamental, en los términos señalados por Hernández previamente⁷⁹.
 - b. En concreto: siguiendo a Ferrer⁸⁰, cualquier juicio de ponderación que se realice entre valores epistémicos y extra epistémicos para definir cualquier tipo de exclusión probatoria, debiera tener en cuenta los siguientes cuestionamientos copulativos:
 - i. Desde el punto de vista de racionalidad teleológica, ¿es adecuada la exclusión/inadmisibilidad como medio para alcanzar los fines a los que se quiere responder para resguardar el valor?

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ Sobre el principio de libertad probatoria y la incorporación de la prueba testimonial “conforme a la ley”, Cfr.: Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de enero de 2014, Rol N° 3748-2013, considerando 6°: “(...) *Que, por último, debe tenerse en consideración que el artículo 295 del Código Procesal Penal recoge el principio de libertad probatoria al señalar que, para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento, servirán aquellos incorporados en forma legal y, tratándose de un juicio oral, todas las pruebas sólo tienen valor en la medida en que se producen ante el Tribunal, según se preceptúa en el artículo 309 y es, en la única oportunidad, en que ello tiene la posibilidad de hacerse*”.

⁷⁹ Cfr.: HERNÁNDEZ, Héctor. *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal*. Santiago, Chile, Universidad Alberto Hurtado, Colección de Investigaciones Jurídicas, 2002, N°2, p. 68: “(...) 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” [énfasis añadido].

⁸⁰ FERRER, ob. cit., p. 159.

- ii. Desde el punto de vista del conflicto con la verdad, ¿están disponibles otros medios para alcanzar dichos fines que no conlleven este conflicto, para así evitar la regla de exclusión?
12. Desde ambos puntos de vista, pareciera ser que no fue adecuada la exclusión realizada por el tribunal *a quo* como único medio para alcanzar los fines que se pretendía resguardar:
 - a. Si se pretendía evitar una afectación al derecho a defensa, lo cierto es que -según señaló la propia Corte- la contrastación y refutación que se podrá realizar en juicio por parte de los intervinientes constituye el núcleo de la defensa.
 - b. Si lo que se pretendía es evitar que los jueces no escucharan conclusiones o resultados porque no se trataba de peritos, me parece que optar por la exclusión de dichas referencias implica desconocer el carácter que tienen en nuestro país y en la sociedad moderna, aquellos funcionarios policiales que se desempeñan en secciones o brigadas especializadas y que tienen formación específica para investigar determinado tipo de delitos. Así lo han reconocido, por lo demás, diversas recomendaciones internacionales sobre criminalidad económica organizada, lavado de activos y corrupción pública.
 - c. Asimismo, pareciera ser que, sí existían medios adicionales para alcanzar los fines que se temía pudieran ser vulnerados, por ejemplo a través del ejercicio de contra examen respecto de los dichos de los testigos ante el tribunal, o bien mediante la preparación de una pericia o exhibición de medios de pruebas, para efectos de refutar las aseveraciones indicadas en el informe policial patrimonial, ya que estos constan en la carpeta investigativa, y los intervinientes podrán siempre efectuar ejercicios del 332 CPP para demostrar o superar contradicciones y solicitar las aclaraciones pertinentes.
 13. Muy conectado con todo el análisis anterior, se encuentra quizás, la discusión sobre los alcances de la epistemología de la prueba pericial y testimonial en específico, debate apenas incipiente a nivel interno, pero que ha sido abordado -por ejemplo-, por Daniela Accatino⁸¹, a partir de las teorías generales y especiales sobre la justificación testimonial de Carmen Vázquez. Sin embargo, un análisis acabado de estas teorías excedía con creces el modesto objetivo de este artículo.
 14. Finalmente, una de las dudas que podría surgir a partir del caso analizado, dice relación con el carácter de “*testigos expertos*”, que tienen algunos funcionarios policiales y cómo nuestra legislación entendería su regulación para efectos de su participación en juicio oral. Esto es especialmente relevante tratándose de delitos complejos como el lavado de activos, los delitos económicos, el cibercrimen, los delitos medioambientales, entre otros delitos de alta complejidad, en los que existe una formación especializada de policías, y por tanto una clara experticia en el ámbito de dichos fenómenos criminales. Sobre este punto, com-

81 Cfr.: ACCATINO, Daniela. “La prueba pericial y la epistemología del testimonio: ¿una teoría y dos modelos? Comentario al libro ‘De la prueba científica a la prueba pericial’ de Carmen Vázquez”. En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N°34, Santiago, Chile, Sociedad chilena de filosofía jurídica y social, 2018, págs. 05-17.

parto lo sostenido por Duce, en el entendido de que, si bien a estas personas se les deben aplicar las reglas concernientes a la prueba testimonial y no pericial, dicha apreciación debiese ser matizada en el juicio oral respecto de los alcances de las cosas que podrán declarar y su tratamiento debiera ser más similar al de los peritos que al de los testigos. Al respecto, Duce sostiene que a los testigos expertos, *“en el área de dicha experticia, y dentro de los límites de la idoneidad concreta que dicha experticia ofrezca, se [les] debiera autorizar la posibilidad de formular preguntas por opiniones o conclusiones”*⁸². Solo esta interpretación sería -en mi opinión- compatible con la realidad actual de los equipos investigativos especializados. Un incremento de facultades depuradoras del juez de garantía para excluir o restringir la plena participación en el proceso penal de este tipo de testigos, no solo no tendría sustento extra epistemológico, sino que además redundaría necesariamente en un excesivo incremento de situaciones de error judicial por falso negativo -especialmente- en aquellos casos vinculados a delitos de alta complejidad, dado que es justamente en ese tipo de investigaciones, donde más se requiere la participación de testigos expertos en el proceso penal ¿es un riesgo que se deba estar dispuestos a asumir a nivel de sistema? a mí me parece que -a todas luces- eso sería inaceptable.

