

ISSN Nº 2735-6094

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Nº 82

Agosto 2021



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

SANDRA LUCO CASTRO

SEBASTIAN SALINERO ECHEVERRÍA

ANTONIO SEGOVIA ARANCIBIA

Colaboradores:

ANDREA GONZÁLEZ LEIVA

SOLEDAD POBLETE MOYA

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

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

Las sentencias publicadas en esta Revista se encuentran diagramadas de acuerdo al estilo de edición de la misma y sus textos son la transcripción de los originales, salvo cuando involucran a menores de edad, a víctimas de delitos de índole sexual o violencia intrafamiliar, o testigos cuya identidad no debe ser difundida, casos en el cuales los nombres de las víctimas y/o testigos y parientes, son reemplazados por sus iniciales para resguardar su identidad.

Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión del Ministerio Público.

El Ministerio Público autoriza la reproducción del contenido de esta publicación, siempre y cuando se cite al autor, el número y año de la publicación y no se utilice para fines comerciales.

DIRECCIÓN: CATEDRAL 1437, SANTIAGO, CHILE.

E-MAIL: SLUCO@MINPUBLICO.CL

TELÉFONO: 229659693

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PRÓLOGO

página nº5

MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

página nº6

ARTÍCULO

LA INHABILITACIÓN DE LOS FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

FELIPE MARCHANT CONTRERAS

página nº7

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

página nº40

ARTÍCULO

CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA QUERRELA DE CAPÍTULO

HERNÁN FERNÁNDEZ ARACENA

página nº41

UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

página nº64

SENTENCIA COMENTADA

TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y TENENCIA DE PRECURSORES QUÍMICOS.

FIGURAS PENALES AUTÓNOMAS.

CONCURSO REAL - COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE APELACIONES DE SANTIAGO

LORENA REBOLLEDO LATORRE

página nº65

UNIDAD DE COOPERACION INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

página nº71

ARTÍCULO

ENTREGA DE CHILENOS EN JUICIOS DE EXTRADICIÓN PASIVA.

REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA

ÁLVARO HERNÁNDEZ DUCOS

página nº72

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

página nº83

ARTÍCULO

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER
EN CONTEXTO DE PAREJA:
CARACTERÍSTICAS DEL MALTRATO Y
REVISIÓN DE PERFILES DE HOMBRES
QUE AGREDEN A SU PAREJA

ROBERTO RODRÍGUEZ MANRÍQUEZ

página nº84

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

página nº99

ARTÍCULO

APROXIMACIÓN A LAS CRIPTOMONEDAS
Y ALGUNAS CUESTIONES PENALES
SOBRE ELLAS

JAVIERA CASTRO AYARZA

página nº100

ARTÍCULO

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL
DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 240 N° 7
DEL CÓDIGO PENAL

VALERIA JELVEZ GALLEGOS

página nº118

UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

página nº135

SENTENCIA COMENTADA

LA PRUEBA INDICIARIA
COMENTARIO DESDE LA PRÁCTICA

OMAR MÉRIDA HUERTA

página nº136

PRÓLOGO

Criptomoneda es un concepto cada vez más presente en nuestra sociedad, ya sea por constituir un activo de inversión muy atractivo, o como noticia por haber sido ya reconocida como divisa de curso legal en un país americano. Asociados a ella como medio de pago, se nos presentan no solo sus potenciales riesgos y efectos en los mercados financieros, sino sus posibles usos indebidos en la comisión de delitos.

Justamente respecto de ello, publicamos un artículo de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado que nos introduce en las dificultades que las características de las criptomonedas implican para las investigaciones penales y su consecuente presión, tanto sobre los cuerpos normativos que las regulan, como sobre fiscales y policías.

En otro ámbito, y relacionados con la violencia, en esta edición de nuestra Revista presentamos un artículo que profundiza en la violencia contra la mujer en contexto de pareja a partir de dos perfiles de hombres que agreden a su pareja, de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, y un segundo artículo, de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, que analiza la prueba indiciaria en casos de delitos violentos desde una perspectiva práctica.

En cuanto a la obligación de imparcialidad de los fiscales, ofrecemos un artículo que profundiza respecto de sus causales de inhabilitación. Y tanto respecto de ellos, como de los fiscales judiciales y jueces, otro artículo que se aboca al estudio de la querrela de capítulos y su consagración constitucional y legal.

Desde el análisis de la jurisprudencia, la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas ofrece un análisis de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que falló respecto de los delitos de tráfico ilícito de drogas y el de tenencia de precursores químicos. Por su parte, la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones, publica una revisión de resoluciones recientes de la Corte Suprema sobre la entrega de chilenos en procedimientos de extradición pasiva.

Para cerrar, volvemos a la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado con su artículo acerca del delito de negociación incompatible para directores y gerentes de sociedades anónimas, contemplado en el artículo 240 N° 7 del Código Penal, y modificado el año 2018.

JORGE ABBOTT CHARME

Fiscal Nacional

**MATERIAS DE INTERÉS
GENERAL**

LA INHABILITACIÓN DE LOS FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

“Qué duda cabe que en quienes se encarna la institución del Ministerio Público son personas de carne y hueso, con un origen social determinado, con una serie de convicciones personales perfectamente identificadas, con una ideología bien específica, en definitiva, con una particular manera de ver el mundo. Pues bien, contra todos estos prejuicios tiene que luchar el Ministerio Público para realizar en forma objetiva [e imparcial] su trabajo, esforzándose continuamente por que estos no determinen cómo debe de hacerlo. Así, el interés del Ministerio Público no será el interés individual sino el interés social”¹.

Felipe Marchant Contreras²

INTRODUCCIÓN

Es un hecho innegable que los fiscales del Ministerio Público, como todos los hombres, pueden verse rodeados por las mismas pasiones que son patrimonio de la humanidad: el interés personal unas veces, sus afecciones o enemistades otras, y en algún caso su amor propio ofendido, pueden contribuir a reavivar las pasiones que como fiscales tienen adormecidas³.

Por tal razón, si en una investigación criminal se corre el riesgo de que el fiscal de la causa se deje arrastrar por los extravíos de la pasión o, dicho de otra manera, se asoma la fundada sospecha de que, por determinadas circunstancias, favorecerá a una de las “partes” (y en algunos casos, a sus abogados o jueces), o de que se dejará llevar por el interés personal o por sus vínculos de parentesco, amistad o enemistad con alguna de ellas, o si, en

¹ SALDAÑA SERRANO, Javier. *Ética del Ministerio Público. Virtudes Ministeriales*. Azcapotzalco, México, Editorial Flores - Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 84.

² Abogado Asesor de la Fiscalía Regional de Valparaíso, Ministerio Público.

³ He parafraseado los dichos de Manresa, citados por ROMERO SEQUEL, Alejandro. “La Independencia e Imparcialidad en la Justicia Arbitral”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 3, Santiago, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001, p. 519.

general y en suma, concurre cualquier otro motivo o causa que hipoteque la imparcialidad que debe guiar su actuar, la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público –en adelante, Ley N° 19.640 o Ley Orgánica– ha establecido un mecanismo específico destinado a evitar que ese fiscal dirija la investigación o ejerza la acción penal pública en la causa en que tales circunstancias inciden: se trata del instituto de la *inhabilitación* de los fiscales del Ministerio Público.

En este trabajo, esencialmente exploratorio y propositivo, abordaré primeramente el fundamento de las causales de inhabilitación, cuestión que, amén del colofón allí asentado, me permitirá pasar breve revista a las dos manifestaciones del principio de imparcialidad. Antes de analizar el contenido esencial de las causales antedichas, me ocuparé de un espinoso problema hermenéutico y de innegable relevancia práctica, relativo a la inteligencia de la voz “parte”, que irradia en su literalidad a la mayoría de ellas. Continuaré con la tramitación que habrá de seguirse en estos casos, para, posteriormente, ofrecer una respuesta a la pregunta que inquiere sobre si las referidas causales de inhabilitación son o no taxativas y la forma de interpretarlas. El texto termina, como es natural, ofreciendo las conclusiones que emanan de las reflexiones precedentes.

I. EL FUNDAMENTO DE LAS CAUSALES DE INHABILITACIÓN DE LOS FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO: ¿IMPARCIALIDAD? ¿OBJETIVIDAD?

A fin de determinar el basamento jurídico que subyace a las causales de inhabilitación de los fiscales del Ministerio Público, he de comenzar por apuntar que, de acuerdo a la Historia Fidedigna de la Ley N° 19.640, tales causales, contenidas en su artículo 55, tuvieron *clara inspiración* en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante, COT), que, a su vez, establecen las causas de impugnancia y recusación de los jueces⁴.

Esta primera aclaración no es baladí. Y no lo es porque nadie discute que las impugnancias

4 En efecto, en el segundo informe de la Comisión Técnica del Senado se señaló que “(...) al examinar las actuales causales de impugnancia y recusación que se enumeran en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales, la Comisión, en vez de hacer una remisión a otro cuerpo legal, prefirió mencionar, con las adecuaciones necesarias, aquellas que pudieran ser aplicables a los fiscales del Ministerio Público. Suprimió, además, la distinción entre ambos tipos de causales, ya que los motivos que la justifican en el ámbito judicial, y los efectos que de ello se derivan, no concurren en el caso de los fiscales del Ministerio Público, de manera que se decidió hablar simplemente de causales de inhabilitación. Producto de ello, se enmendó la denominación de este título, que era el de ‘inhabilidades de los fiscales del Ministerio Público’, reemplazándolo por el de ‘De la inhabilitación de los fiscales’. De conformidad a lo anterior, la Comisión acordó regular en dos disposiciones estas materias. En una estableció el principio general, en forma análoga a como lo hace el inciso primero del artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales, en el sentido de que el fiscal del Ministerio Público respecto del cual se configure alguna de las causales de inhabilitación que se establecen en esta ley no podrá dirigir la investigación ni ejercer la acción penal pública respecto de determinados hechos punibles. En el otro precepto, enumeró las distintas causales de inhabilitación, *sobre la base de los motivos de impugnancia y de recusación que se regulan en el citado Código*, con las adecuaciones correspondientes (...)”. OTERO LATHROP, Miguel. *El Ministerio Público. Reforma Constitucional y Ley Orgánica Constitucional*. Santiago, Chile, LexisNexis, 2002, págs. 128 y 129 (el destacado es mío).

y recusaciones encuentran su fundamento, en el ámbito judicial, en la idea de resguardar, ante todo –y, sobre todo– la *imparcialidad* del juzgador, como garantía esencial del debido proceso, al momento de conocer y resolver un caso concreto⁵.

Pero, tal principio de imparcialidad, innegable en relación a los jueces, es objeto de debate respecto de los fiscales del Ministerio Público⁶.

En efecto, un sector de la doctrina afirma que, al fiscal, en tanto asume la posición de “parte” en el proceso penal, no puede exigírsele imparcialidad. Por el contrario, se trataría –a las duras– de una entidad “parcial”⁷. Al parecer, desde esta perspectiva, la imparcialidad del fiscal *equivaldría* a objetividad, como criterio de actuación⁸.

A mi juicio, imparcialidad y objetividad no son conceptos intercambiables o equivalentes, sino que ambos, de forma diferenciada y en sus particulares contornos, resultan exigibles a los fiscales del Ministerio Público.

Las razones que me llevan a concluir de esta manera son las siguientes:

5 Entre la abundante bibliografía disponible entre nosotros, *vid.*, solamente, ROMERO SEGUÉL, Alejandro. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2009, Tomo II, págs. 73 y sgtes.

6 Sobre el punto, *vid.* en extenso ANGULO ARENA, Pedro. “La Imparcialidad del Fiscal”. En: HURTADO POZO, José (Dir.), *Ministerio Público y Proceso Penal. Anuario de Derecho Penal 2011-2012*, Perú-Suiza, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad de Friburgo, s/f, págs. 55 y sgtes.

7 En este sentido, Duce y Riego afirman que “por definición el Ministerio Público no puede ser imparcial” (DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO RAMÍREZ, Cristian. *Proceso Penal*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2019, p. 144); al paso que Maturana y Montero sostienen que “no es casualidad que este principio [el de objetividad] que se denominaba en el sistema inquisitivo como imparcialidad en la realización de la investigación se le denomine actualmente como objetividad en la realización de la investigación, ya que *no es posible que cuando estemos en presencia de alguien que es parte activa en la persecución penal le hayamos de requerir que actúe desprovista de su visión y función de parte*” (MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2012, Tomo I, págs. 214-215, las bastardillas, mías).

8 *Cfr.* ANGULO, *La Imparcialidad...*, *ob. cit.*, págs. 59-60. En este orden de ideas, cabe precisar que, durante la tramitación parlamentaria de la Ley N° 19.640, la Comisión Técnica del Senado, en su primer informe, dejó constancia que el sr. Blanco (representante del Ejecutivo), expresó que el principio de objetividad “constituye el *equivalente* del principio de imparcialidad que actualmente guía a la judicatura, pero se define de esta forma en consideración a que no es un tercero que arbitraría el conflicto penal, sino que interviene como parte en el mismo” (OTERO, *El Ministerio Público...*, *ob. cit.*, p. 78, el destacado es mío). Según Duce y Riego, esta forma de ver las cosas –que implicaría imponer a los fiscales la obligación de actuar como magistrados neutrales de persecución penal que investigan y agotan todas las hipótesis posibles de investigación, tanto para la persecución como para la defensa– se asocia a los orígenes históricos del principio de objetividad, donde hay una confusión acerca del rol del Ministerio Público y su diferenciación con el rol cumplido por los jueces, que surge en el contexto inquisitivo en el que se desarrolla la institución en Europa continental durante el siglo XIX. Se trataría, sin embargo, de la interpretación imperante en nuestro país, a propósito del antiguo artículo 109 del Código de Procedimiento Penal (DUCE y JULIO, *Proceso Penal...*, *ob. cit.*, p. 144). De otro lado, cabe hacer notar también que, ahora en la historia fidedigna del artículo 77 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), que hace referencia expresa al “principio de objetividad”, en la Cámara de Diputados “se aclaró que objetividad es la expresión tradicional que se usa en derecho comparado para distinguirla de imparcialidad. La imparcialidad se le exige al juez. Antes, había confusión sobre esto. Se pedía que el fiscal fuera imparcial, no teniendo que serlo. Por ello, se planteó el principio de objetividad, aun cuando confunda por no ser la expresión adecuada” (PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2001, págs. 93-94). En mi opinión, la Historia de la Ley poco aporta y nada aclara conceptualmente en este punto, pues, como se acaba de poner sobre la mesa, en la tramitación de la Ley Orgánica se dijo que el principio de objetividad equivalía al de imparcialidad de los jueces, mientras que en la tramitación del CPP se sugirió otra cosa, a saber, que, por el contrario, el principio de objetividad no se correspondería con el de imparcialidad.

La primera de ellas arranca de la propia Historia Fidedigna de la Ley N° 19.640, puesto que, según ya se anotó, las causas de inhabilitación de los fiscales se basaron en las causales de implicancia y recusación de los jueces⁹, y estas, a su vez, descansan justamente en el resguardo del principio de *imparcialidad*, constatación que desde ya sugiere que a los fiscales les corresponde también el cumplimiento del aludido principio.

Luego, si en concreto se revisan las causales de inhabilitación de los fiscales, establecidas en el artículo 55 de la Ley Orgánica, se advertirá que todas ellas giran en torno a la posibilidad de que el fiscal (o sus parientes más próximos) tenga (n) un interés en el caso que se investiga, o una simpatía, vinculación o animosidad con algunas de las “partes” (*vid.* numerales 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 del artículo 55), con sus “abogados” (en las hipótesis de los numerales 2 y 16) o con los jueces de garantía o del tribunal de juicio oral en lo penal (en el caso del numeral 3), de lo que se sigue que las mismas tienden a resguardar el principio de *imparcialidad*, entendido este en su sentido judicial-tradicional¹⁰.