82 DUCE, *La prueba pericial*, ob. cit., págs. 108-109.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACCATINO, Daniela. *Teoría de la prueba ¿somos todos “racionalistas” ahora?* [en línea]. 39 Revus, 2019. Disponible en: <http://journals.openedition.org/revus/5559> [fecha de consulta: 07 de enero de 2021].
2. ACCATINO, Daniela. “La prueba pericial y la epistemología del testimonio: ¿una teoría y dos modelos? Comentario al libro ‘De la prueba científica a la prueba pericial’ de Carmen Vázquez”. En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N°34, Santiago, Chile, Sociedad chilena de filosofía jurídica y social, 2018, págs. 05-17.
3. ALVEAR, Camila. “Comentario al fallo dictado por la I. Corte de Apelaciones de San Miguel sobre la exclusión temática de prueba de peritos del Servicio de Impuestos Internos”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°56, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, págs. 241-256.
4. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación penal en juicio oral y prueba*. Bogotá, Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, reimpresión 2018.
5. BLANCO, Rafael. *Código Procesal Penal sistematizado con jurisprudencia*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2017.
6. COLOMA, Rodrigo. “El derecho probatorio y su torre de babel. Sobre citas en revistas indexadas”. En: *Revista de Derecho*, Vol. XXIX N°2, Valdivia, Chile, Universidad Austral de Chile, 2016, págs. 35-58.
7. LAUDAN, Larry. “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar” [en línea]. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°28, 2005, ISSN 2386-4702. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2005-n28-por-que-un-estandar-de-prueba-subjetivo-y-ambiguo-no-es-un-estandar> [fecha de consulta: 07 de enero de 2021].
8. DUCE, Mauricio. “Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: Un modelo para armar en la jurisprudencia nacional”. En: ACCATINO, Daniela. *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, Chile, Editorial Abeledo Perrot Legalpublishing, 2010.
9. DUCE, Mauricio. *La prueba pericial*. CABA, Argentina, Ediciones Didot, 2014.
10. DURAN, Pablo. *El concepto de pertinencia en el derecho probatorio en Chile* [en línea]. Trabajo final presentado a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile en cumplimiento parcial de los requisitos para optar al Grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Público. Valdivia, Chile, 2016. Disponible en: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2016/egd948c/doc/egd948c.pdf> [fecha de consulta: 07 de enero de 2021].
11. FERRER, Jordi. “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”. En: *Revista Jurídica Mario Alario D’F ilippo*, Vol. IX N°18, Cartagena, Colombia, Universidad de Cartagena, 2017, págs. 150-169.
12. HERNÁNDEZ, Héctor. *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal*. Santiago, Chile, Universidad Alberto Hurtado, Colección de Investigaciones Jurídicas, 2002, N°2.
13. HERNÁNDEZ, Héctor. “Pertinencia como garantía: Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba”. En: ACCATINO, Daniela (Coord.) *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, Chile, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2010.
14. HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, Tomo II.
15. MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Librotecnia, 2017, Tomo II.
16. SHÜRMAN, Miguel. Comentario de Jurisprudencia: “La exclusión temática de los testigos de oídas sobre lo expuesto por un imputado en la etapa de investigación”. En: *Gaceta Jurídica*, N°381, Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2012, págs. 294-320.
17. VALENZUELA, Jonatan. *Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*. Santiago, Chile, Rubicón Editores, 2017.

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

EL DELITO DE ROBO EN EL MARCO DE LA PANDEMIA COVID-19

Álvaro Murcia García¹
Roberto Guerrero Infante²

INTRODUCCIÓN

La pandemia provocada por el Covid-19 que ha afectado a nuestro país principalmente a partir del mes de marzo del año 2020, ha tenido un impacto significativo en todo el quehacer nacional. En este marco, dicho impacto también ha significado diferencias relevantes en lo que a ingresos delictuales³ se refiere, lo que resultaba en cierto modo esperable al enfrentar situaciones de cuarentena y de restricciones de movilidad en las distintas regiones del país. Ahora bien, ¿cuál ha sido el efecto que esta situación ha tenido en las distintas categorías delictuales del país? Para dilucidar aquello y considerando como foco de atención los delitos que históricamente han tenido la mayor tasa de ingreso, el presente análisis se centra en los delitos de robo en sus distintos tipos penales, considerando como período de análisis los diez primeros meses del año 2020, en comparación con el mismo período de los dos años inmediatamente anteriores a fin de –mediante este análisis comparativo– aportar consideraciones basadas en cifras recientes del Ministerio Público.

¹ Abogado de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² Abogado de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

³ Por ingresos delictuales se hace referencia a la cantidad de delitos ingresados al Ministerio Público, ya sea por medio de denuncia, querrelas o investigaciones iniciadas de oficio por la institución.

CIFRAS ASOCIADAS

En primer lugar, es necesario considerar que el Ministerio Público, en lo que a presentación de cifras se refiere, ha agrupado las distintas figuras de robo en dos categorías: robos y robos no violentos. La primera categoría referida incluye las distintas hipótesis del robo con violencia o intimidación⁴, mientras que la segunda categoría corresponde las figuras de robos con fuerza⁵. Hecha la aclaración, a continuación se presentan las cifras correspondientes a las mencionadas familias de delitos.

a. Robos

TABLA 1: INGRESOS EN FAMILIA DE ROBOS PARA PERÍODO ENERO-OCTUBRE AÑOS 2018, 2019 Y 2020

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2018									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	4.829	4.192	4.757	4.731	4.957	4.359	4.707	4.830	4.004	4.674
ROBO CON VIOLENCIA. ART. 436 INC. 1º, 433, 438, 439.	2.081	1.857	2.074	1.965	2.137	1.835	2.023	2.064	1.957	2.233
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	3.179	2.670	2.839	2.788	2.909	2.535	2.665	3.017	2.559	3.269
ROBO CON HOMICIDIO	6	7	3	6	9	7	4	5	3	7
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.	12	11	9	5	7	5	9	6	8	10
ROBO CON CASTRACIÓN, MUTILACIÓN O LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS								1		
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2	3	2	3	1	2		1	2	1	2
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3	3	3	6	3	5	10	5	17	4	7
TOTAL GENERAL	10.113	8.742	9.691	9.499	10.026	8.751	9.414	9.942	8.536	10.202

4 En la categoría de delitos de robos se consideran los siguientes delitos: robo con intimidación del art. 436 inc. 1º y del art. 438 del Código Penal; robo con violencia del art. 436 inc. 1º, 433, 438 y 439 del Código Penal; robo por sorpresa del art. 436 inc. 2º del Código Penal; robo con homicidio del art. 433 N°1 del Código Penal; robo con violación del art. 433 N°1 del Código Penal; robo con castración, mutilación o lesiones graves gravísimas del art. 433 N°2 del Código Penal; robo con lesiones graves o con retención de víctimas del art. 433 N°3 del Código Penal.

5 En la categoría de delitos de robos no violentos se consideran los siguientes delitos: robo en lugar habitado o destinado a la habitación del art. 440 del Código Penal; robo en lugar no habitado del art. 442 del Código Penal; robo en bienes nacionales de uso público o sitios no destinados a habitación del art. 443 del Código Penal; robo con fuerza de cajeros automáticos del art. 443 bis del Código Penal; robo de vehículo motorizado del artículo 443 inc. 2º del Código Penal; robo de vehículo utilizando elementos distractivos del art. 443 inc. 3º del Código Penal; robo de vehículo motorizado por sorpresa, violencia o intimidación, relativo al art. 436 inc. final del Código Penal; robo con ocasión de calamidad o alteración al orden público del art. 449 ter del Código Penal; saqueo del art. 449 quáter del Código Penal.

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2019									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	5.279	4.547	4.580	4.824	4.701	4.618	5.323	5.203	4.522	4.163
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º , 433, 438, 439.	2.469	2.123	2.119	2.115	2.027	2.087	2.296	2.250	2.084	2.064
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	3.290	2.703	2.767	2.773	2.661	2.492	2.887	2.904	2.644	2.518
ROBO CON HOMICIDIO	6	3	5	3	8	7	5	4	4	4
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.	16	9	10	6	10	9	11	11	9	6
ROBO CON CASTRACIÓN, MUTILACIÓN O LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS		1			1					
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2	1	2	1	3	1	2		1	1	
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3	5	8	5	4	5	10	10	8	9	4
TOTAL GENERAL	11.066	9.396	9.487	9.728	9.414	9.225	10.532	10.381	9.273	8.759

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2020									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	6.037	5.858	5.897	4.830	3.853	3.768	3.916	2.563	2.408	2.739
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º , 433, 438, 439.	2.760	2.805	2.403	1.657	1.603	1.471	1.616	1.150	1.214	1.330
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	3.206	2.941	2.619	1.500	1.435	1.252	1.397	1.145	1.143	1.462
ROBO CON HOMICIDIO	4	9	9	11	9	15	5	8	4	8
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.	4	13	10	4	11	5	4	6	6	3
ROBO CON CASTRACIÓN, MUTILACIÓN O LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS	1						1		1	
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2	5	5	1	2	3	3	3	1	5	4
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3	6	3	12	6	3	5	6	3	9	6
TOTAL GENERAL	12.023	11.634	10.951	8.010	6.917	6.519	6.948	4.876	4.790	5.552

DELITO	AÑO DE INGRESO
	2018 - 2019 - 2020
	TOTAL GENERAL
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	135.669
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º , 433, 438, 439.	59.869
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	74.169
ROBO CON HOMICIDIO	188
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.	245
ROBO CON CASTRACIÓN, MUTILACIÓN O LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS	6
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2	61
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3	190
TOTAL GENERAL	270.397

Al observar las cifras de la Tabla 1, es posible evidenciar que existe una importante disminución de las cifras de ingresos para los robos desde el mes de mayo de 2020 en adelante, en comparación con igual período de los años 2018 y 2019. A mayor abundamiento, el mes de septiembre presenta el menor volumen de ingreso de todos los períodos analizados con 4.790 delitos ingresados, lo que no deja de ser interesante toda vez que las situaciones de cuarentena ya se habían presentado con antelación en nuestro país, sin embargo, la disminución del ingreso alcanza su punto más bajo en este mes. Al respecto, es importante atender que este tipo de delitos requiere necesariamente de contacto entre víctima e imputado, puesto que, de no ser así, se configuraría otro ilícito. En este sentido, estimamos que el delito más representativo es el robo por sorpresa, dado que generalmente acaece en la vía pública, mientras que el robo con violencia o intimidación puede ocurrir también en el domicilio de la víctima. Conforme a lo señalado, si observamos este tipo de robo en particular, podemos apreciar que también presenta su menor volumen de ingreso durante el mes de septiembre de 2020, aun cuando el mes de agosto presenta una cifra bastante similar.

Otro aspecto a destacar de esta categoría de delitos, es que en enero de 2020 se presenta la mayor cantidad de robos de todo el período analizado, con una cifra récord de 12.023 robos, superando las cifras de cualquier otro mes de los tres años estudiados. Debido a que el foco de este estudio son los primeros diez meses de los tres años ya indicados, buscando identificar los efectos de la pandemia en algunos delitos, es difícil levantar una hipótesis que permita explicar la razón de ese fenómeno, ya que no se cuenta en este análisis con las cifras de los últimos meses del año 2019, las cuales podrían entregar mayores luces al respecto.