De otro lado, el principio de probidad administrativa, al que están sujetos todos los servidores públicos (artículo 8° de la Constitución Política) y los fiscales en particular (artículo 8° de la Ley N° 19.640), y que, de acuerdo al numeral 13 del artículo 37 del Reglamento de Personal para Fiscales del Ministerio Público¹¹, implica “una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño del cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado”, evoca también la misma idea de *imparcialidad*¹².

No puede perderse de vista que el Ministerio Público *representa* materialmente el interés público, que no privado ni parcial, y en tanto Autoridad Administrativa que es, parece razonable, como ideal teórico, someterlo al principio de imparcialidad y esperar de él que ejerza sus funciones de manera desinteresada, sin admitir influencias de orden personal, favorables o desfavorables hacia los demás intervinientes, ni inclinar sus actuaciones hacia alguno de ellos¹³.

⁹ Se trata de una de las pocas conclusiones que, como se verá *infra*, fluye con *claridad* de su estudio.

¹⁰ La imparcialidad judicial, en su concepción clásica, se relaciona con la forma en que el juez se posiciona frente al conflicto: debe asumir una posición neutral o equidistante de las partes y desinteresada sobre el objeto de la causa (*vid.*, *v.gr.* sentencia de la Corte Suprema, de fecha 04 de julio de 2018, pronunciada en causa Rol N° 10.637-2018). En la práctica, esto se traduce en que el adjudicador no debe poseer previamente una opinión, interés o vínculo, simpatía o animosidad respecto de las partes o de la materia litigiosa (*Cfr.* ANGULO, *La Imparcialidad...*, *ob. cit.*, p. 57).

¹¹ Texto aprobado por Resolución FN/MP N° 540, de 27 de marzo de 2019.

¹² De acuerdo a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, el principio de probidad administrativa se expresa, en lo que aquí interesa, “en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas, en lo razonable e *imparcial* de sus decisiones y en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales” (Dictamen N° 28.088, de 05 de mayo de 2011).

¹³ *Vid.* ANGULO, *La Imparcialidad...*, *ob. cit.*, págs. 63-65.

Por último –*last but not least*–, en el plano internacional, *Las Directrices Sobre la Función de los Fiscales*¹⁴ nos recuerdan que estos, de conformidad a la ley, deben cumplir sus funciones justamente de manera *imparcial* y sin injerencias indebidas¹⁵.

En cambio, y a la par, nuestro legislador optó por asignar al *principio de objetividad* un contenido preciso y diferenciado del que se atribuye tradicionalmente al principio de imparcialidad, al establecer que aquel consiste en “velar por la correcta aplicación de la ley” y que, en su mérito, los fiscales deben “investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen” (artículo 3° de la Ley N° 19.640).

Así las cosas, y concordando en esto con Angulo¹⁶, propongo –por ahora¹⁷– entender *el principio de imparcialidad* de los fiscales del Ministerio en el sentido en que dicha máxima ha sido tradicionalmente interpretada en relación a los jueces, con la debida adecuación, de tal guisa que supondrá para todo fiscal el deber de asumir una posición neutral, ajena o equidistante de las “partes” (sus abogados y jueces, en su caso) y desinteresada en relación a la investigación de que se trate, para así superar cualquier tendencia al provecho personal o sentimientos y/o empatía parciales que pudieran acechar la conciencia del persecutor y conspirar en contra de una investigación racional y justa. Se trata, ni más ni menos, que de la definición de imparcialidad que ofrece la RAE: “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”. La consigna es esta: el fiscal no se debe a nada ni a nadie, sino solo a la verdad¹⁸⁻¹⁹.

14 Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

15 “12. Los fiscales, de conformidad con la ley, deberán cumplir sus funciones *con imparcialidad*, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal”.

“4. Los Estados garantizarán que los fiscales puedan ejercer sus funciones profesionales sin intimidación, trabas, hostigamiento, *injerencias indebidas* o riesgo injustificado de incurrir en responsabilidad civil, penal o de otra índole”.

16 Vid. ANGULO, *La imparcialidad...*, ob. cit., págs. 61-63 y 70-72.

17 Más adelante me referiré ya no al principio de imparcialidad subjetiva, que es el que se expone en el texto, sino a su faz *objetiva*, con el cual deberá complementarse.

18 Desde esta perspectiva, el fiscal no se parcializa siquiera cuando decide acusar, pues la imparcialidad, como se ha entendido aquí, es un atributo que se extiende durante todo el proceso, incluida la fase de juicio. En verdad, sostener que el fiscal se parcializa cuando acusa es una utilización errada o ingenua del concepto “parcialidad”, como sucede cuando se afirma que un juez se ha parcializado con la acusación o la defensa por el simple hecho de haber condenado o absuelto al imputado (Cfr. ANGULO, *La Imparcialidad...*, ob. cit., p. 72).

19 A propósito de los principios éticos-deontológicos que han de guiar las actuaciones del Ministerio Público, Saldaña escribe: “Generalmente se suele pensar que el principio de imparcialidad es solo atribuible al Juez (...) y que el Ministerio Público, dada su naturaleza de defensa de la sociedad y del resguardo común, debiera ser siempre parcial. Sin embargo, esta idea es equivocada, y se debe señalar que la ‘imparcialidad’ como principio de actuación del Ministerio Público guarda una connotación parecida a la que tiene el juez (...). Si la imparcialidad significa rechazar todas aquellas influencias que provienen de las personas involucradas en los hechos, para no favorecer o perjudicar a alguien en forma arbitraria, entonces, el Ministerio Público debe desterrar cualquier animadversión o favoritismo por alguno de los sujetos que se han visto involucrados en los hechos. De este modo, el Ministerio Público no puede ser servidor o vengador de nadie sino del in-

El *principio de objetividad*, en cambio, debe relacionarse exclusivamente con el *estándar de investigación* y su mérito, esto es, con la forma en que el fiscal se aproxima a las fuentes de prueba, y más tarde, a las pruebas propiamente dichas. De este modo, el mandato legal de “investigar con igual celo no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extinga o a atenúen”, cobra genuino y particular sentido²⁰. Simplificando lo dicho: la *imparcialidad* mira especialmente al interés y a las personas; la *objetividad*, en cambio, atiende al *material probatorio*²¹⁻²².

terés general y en definitiva de la justicia (...). SALDAÑA SERRANO, Javier. *Ética del Ministerio Público. Virtudes Ministeriales*. Azcapotzalco, México, Editorial Flores - Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, págs. 81-84.

20 De este modo, el contenido concreto del principio de objetividad, propuesto por Duce y Riego (*Proceso Penal...*, ob. cit., págs. 145-146) y aceptado por gran parte de la doctrina nacional (vgr., MATURANA y MONTERO, *Derecho Procesal...*, ob. cit., págs. 215-216; y NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. *Derecho procesal Penal Chileno*. Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2018, Tomo I, págs. 323-324) aterriza y se vuelve más tangible, al menos en dos de sus tres pretendidas manifestaciones. En efecto, según Duce y Riego, el principio de objetividad implica para los fiscales: a) el deber de chequear las hipótesis fácticas de exclusión o atenuación de responsabilidad plausibles y serias argumentadas por la defensa (deber de profesionalismo) y; b) no esconder la información disponible a la defensa (deber de lealtad). Como se ve, ambas proyecciones del principio de objetividad se vinculan directa o indirectamente con el *estándar de investigación*. La tercera manifestación de dicho principio, propuesta también por los autores citados, se relaciona con la buena fe que debe guiar al Ministerio Público durante todo el procedimiento en relación a la defensa. Pero, en realidad, el principio de la buena fe procesal es un principio general del proceso que no emana particularmente del de objetividad, y el cual, entiendo, no solo resulta exigible al Ministerio Público, sino también a la defensa y a los demás intervinientes, por lo que, al menos aquí, la buena fe –como expresión del principio de objetividad– no se echa particularmente en falta. Por último, debo hacer notar que, en mi opinión, es discutible si, como ocurre con el principio de imparcialidad, el de objetividad debe ser respetado durante todo el procedimiento, y no solo durante la etapa de investigación, como algunos han sugerido (Vgr., CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Manual del Sistema de Justicia Penal*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2009, p. 166, quien escribe: “este principio vincula a los fiscales durante la etapa de instrucción, sin embargo, creemos que una vez que el persecutor penal decide acusar ya no es exigible o, al menos, no con la misma intensidad”. Asimismo, afirma Navarro que “el carácter operativo de la regla de objetividad recibe plena aplicación durante la etapa de investigación; pero después de ejercida la acción penal (...) éste pierde su esencia y el juicio oral pasa a ser propiamente contradictorio en que el interés del Ministerio Público es lograr acreditar ante el tribunal que el hecho punible existió y que el imputado tuvo en éste participación” (NAVARRO, *Derecho procesal...*, ob. cit., p. 324)). Si bien la literalidad del artículo 3° de la Ley Orgánica (“investigar con igual celo...”) podría llevar a concluir de esa manera, no puede perderse de vista que el mismo precepto impone, antes de cualquier otra proclamación, el deber de los fiscales de “velar por la correcta aplicación de la ley”, cuestión que no se engarza con una fase específica y determinada del procedimiento. Esta forma de ver las cosas permite, además, comprender algunas decisiones que adopta el fiscal en la misma audiencia de juicio, como si, luego de advertir que la víctima ha cambiado su versión de los hechos, pide derechamente la absolución del acusado. A mi juicio, esta loable decisión del fiscal descansa en el respeto irrestricto del *principio de objetividad*, que no del de imparcialidad, pues no dice relación con empatías parciales hacia otras personas, sino que se funda en un *elemento de convicción* torcido, vale decir, en una fuente de prueba, que ahora es prueba, y que de haberse conocido oportunamente su genuino alcance, habría impedido al fiscal formar su convicción acusadora. Sobre una proyección amplia del principio de objetividad a todas las fases del procedimiento, incluida la recursiva, vid. PASTENE NAVARRETE, Paula. “El Principio de Objetividad en la Función Persecutora del Ministerio Público”. En: *Cuadernillos del Tribunal Constitucional*, N° 63, Santiago, Chile, Tribunal Constitucional, 2016, págs. 158 y sgtes.

21 Es la idea que también subyace a los planteamientos de Angulo: “(...) la objetividad solo preserva al fiscal de asumir subjetividades al momento de solicitar, apreciar o valorar las actuaciones o elementos de convicción (...); mientras que la imparcialidad le obligaría a colocarse con equidistancia respecto de las partes (...)” (ANGULO, *La imparcialidad...*, ob. cit., p. 63).

22 Con todo, no debe perderse de vista que ambos principios podrían llegar a confluir o mezclarse, ya que podría suceder que, no por falta de objetividad, sino por parcialidad, se termine desvirtuando la investigación, como si –por poner un ejemplo de Angulo– se alargara una investigación, objetivamente inviable a la luz del mérito de la investigación, con el solo afán, por simpatía, de no contradecir a un denunciante. Por eso el autor citado nos recuerda que “la simpatía, empatía o predisposición favorable hacia las personas genera sentimientos en el ejercicio funcional, motivando [muchas veces] actos parcializados o indebidos en favor de alguien” (ANGULO, *La imparcialidad...*, ob. cit., p. 63).

En consecuencia, el principio de *imparcialidad*, que no el de objetividad, es el *basamento* de las causales de inhabilitación²³. Uno y otro, sin embargo, resultan exigibles a los fiscales del Ministerio Público, en sus respectivos campos de acción²⁴.

II. LAS DOS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

Acabo de sostener que el principio de *imparcialidad* resulta aplicable a los fiscales del Ministerio Público y que, como tal, informa y fundamenta las causales de inhabilitación.

Sobre el punto, cabe recordar que, de acuerdo a jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), la *imparcialidad* de los jueces, reconocida como garantía en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁵, no solo implica para aquellos *ser imparcial*, sino que también *parecerlo*.

En efecto, la Corte IDH –siguiendo en esto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo que sigue, TEDH)²⁶– ha señalado que la imparcialidad del juzgador

23 Por esa razón, creo que Castro tropieza de entrada cuando afirma que las causales de inhabilitación “impiden al fiscal dirigir la investigación y/o ejercer la acción penal pública en forma objetiva o racional” (CASTRO JOFRÉ, Javier. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2017, p. 161), pues confunde los conceptos de objetividad e imparcialidad, fundándolas equivocadamente en el primero. En idéntico error incurren Maturana y Montero, al sostener que las causales de inhabilitación de los fiscales han sido concebidas “para velar por el principio de la objetividad” (MATURANA y MONTERO, *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 214). Por el mismo motivo, en fin, yerra también Navarro, cuando asevera que “contribuyen a la vigencia del principio de objetividad el catálogo de causales de inhabilitación para los fiscales (...) y el procedimiento para hacerlas efectivas” (NAVARRO, *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 323).

24 Con todo, un argumento que podría llevar a la confusión y que por un imperativo de honestidad no puedo ni pretendo dejar pasar, se halla en el tenor literal de la causal de inhabilitación de los fiscales contenida en el numeral 12 del artículo 55 de la Ley Orgánica, pues alude expresamente a la “debida objetividad”. En efecto, dicha causal reza a la letra: “Tener el fiscal con alguna de las partes enemistad, odio o resentimiento que haga presumir que no se halla revestido de la *debida objetividad*” (la causal de recusación análoga del artículo 196 N° 16 del COT, habla, en cambio, de “debida *imparcialidad*”). Esta confusión conceptual seguramente responde a las “debidas adecuaciones” que nuestros legisladores se propusieron incorporar en la tramitación de la Ley N° 19.640. Recuérdese, sin embargo, que en su historia fidedigna se dejó expresa constancia, a través del representante del Ejecutivo, que la objetividad equivalía a la imparcialidad de los jueces, por lo que la referencia a la “debida objetividad”, alusión acaso meramente estética o derechamente equivocada, además del desconcertante barullo que significa, no puede ser un argumento decidor y en contra de lo que aquí se ha venido concluyendo. *Vid* nota n° 6.

25 “Artículo 8.1: Toda persona tienen 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”.

26 El antecedente más remoto de esta jurisprudencia se halla en el caso *Piersack vs. Bélgica* (1982), en donde el TEDH consideró, como violación a la garantía de imparcialidad objetiva del tribunal, el hecho que uno de los jueces que había intervenido en el fallo hubiera sido jefe de sección del Ministerio Público que inició la persecución penal del caso, aun cuando no tuvo participación en su tramitación, pero sí tenía facultades de supervisión de los fiscales a su cargo, circunstancia que, objetivamente, hacía nacer dudas legítimas de imparcialidad del referido juez (*cf.* DUCE y RIEGO, *Proceso Penal...*, ob. cit., págs. 103 y sgtes.).

debe ser analizada desde dos perspectivas distintas: una *subjetiva* y otra *objetiva*.²⁷⁻²⁸

La *imparcialidad subjetiva* supone que “el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio”²⁹. Por su parte, la *imparcialidad objetiva* exige que el juez “ofrezca garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad (...)”. De esta manera, “se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática (...)”³⁰.

27 *Vid.*, entre otras, Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de julio de 2004. Serie C n° 107, párr. 170; y Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C n° 239, párr. 189 y 234. Sobre la imparcialidad subjetiva y objetiva de los jueces chilenos, *vid.*, entre la abundante bibliografía disponible, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “El Derecho Fundamental a un Tribunal Independiente e Imparcial en el Ordenamiento Jurídico Chileno”. En: *Revista de Derecho*, N° XXXIII, 2do semestre, Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009, págs. 272 y sgtes.; y ORELLANA SOLARI, Nicolás. “Interpretación de la Garantía de Imparcialidad Judicial por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su Consagración en Chile y Algunas Dificultades de la Inhabilitación de los Jueces de Garantía y Jueces del Tribunal Oral en lo Penal, Cuando se Pretenden Ejercer los Mecanismos de Control de Dicha Garantía”. En: *Anuario 2013*, Santiago, Chile, Instituto de Estudios Jurídicos de la Universidad San Sebastián, 2013, págs. 34 y sgtes.