b. Robos no violentos

TABLA 1: INGRESOS EN FAMILIA DE ROBOS PARA PERÍODO ENERO-OCTUBRE AÑOS 2018, 2019 Y 2020

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2018									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	5.627	4.491	5.084	4.968	5.273	5.070	5.207	5.475	4.706	5.605
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	5.584	4.755	4.505	4.765	5.272	5.059	5.735	5.264	4.578	5.284
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	4.430	3.519	4.008	4.254	4.619	4.262	4.488	4.687	3.807	4.785
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	2.317	2.029	2.335	2.078	2.214	1.780	1.802	1.920	1.636	1.897
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	4	4	3	3	4		1		2	1
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA, VIOLENCIA O INTIMID.										
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS										
ROBO CON OCASIÓN DE CALAMIDAD O ALTERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO										
SAQUEO										
TOTAL GENERAL	17.962	14.798	15.935	16.068	17.382	16.171	17.233	17.346	14.729	17.572

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2019									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	5.992	4.673	5.087	5.258	5.352	5.196	6.001	5.811	4.871	4.715
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	5.502	4.619	4.343	4.748	4.889	4.642	5.731	5.036	4.607	3.983
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	4.277	3.514	3.942	4.288	4.403	4.042	4.687	4.340	3.900	7.534
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	2.060	1.809	1.858	1.830	1.883	1.814	2.196	1.972	1.737	1.710
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	4	1		1	4	1	2		2	18
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA, VIOLENCIA O INTIMID.				1						1
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS										
ROBO CON OCASIÓN DE CALAMIDAD O ALTERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO										
SAQUEO										
TOTAL GENERAL	17.835	14.616	15.230	16.126	16.531	15.695	18.617	17.159	15.117	17.961

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2020									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	6.391	5.452	4.935	3.460	3.631	3.496	3.624	2.883	2.858	3.489
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	4.455	3.945	3.475	3.090	3.403	2.954	3.035	2.114	2.094	2.300
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	4.368	3.784	4.118	4.466	4.554	3.942	3.747	2.372	2.286	2.762
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	2.261	2.155	2.296	1.701	1.584	1.573	1.650	1.342	1.355	1.741
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	9	2	2	6	3	3	3	2	1	2
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA, VIOLENCIA O INTIMID.	5	164	213	249	169	147	160	171	161	155
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS			2			2		1	1	2
ROBO CON OCASIÓN DE CALAMIDAD O ALTERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO		1	2		2		1	1		1
SAQUEO	1	11	28	2	1	2	11	1		33
TOTAL GENERAL	17.490	15.514	15.071	12.974	13.347	12.119	12.231	8.887	8.756	10.485

DELITO	AÑO DE INGRESO
	2018 - 2019 - 2020
	TOTAL GENERAL
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	144.681
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	129.766
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	124.185
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	56.535
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	88
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA, VIOLENCIA O INTIMID.	1.596
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS	8
ROBO CON OCASIÓN DE CALAMIDAD O ALTERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO	8
SAQUEO	90
TOTAL GENERAL	456.957

Al igual que comentamos al analizar la familia de los robos, para el caso de los robos no violentos el mes de septiembre de 2019 es el que presenta la cifra más baja con 8.756 robos denunciados. Ahora bien, es importante considerar que para esta categoría de delitos es esencial que no exista contacto con la víctima o bien este sea mínimo, dado que si el imputado agrede o amedrenta a la víctima se configuraría robo con violencia o intimidación.

En este contexto, resulta esperable la baja significativa que se puede apreciar en esta categoría de delitos en el período de pandemia, que de un promedio de 16.555 denuncias por mes entre marzo y octubre de los años 2018 y 2019, bajó a un promedio de 11.734 denuncias por mes en el mismo período del año 2020, significando una baja de un 29% de ingresos en este tipo de delitos en el período de pandemia estudiado. En este sentido, uno de los delitos que presenta mayores bajas es el robo en lugar habitado o destinado a la habitación, que entre los meses de marzo a octubre de 2019 registró 37.979 ingresos, mientras que en igual período del año 2020, la cifra llegó a los 22.465, significando un descenso de casi un 41%, diferencia que se acrecienta si la comparamos con lo ocurrido en el año 2018, donde en igual período se ingresaron 40.462 denuncias por dicho ilícito. Esta baja significativa se explica principalmente por las restricciones de movilidad decretadas a propósito de la pandemia provocada por el Covid-19, ya que al existir toques de queda y cuarentenas se producen dos circunstancias que hacen más difícil la ocurrencia del delito de robo en lugar habitado: por un lado, la reducción de los horarios y días posibles para la perpetración de los ilícitos, lo cual también es aplicable a muchos otros delitos; y en segundo lugar, debido a que dichas restricciones a la movilidad afectan tanto a víctimas como a imputados, por lo que los lugares habitados o destinados a la habitación estuvieron más tiempo y días con personas en su interior que en un período normal, lo cual trae aparejado la mayor dificultad para que se perpetre este delito, ya que si el imputado ingresa a un inmueble de este tipo con moradores en su interior, lo más probable es que el delito que se cometa sea un robo con intimidación o violencia y no un robo en lugar no habitado. Esto último debe ser relacionado con lo indicado a propósito de los robos violentos, donde también

se apreció una baja importante en sus ingresos, lo cual nos entrega indicios respecto a que todos los delitos de robo se ven afectados de forma similar por la pandemia y las restricciones que trae aparejada, no observándose en el periodo de estudio una transición desde los robos no violentos a los robos violentos o viceversa.

SITUACIÓN DE REGIONES DE MAYORES INGRESOS

a. Región del Biobío

En esta región, el robo con intimidación alcanza su punto más bajo en septiembre de 2020, al igual que el robo por sorpresa. Por su parte, el robo con violencia presenta su menor cifra en agosto del mismo año, pero con solo dos dígitos de diferencia con el mes siguiente. En lo que al robo en lugar habitado o destinado a la habitación se refiere, este ilícito alcanzó su mayor volumen en enero de 2019 con 537 ingresos, mientras que la cifra más baja se observó en septiembre de 2020 con 179 robos denunciados.

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2018									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	272	232	242	287	269	266	292	306	228	243
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	153	127	136	161	188	158	186	176	141	180
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	207	193	227	203	207	193	192	216	167	228
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	273	240	259	281	303	290	285	303	279	321
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	474	409	400	507	496	479	503	513	420	517
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	419	346	368	428	455	429	446	422	294	509
ROBO CON HOMICIDIO						1				
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.				1	1					
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	173	164	191	184	160	152	158	120	95	107
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	1									
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2										
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3		1								3
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA, VIOLENCIA O INTIMID.										
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS										

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2019									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	237	232	237	219	227	217	245	229	240	241
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	182	125	123	136	127	133	147	148	143	148
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	223	192	211	198	198	187	236	183	144	162
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	301	240	330	270	288	289	336	357	272	252
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	537	377	456	475	451	411	514	471	486	445
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	415	361	352	357	374	384	382	344	376	778
ROBO CON HOMICIDIO			2		3	1				
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.							2	3	3	1
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	101	129	129	121	118	120	138	104	99	119
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS							1			2
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2										
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3								1		
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.										
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS										

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2020									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	241	200	187	132	173	183	181	110	75	88
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	137	165	116	82	123	113	137	67	69	78
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	151	180	135	68	96	95	113	83	45	59
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	335	298	250	227	322	319	365	223	163	202
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	401	361	308	329	369	291	293	216	179	180
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	386	297	401	430	490	372	384	225	226	293
ROBO CON HOMICIDIO					2	2	1	1		
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.		4		1	1	1			1	
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	124	135	101	110	141	114	153	110	79	139
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS					1					1
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2	1									1
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3				1		1				
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.		3	6	2	3	4	3	3	3	4
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS						1				

DELITO	AÑO DE INGRESO
	2018 - 2019 - 2020
	TOTAL GENERAL
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	6.531
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	4.105
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	4.992
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	8.473
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	12.268
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	11.743
ROBO CON HOMICIDIO	13
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 Nº1.	19
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	3.888
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	6
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 Nº 2	2
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 Nº 3	7
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.	31
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS	1

b. Región de Valparaíso

La región de Valparaíso, en lo que a robo con intimidación se refiere, presenta su cifra más alta en enero de 2020 y la más baja en agosto de ese mismo año, con 114 robos. Por su parte, el robo con violencia presenta un comportamiento similar: febrero 2020 con 254 ingresos y septiembre del mismo año con 106. Ahora bien, si observamos el total de ingresos del período, los robos en lugar habitado o destinado a la habitación tienen el mayor volumen de ingresos, mientras que a nivel nacional, en los tres períodos analizados, el delito de las familias analizadas que presenta el mayor volumen de ingresos es el robo en bienes nacionales de uso público, situación similar a la observada en la Región del Biobío.

En el caso de la región de Valparaíso, una de las razones que pueden explicar la alta concentración de delitos en los meses de enero de los tres años analizados, es el hecho de ser uno de los destinos turístico con mayor población flotante en el período estival, ocupando como región el segundo lugar de pernoctaciones⁶ en el mes de enero de 2020, situándose solo después de la Región Metropolitana de acuerdo con la Encuesta Mensual de Alojamiento Turístico del Instituto Nacional de Estadísticas⁷.

⁶ Pernoctaciones: corresponde al número total de noches que los pasajeros alojan en el establecimiento.

⁷ Instituto Nacional de Estadísticas (2020). Encuesta de Alojamiento Turístico, edición N° 256.

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2018									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	270	251	205	289	288	231	269	279	263	303
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	212	174	146	193	222	159	172	205	194	227
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	379	334	300	311	313	288	306	342	333	418
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	672	558	441	408	429	382	433	470	374	571
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	913	700	612	700	783	750	857	774	719	749
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	510	407	472	487	527	517	553	578	419	518
ROBO CON HOMICIDIO		1						2		2
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.	1	2	1	2		1	1			2
ROBO CON CASTRACIÓN, MUTILACIÓN O LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS								1		
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	251	259	198	247	271	172	201	197	190	207
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS			1						1	
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2	1				1					
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3	2				2	1		1		1
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.										
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS										
SAQUEO										

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2019									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	277	279	242	286	295	255	286	300	245	262
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	204	205	183	171	165	168	223	180	181	192
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	428	342	395	337	318	314	355	360	309	297
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	694	541	486	488	489	404	510	426	375	417
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	815	614	629	695	703	670	822	708	645	513
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	498	384	514	522	527	505	533	538	462	981
ROBO CON HOMICIDIO	2			1	1	2				
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.	5	1	3		1	1	2		1	
ROBO CON CASTRACIÓN, MUTILACIÓN O LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS										
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	243	178	158	178	208	168	211	205	154	174
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS									1	2
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2			1							
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3	1			1	1	1	2		2	1
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.										
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS										
SAQUEO										

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2020									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	353	338	344	246	290	219	203	114	143	177
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	230	254	206	140	179	140	126	122	106	132
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	410	370	325	217	205	134	102	133	140	164
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	665	554	456	275	342	254	266	199	240	268
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	627	556	542	525	553	455	483	327	334	407
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	453	461	521	651	576	458	382	248	225	315
ROBO CON HOMICIDIO		1	1	1	1			1		
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.		2	2		1	1		1		
ROBO CON CASTRACIÓN, MUTILACIÓN O LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS										
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	219	220	255	146	142	120	116	94	116	126
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS										
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2	1					1				
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3	1		1			1	1		1	
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA, VIOLENCIA O INTIMID.		2	2	5	9	4	3	2	3	5
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS										1
SAQUEO			1			1				1

DELITO	AÑO DE INGRESO
	2018 - 2019 - 2020
	TOTAL GENERAL
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	7.802
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	5.411
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	8.979
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	13.087
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	19.180
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	14.742
ROBO CON HOMICIDIO	16
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.	31
ROBO CON CASTRACIÓN, MUTILACIÓN O LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS	1
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	5.624
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	5
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2	5
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3	21
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.	35
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS	1
SAQUEO	3

c. Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte

La Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte cuenta con altos volúmenes de robos en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación, constituyendo dicho delito el segundo de mayor volumen de todos los analizados. Ahora bien, de todos los períodos estudiados, la cifra más alta de ingresos de este tipo de robo se presentó en enero de 2020 y la menor en agosto de ese mismo año. Es importante considerar que históricamente, esta Fiscalía Regional es una de las que tiene mayor porcentaje dentro del total nacional de ingreso, por lo que sus cifras tendrán un efecto relevante en los totales que se alcancen.