28 Esta distinción también ha sido reconocida por nuestra Corte Suprema, por ejemplo, en la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2009, dictada en causa Rol N° 4181-2009 (queja).

29 En el fondo, la *imparcialidad subjetiva* se corresponde con el concepto clásico o tradicional de imparcialidad que, como apuntábamos *supra*, se relaciona con la forma en que el juez se posiciona frente al conflicto, y en tal sentido, mira a su fuero interno, pues trata de averiguar su convicción personal. *Vid.* nota al pie n° 8. En todo caso, las sospechas de imparcialidad subjetiva deben ser objetivamente demostradas o justificadas (BORDALÍ, *El Derecho Fundamental...*, ob. cit., p. 272).

30 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, ob. cit., párr. 170; Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de agosto de 2008, Serie C n° 182, párr. 56; Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, ob. cit., párr. 189; Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes miembros activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n° 279, párr. 208; Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C n° 203, párr. 233; y Corte IDH. Caso Acosta y otros vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C n° 334, párr. 172. Caber hacer notar que, al otro lado del océano, autores tan autorizados como Montero Aroca han criticado severamente esta “distinción” que formula el TEDH y que, posteriormente, ha hecho suya la Corte IDH. En opinión del autor, dicha distinción “descansa en un error de partida evidente”. Argumenta que “no existe ordenamiento alguno en el que se trate efectivamente de averiguar la convicción personal de un juez en un caso concreto [imparcialidad subjetiva], y no existe porque esa supuesta averiguación pretende lo imposible, aparte de que los ordenamientos no regulan un sistema de garantías de la imparcialidad en el que se atiende a las ‘garantías suficientes’”. Añade que “los ordenamientos han llegado a la conclusión obvia de que la imparcialidad puede garantizarse sólo mediante la previsión legal de una serie de situaciones, constatables objetivamente, que se estima que pueden llevar a poner en riesgo la imparcialidad (...)”. Por esa razón, concluye que incluso en aquellos ordenamientos que contemplan una causal genérica de inhabilitación, de todas formas la parte ha de probar una circunstancia de hecho que pueda subsumirse en ella, de tal modo que “el pretendido aspecto subjetivo no parece concurrir, y que el llamado aspecto objetivo no se resuelve en la falta de ‘garantías suficientes’, por lo que uno y otro acaban referidos a la concurrencia o no de las circunstancias que en cada ordenamiento el legislador estima que pueden poner en riesgo la imparcialidad, y que esas circunstancias son siempre objetivas, esto es, presuponen la afirmación por la parte de un hecho que la ley ha tipificado como uno de aquellos de los que la experiencia considera como capaces de afectar la imparcialidad, y ello independientemente de que en el caso concreto el juez sea o no capaz de mantener su imparcialidad”. MONTERO AROCA, Juan. “La Imparcialidad Judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo IX, Derechos Humanos y Tribunales Internacionales,

Mutatis mutandi, parece razonable concluir que un fiscal del Ministerio Público, a quien en su misión persecutora del delito le corresponde izar la bandera del interés público y sujetarse al principio de imparcialidad, debe necesariamente atender y respetar *ambas vertientes* de este último principio. En consecuencia, no se trata solamente de que el fiscal no albergue en su fuero interno algún interés que lo haga perder su imparcialidad, sino que, además, debe ofrecer garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto. Como ideal teórico, entonces, y al estilo de la mujer del César, un fiscal no solo debe ser imparcial, sino que también debe *parecerlo*³¹.

III. LA INTELIGENCIA DE LA VOZ “PARTE”

Antes de analizar el contenido esencial de las causales de inhabilitación de los fiscales del Ministerio Público, resulta imperioso delimitar el concepto de “parte” de que se vale el legislador al momento de redactar la mayoría de ellas (*vid.* numerales 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16, del artículo 55 de la Ley Orgánica). Esta empresa previa se erige como necesaria porque la inteligencia de la voz “parte”, en el ámbito procesal penal, ha sido desde siempre problemática y ha generado incluso una larga reluctancia doctrinaria a la admisión de este concepto³².

Desde luego resulta absurdo extrapolar sin más al proceso penal el concepto tradicional de “parte” que se emplea en el procedimiento civil, esto es, en palabras de Núñez, “los que piden una cosa en juicio (*rem in iudiciam deducens*) y aquellos en contra de quienes es pedida la cosa en juicio (*is contra quem res iudiciam deducitur*)”³³, pues ambos procesos responden a una lógica y estructura diversas.

Se lee en las actas de la tramitación parlamentaria de la Ley N° 19. 640, que la Comisión

Primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008, págs. 788-789.

31 Pareciera ser que el reciente *Código de Ética del Ministerio Público* (2021) ha dado los primeros pasos sobre la materia, al reconocer, si se quiere implícitamente, la *imparcialidad objetiva* como directriz que ha de guiar la actuación de los fiscales, funcionarias y funcionarios del Ministerio Público. Si bien aludiendo indistintamente a los conceptos de “imparcialidad”, “objetividad” e “independencia”, el contenido esencial de la imparcialidad objetiva se deja ver, a mi juicio, en los siguientes pasajes del documento que a continuación destaco en cursiva: “5. Imparcialidad, objetividad e independencia. Nos preocuparemos especialmente de mantener en todo momento la imparcialidad, objetividad e independencia, tanto en el ejercicio de nuestras funciones como en la toma de decisiones, evitando con esto cualquier cuestionamiento y efecto negativo sobre nuestro rol en el marco de la justicia. Toda vez que en razón de nuestros vínculos o intereses personales, familiares, políticos o de cualquier otra índole, la imparcialidad, objetividad y/o independencia requerida pudiese verse comprometida o existiese una mínima sospecha al respecto, nos abstendremos de participar en el proceso o decisión de que se trate, haciendo saber inmediatamente tal situación a nuestros superiores o a quien corresponda. Ejemplo 1: si como fiscal durante el transcurso de una investigación, advierto que esta se extiende a actividades que están a cargo de un profesor de magíster que actualmente estoy cursando, lo informo de inmediato y me abstengo de continuar interviniendo, *hasta tanto estén dadas las garantías de que no existirán sospechas acerca de mi imparcialidad*” (p. 32). Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/etica2020.pdf>

32 *Vid.* VÁSQUEZ ROSSI, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2011, Tomo II.

33 NÚÑEZ VÁSQUEZ, J. Cristóbal. *Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral*. Primera edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, Tomo I, p. 164. En el mismo sentido se pronuncian Núñez y Pérez, para quienes “parte” es, procesalmente hablando, “todo aquel que pide o frente al cual se pide en juicio la actuación de la ley en un caso concreto” (NÚÑEZ ODEJA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro. *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*. Primera edición, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2013, p. 347).

Técnica del Senado, “luego de discutir la pertinencia de emplear las voces ‘interviniente’ o ‘parte’ en varias de ellas [en las causales de inhabilitación], optó por utilizar este último, entendiendo que es más preciso, y por lo mismo más restringido que el primero, que se propone definir en el proyecto del Código Procesal Penal”³⁴.

Paralelamente, según también se consignó en las actas de tramitación del proyecto del Código Procesal Penal, “el Senado tuvo en cuenta que el concepto de *interviniente* no corresponde al actual concepto de *parte* en el proceso. Los intervinientes son aquellas personas con facultades de actuación en el procedimiento, aun cuando no tengan la calidad de parte, como ocurre con la víctima que no ha deducido querella”³⁵.

Y entonces, ¿a qué se refiere la Ley N° 19.640 cuando, en las causales de inhabilitación de los fiscales, emplea la expresión “partes”?

Oliver ha puesto de relieve que el concepto de “partes” no es sinónimo de “intervinientes”, desde que lo que caracteriza a aquellas es, en definitiva, la defensa de un interés propio. Ello –aduce el autor– no podría predicarse del Ministerio Público, ya que este órgano actúa representando los intereses generales de la comunidad, y no por un interés personal. Tampoco podría decirse que el defensor actúa en resguardo de un interés propio; lo hace, en verdad, por uno ajeno, el del imputado. Y la víctima, finalmente, a pesar de poseer ciertos derechos en el proceso, no puede por sí sola acusar, a menos que deduzca querella, lo que impide considerarla técnicamente como parte³⁶. Luego, y en estricto rigor, desde esta perspectiva solo son “partes” en el proceso penal, el imputado y el querellante.

Para Maturana y Montero, el Ministerio Público (y eventualmente el querellante), en tanto sustentan la pretensión punitiva, y el “acusado”, en cuanto la resiste, “desempeñan el papel de partes en el proceso penal”³⁷.

Por su lado, Castro señala que “por parte debe entenderse a aquella persona (...) que, a nombre propio o ajeno, se incorpora o comparece en el procedimiento penal mediante el ejercicio de una acción penal o civil o el ejercicio de una excepción o defensa”. Y da como ejemplo “la víctima a través de la interposición de una acusación, lo mismo el MP (sic), el demandado civil a través de la contestación de la demanda, el imputado a través de la contestación a la acusación”. En lo que toca a la víctima, afirma que ella solo es ‘parte’ “si formula querella e interpone acusación”³⁸.

Para Núñez, las “partes” en el proceso penal –que él llama formales– son el Ministerio

34 OTERO, *El Ministerio Público...*, ob. cit., p. 129.

35 PFEFFER, *Código Procesal...*, ob. cit., p. 31 (destacado en el original).

36 OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Apuntes de Derecho Procesal Penal 1*. Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2020, p. 63.

37 MATURANA/MONTERO, *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 160.

38 CASTRO, *Manual de Derecho...*, ob. cit., p. 108.

Público, el imputado, la víctima del delito si se querellare y el querellante no víctima; y, en lo civil, lo son el actor y el demandado civil. De estas “partes formales” –agrega– las hay propiamente tales e instrumentales. En las primeras se cuenta al imputado, la víctima cuando deduce querrela, y el querellante particular, si lo hubiere, al paso que las que él llama “partes instrumentales”, estarían representadas por el Ministerio Público y “según alguna doctrina”, dice, por el defensor³⁹.

Por último, Cerda, al utilizar indistintamente las nomenclaturas de “parte” e “interviniente” en sus reflexiones, da a entender que ambas expresiones serían sinónimas⁴⁰, de tal guisa que, desde esta última perspectiva, asumirían la posición de “partes” en el proceso penal, el fiscal, la víctima, el querellante, el imputado y su defensor (artículo 12 CPP).

Hasta aquí ha de repararse en que prácticamente todos los autores recién citados concuerdan –en consonancia con la Historia de la Ley– en que la víctima por sí sola *no* es “parte” en el proceso penal. Casi ningún autor mencionó al defensor en esa calidad e incluso algunos sugirieron que el imputado solo era parte en la medida que fuera “acusado” o que “contestara la acusación”.

Lo anterior no es baladí. La importancia práctica del ejercicio hermenéutico que por estas líneas nos ocupa, puede ponerse de relieve, *mutatis mutandis*, de la mano del siguiente caso civil: en una causa por derecho de alimentos, seguida ante el Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, la *abogada* de la parte demandada, dedujo recusación en contra del juez de dicho tribunal, fundada en la causal del artículo 196 n° 16 del COT, que en una redacción casi idéntica a la de nuestro artículo 55 n° 12, reza a la letra: “Tener el juez con alguna de las partes enemistad, odio o resentimiento que haga presumir que no se halla revestido de la debida imparcialidad”. De acuerdo a los hechos que constan en la carpeta judicial, la *abogada* tenía una manifiesta enemistad con el aludido juez, quien, además, así también lo hizo constar en el proceso. Es más, este último manifestó, en el informe respectivo, que “no hacía objeción alguna a la pretensión de la recurrente”. Sin embargo, la recusación se rechazó, porque la *abogada* patrocinante de la parte demandada no era “parte” en el proceso⁴¹.

39 NÚÑEZ, *Tratado del Proceso...*, ob. cit., págs. 164 y 166.

40 CERDA, *Manual del Sistema...*, ob. cit., p. 117: “(...) No es lo mismo hablar de interviniente o parte que de sujeto procesal. Si bien son conceptos íntimamente relacionados no son términos sinónimos. Desde ya podemos afirmar que existe entre ellos una relación de género a especie: toda parte es sujeto procesal, pero no todo sujeto procesal es necesariamente parte. Para ser parte o interviniente se requiere que el sujeto reclame una decisión jurisdiccional a la pretensión que se debate; le competen derechos en la actuación judicial” (el destacado es mío). Si entiendo bien –aunque de la sola lectura del texto transcrito así parece ser– el autor utiliza la conjunción “o” para expresar “identidad o equivalencia” gramatical y no para aludir a una contraposición entre los referentes designados por los sustantivos que une (utilización propiamente disyuntiva de la conjunción “o”).

41 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 07 de noviembre de 2016, pronunciada en causa Rol N° 2567-2016 (Familia). Sobre el punto, con indisimulada resignación, Romero constata que: “(...) estas causales [se refiere a las establecidas en los numerales 15 y 16 del artículo 196 del COT] sólo alcanzan a la relación entre juez y las partes. Lamentablemente no cubren la relación que pudiera darse con los abogados (a diferencia de los que ocurre con las relaciones familiares). El legislador ha optado por ignorar que en muchas ocasiones los sentimientos de amistad o de odio

A mi juicio, resulta evidente que nuestro legislador sencillamente no reparó en las gravísimas consecuencias que, en materia de inhabilitación de los fiscales del Ministerio Público, se seguirían de adoptar una interpretación excesivamente técnica y restrictiva de la expresión “parte”⁴².

La desatención mencionada tal vez se deba a que los legisladores de la Ley N° 19.640 trabajaron con conceptos que “se proponían definir en el proyecto del Código Procesal Penal”⁴³, particularmente, el de “intervinientes”, por lo que no es abstruso deducir que esta forma de construir leyes, por así decirlo, “en el aire”, posiblemente los llevó a descuidar otras instituciones en las que la utilización de dichos conceptos resultaba determinante, como lo era, precisamente, en el caso de las causales de inhabilitación.

A decir verdad, no me parece en absoluto razonable que si –por poner un ejemplo– un fiscal es *amigo* de un imputado, con quien mantiene lazos de *estrecha familiaridad*, la víctima –que no ha deducido querrela– y que conoce esa situación, haya de quedar de brazos cruzados e impedida de solicitar la inhabilitación del primero (con base a la causal del artículo 55 n° 11 de la Ley N° 19.640), por la sencilla razón de que la “víctima” no es, a la luz de ninguna doctrina, ni de la propia Historia de la Ley, “parte” en el proceso, a pesar de que, en este orden de ideas, parece evidente que la *imparcialidad* del fiscal se encuentra prístinamente amenazada. Del mismo modo, si un fiscal, por la razón que sea, manifiesta una clara *animadversión* o *resentimiento* con una víctima que no ha deducido querrela o con un defensor en particular, no se ve razón para impedir que aquella o este planteen la causal de inhabilitación pertinente (artículo 55 n° 12 de la Ley Orgánica). Los efectos perniciosos de una interpretación restrictiva siguen siendo –en todos los ejemplos– los mismos.

Por lo anterior, y habiendo llegado la hora de tomar posición al respecto, propongo realizar una interpretación amplia de la voz “parte”, de modo tal que dicha expresión sea considerada como sinónima de la de “intervinientes”, aun cuando solo lo sea en materia de inhabilitación de los fiscales del Ministerio Público. Un respeto irrestricto al *principio de imparcialidad* así parece, además, exigirlo.