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2018									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	1.257	1.173	1.272	1.388	1.230	1.199	1.204	1.333	1.169	1.233
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	494	497	550	514	480	447	486	507	474	490
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	890	772	786	763	763	638	676	847	687	785
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	777	643	758	731	820	803	770	900	758	830
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	445	403	325	303	299	367	385	397	338	368
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	720	534	587	617	617	632	668	721	567	643
ROBO CON HOMICIDIO		4		2	1	2	2	1		1
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.	1	2	2	1	1	1	5	4	4	5
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	403	321	344	365	395	321	321	395	282	356
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS		2		2						
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2			1					1		
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3			4				1	7		
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.										
ROBO CON OCASIÓN DE CALAMIDAD O ALTERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO										
SAQUEO										

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2019									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	1.368	1.242	1.327	1.474	1.384	1.336	1.546	1.486	1.373	1.232
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	617	537	525	557	575	544	536	576	582	494
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	816	667	692	743	719	694	755	790	761	681
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	891	627	749	896	827	837	1.001	943	835	791
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	375	390	360	326	310	339	400	354	320	283
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	567	484	567	633	599	575	669	565	518	1.214
ROBO CON HOMICIDIO	2	2		1	1	1			2	
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.	5	2	1	1	4		3	2	2	1
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	400	366	338	340	334	312	412	314	350	345
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS					1					1
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2						1				
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3	1	2			1	2		3	2	1
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.										
ROBO CON OCASIÓN DE CALAMIDAD O ALTERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO										
SAQUEO										

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2020									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	1.976	1.979	1.869	1.464	1.050	1.029	1.270	913	770	873
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	793	767	625	410	317	303	419	298	274	318
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	942	881	843	397	336	295	407	305	338	461
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	1.096	889	907	527	550	547	590	530	554	609
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	285	298	224	153	183	161	168	159	166	150
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	596	509	494	475	461	440	488	305	272	356
ROBO CON HOMICIDIO	2	2	3	1	3	4	3	4		3
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.	1	3	2	1	3	3	1	1	1	2
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	480	519	516	400	342	328	372	277	282	336
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS				1		1				1
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2	2	1	1	1		2		1	3	1
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3	1	1	1	2			3		3	3
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.		1	25	21	22	8	10	7	7	4
ROBO CON OCASIÓN DE CALAMIDAD O ALTERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO		1	1		1		1			
SAQUEO	1	11	13	1			11	1		16

DELITO	AÑO DE INGRESO
	2018 - 2019 - 2020
	TOTAL GENERAL
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	39.419
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	15.006
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	20.130
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	22.986
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	9.034
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	17.093
ROBO CON HOMICIDIO	47
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 Nº1.	65
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	10.866
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	9
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 Nº 2	15
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 Nº 3	38
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.	105
ROBO CON OCASIÓN DE CALAMIDAD O ALTERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO	4
SAQUEO	54

d. Fiscalía Regional Metropolitana Sur

Es interesante destacar aquí el alto volumen de ingresos que se observa para el robo con intimidación en esta región en comparación con la media nacional. En efecto, dicho ilícito representa el 31% de los ingresos totales para el período estudiado de los robos enlistados, de manera que uno de cada tres robos cometidos en estos períodos fue un robo con intimidación.

En relación con ello, la baja para este delito durante el año 2020 se acentuó durante agosto, septiembre y octubre, dado que los meses anteriores –si bien hubo una disminución– no alcanzó los niveles observados en otras regiones del país. En cuanto al robo en bienes nacionales de uso público, el segundo ilícito con mayor ingreso dentro del total regional, su mayor volumen de ingreso se observó en enero de 2019 con 689 casos, mientras que el menor se registró en septiembre de 2020 con 300 casos.

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2018									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	1.060	951	883	882	1.069	768	877	817	690	950
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	318	273	289	250	306	238	266	271	261	300
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	308	231	266	291	307	239	249	310	247	342
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	506	427	546	531	503	419	514	485	412	515
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	372	338	330	357	396	333	383	345	322	396
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	258	198	239	213	233	220	239	200	211	245
ROBO CON HOMICIDIO		1		1		1	2	1		1
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.	2		2	1		1			1	
ROBO CON CASTRACIÓN, MUTILACIÓN O LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS										
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	272	247	289	254	262	198	220	230	202	219
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS			1	1						1
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2										1
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3		1	1		1	3	1	2	2	2
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.										
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS										
SAQUEO										

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2019									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	1.137	854	877	829	833	877	991	1.061	723	788
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	415	291	329	280	237	272	301	319	229	255
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	402	316	290	269	286	239	325	386	262	265
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	689	510	552	494	527	556	671	706	493	561
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	368	332	307	274	246	252	453	405	288	325
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	267	202	199	195	190	205	275	239	137	637
ROBO CON HOMICIDIO					1	1	2	2		2
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.	2	4		1	2	1		1	1	2
ROBO CON CASTRACIÓN, MUTILACIÓN O LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS		1			1					
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	238	215	259	242	246	206	289	277	199	200
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	2									2
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2										
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3	2	4		2		3	5	2	2	
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.										
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS										
SAQUEO										

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2020									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	935	909	1.050	933	675	687	723	509	464	457
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	300	334	306	236	188	170	207	147	171	177
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	321	289	283	219	154	149	164	129	132	150
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	585	504	533	474	439	377	430	348	300	400
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	239	221	189	151	183	154	145	107	113	125
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	197	160	194	242	250	209	180	125	123	175
ROBO CON HOMICIDIO	1	2	1	1	1	2		1		3
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.		2	1	2	1		3	3	2	
ROBO CON CASTRACIÓN, MUTILACIÓN O LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS										
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	281	218	253	252	218	239	218	185	176	248
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	4	1		1						
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2	1				1		1		1	1
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3	2	1	4	2	2	2	1	1	2	
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA, VIOLENCIA O INTIMID.	5	71	97	109	76	73	92	84	74	68
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS			1			1		1		
SAQUEO			8	1		1				6

DELITO	AÑO DE INGRESO
	2018 - 2019 - 2020
	TOTAL GENERAL
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	25.259
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	7.936
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	7.820
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	15.007
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	8.449
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	6.657
ROBO CON HOMICIDIO	27
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 Nº1.	35
ROBO CON CASTRACIÓN, MUTILACIÓN O LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS	2
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	7.052
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	13
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 Nº 2	6
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 Nº 3	50
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.	749
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS	3
SAQUEO	16

e. Fiscalía Regional Metropolitana Oriente

En esta región, el robo en bienes nacionales de uso público y en sitios no destinados a la habitación representa el delito con mayor cantidad de ingresos en los períodos estudiados e incluso es más del doble del robo que le sigue en importancia relativa, esto es, el robo con intimidación. Es interesante destacar el relevante cambio estadístico que se observa en el comportamiento de este delito en esta Fiscalía Metropolitana, dado que en enero de 2020 alcanza casi 1.500 ingresos y tres meses después, en abril, se reduce a casi un tercio, con 551 de estos robos, tendencias que se mantendría hasta agosto del mismo año, superando la barrera de los 600 ingresos solo en septiembre.

La notable baja en los ingresos del delito de robo en bienes nacionales de uso público y en sitios no destinados a la habitación puede asociarse con las medidas impartidas por la autoridad debido a la pandemia, ya que en los meses de octubre y noviembre de 2020 se presentaron las mejores cifras relacionadas con la misma, lo que generó una mayor flexibilización de las medidas adoptadas por la autoridad, ampliándose los horarios de toque de queda y reduciendo las comunas en fases que implicaran cuarentena durante la semana o fines de semana, entre otras medidas; por lo que el efecto de estas mayores libertades de desplazamiento puede ser asociado al aumento en los delitos en el mes de octubre.

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2018									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	598	507	570	529	584	513	495	575	411	534
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	183	158	174	170	158	146	158	162	151	217
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	304	296	271	294	293	288	312	329	281	397
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	1.287	1.017	1.254	1.193	1.185	1.162	1.230	1.331	1.095	1.256
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	472	390	361	336	395	371	387	382	408	444
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	313	293	275	318	390	304	330	346	364	403
ROBO CON HOMICIDIO	3				4					1
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.		2			2	2		1	1	1
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	318	274	296	275	275	217	209	215	190	241
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	1	1								
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2			1							
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3				1	1	3	1	1		
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.										
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS										
ROBO CON OCASIÓN DE CALAMIDAD O ALTERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO										
SAQUEO										

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2019									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	652	564	602	567	568	560	535	565	471	408
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	258	192	215	172	188	232	236	211	163	160
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	360	307	309	338	299	250	319	273	249	283
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	1.191	907	1.048	1.113	1.143	1.229	1.282	1.212	980	962
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	449	388	321	341	429	374	510	404	398	254
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	334	271	312	309	322	294	328	317	284	591
ROBO CON HOMICIDIO	1					1				
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.	1			1				1		
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	274	254	279	227	238	278	281	280	237	201
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	1	1			1					3
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2		2						1		
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3			1	1	1		1			1
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.										1
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS										
ROBO CON OCASIÓN DE CALAMIDAD O ALTERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO										
SAQUEO										

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2020									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	756	669	764	502	347	385	358	209	231	291
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	250	241	223	159	129	117	122	88	108	117
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	360	296	242	116	141	111	138	155	122	193
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	1.461	1.203	1.135	551	555	535	523	569	608	754
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	374	324	251	230	224	194	176	183	185	252
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	444	363	374	336	322	252	259	197	198	231
ROBO CON HOMICIDIO									1	1
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.					2					
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	308	249	302	181	188	181	205	211	217	337
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	2	1		1						
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2		1								1
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3			1						3	
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.		52	62	37	17	24	19	16	24	27
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS			1						1	
ROBO CON OCASIÓN DE CALAMIDAD O ALTERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO										1
SAQUEO			4							2

DELITO	AÑO DE INGRESO
	2018 - 2019 - 2020
	TOTAL GENERAL
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	15.320
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	5.258
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	7.926
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	30.971
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	10.207
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	9.674
ROBO CON HOMICIDIO	12
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 Nº1.	14
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	7.438
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	12
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 Nº 2	6
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 Nº 3	16
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA, VIOLENCIA O INTIMID.	279
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS	2
ROBO CON OCASIÓN DE CALAMIDAD O ALTERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO	1
SAQUEO	6

f. Fiscalía Regional Metropolitana Occidente

En esta zona metropolitana, el mayor ingreso de robos lo representa el robo con intimidación. En relación con ello, en abril de 2020 se observó su mayor cantidad de ingresos con más de mil robos, mientras que la menor cifra pudo observarse en agosto del mismo año, con 381 de estos robos. En esta Fiscalía Regional también es posible observar la tendencia general que se da en los meses de pandemia con una baja desde abril en adelante en los ingresos de delitos y un quiebre al alza en el mes de octubre de 2020.