En esta línea, y hace poco tiempo atrás, una situación inédita en materia de recusación de jueces protagonizó una magistrada del Juzgado de Garantía de Los Ángeles y la Defensoría Penal Pública, al atribuirle esta a la primera una serie de conductas que darían cuenta de su animadversión contra el organismo y sus miembros y que configurarían la causal de

contemplados como causal de inhabilitación surgen entre los jueces y abogados, generando una situación de menoscabo o de beneficio para una de las partes, según el rol que se tenga en esta situación de amistad o enemistad” (ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 79).

42 Lo que se agrava todavía más al constatar que la solicitud de inhabilitación puede plantearla el propio fiscal que se siente inhabilitado, o bien, “una parte en el procedimiento” (artículo 57 de la Ley N° 19.640).

43 Vid. OTERO, *El Ministerio Público...*, ob. cit., p. 129.

recusación establecida en el artículo 196 n°16 del COT. Tras analizar los antecedentes de la causa, la Corte de Apelaciones de Concepción concluyó que las expresiones empleadas por la jueza “denotan clara y fundadamente un resentimiento” hacia la Defensoría Penal Pública, por lo que decidió inhabilitarla en 33 causas en las que dicha institución intervenía⁴⁴. Esta resolución constituye, a mi juicio, un verdadero hito en la materia, pues va mucho más allá de la discusión aquí planteada, al reconocer implícitamente la calidad de “parte” –para los efectos de la causal en cuestión– ya no solo a un defensor en particular, sino que, todavía más: a la Defensoría Penal *toda*.

Por último, no se me escapa que, del tenor literal de la causal de inhabilidad establecida en el n° 2 del artículo 55 de la Ley Orgánica, surge un nuevo obstáculo para la interpretación que por estas líneas he defendido. Dicha causal de inhabilidad establece: “Ser el fiscal cónyuge, conviviente civil, o pariente por consanguinidad o afinidad en cualquiera de los grados de la línea recta y en la colateral por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, de alguna de las *partes*, de sus representantes legales o de sus *abogados*”. Lo propio ocurre con la causal del n° 16 del artículo 55: “Ser el fiscal deudor o acreedor de alguna de las *partes* o de su *abogado*”.

A la luz de las causales transcritas, más de alguno podría afirmar que, de las frases destacadas en cursiva, se desprende con nitidez que el legislador ha distinguido entre “partes” y “sus abogados”, y que solo en estas dos causales ha hecho tal distinción, de manera tal que nuestra tesis caería *noqueada* por el despeñadero. Un ejercicio miope de interpretación podría llevar a concluir que quedaría fuera de toda consideración –a efectos de establecer

44 Causal Rol N° 280-2019 (Penal), de 07 de junio de 2019. Para una mejor ilustración, paso ahora a transcribir los considerandos 4°, 5° y 6° del fallo en palabra: “4° Que, atendido el mérito de los antecedentes, especialmente del registro de audio de la audiencia RIT 7324-2018 constan los siguientes dichos de la jueza: ‘(...) pero cuando presentan una queja disciplinaria en contra de un juez, piensen bien las consecuencias que ello acarrea tanto para uno como para otro, tampoco dárseles de ganador a través de medios de comunicación y radio pues nadie puede ser condenado y juzgado sin que exista una sentencia que así lo amerite, tratando de perjudicar mediante calumnias, mediante injurias, porque cumplí con el deber y la obligación que era la de impartir justicia, no nos debemos olvidar que la mentira siempre va a lucir mientras la verdad no aparezca’. Finalmente concluyó que la defensa tiene esta fórmula para amedrentar jueces, en este caso interponiendo queja disciplinaria, en otros recursos de amparo cuando lo correcto es deducir recurso de apelación en contra de las resoluciones que no le son de su agrado; 5° Que, asimismo, la testigo Ivonne Flores que declara en este incidente, relata haber escuchado a la juez Giacaman decir que ‘ella no va a permitir que nosotros le hagamos daño, que ella también sabe por dónde entrar y por dónde salir. Que habrá que informar más arriba que la estamos recusando para ganarle’, ‘que había tres defensores que estaban en una lista negra, estos eran Mercedes Moncada, Juan Esteban Muñoz y Patricio Gutiérrez, por haber ido a declarar a Policía de investigaciones, por la investigación que se siguió en su contra’. Los restantes testigos, relatan lo referido en el audio de las audiencias y lo que escucharon por el relato de la testigo Flores, ya referida; 6° Que las expresiones antedichas, denotan clara y fundadamente un resentimiento por parte de la jueza Rosa Giacaman Alarcón hacia la Defensoría Penal Pública, por cuanto ha culpado a los profesionales de dicho organismo, de una indebida persecución penal en su contra, con supuestos fines de amedrentamiento incluso atribuyendo que en su obrar le imputaron injurias y calumnias, evidenciando en un tono amenazante, los efectos futuros de tal obrar en su contra; en consecuencia, ha de acogerse el incidente de recusación, ordenándose a la jueza recurrida se abstenga de conocer de sus actos del procedimiento. En efecto, una de las garantías fundamentales para el imputado es el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial y éste forma parte esencial de la garantía del debido proceso y ello comprende, por cierto, el derecho a un juez independiente, imparcial y natural y tales presupuestos han sido vulnerados por la referida juez en cada una de las actuaciones y expresiones que ha utilizado y que se han expresado en este fallo, razón suficiente para acoger el presente incidente”.

cualquiera otra causal de inhabilitación—, las relaciones que un fiscal tenga, por ejemplo, con un defensor, en tanto este último *abogado* del imputado, salvo estas dos precisas causales.

No obstante, pienso que, además de lo absurdo que sería aceptar esta tesis sin más —para cuya comprobación bastaría traer a colación los ejemplos propuestos líneas atrás— para descartarla, es menester retomar lo ya comentado a propósito de la Historia de la Ley. Naturalmente el *copy paste* de las causales de implicancia y recusación de los jueces, con las “adecuaciones correspondientes”, y el uso de conceptos, por parte de nuestros legisladores, que “aún se proponían definir” en el futuro, no pueden erigirse en muletas firmes en las cuales podamos apoyarnos con seguridad en nuestro deambular exegético. La promiscuidad legislativa antedicha se pone de relieve, incluso, con otra causal de inhabilitación, la del n° 8 del artículo 55 de la Ley Orgánica, que dice: “Tener pendiente alguna de las partes pleito civil o criminal con el fiscal, con su cónyuge, conviviente civil, o con alguno de sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado. El pleito deberá haber sido promovido antes de haberse *denunciado* el hecho de cuya investigación se trate”.

La frase destacada en cursiva acusa la imprecisión de la norma, pues, como ya sugería Romero⁴⁵ al comentar una causal similar del COT, con la sola denuncia no se adquiere la calidad de parte (ni la de interviniente⁴⁶), constatación que, a mi juicio, deja al descubierto que en esta materia del lápiz del legislador no hay que fiarse.

IV. LAS CAUSALES DE INHABILITACIÓN DE LOS FISCALES

El artículo 55 de la Ley Orgánica establece las causales de inhabilitación de los fiscales del Ministerio Público⁴⁷. Todas ellas se fundan, según se ha dicho, en la sospecha de parcialidad que, por distintas circunstancias, puede afectar a un fiscal en un caso concreto.

Conviene desde ya anotar que, si bien en rigor, la parcialidad es en sí misma subjetiva, lo que hace el legislador con el establecimiento de estas causales es, digámoslo así, *objetivarlas*. Todas estas situaciones son, pues, constatables objetivamente, y en virtud de ellas el fiscal se convierte en sospechoso de parcialidad, independiente de que en la realidad sea capaz de mantener su imparcialidad. La regulación de las causales de inhabilitación de los fiscales en la Ley N° 19.640 no atiende, por tanto, a descubrir el ánimo de cada fiscal en cada caso particular, empresa que, a decir verdad, resultaría imposible. La ley se conforma

⁴⁵ ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 78.

⁴⁶ Salvo el caso del denunciante que, a su vez, detente la calidad de víctima.

⁴⁷ Cabe recordar que, si bien estas causales tuvieron clara inspiración en las causas de implicancia y recusación de los jueces, el legislador de la Ley N° 19.640 optó por suprimir tal distinción, “ya que los motivos que la justifican en el ámbito judicial, y los efectos que de ello se derivan, no concurren en el caso de los fiscales del Ministerio Público, de manera que se decidió hablar simplemente de causales de inhabilitación”. Vid., OTERO, *El Ministerio Público...*, ob. cit., págs. 128-129.

con establecer situaciones concretas y constatables objetivamente, concluyendo que si un fiscal se encuentra en las mismas debe inhibirse de dirigir la investigación y de ejercer la acción penal⁴⁸.

De otro lado, y por más obvio que resulte por estas líneas consignarlo, cada fiscal debe tener presente que, de estimársele sospechoso de parcialidad en un caso dado, aquello no importa una afrenta personal o un agravio inmerecido a su honorabilidad⁴⁹, y que, en las hipótesis en que –como yo creo– debiera admitirse su separación de un asunto determinado en consideración a la ausencia de imparcialidad objetiva, aquello no implica, en rigor, una verdadera constatación de parcialidad, sino una medida adoptada con un carácter de prevención, a fin de eliminar recelos y legítimas sospechas⁵⁰.

Dicho lo anterior, paso ahora a formular algunas observaciones sobre los que, a mi juicio, constituyen los aspectos centrales de las causales de inhabilitación de los fiscales del Ministerio Público:

1º. Tener el fiscal parte o interés en el caso de cuya investigación se trate

En mi opinión, “tener parte” en el caso, significa que el fiscal es víctima, querellante, imputado o defensor en el asunto de que se trata⁵¹, al tiempo que la expresión “tener interés” en él, se refiere al posible beneficio, provecho o utilidad –de cualquier naturaleza: sea moral o económica, directa o indirecta, pues la ley no ha distinguido– que el fiscal pueda obtener de la causa⁵².

48 En este sentido, en materia de inhabilitación de los jueces, NÚÑEZ OJEDA, Raúl. “La Imparcialidad Objetiva del Juzgador Penal y el Principio Acusatorio (el Caso Español)”. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo XCV, N° 1, Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1998, p. 4. En la misma dirección apuntan las reflexiones de MONTERO, *La Imparcialidad Judicial...*, ob. cit., págs. 788-790; y 797-798.

49 Lo recuerda también, en relación a los jueces, ECHEVERRÍA RAMÍREZ, Germán. “Imparcialidad del Tribunal Oral en lo Penal: tras la Conquista de la Garantía”. En: *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1, Valdivia, Chile, Universidad Austral de Chile, 2010, págs. 271 y 272 (en nota al pie).

50 Para el campo de la judicatura, vid. BORDALÍ, *El Derecho Fundamental...*, ob. cit., págs. 273-274. En una dirección similar MONTERO, *La Imparcialidad Judicial...*, ob. cit., p. 790.

51 Desde luego el fiscal, como cualquier otra persona, podría denunciar, por ejemplo, que Fulano de tal lo agredió: en esa causa dicho fiscal debiera considerarse inhabilitado para dirigir la investigación, ya que, en su calidad de víctima, “tendría parte” en ella; lo propio acontecería si, a la inversa, es Fulano de tal quien denuncia al fiscal de haberlo agredido, pues este asumirá, como “parte”, la posición de imputado en el proceso. Si bien las situaciones en las que un fiscal tomará el papel de abogado querellante o de defensor serán mucho más excepcionales, no son, sin embargo, inimaginables, desde que si bien el artículo 63 de la Ley Orgánica prohíbe a los fiscales ejercer la profesión de abogado, exceptúa –en su letra a)– los casos en que estén involucrados directamente sus intereses, los de su cónyuge, conviviente civil, sus parientes por consanguinidad en línea recta o quienes se encuentren vinculados a él por adopción, sin perjuicio de la autorización que, en tales hipótesis, corresponderá recabar del superior jerárquico respectivo.

52 En sentido similar, pero en relación a los jueces, CASARINO VITERBO, Mario. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 161. Ahora bien, ¿este beneficio necesariamente ha de ser propio o puede ser también ajeno? Sobre el punto, es pertinente tener a la vista la causal de implicancia contenida en el artículo 195 N° 1 del COT, que exige un interés “personal” del juez, requisito del que los autores concluyen que el beneficio debe ser propio y no para un tercero (CASARINO, *Manual de Derecho...*, ob. cit., p. 163). Como aquí, en cambio, el legislador ha omitido ese adjetivo, a sabiendas de que el COT sí lo demanda para el caso de los jueces, el beneficio a que se refiere esta causal de inha-

2º. Ser el fiscal cónyuge, conviviente civil, o pariente por consanguinidad o afinidad en cualquiera de los grados de la línea recta y en la colateral por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, de alguna de las partes, de sus representantes legales o de sus abogados

El legislador reconoce que las relaciones de familia hacen surgir un sentimiento de afectividad que puede afectar la correcta e imparcial actuación del fiscal⁵³, debiendo destacarse que la sospecha de parcialidad se extiende no solo al caso en que el fiscal tenga los referidos vínculos con alguna de las “partes”, sino que también con sus representantes legales o sus “abogados”⁵⁴.

En estos casos, basta que se dé –objetivamente– el vínculo que señala la ley para configurar la inhabilitación⁵⁵.

Romero, al comentar una causal similar contenida en el COT, afirma que cualquier otra situación de hecho que haga surgir una relación personal similar a las que esta causal considera como suficiente para inhabilitar, en nuestro caso, a un fiscal, debe promoverse a través de otra causal, resultando la más cercana, en su opinión, la relativa a la de *amistad manifiesta* (artículo 55 N° 11)⁵⁶. Un ejemplo de esta situación, siguiendo al mismo autor, sería el caso en que el fiscal mantiene una relación afectiva de convivencia (de hecho) con una de las “partes” o sus abogados⁵⁷.

3º. Ser el fiscal cónyuge, conviviente civil, o pariente por consanguinidad o afinidad en cualquiera de los grados de la línea recta y en la colateral por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, del juez de garantía o de alguno de los miembros del tribunal del juicio oral ante quienes deba desempeñar sus funciones

Al igual que en el caso anterior, e incluso con mayor razón, los vínculos de familia que un fiscal tenga con el juez de garantía o con un juez del tribunal de juicio oral ante quienes

bilitación de los fiscales ha de admitir una interpretación más amplia y, en consecuencia, no cabe sino concluir que el interés en cuestión puede ser propio o ajeno. Reafirma esta interpretación el hecho de que la causal de inhabilitación establecida en el n° 5 del artículo 55 de la Ley N° 19.640 exija que el fiscal tenga “personalmente” causa pendiente que deba fallar como juez o investigación que deba dirigir como fiscal, alguna de las partes, de lo que se sigue que cuando el legislador ha querido exigir un interés personal o propio, diferenciándolo de intereses ajenos, lo ha hecho expresamente.

53 Cfr., para los jueces, ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 77.

54 Vid. págs. 11 y 12.

55 ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 77.

56 ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 77.

57 ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 78. Aunque me inclino a pensar que en este caso bastaría la existencia de un simple amorío, sin necesidad de convivencia.

deba ejercer sus funciones, lo hacen sospechoso de parcialidad, en tanto existe la posibilidad cierta de que los sentimientos de afectividad que de esa relación naturalmente emergen, puedan desvirtuar o interferir en el recto desempeño de sus atribuciones.

Con todo, llama la atención que el legislador haya desconocido el hecho de que, en la práctica, los juzgados de garantía funcionan, por regla general, con varios jueces, y que difícilmente el fiscal podrá conocer, con la debida anticipación –como sí ocurre, en cambio, con los jueces del tribunal de juicio oral (artículo 281 del CPP)–, la identidad del juez ante quien deberá ejercer sus funciones. Si bien esta dificultad podría obviarse tratándose de las audiencias que se celebran en los juzgados de garantía, ella se mantiene en los casos en que el fiscal deba solicitar autorizaciones judiciales durante la fase de investigación (por ejemplo, para la práctica de diligencias intrusivas), pues muchas de ellas se resuelven por despacho, ignorándose, por consiguiente, la identidad del juez a quien en definitiva le corresponderá pronunciarse sobre dicha petición.