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2018									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	718	472	973	645	754	738	821	735	634	746
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	252	149	273	187	229	211	260	241	247	248
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	301	152	275	234	250	233	195	236	237	288
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	575	315	574	471	468	440	454	499	544	532
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	495	356	502	451	560	510	572	506	461	456
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	390	257	432	386	376	364	317	411	367	431
ROBO CON HOMICIDIO			1	1	1					
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.	3	1	3		1		1		1	
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	200	139	318	192	225	184	169	190	187	214
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS									1	
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2		1	1					1		1
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3	1				1	1		1		
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.										
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS										
ROBO CON OCASIÓN DE CALAMIDAD O ALTERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO										
SAQUEO										

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2019									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	904	752	728	752	721	717	897	870	796	605
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	279	282	286	271	257	232	266	301	262	255
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	270	210	214	205	213	175	219	225	240	196
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	636	434	502	551	559	465	544	540	507	424
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	526	450	402	452	471	435	580	507	446	360
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	484	311	337	420	397	379	475	422	399	791
ROBO CON HOMICIDIO	1	1			2				1	
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 Nº1.			1				1		1	1
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	258	209	191	227	166	195	207	197	180	154
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	1						1			7
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 Nº 2	1			3					1	
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 Nº 3			1		1		1	2	2	
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.				1						
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS										
ROBO CON OCASIÓN DE CALAMIDAD O ALTERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO										
SAQUEO										

DELITO	AÑO Y MES DE INGRESO									
	2020									
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	976	983	887	1.007	662	641	596	381	393	422
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	382	371	318	250	192	150	151	121	142	147
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	265	219	178	128	139	95	91	96	121	117
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	589	550	400	421	400	414	368	361	359	417
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	397	319	299	268	261	223	211	191	198	220
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	399	352	347	426	457	365	311	196	221	245
ROBO CON HOMICIDIO	1	2	2	5	1	4		1	1	
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 N°1.	1		1		1				2	1
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	242	236	231	232	194	224	206	191	197	226
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	1				2	1	3	1		
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 N° 2		1		1	1		1			
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 N° 3			3					1		2
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.		25	10	63	21	21	17	19	15	10
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS										1
ROBO CON OCASIÓN DE CALAMIDAD O ALTERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO			1					1		
SAQUEO			1							5

DELITO	AÑO DE INGRESO
	2018 - 2019 - 2020
	TOTAL GENERAL
ROBO CON INTIMIDACIÓN. ART. 433, 436 INC. 1º, 438.	21.926
ROBO CON VIOLENCIA. ART.436 INC. 1º, 433, 438, 439.	7.212
ROBO POR SORPRESA. ART. 436 INC. 2º.	6.017
ROBO EN BIENES NAC. DE USO PÚBL. O SITIOS NO DESTINADOS A HAB.	14.313
ROBO EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN. ART. 440.	12.085
ROBO EN LUGAR NO HABITADO. ART. 442.	11.465
ROBO CON HOMICIDIO	25
ROBO CON VIOLACIÓN. ART. 433 Nº1.	20
ROBO DE VEHÍCULO MOTORIZADO ART. 443 INC. 2	6.181
ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS	18
ROBO CON LESIONES GRAVES GRAVÍSIMAS ART. 433 Nº 2	13
ROBO CON RET. DE VÍCTIMAS O LESIONES GRAVES ART. 433 Nº 3	17
ROBO VEHÍC. MOTORIZADO POR SORPRESA,VIOLENCIA O INTIMID.	202
ROBO DE VEHÍCULO UTILIZANDO ELEMENTOS DISTRACTIVOS	1
ROBO CON OCASIÓN DE CALAMIDAD O ALTERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO	2
SAQUEO	6

CONSIDERACIONES FINALES

El impacto de la pandemia Covid-19 permite realizar una infinidad de estudios desde distintas ópticas. En este sentido, el presente análisis no pretende de ningún modo agotar dicha posibilidad para los robos, sino simplemente aportar datos recientes sobre este fenómeno, mencionando ciertos aspectos que nos resultaron particularmente relevantes. En relación, con ello podemos destacar lo siguiente:

Una de las primeras consideraciones, más bien lógica, dice relación con la sensibilidad que tiene el comportamiento de este tipo de delitos a las restricciones a la movilidad de las personas, lo que queda demostrado a nivel nacional y regional con el comportamiento de los distintos delitos de robo en el período de pandemia.

Del mismo modo, ligado a lo indicado en el punto anterior, pareciera existir una curva de adaptación del fenómeno criminal a las nuevas condiciones, ya que si bien la pandemia comenzó en marzo, decretándose el estado de excepción constitucional a nivel nacional el día 18 de marzo de 2020 y estableciéndose en todo el territorio el toque de queda desde el día 22 de marzo, el número de ingresos del delito de robo en general se mantuvo constante hasta ese mes; pero a partir de abril se observa una disminución progresiva en los meses siguientes.

Continuando con la correlación entre la pandemia y el comportamiento de los delitos de robo, es posible observar que la tendencia progresiva a la baja solo se mantiene hasta el mes de septiembre de 2020, existiendo un quiebre en el mes de octubre, donde se observa que casi la totalidad de los delitos estudiados presentan un aumento respecto del mes anterior. Para explicar lo anterior, se puede plantear una hipótesis relacionada con el hecho de que octubre fue el mes con los mejores números asociados a la pandemia, por lo que la mayoría de las restricciones a la movilidad fueron flexibilizadas. Si bien los datos estudiados no son suficientes para comprobar esta hipótesis, una vez que se haga un nuevo análisis con un período de datos más amplio, será posible ver cuán cierta es la misma, ya que podremos ver como se comportó el fenómeno criminal en el mes de noviembre, donde el toque de queda fue reducido y en los meses posteriores donde varias medidas fueron nuevamente impuestas.

Agregando una variable territorial, no asociada a la pandemia, es relevante destacar el comportamiento de las regiones que tienen una alta cantidad de población flotante en los meses de verano, como es el caso de la Región de Valparaíso; la cual, en el mes de enero de los años 2018, 2019 y 2020 tiene la mayor cantidad de delitos de robo denunciados en el período estudiado, superando a cualquiera de los otros meses del año respectivo.