4°. Ser el fiscal tutor o curador de alguna de las partes, albacea de alguna sucesión, o administrador o representante de alguna persona jurídica que sea parte en el caso de cuya investigación se trate

El legislador ha querido configurar una causal de inhabilitación por el solo hecho de que se dé la relación que prevé la norma, presumiéndose que ha surgido un sentimiento de afectividad o proximidad entre ellas⁵⁸, lo que hace surgir desde ya la sospecha de parcialidad.

5°. Tener el fiscal, personalmente, su cónyuge, conviviente civil, o alguno de sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado, causa pendiente que deba fallar como juez o investigación que deba dirigir como fiscal, alguna de las partes

Con esta causal de inhabilitación se quiere evitar que el fiscal ceda a la tentación de sentirse inclinado de favorecer a aquella “parte”, la cual, a su vez, es juez o fiscal en otra causa, en la que tiene interés el primitivo fiscal o alguna de las personas unidas estrechamente a él por vínculos de sangre o familia, eliminándose de este modo posibles componendas o reciprocidades entre ellos⁵⁹.

6°. Ser o haber sido el fiscal, su cónyuge, conviviente civil, o alguno de sus ascendientes o descendientes, heredero o legatario instituido en testamento por alguna de las partes

⁵⁸ Cfr. ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 78.

⁵⁹ Cfr. CASARINO, *Manual de Derecho...*, ob. cit., p. 164.

Esta causal de inhabilitación se funda en el natural sentido de agradecimiento que experimentará el fiscal frente a aquella persona que lo ha instituido heredero o legatario o a alguna de las personas unidas a él por vínculos de sangre o de familia, y que lo inclinaría a beneficiarla, por lo que el legislador ha decidido hacerlo desde ya sospechoso de parcialidad⁶⁰.

7°. Ser alguna de las partes heredero o legatario instituido en testamento por el fiscal

Es la situación inversa al caso anterior, que de por sí da cuenta que el fiscal tendría hipotecada la imparcialidad respecto de la “parte” que es su heredera o que ha instituido como legataria, por el afecto que se presume en estos casos.

Llama eso sí la atención que en esta hipótesis la causal se limite al fiscal causante y no se extienda a sus parientes o familiares más próximos.

8°. Tener pendiente alguna de las partes pleito civil o criminal con el fiscal, con su cónyuge, conviviente civil, o con alguno de sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado. El pleito deberá haber sido promovido antes de haberse denunciado el hecho de cuya investigación se trate

Como sugiere Romero al comentar una causal de parcialidad semejante contenida en el COT, el fundamento de esta causa de inhabilitación apunta a evitar que el ánimo de venganza o resentimiento del fiscal pueda repercutir en la correcta dirección de las pesquisas⁶¹.

Eso sí, para evitar la creación artificial de la causal, el legislador exige que “*el pleito se haya promovido antes de haberse denunciado el hecho de cuya investigación se trate*”. Como afirmábamos *supra*, esta es una verdadera imprecisión, puesto que, como se sabe, con la sola denuncia no se adquiere la calidad de “parte”⁶².

En opinión de Romero, que compartimos, como la ley se refiere genéricamente a los pleitos civiles y criminales, debe comprenderse dentro de esta denominación a las actuaciones de carácter administrativo que una de las “partes” haya efectuado contra el fiscal para perseguir su responsabilidad disciplinaria. Avalaría esta interpretación, en la visión del autor que venimos citando, la expresión “pleito”, que utiliza la causal, y que engloba, según la RAE, una contienda, diferencia, disputa, o litigio judicial entre partes⁶³.

9°. Ser el fiscal socio colectivo, comanditario, de responsabilidad limitada o de hecho de alguna de las partes, serlo su cónyuge, conviviente civil, o alguno de los ascendientes o descendientes del mismo fiscal, o alguno de sus parientes colaterales dentro del

⁶⁰ Cfr. CASARINO, *Manual de Derecho...*, ob. cit., p. 164.

⁶¹ Cfr. ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 78.

⁶² Vid. p. 12.

⁶³ Cfr. ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 78.

segundo grado

Según recuerda Casarino, los lazos que unen a los socios entre sí son semejantes a aquellos que vinculan a los hermanos⁶⁴. De ahí surge, entonces, la presunción de parcialidad que blinda esta causal de inhabilitación.

10º. Tener el fiscal la calidad de accionista de una sociedad anónima que sea parte en el caso de cuya investigación se trate

El fundamento es similar al anterior, pero se han excluido de esta causal los parientes más próximos del fiscal, tal vez, por ser ya demasiado lejanos los vínculos que podrían alterar su imparcialidad⁶⁵.

11º. Tener el fiscal con alguna de las partes amistad que se manifieste por actos de estrecha familiaridad, o tenerla su cónyuge, conviviente civil, alguno de sus ascendientes o descendientes, o alguno de sus parientes colaterales dentro del segundo grado

Afirma Romero que, para que la causal no se convierta en un “juicio psicológico y subjetivo”, en este caso, para el fiscal, se exige que la amistad –el afecto personal, puro y desinteresado, compartido con otra persona, que nace y se fortalece con el trato (RAE)– se exprese por actos de estrecha familiaridad. De ahí que, a juicio del tratadista que venimos citando, esta causal debe fundarse siempre en hechos objetivos, de los que pueda colegirse este sentimiento humano⁶⁶. Y no podría ser de otra manera, pues el legislador ha exigido expresamente que tales sentimientos se “*manifiesten* por actos de estrecha familiaridad (...)”.

En fin, es del caso precisar que no configuran esta causal las relaciones de conocimiento y de cortesía que surgen de la vida social, puesto que “desde el minuto que la ley exige actos de estrecha familiaridad, se deben descartar como tales las relaciones afectivas superficiales o meramente sociales”⁶⁷.

12º. Tener el fiscal con alguna de las partes enemistad, odio o resentimiento que haga presumir que no se halla revestido de la debida objetividad [léase imparcialidad⁶⁸]

Al igual que en el caso anterior, la enemistad, odio o resentimiento –antipatía, encono, aversión, hostilidad, animadversión– debe exteriorizarse en hechos concretos, objetivos,

64 CASARINO, *Manual de Derecho...*, ob. cit., p. 167.

65 CASARINO, *Manual de Derecho...*, ob. cit., p. 168.

66 ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 78.

67 ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 79.

68 *Vid.* p. 6 (nota n° 22).

de los cuales puedan colegirse tales sentimientos⁶⁹.

Romero ofrece como ejemplo de esta causal “las descalificaciones con duros epítetos”, citando al efecto una antigua sentencia de la Corte Suprema⁷⁰.

Cabe puntualizar –siguiendo ahora a Casarino– que estos sentimientos necesariamente deben ser experimentados por el fiscal y no por alguna de las “partes”, pues, en esta última circunstancia, no habría posibilidad de inhabilitar al primero⁷¹.

Por último, según Romero, “para que la causal de la amistad o enemistad no se salga de quicio, ella debe surgir de relaciones interpersonales, debiendo excluirse como origen de las mismas relaciones que puedan provenir desde otros ámbitos, como puede ser la pertenencia a una determinada agrupación o asociación, su común seguimiento de un equipo de fútbol o la pertenencia a equipos rivales, etc.”⁷².

13º. Haber el fiscal, su cónyuge, conviviente civil, alguno de sus ascendientes o descendientes, o alguno de sus parientes colaterales dentro del segundo grado, recibido de alguna de las partes un beneficio de importancia, que haga presumir empeñada la gratitud del fiscal

El legislador no ha señalado la oportunidad en que el fiscal o sus parientes más próximos deben haber recibido este beneficio –cuya naturaleza es, de nuevo, indiferente, pues el legislador no ha distinguido– de tal manera que aquello podrá ocurrir en cualquier momento (antes de las pesquisas o una vez iniciadas estas); y si el beneficio es de tal “importancia” que haga presumir empeñada la gratitud del fiscal –cuestión de hecho, que habrá de analizarse caso a caso– será procedente la inhabilitación⁷³.

14º. Haber el fiscal, su cónyuge, conviviente civil, alguno de sus ascendientes o descendientes, o alguno de sus parientes colaterales dentro del segundo grado, aceptado, después de iniciada la investigación, dádivas o servicios de alguna de las partes, cualquiera que sea su valor o importancia

A diferencia de la causal anterior, en este caso el legislador sí ha señalado una oportunidad específica en que el fiscal o sus parientes más próximos deben haber aceptado la dádiva (liberalidad) o servicio –que podría ser remunerado o no, pues el legislador no ha distinguido–: una vez iniciada la investigación.

Nótese que aquí la ley ya no se conforma con la “recepción” de la dádiva o servicio –como

69 ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 78.

70 ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., págs. 78-79.

71 Cfr. CASARINO, *Manual de Derecho...*, ob. cit., p. 168.

72 ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 79.

73 Cfr. CASARINO, *Manual de Derecho...*, ob. cit., p. 168.

sucede en la causal precedente con el beneficio de importancia– sino que derechamente exige “la aceptación” de los mismos.

Dándose estos supuestos, el legislador entiende desde ya hipotecada la gratitud del fiscal, transformándolo en sospechoso de parcialidad, y ello, con entera independencia del valor o importancia que tenga la liberalidad o el servicio en cuestión –nuevamente, a diferencia del caso anterior–.

15°. Tener alguna de las partes relación laboral con el fiscal o viceversa

En esta hipótesis, el legislador presume que de dicha relación laboral nace una vinculación estrecha, de afecto, confianza o lealtad entre el fiscal y la “parte”, que en todo caso convierte al primero en sospechoso de parcialidad.

Nótese, sin embargo, que el legislador no utiliza aquí las voces de “empleador” o “trabajador”, ni hace referencia alguna a las nociones de “subordinación” o “dependencia”, con lo que se plantea la duda sobre qué debemos entender por “relación laboral”⁷⁴.

16°. Ser el fiscal deudor o acreedor de alguna de las partes o de su abogado; o serlo su cónyuge, conviviente civil, o alguno de sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado. Sin embargo, no tendrá aplicación la causal del presente número si fuere parte alguna de las entidades fiscalizadas por la Superintendencia de Seguridad Social, la Superintendencia de Pensiones, la Superintendencia de Salud, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la Superintendencia de Valores y Seguros o uno de los Servicios de Vivienda y Urbanización, a menos que estas instituciones u organismos ejerciten actualmente cualquier acción judicial contra el fiscal o contra alguna otra de las personas señaladas o viceversa

El fundamento de esta disposición radica en que muy probablemente el fiscal (deudor) se verá inclinado a favorecer a aquella “parte” o a su abogado que es su acreedor, a fin de captarse su buena voluntad y no le exija el pago de la deuda o le otorgue ventajas para el mismo, al tiempo que el fiscal (acreedor) muy posiblemente se comportará de manera hostil con aquella “parte” o su abogado (deudor) que no ha cumplido con su obligación. Ante la duda, pues, el legislador opta desde ya por convertir al fiscal en sospechoso de parcialidad, y ello, con independencia del monto de la deuda o del crédito.

⁷⁴ Obviamente se incluirían aquí las relaciones de trabajo que un fiscal tiene, por ejemplo, con su asesora del hogar o con el “maestro” que ha contratado para realizar una ampliación de su casa, pero, ¿sucede lo mismo, por ejemplo, con el fiscal y su abogado asistente? ¿Hay entre ellos una “relación laboral” susceptible de configurar la causal?

V. TRAMITACIÓN

Los artículos 56 a 59 de la Ley N° 19.640 regulan el procedimiento destinado a obtener la declaración de inhabilitación de los fiscales del Ministerio Público⁷⁵.

La solicitud de inhabilitación puede plantearla de oficio el propio fiscal que se estima incurso en alguna causal de parcialidad o “una *parte* en el procedimiento” (artículos 56 y 57).

En ambos casos, la petición debe ser puesta en conocimiento del superior jerárquico del fiscal que se considera en entredicho, a fin de que aquel se pronuncie sobre ella (artículos 56 y 57). El superior jerárquico de un fiscal adjunto es el Fiscal Regional respectivo; de este, el Fiscal Nacional; y quienes conocen de la inhabilitación de este último, son tres Fiscales Regionales integrantes del Consejo General, designados por sorteo (artículo 59)⁷⁶.

Ahora bien, cabe hacer notar que, de los términos imperativos que utiliza el artículo 56 de la Ley N° 19.640, se desprende que no es facultativo sino *obligatorio* para el fiscal solicitar su inhabilitación, en caso de concurrir alguna causal que lo haga sospechoso de parcialidad. En efecto, dicha disposición comienza señalando: “los fiscales *deberán* informar (...) la causa de inhabilitación que los afectare”.

Sin embargo, en mi opinión, esta aseveración debe matizarse. En efecto, existen algunas causales de inhabilitación que, por así decirlo, son predominantemente subjetivas –en el sentido de demandar un determinado sentimiento del fiscal–, como la de tener el fiscal con alguna de las partes amistad que se manifieste por actos de estrecha familiaridad (artículo 55 n° 11 de la Ley Orgánica), caso en el cual, sería perfectamente imaginable que aquel, en su fuero interno, no se sintiera en absoluto inhabilitado, como si, por seguir con el mismo ejemplo, solo se considerara “cercano” a una de las “partes”, o, incluso, pura y simplemente “amigo” de estas, pero no al nivel de estrecha familiaridad, del modo que lo exige la norma. Si bien en estos casos parece aconsejable que el fiscal, si se quiere en resguardo del principio de imparcialidad objetiva, de todas formas, ponga en conocimiento de su superior jerárquico esta situación, el “deber” de inhabilitarse de oficio no regiría, o al menos, no con tanta intensidad. Otra cosa cabe decir de las, por así también llamarlas, causas objetivas de inhabilitación –para cuya configuración basta que se dé objeti-

⁷⁵ Se trata, a decir verdad, de un procedimiento generoso en sencillez y expedición, si se le compara con los trámites previstos para lograr la inhabilitación de los jueces. Para comprobar el aserto, *vid.* y contrástese, solamente, STOEHLER MAES, Carlos. *De las Disposiciones Comunes a todo Procedimiento y de los Incidentes*. Sexta edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, págs. 175 y sgtes., aunque cabe recordar que la inhabilitación de los jueces penales está sujeta, además, a reglas procesales especiales, establecidas en los artículos 75 y 76 del CPP.

⁷⁶ Ciertamente esta última situación, en caso de darse, será excepcional, si se tiene en cuenta que el Fiscal Nacional puede dirigir una investigación *únicamente* en la hipótesis prevista en el artículo 18 de la Ley Orgánica, esto es, cuando la investigación de las personas involucradas como imputados o víctimas lo hicieren necesario para garantizar que la investigación se realizará con absoluta independencia y autonomía. En este caso, la solicitud de la “parte” debe plantearse ante el fiscal a quien corresponda subrogar al Fiscal Nacional, a fin de proceder al sorteo aludido (artículo 57).

vamente el vínculo que menciona la ley—, como los casos en que se exigen determinadas relaciones de parentesco (*vgr.*, artículo 55 n° 2 de la Ley N° 19.640), hipótesis en las cuales el deber de inhabilitarse regirá para el fiscal, aquí ya sin matices, con toda su intensidad.

Lo anterior no es baladí, pues tratándose de un *deber* del fiscal⁷⁷, su transgresión lo hace incurrir en responsabilidad administrativa.

Continuando con la tramitación, el fiscal debe efectuar la solicitud en palabra por escrito, expresando la causal concurrente; y para tal efecto cuenta con un plazo de 48 horas, contados desde que toma conocimiento de ella, debiendo dejar registro de esta actuación. En tanto no se resuelva la inhabilitación, el fiscal debe continuar practicando las diligencias urgentes que sean necesarias para evitar perjuicio a la investigación (artículo 56).

De otro lado, en caso de que la declaración de inhabilitación fuera solicitada por “una parte en el procedimiento”, el único efecto que señala la ley es que “el fiscal seguirá actuando en el caso respectivo, hasta que se resuelva la petición” (artículo 57). Como aquí el legislador no ha establecido exigencia alguna relativa a la forma ni al plazo en que la aludida solicitud debe plantearse, como sí lo hizo para el caso en que fuera el propio fiscal quien elevara la petición respectiva, es dable concluir que la “parte” puede formular la solicitud por cualquier medio, esto es, no necesariamente “por escrito”, y que, además, no cuenta con ningún término para tal efecto.

La posibilidad de la “parte” de solicitar la inhabilitación es una facultad suya y mira a su interés, y como tal, es renunciable, sin perjuicio del deber del fiscal de informar de oficio, si fuera procedente.

Tanto en la hipótesis en que el fiscal comunique de oficio la concurrencia de una causal de inhabilitación, como en el caso en que sea la “parte” quien solicite que esta se declare, el superior jerárquico respectivo cuenta con el plazo de tres días para resolver, contados desde que la petición de inhabilitación fuera recibida (artículo 58). Recuérdese que si fuera el fiscal quien de oficio informa la causal debe, sin embargo, y en tanto esta no se resuelva, continuar practicando las diligencias urgentes que sean necesarias para evitar perjuicio a la investigación (artículo 56). Si el planteamiento de inhabilitación proviene de la “parte”, no hay limitaciones para el fiscal, quien debe seguir actuando en el caso respectivo, hasta que se resuelva la presentación.

La Autoridad respectiva podrá rechazar o acoger la causal de inhabilitación. Si la rechaza, el fiscal debe continuar con la investigación del caso, de acuerdo a las reglas generales. De acogerla, asignará la causa a otro fiscal para que inicie o continúe la tramitación del asunto

⁷⁷ El artículo 63 letra i) de la Ley Orgánica señala: “Los fiscales que se desempeñen en el Ministerio Público estarán afectos a las siguientes prohibiciones: i) incurrir, *a sabiendas*, en alguna causal de inhabilitación, o permitir que incurran en ella su cónyuge, conviviente civil, o alguno de los parientes que pueden generarla”.

en que recae la inhabilitación (artículo 59).

La resolución que acoge o rechaza la causal de inhabilitación no es susceptible de reclamación alguna (artículo 59).

VI. LA INTERPRETACIÓN DE LAS CAUSALES DE INHABILITACIÓN DE LOS FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

¿Las causas de apartamiento de un fiscal por ausencia de imparcialidad son solo aquellas que la ley prevé o pueden, además, esgrimirse otras demostrativas de un comportamiento parcial no abarcadas por las causales de inhabilitación?

A propósito de las causales de implicancia y recusación de los jueces, más de algún autor se ha formulado esta misma pregunta⁷⁸.

No cabe duda que, al igual que como ocurre con la inhabilitación de los jueces, nuestro legislador optó por un régimen de inhabilitación de los fiscales basado en *causales tasadas o cerradas (numerus clausus)*, de tal manera que solo sería posible inhabilitarlos si concurre una causal legal que justifique su apartamiento de la investigación de que se trate.

Esta es, en materia de implicancias y recusación de los jueces, la opinión dominante en la doctrina⁷⁹ y jurisprudencia⁸⁰, la cual se apoya en la literalidad de la ley⁸¹ y, acaso muy

78 *Vid.* HORVITZ LENNON, María Inés. “La Imparcialidad del Tribunal en el Proceso Penal”. En: *Revista de Estudios Judiciales*, N° 6, Santiago, Chile, Der Ediciones e Instituto de Estudios Judiciales, 2020, págs. 73 y sgtes.; ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 76; y BORDALÍ, *El Derecho Fundamental...*, ob. cit., págs. 275 y sgtes.

79 *Vid.*, por todos, ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 76.

80 En palabras de nuestra Corte Suprema: “(...) en materia de inhabilitación de los jueces del tribunal del juicio oral, el artículo 76 del Código Procesal Penal gobierna el procedimiento para su formalización, *manteniéndose, en todo, las causales taxativas que al efecto contemplan los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales*” (Rol N° 2426-2007, de 12 de julio de 2007; las bastardillas, mías). En el mismo sentido, el Máximo Tribunal ha subrayado que “la invocación de una causal de presunta falta de imparcialidad *debe ser fundada en una norma legal expresa* y, además, someterse al procedimiento que establece la ley para su tramitación y declaración” (Rol N° 4.003-2011, de 08 de junio de 2011; el destacado, otra vez, mío). En la misma línea, pero ahora a nivel de Corte de Apelaciones, se ha señalado que para la inhabilitación de un juez “no puede bastar la mera impresión o sensación de la parte litigante de estar sometida a un juez parcial, sino que *ello ha de fundarse en las causales taxativas establecidas por el propio legislador*, en términos de que jurídicamente sea posible afirmar y justificar que está comprometida la imparcialidad del juez” (sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, pronunciada en causa Rol N° 161-2016 (familia), de 17 de junio de 2016).

81 Con lo que, de pasada y de un plumazo, debiera eliminarse cualquier posibilidad de fundar la inhabilitación de un juez (y, por cierto, de un fiscal) en una pretendida “causal genérica” de “imparcialidad objetiva”, que, de hecho, entre nosotros no existe. En esta línea *vid.*, por ejemplo, el voto en contra del fallo Rol N° 281-2020 (penal), de 18 de junio de 2020, de la Corte de Apelaciones de Arica. Curiosamente el voto de mayoría de este fallo, acogió la recusación intentada en la causa, basándose, justamente, en una “causal genérica de imparcialidad objetiva” [En este caso, tres defensores penales públicos recusaron a diez jueces del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Arica, invocando al efecto las causales de los artículos 196 n° 10 y 16 del COT, y el artículo 19 N° 3 inciso sexto, de la Constitución, al entender que dichos magistrados carecían de imparcialidad (objetiva) para conocer del procedimiento de sanción contemplado en el artículo 103 bis del CPP. En apretada síntesis, los hechos consistieron en que las defensas, en tiempos de pandemia, se rehusaron a realizar la audiencia de juicio oral vía telemática, lo que condujo a la declaración de abandono de las mismas, fijándose una audiencia para debatir posibles sanciones para los letrados. En el ínterin, circuló por redes sociales una declaración pública de un organismo gremial, la ANDFUD (Asociación Democrática de funcionarias y funcionarios de la Defensoría Penal Pública), que solidarizó con los defensores, “por la forma desigual en que han sido tratados”, rechazando “cualquier eventual sanción

posiblemente, en el empeño de que la inhabilidad de los jueces no sea utilizada con fines dilatorios⁸². En efecto, el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) dispone: “Sólo podrá inhabilitarse a los jueces (...) para que intervengan en un negocio determinado, en los casos y por las causas de implicancia o recusación que señala el Código Orgánico de Tribunales” (artículo 113 del CPC). A su turno, el artículo 194 del COT establece: “los jueces pueden perder su competencia para conocer determinados negocios por implicancia o por recusación declaradas, en caso necesario, en virtud de causas legales”. Y, a continuación, el artículo 195 enumera las causas de implicancia y el 196, las causales de recusación⁸³.

De manera similar, el artículo 54 de la Ley N° 19.640 evoca la misma idea de taxatividad: “No podrá dirigir la investigación ni ejercer la acción penal pública respecto de determinados hechos punibles el fiscal del Ministerio Público respecto del cual se configure alguna de las causales de inhabilitación que establece el artículo siguiente”. Y luego, el artículo 55, enumera las causales de inhabilitación⁸⁴.

que se les pretenda aplicar, por resguardar el derecho a la defensa”. Días más tarde, circuló también por redes sociales una declaración pública firmada por todos los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, a través de la cual “aclararon” ciertos aspectos de la declaración pública de la ANDFUD, palabras que los recusantes estimaron cargadas de disgusto, enfado, hostilidad y resentimiento hacia ellos y hacia la Defensoría Penal Pública en general (como exigirles una “actuación legal y de buena fe”, afirmar que falseaban hechos”, entre otros). Respecto de dos magistrados, la recusación se acogió por la causal del artículo 196 n° 10 del COT (“haber manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella”, ya que los dichos que se citan se vertieron al fijar la audiencia para debatir las eventuales sanciones a los letrados). Respecto de los demás jueces, la recusación se acogió, además, por la causal genérica de “imparcialidad objetiva”, y, por lo tanto, todos los magistrados se tuvieron por recusados, respecto de la audiencia del artículo 103 bis].

82 En España, Nieva da cuenta que el Tribunal Constitucional y el TEDH han restringido el concepto de imparcialidad, precisamente con el propósito de que la recusación hispana no sea utilizada con fines dilatorios (vid. NIEVA FENOLL, Jordi. *La Valoración de la Prueba*. Madrid, España, Marcial Pons, 2010, págs. 165-166). Explica, en otro de sus textos, que “tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional tienen una jurisprudencia muy estricta y reiterada en materia de abstención y recusación, de manera que únicamente es posible alegar parcialidad en los casos recogidos en el art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como causas de recusación. Ni siquiera se admiten interpretaciones extensivas de los diversos supuestos, ni tan solo de aquellos incisos en los que sería perfectamente factible una interpretación más amplia al amparo del generoso redactado de la ley (‘tener interés directo o indirecto en el pleito o causa’) (...) La razón es muy conocida. Existe una preocupación, un tanto desmesurada, porque los incidentes de recusación sirvan para paralizar los procesos [pues desde antiguo] se los veía como simples obstáculos que trataban de impedir maliciosamente el avance de los procesos” (NIEVA FENOLL, Jordi. “El Sesgo Ideológico como causa de Recusación”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2012, p. 299).

83 Con todo, hace bien Bordalí en aclarar que la situación es distinta en los casos en que se pide la nulidad de un juicio y la sentencia por afectar el debido proceso, como ocurre hoy en día en materia procesal penal, pues la Corte Suprema podría declarar nulos un juicio y la sentencia por considerar que el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal han tenido conductas que no se avienen con el derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial que la Constitución y los tratados internacionales reconocen al condenado por delito, de tal suerte que dicha declaración de nulidad, por aplicación del artículo 373 letra a) CPP, no tiene por qué estar sujeta a las causales de implicancia y recusación de los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales (BORDALÍ, *El Derecho Fundamental...*, ob. cit., p. 276).

84 Esta idea de taxatividad fluye también de la propia historia fidedigna de la Ley N° 19.640, pues en el segundo informe de la Comisión Técnica del Senado, se dejó expresa constancia que “(...) el fiscal del Ministerio Público respecto del cual se configure alguna de las causales de inhabilitación que se establece en esta ley no podrá dirigir la investigación ni ejercer la acción penal pública respecto de determinados hechos punibles” (Vid. OTERO, *El Ministerio Público...*, ob. cit., págs. 128 y 129 [el destacado es mío]).

Como es obvio, esta elección legislativa podría resultar riesgosa y acaso deficiente cuando las causales de la Ley Orgánica no alcanzan a cubrir todo el espectro de situaciones que comprometen la imparcialidad del fiscal⁸⁵. En este sentido, y en un plano de *lege ferenda*, resultaría conveniente incorporar una causal de inhabilitación lo suficientemente elástica y permeable a los cambios culturales⁸⁶, que a la vez sea susceptible de captar aquellas hipótesis que riñan con la imparcialidad objetiva⁸⁷.

Sin embargo, de *lege lata*, y en contra de la jurisprudencia dominante que, amén de la concepción del *numerus clausus*, aboga por una *interpretación restrictiva* de las causales de impugnación y recusación de los jueces⁸⁸, con la consiguiente preterición de un cúmulo de situaciones que incumben a la imparcialidad objetiva⁸⁹, me parece que la solución al dilema planteado pasa por interpretar *con la mayor laxitud posible* las causales de inhabili-

85 Desde el plano judicial lo destaca también ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 76. Siempre desde esta óptica, Valdés acota que las causales de inhabilitación de un juez penal, contenidas en los artículos 195 y 196 del COT, ajustadas a la reforma procesal penal, son insuficientes, no solo porque abordan aspectos de pura incompetencia subjetiva, sino porque también existen numerosas situaciones que escapan a su numeración taxativa y excluyente, agregando que nuestro legislador escribió bajo la idea de un sistema inquisitivo tanto en lo civil como en lo penal y desea que nadie inhabilite a su juez, siendo la propia concepción chilena acerca de nuestros jueces la que quiere ver en ellos a seres superdotados, ajenos al mundo de los justiciables (citado por ORELLANA, *Interpretación de la Garantía...*, ob. cit., p. 51).

86 En el ámbito judicial, Bordalí propone una causal fundada en “motivo serio y grave capaz de generar desconfianza sobre la imparcialidad del juez”, del mismo modo que lo hace el Código de Proceso Penal Portugués. A su juicio, esta alternativa “combina adecuadamente la tipicidad de la figura, pero añade flexibilidad para adaptarse a los cambios culturales y para entregar siempre a los justiciables la posibilidad de apartar a un juzgador del que se sospeche parcialidad” (BORDALÍ, *El Derecho Fundamental...*, ob. cit., p. 277).

87 ORELLANA *Interpretación de la Garantía...*, ob. cit., p. 57.

88 Suficientemente demostrativa de esta línea jurisprudencial es la sentencia de 17 de Junio de 2016, pronunciada por la Corte de Apelaciones de La Serena, en causa Rol N° 121-2016: “(...) para su remoción [léase inhabilitación] no puede bastar la mera impresión o sensación de la parte litigante de estar sometida a un juez parcial, sino que ello ha de fundarse en las *causales taxativas* establecidas por el propio legislador, en términos de que jurídicamente sea posible afirmar y justificar que está comprometida la imparcialidad del juez (...); de lo precedentemente expuesto aparece (...) que la interpretación de aquellos casos que habilita para apartar del juez de las labores que le han sido encomendadas por ley, *ha de ser restrictiva*. En efecto, *tratándose de una situación de excepción, su naturaleza es de derecho estricto* (...) (el destacado es mío)”. En similares términos se pronuncia la Corte de Apelaciones de Santiago, al afirmar, con cita al Tribunal Constitucional español, que “(...) ha de presumirse la imparcialidad y la legitimidad de un juez para intervenir en un asunto, precisamente porque es la concurrencia de un motivo legal lo que autoriza para apartarlo del proceso, esto es, cuando su relación con las partes o con el objeto del juicio haga concluir, razonablemente, que no está en condiciones de otorgar garantías de ausencia de prejuicios o de interés. No basta que las dudas o sospechas de parcialidad “surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas... Por ello la imparcialidad del J. ha de presumirse y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas... y han de fundarse en causas tasadas e interpretadas restrictivamente sin posibilidad de aplicaciones extensivas o analógicas” (sic) (sentencia de fecha 26 de agosto de 2014, pronunciada en causa Rol N° 542-2014) (las bastardillas, mías). En la doctrina española, se lee también, con indisimulada desazón, que “tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional tienen una jurisprudencia muy estricta y reiterada en materia de abstención y recusación, de manera que únicamente es posible alegar parcialidad en los casos recogidos en el art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como causas de recusación. Ni siquiera se admiten interpretaciones extensivas de los diversos supuestos, ni tan solo de aquellos incisos en los que sería perfectamente factible una interpretación más amplia al amparo del generoso redactado de la ley (“tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”). De hecho, ese supuesto, muy alegado en la práctica, finalmente, tiene una aplicación judicial, más que marginal, decididamente marginalizada” (NIEVA, *El Sesgo Ideológico...*, ob. cit., p. 299).

89 En relación a los jueces, lo constata también ORELLANA, *Interpretación de la Garantía...*, ob. cit., págs. 45-46.

tación de los fiscales del Ministerio Público (interpretación extensiva)⁹⁰, haciéndolas lo suficientemente elásticas o permeables para captar el mayor número de casos posibles⁹¹⁻⁹². A mi juicio, esa es, y no otra, la misión que aquí cumple la *imparcialidad objetiva*.

Y entonces si, por poner un ejemplo, un fiscal profririera públicamente comentarios o declaraciones *homofóbicas*, o sea, antipáticos u odiosos hacia la población homosexual, podría estimársele inhabilitado para conocer de la causa que investiga y en la que el imputado o la víctima es, precisamente, homosexual, en virtud de la causal prevista en el n° 12 del artículo 55 de la Ley Orgánica – “tener el fiscal con alguna de las partes enemistad, odio o resentimiento que haga presumir que no se halla revestido de la debida objetividad” –, aun cuando la conducta descrita no parece estar captada “a la letra” por ella.

Lo mismo podría predicarse del caso en que un fiscal mantuviera amoríos furtivos con una persona que luego es víctima o imputada de un delito cuya investigación cae en sus manos. Si bien no hay ninguna causal que expresamente impida a dicho fiscal dirigir esa

⁹⁰ Abogando también por una interpretación “amplia” de las causas de recusación de los jueces, ORELLANA, *Interpretación de la Garantía...*, ob. cit., págs. 57-58.

⁹¹ Oberg, a propósito de las causales de implicancias y recusación de los jueces, ha señalado que: “lo importante es una interpretación flexible y, sobre todo, teleológica de las causas de implicancias y recusaciones (...), situación que no se condice con la interpretación restrictiva y rígida de las normas legales que tienen la finalidad de protegerla, y que aparece en ciertos fallos nacionales sobre la materia. Ha sido [Léase, “sería”], pues, útil incorporar a nuestro ordenamiento jurídico un motivo amplio de inhabilitación en el que pueda subsumirse cualquier hecho capaz de poner en duda la objetividad o carácter de tercero del juzgador. En otras palabras, lo que se anhela es lograr la plena confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben merecer a todos los ciudadanos” (OBERG YÁÑEZ, Héctor. “La Ajenidad del Juez”. En: *Revista Actualidad Jurídica*, N° 19, Tomo I, Santiago, Chile, Universidad del Desarrollo, 2009, p. 400). Más adelante insiste en que “la interpretación rigurosa de las causas comprendidas en los arts. 195 y 196 del C.O.T. no es la más correcta si se atiende a su finalidad: garantizar la debida imparcialidad judicial. ‘Por esta razón –citando ahora a Picó i Junoy– debería imponerse una interpretación teleológica y flexible de dichas causas que, respetando la letra de la ley, permita acoger todas aquellas circunstancias susceptibles de afectar a la imparcialidad judicial” (p. 401). Sin duda, *mutatis mutandi*, todas estas reflexiones son aplicables a las causales de inhabilitación de los fiscales del Ministerio Público.

⁹² En materia de inhabilitación de los jueces, incluso la Corte Suprema ha admitido que, a la luz de la llamada imparcialidad objetiva, los motivos de apartamiento de un juez no pueden quedar limitados a las rígidas causales de implicancia y recusación: “(...) A partir de tales pronunciamientos de la Corte Interamericana y tal como lo comenta Jauchen, se consagra el principio conceptual de que los motivos de parcialidad y en consecuencia de apartamiento del juez no se limitan a las taxativas causales de recusación enumeradas en los digestos procesales sino que también existe una variada gama de situaciones imposibles de enumerar pero que, genéricamente, aun cuando no estén expresamente previstas, configuran objetivamente motivos de apartamiento por colocar al juez o tribunal en duda sobre su imparcialidad. En este contexto, todo acusado, en resguardo de su derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, se encuentra en condiciones de reclamar la falta de dicha garantía cuando existen circunstancias externas, objetivas, que sugieren sospechas legítimas sobre la falta de prejuicios del juzgador en la solución del caso que debe resolver, sin que pese sobre el imputado la carga de demostrar que el juez, efectivamente, albergaba en su fuero interno la aspiración de una sentencia perjudicial a sus intereses. De este modo, en consonancia con las exigencias que postula la imparcialidad objetiva, todo juez respecto de quien puedan existir motivos plausibles para desconfiar de su imparcialidad debe inhibirse de conocer ese caso. De acuerdo con lo expresado precedentemente, resulta imperativo aceptar que, si bien tradicionalmente la imparcialidad del tribunal se ha tutelado por medio de las causales de implicancia y recusación, que pueden ser promovidas en forma incidental por la parte interesada o bien de oficio por el propio juzgador, una reclamación posterior a una decisión de un órgano jurisdiccional, relativa a la ausencia de este derecho esencial del debido proceso, no puede limitarse, a la luz de la denominada imparcialidad objetiva, a la rigidez de los motivos legales de inhabilitación, que han de interpretarse en relación a los principios constitucionales informadores del proceso penal” (sentencia de fecha 19 de noviembre de 2009, pronunciada en causa Rol N° 4181-2009).

investigación, lo cierto es que dicha situación, conforme se ha venido razonando, podría estimarse comprendida en el n° 11 del artículo 55 de la Ley N° 19.640 –“tener el fiscal con alguna de las partes amistad que se manifieste por actos de estrecha familiaridad”–, pues si el legislador entendió que el hecho de mantener el fiscal una amistad cercana con alguna de las partes era causal de inhabilitación, con mayor razón lo será en relación a la persona con la que en sus noches comparte la cama. Los ejemplos podrían multiplicarse.

Esta forma de proceder –a través de una interpretación amplia o extensiva de las causales de inhabilitación– pareciera ser la única forma de cautelar *a ultranza* la máxima de la imparcialidad, especialmente en su vertiente objetiva.

Por último, no está demás mencionar que, en materia de inhabilitación de los jueces, algunos autores han sugerido que otra manera de resolver el problema planteado pasaría por dar *aplicación directa* a la Constitución Política y estimar que, como la imparcialidad del tribunal forma parte del debido proceso, el respeto a esta garantía no puede quedar limitada a causales rígidas⁹³. Y entonces si, desde este punto de vista, estimamos que la imparcialidad del fiscal integra también el debido proceso, en su modalidad de “investigación racional y justa” (artículo 19 N° 3 inc. 6° de la Carta Política), sería posible replicar aquí el mismo razonamiento.

VII. EXCURSO: EL PROBLEMA DE LA INHABILIDAD DE LOS FISCALES POR SESGO IDEOLÓGICO

El acápite anterior conecta con un último problema que, en materia de recusación de los jueces, ha llamado especialmente la atención de la doctrina, y que por estas líneas pretendo abordar, aunque someramente, desde el punto de vista de los fiscales del Ministerio Público.

Sobre ello digamos de entrada que es inconcebible que un fiscal, como la mayoría de los hombres, no tenga (o no pueda tener) ideología, entendiendo por esta “el conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona”⁹⁴. Es que, en efecto, la imparcialidad del fiscal, que aquí hemos defendido, no puede llegar al punto de impedirle pensar libremente aquello que considere adecuado sobre la economía, la sociedad, la política o la cultura en general, o sobre los más diversos aspectos de la vida.

En consecuencia, un fiscal no puede ser inhabilitado simplemente por su ideología, sea la que fuere, porque ejecutar una decisión así –como bien recuerda Nieva, para el campo de los jueces– “equivaldría cortar el libre pensamiento, lo que no es más que una forma

⁹³ Vid. BORDALÍ, *El Derecho Fundamental...*, ob. cit., págs. 74-75; y OBERG, *La Ajenidad...*, ob. cit., p. 400.

⁹⁴ ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 82.

inaceptable de dictadura”⁹⁵.

Ahora bien, es igualmente claro que la ideología de un fiscal no puede lastrarle en su función persecutora ni en el ejercicio de la acción penal, pues sus únicas ataduras ideológicas deben ser los mandatos del ordenamiento jurídico⁹⁶. No sería extraño, pues, si fuera el caso, que las “partes” llegaran a desconfiar cuando les embarga la sensación de que el persecutor posee una orientación ideológica especialmente marcada, que puede influir en sus decisiones⁹⁷. Entonces, ¿qué ocurre si un fiscal, particularmente sesgado ideológicamente, dirige la investigación o ejerce la acción penal en un caso relacionado con esa ideología?

Es obvio que la cuestión del sesgo ideológico entra de lleno en el tema de las apariencias (imparcialidad objetiva)⁹⁸. Siendo así, creo que, de existir alguna duda legítima acerca de la influencia de la ideología del fiscal sobre el caso que se investiga, este debiera ser apartado del asunto⁹⁹. Pero para ello, como es natural, será necesario que el fiscal *exprese o manifieste* su pensamiento, de cualquier manera, de modo tal que su ideología pueda ser *conocida de forma ostensible y objetiva*, pues, como ya se dijo, no se trata aquí de invadir la esfera íntima de cada fiscal, ámbito del espíritu donde legítimamente puede permanecer cualquier clase de pensamiento¹⁰⁰.

En cuanto a la causal que podría albergar este tipo de situaciones, sabemos que el sesgo ideológico no está recogido, como tal, expresamente como causa de inhabilitación de los fiscales. Sin embargo, y siendo consecuente con lo expresado en el epígrafe anterior, la solución pasará, a mi juicio, por interpretar *extensivamente* la causal de inhabilitación más atingente a este tipo de situaciones, como podría ser la prevista en el n° 12 del artículo 55 –“tener el fiscal con alguna de las partes enemistad, odio o resentimiento que haga presumir que no se halla revestido de la debida objetividad”–¹⁰¹ o, incluso, la del n° 1 del mismo

95 Cfr. NIEVA, *El Sesgo Ideológico...*, ob. cit., p. 296.

96 Cfr., aunque *mutatis mutandi*, NIEVA, *El Sesgo Ideológico...*, ob. cit., p. 295.

97 Cfr. NIEVA, *El Sesgo Ideológico...*, ob. cit., p. 295.

98 NIEVA, *El Sesgo Ideológico...*, ob. cit., p. 301.

99 Así también, para el caso de los jueces, NIEVA, *El Sesgo Ideológico...*, ob. cit., p. 298.

100 Respecto de la función jurisdiccional, Nieva ha destacado que: “Un juez cuya ideología trascienda más allá de su esfera privada, si la misma tiene que ver directamente con el asunto en cuestión que debe juzgar, sin duda no es un juez imparcial. Existe una posibilidad excesivamente grande de que en su sentencia intente imponer los postulados de su pensamiento, y por ello es mejor que una vez que esa ideología, claramente expresada, sea conocida, se aparte del conocimiento del asunto”. Más adelante agrega que “lo difícil es determinar el grado de implicación ideológica del juez. Asísumase que, para el mundo del Derecho, y respetando siempre lo que debe ser la libertad de opinión de todas las personas, también de los jueces, el control de la existencia de ese sesgo solamente puede ejercerse si el juez realiza una exposición pública de su ideología en términos diáfanos, sin ninguna clase de reserva. A partir de ese momento, si el juez debe juzgar un asunto relacionado con esa ideología que tuvo a gala públicamente, si queremos conservar una imagen aparenicial de imparcialidad en el juzgador, no habrá otro remedio que apartarlo del proceso”. NIEVA, *El Sesgo Ideológico...*, ob. cit., págs. 301 y 307.

101 Desde la óptica judicial, Bordalí afirma que el único precepto del COT que “podría dar relativa cabida a situaciones tales como que un juez forme parte de una determinada organización religiosa, a que aquel manifieste en la causa comen-

artículo –“tener el fiscal parte o interés en el caso de cuya investigación se trate–”¹⁰².

CONCLUSIONES

El fundamento de las causales de inhabilitación de los fiscales del Ministerio Público se halla en el principio de *imparcialidad*, que no en el de objetividad, sin perjuicio de que ambas máximas les resultan exigibles, en sus respectivos campos de acción. Este colofón representa el corazón de este trabajo, y de él dimanarán las consecuencias siguientes:

Los fiscales del Ministerio Público, en tanto izan la bandera del interés público en su labor de persecución penal, deben atender *ambas* vertientes del principio de imparcialidad, esto es, la llamada imparcialidad subjetiva y objetiva.

Por consiguiente, un persecutor penal no solo debe ser, en efecto, imparcial, sino también parecerlo.

En la inteligencia de las causales de inhabilitación de los fiscales, la voz “parte”, de que se vale el legislador en la mayoría de ellas, debe entenderse con generosidad, como sinónimo de “intervinientes”, y en cuanto a su alcance, no obstante tratarse de causales cerradas (*numerus clausus*), su interpretación debe ser extensiva, única manera de cautelar a ultranza el principio de imparcialidad.

tarios sexistas o racistas o que haya manifestado de cualquier modo una cierta inclinación política, es el artículo 196 N° 15, que establece como causa de recusación: “Tener el juez con alguna de las partes enemistad, odio o resentimiento que haga presumir que no se halla revestido de la debida imparcialidad” (BORDALI, *El Derecho Fundamental...*, ob. cit., p. 275).

102 Siempre en materia de impicancia y recusación de jueces, Romero afirma que “la única inhabilitación que podría permitir intentar este control [del sesgo ideológico] es la relativa al ‘interés personal’ del juez, naturalmente que fundada en elementos externos objetivos (art. 195 N° 1 COT)”. ROMERO, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 82.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. ANGULO ARENA, Pedro. “La Imparcialidad del Fiscal”. En: HURTADO POZO, José (Dir.), *Ministerio Público y Proceso Penal. Anuario de Derecho Penal 2011-2012*, Perú-Suiza, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad de Friburgo, s/f.
2. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “El Derecho Fundamental a un Tribunal Independiente e Imparcial en el Ordenamiento Jurídico Chileno”. En: *Revista de Derecho*, N° XXXIII, 2do semestre, Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009.
3. CASARINO VITERBO, Mario. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, Tomo I.
4. CASTRO JOFRÉ, Javier. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2017.
5. CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Manuel del Sistema de Justicia Penal*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2009.
6. DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO RAMÍREZ, Cristian. *Proceso Penal*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2019.
7. ECHEVERRÍA RAMÍREZ, Germán. “Imparcialidad del Tribunal Oral en lo Penal: tras la Conquista de la Garantía”. En: *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1, Valdivia, Chile, Universidad Austral de Chile, 2010.
8. HORVITZ LENNON, María Inés, “La Imparcialidad del Tribunal en el Proceso Penal”. En: *Revista de Estudios Judiciales*, N° 6, Santiago, Chile, Der Ediciones e Instituto de Estudios Judiciales, 2020.
9. PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2001.
10. MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2012, Tomo I.
11. MONTERO AROCA, Juan. “La Imparcialidad Judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Tomo IX, Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, Primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008.
12. NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. *Derecho procesal Penal Chileno*. Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2018, Tomo I.
13. NIEVA FENOLL, Jordi. *La Valoración de la Prueba*. Madrid, España, Marcial Pons, 2010.
14. NIEVA FENOLL, Jordi. “El Sesgo Ideológico como causa de Recusación”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, Talca, Chile, Universidad de Talca, 2012.
15. NÚÑEZ OJEDA, Raúl. “La Imparcialidad Objetiva del Juzgador Penal y el Principio Acusatorio (el Caso Español)”. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo XCV, N° 1, Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1998.
16. NÚÑEZ ODEJA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro. *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*. Primera edición, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2013.
17. NÚÑEZ VÁSQUEZ, J. Cristóbal. *Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral*. Primera edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, Tomo I.
18. OBERG YÁÑEZ, Héctor. “La Ajenidad del Juez”. En: *Revista Actualidad Jurídica*, N° 19, Tomo I, Santiago, Chile, Universidad del Desarrollo, 2009.
19. OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Apuntes de Derecho Procesal Penal 1*. Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2020.

20. ORELLANA SOLARI, Nicolás. “Interpretación de la Garantía de Imparcialidad Judicial por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su Consagración en Chile y Algunas Dificultades de la Inhabilitación de los Jueces de Garantía y Jueces del Tribunal Oral en lo Penal, Cuando se Pretenden Ejercer los Mecanismos de Control de Dicha Garantía”. En: *Anuario 2013*, Santiago, Chile, Instituto de Estudios Jurídicos de la Universidad San Sebastián, 2013.
21. OTERO LATHROP, Miguel. *El Ministerio Público. Reforma Constitucional y Ley Orgánica Constitucional*. Santiago, Chile, LexisNexis, 2002.
22. PASTENE NAVARRETE, Paula. “El Principio de Objetividad en la Función Persecutora del Ministerio Público”. En: *Cuadernillos del Tribunal Constitucional*, N° 63, Santiago, Chile, Tribunal Constitucional, 2016.
23. ROMERO SEGUÉL, Alejandro. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2009, Tomo II.
24. ROMERO SEGUÉL, Alejandro. “La Independencia e Imparcialidad en la Justicia Arbitral”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 3, Santiago, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001.
25. SALDAÑA SERRANO, Javier. *Ética del Ministerio Público. Virtudes Ministeriales*. Azcapotzalco, México, Editorial Flores - Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
26. STOEHLER MAES, Carlos. *De las Disposiciones Comunes a todo Procedimiento y de los Incidentes*. Sexta edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
27. VÁSQUEZ ROSSI, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2011, Tomo II.

JURISPRUDENCIA CITADA

Jurisprudencia de la Corte Suprema y de Cortes de Apelaciones

- Sentencia de la Corte Suprema, 04 de julio de 2018, causa Rol N° 10.637-2018.
- Sentencia de la Corte Suprema, 19 de noviembre de 2009, causa Rol N° 4181-2009 (queja).
- Sentencia de la Corte Suprema, 29 de enero de 2015, causa Rol N° 29.359-2014.
- Sentencia de la Corte Suprema, 12 de julio de 2007, causa Rol N° 2426-2007.
- Sentencia de la Corte Suprema, 08 de junio de 2011, causa Rol N° 4.003-2011.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 07 de noviembre de 2016, causa N° 2567-2016 (Familia).
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, 17 de junio de 2016, causa Rol N° 161-2016 (Familia).
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 07 de junio de 2019, causa Rol N° 280-2019 (Penal).
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 18 de junio de 2020, causa Rol N° 281-2020 (Penal).
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de agosto de 2014, causa Rol N° 542-2014.

Jurisprudencia de la Corte IDH

- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de julio de 2004. Serie C n° 107, párr. 170.
- Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C n° 239, párr. 189 y 234.

- Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de agosto de 2008, Serie C n° 182, párr. 56.
- Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes miembros activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n° 279, párr. 208;
- Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C n° 203, párr. 233.
- Corte IDH. Caso Acosta y otros vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C n° 334, párr. 172.

Dictámenes de la Contraloría General de la República

Contraloría General de la República, 05 de mayo de 2011, Dictamen N° 28.088.

Otras fuentes de consulta

Código de Ética del Ministerio Público (2021). Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/etica2020.pdf>

**UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN**

CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA QUERRELLA DE CAPÍTULO

Hernán Fernández Aracena¹

I. INTRODUCCIÓN

La querrela de capítulos es una institución procesal de larga data, establecida en el Código de Procedimiento Penal² desde 1906, la que tuvo que ser adaptada al nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, siendo regulada en los artículos 424 y siguientes del Código Procesal Penal, oportunidad en la que se legisló sobre ella, sin olvidar que la Constitución Política de la República tiene referencias respecto a la forma de privar de libertad a los jueces y fiscales del Ministerio Público. En este artículo revisaremos su configuración desde esta perspectiva con la finalidad de proponer una interpretación que nos ayude a superar algunos vacíos normativos y dudas que destacaremos más adelante.

Este antejuicio obliga respecto de ciertas autoridades que, para proseguir su investigación, deba existir previamente un pronunciamiento de un tribunal superior, quien conocerá los antecedentes recopilados buscando verificar la seriedad de la indagación penal a fin de descartar que se estuviere frente a una mera persecución en contra del funcionario imputado contra quien se pudiere tener un simple interés de afectar las funciones que desempeña.

Este privilegio procesal de jueces, fiscales judiciales y fiscales del Ministerio Público respecto de los delitos ministeriales que pudieren cometer, encuentra su fundamento en la protección de la importante función que cumple cada uno de ellos. Por esas valiosas funciones se hace necesario despejar y desestimar las denuncias o querellas penales que se interpongan en contra de estos funcionarios con fines meramente instrumentales, en la medida que se trate de acciones infundadas o poco serias que intenten afectar la labor jurisdiccional o investigativa desempeñada por los capitulados. En otras palabras, el

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

² La querrela de capítulos se contemplaba en el título V del libro III del Código de Procedimiento Penal, en sus artículos 668 a 682.

antejuicio permitirá desestimar aquellos casos en que se intente, utilizar una investigación penal en contra de estos funcionarios casi como una estrategia de defensa o litigación ante el trabajo que realizan.

En rasgos generales, la querrela de capítulos cumple un rol similar al trámite de desafuero respecto de los parlamentarios, con diferencias especialmente sobre su alcance, de forma que en lo procesal sus reglas o estándares son muy parecidos, por lo que para la interpretación sistemática de esta institución podremos tener en cuenta los desarrollos que la doctrina y jurisprudencia ha realizado sobre ambos antejuicios, respecto de lo cual profundizaremos en este artículo.

II. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL

A nivel constitucional se ha tenido en consideración que la función que cumplen los jueces, requiere para su correcto ejercicio el que puedan obrar con la debida independencia, y en el caso de los fiscales del Ministerio Público, que puedan actuar con autonomía, razones por las cuales se ha consagrado que en el caso que deban ser aprehendidos, se garantice una autorización judicial previa. Por ello, el artículo 81 de la Constitución Política de la República establece que *“Los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los fiscales judiciales y los jueces letrados que integran el Poder Judicial, no podrán ser aprehendidos sin orden del tribunal competente, salvo el caso de crimen o simple delito flagrante y sólo para ponerlos inmediatamente a disposición del tribunal que debe conocer del asunto en conformidad a la ley”*, lo cual es aplicable a los fiscales del Ministerio Público conforme a lo dispuesto en el artículo 90 de la Carta Fundamental³.

Esa norma es bastante diferente de aquella que se refiere al fuero parlamentario, en que el artículo 61 incisos segundo y tercero de la Constitución Política señala que: *“Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema. En caso de ser arrestado algún diputado o senador por delito flagrante, será puesto inmediatamente a disposición del Tribunal de Alzada respectivo, con la información sumaria correspondiente. El Tribunal procederá, entonces, conforme a lo dispuesto en el inciso anterior”*.

La primera diferencia que salta a la vista, es que el fuero de los parlamentarios los protege en dos escenarios, esto es, que no pueden ser **“acusados”** sin desafuero, lo que permite en

³ El artículo 90 de la Constitución Política de la República establece: “Artículo 90.- Se aplicará al Fiscal Nacional, a los fiscales regionales y a los fiscales adjuntos lo establecido en el artículo 81”.

principio realizar una completa investigación en su contra sin que sea necesario acudir a este antejuicio, salvo que se requiera “**privar de libertad**” al aforado, en cuyo caso pasamos al segundo momento que la normativa constitucional considera como procedente para la realización de este antejuicio. En cambio, respecto a jueces y fiscales la Carta Fundamental solo alude a la privación de libertad.

Es llamativo además, que en el caso de los parlamentarios la norma constitucional aluda al tribunal que estima competente para dar la autorización de haber lugar a formar causa, por cuanto ordena que ella la realizará un tribunal de alzada, es decir la Corte de Apelaciones respectiva, explicitando que podrá apelarse dicha resolución para ante el máximo tribunal, la Corte Suprema. En cambio, en la norma de los artículos 81 y 90 solo se refiere genéricamente a un “tribunal competente” o al “tribunal que debe conocer del asunto en conformidad a la ley”, de modo que no contempla un estándar de que un tribunal superior de justicia pudiera tener que obligatoriamente conocer del asunto, entregando dicha decisión a la ley.

Ello ha llevado a plantear a alguna doctrina, que la regulación de la Carta Fundamental apunta a las hipótesis en que la detención es ordenada por una autoridad diferente de los jueces, basados en el estudio de la historia del establecimiento de la Constitución de 1980. Así, el profesor José Luis Cea ha dicho que se puede inferir del examen de la historia fidedigna que “*la preocupación primordial de la Corte Suprema y de su Presidente fue garantizar a los jueces, con el fuero judicial, su independencia e imparcialidad, más que nada en relación con las medidas que pudiera adoptar la autoridad política hallándose el país, o parte de él, bajo el imperio de uno o más de los estados de excepción. Para satisfacer esa inquietud se dictaron las normas de los artículos 41 N°7 y 78*”⁴, por ello no se trató de una regulación similar a la del fuero parlamentario.

La norma citada por el profesor Cea, la del entonces numeral 7° del artículo 41 de la Constitución (hoy derogado), señalaba que en los casos de estados de excepción constitucional no se podía adoptar medidas de restricción de privación de libertad en contra de diversas autoridades entre ellas, los jueces⁵. Luego la norma del artículo 78 que es actualmente la regla del artículo 81 que estamos comentando, impide la privación de libertad de un juez sin previa orden judicial, de allí que la relación entre ambas normas, avalan la conclusión referida a su génesis, esto es, que la protección procesal nace para

4. CEA EGAÑA, José Luis, en informe en derecho publicado por el Fiscal Nacional Guillermo Piedrabuena Richard mediante Oficio FN N° 148, de fecha 20 de abril de 2021, página 8.

5 El artículo 41 N° 7 de la Constitución Política de la República disponía: “7°.- Las medidas que se adopten durante los estados de excepción no podrán prolongarse más allá de la vigencia de dichos estados.

En ningún caso las medidas de **restricción y privación de la libertad** podrán adoptarse en contra de los parlamentarios, de los jueces, de los miembros del Tribunal Constitucional, del Contralor General de la República y de los miembros del Tribunal Calificador de Elecciones” (destacados son nuestros).

cautelar a los jueces de una orden de detención emanada de una autoridad administrativa. A similar conclusión llega el profesor Núñez, quien sostiene que la protección del artículo 78 (hoy 81) alcanza a las órdenes de aprehensión “*expedidas por jueces carentes de jurisdicción criminal o incompetentes en razón de la materia o del territorio, como igualmente cuando procedieren de autoridades administrativas con facultades para arrestar, pero no cuando emanaren del tribunal competente que señale la ley o correspondan a un hecho punible sorprendido in fraganti*”⁶.

Hace sentido esta interpretación, considerando que la querrela de capítulos es un privilegio procesal que altera la igualdad ante la ley, de modo que sus alcances deben extenderse de modo acotado y en estricto apego a la normativa. Esta conclusión es compartida por el Tribunal Constitucional, que ha señalado respecto del desafuero que “*no corresponde al intérprete extender estos privilegios en desmedro de la igualdad ante la ley y la justicia, pues excepciones como la del fuero, por justificadas que sean, requieren -precisamente por su carácter de privilegios- de norma expresa que las establezca, pues son de derecho estricto*”⁷.

El legislador entonces, y no el constituyente, es quien ha establecido un antejuicio especial, para proteger la función judicial y la del Ministerio Público, tanto para evitar su acusación como su privación de libertad, al regular la querrela de capítulos para las investigaciones que se realicen en su contra solamente por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, por los fundamentos que en adelante se reseñarán.

III. FUNDAMENTOS DEL ANTEJUICIO

Esta protección constitucional se concretiza por la ley en la querrela de capítulos. En esta perspectiva, la doctrina interpreta que “*El legislador con la finalidad de garantizar una mínima independencia, autonomía, objetividad e imparcialidad en el ejercicio de las funciones que corresponden a los jueces, fiscales judiciales y fiscales del Ministerio Público frente a acusaciones infundadas, es que concibe y establece el antejuicio denominado querrela de capítulos*”⁸.

También se ha justificado que “*Esta institución pretende velar por el prestigio de la función*

6 NÚÑEZ VÁSQUEZ, Juan Cristóbal. *Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, Abril de 2009, p. 476.

7 Considerando 9° de la sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional en causa Rol 736-07 de fecha 29 de noviembre de 2007.

8 DORN GARRIDO, Carlos. “Reflexiones sobre la querrela de capítulos en el Nuevo Código Procesal Penal”. En: *Revista de Derecho del CDE*, N°10, Santiago, Chile, Consejo de Defensa del Estado, diciembre de 2003, p. 161.

*o poder judicial, resguardándola de las pasiones, ignorancia o represalias de los justiciables*⁹. Aunque se reconoce que “*Lo peligroso es que se utilice en ella un excesivo rigor probatorio, o que se haga primar el espíritu de cuerpo, considerando que el encausado y quienes han de examinar su conducta pertenecen a uno mismo*”¹⁰.

Lo anterior ha sido también recogido en la jurisprudencia. Así, encontramos que “*La querrela de capítulos tiene por fundamento amparar a los jueces de acusaciones injustas, carentes de seriedad, y sólo cuando se haya declarado que los capítulos de la formalización formulados son constitutivos de delitos y están establecidos, se les declarara admisibles y podrá comenzar el verdadero juicio criminal contra el juez acusado*”¹¹.

En otra sentencia, y citando doctrina, se alude a que la querrela de capítulos consiste en “*una manifestación escrita y fundada por medio de la cual se formulan cargos o acusaciones criminales a los funcionarios que el artículo citado individualiza, tratándose de delitos ministeriales, y no de delitos comunes, los que se someten a la normativa procesal penal general. Este trámite configura una garantía de que los jueces van a tener un antejuicio que los proteja de acusaciones ligeras o sin fundamento, por delitos inexistentes, que se les atribuyan como cometidos en el ejercicio de sus funciones. (Núñez Vásquez Juan Cristóbal, Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral, Editorial Jurídica de Chile, Abril de 2009, pp. 473-482)*”¹².

Recientemente, nuestro máximo tribunal, en el pronunciamiento de una querrela de capítulos en la investigación dirigida en contra de un fiscal del Ministerio Público, se hizo referencia a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, señalando que “*es importante considerar que en el Congreso Nacional se discutió la posibilidad de suprimir este antejuicio por tratarse de una institución de escasa aplicación, sin embargo, esta Corte Suprema fue de opinión de mantenerla porque ella configura solo una garantía para, entre otros, los Fiscales del Ministerio Público, quienes van a tener la oportunidad procesal de ser protegidos de acusaciones ligeras o sin fundamentos por delitos inexistentes que se les atribuyan como cometidos en el ejercicio de sus funciones, acusaciones a las que, con cierta frecuencia, podrían verse expuestos*”¹³.

9 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Delitos contra la función pública*. 2ª edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 191.

10 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 191.

11 Considerando quinto de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica, de fecha 18 de mayo de 2012, en querrela de capítulos Rol N° 124-2012, confirmada por la Excma. Corte Suprema en fallo de fecha 12 de junio de 2012, Rol N° 4.116-2012.

12 Considerando primero de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 27 de junio de 2014, en querrela de capítulos Rol N° 311-2014, confirmado por Corte Suprema en fallo de fecha 31 de julio de 2014, Rol N° 21.395-14.

13 Considerando segundo de sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 19 de agosto de 2020, en querrela de capítulos Rol N° 72.030-2020.

IV. ALCANCES

A diferencia del fuero parlamentario que protege a los aforados en la eventualidad que cometieren cualquier crimen o simple delito, el alcance de la querrela de capítulos es más limitado, lo que se puede apreciar en la primera norma que lo regula, como es el artículo 424 Código Procesal Penal¹⁴ en la que acota su ámbito a las infracciones penales “*que hubieren ejecutado en el ejercicio de sus funciones*”, es decir a los denominados delitos ministeriales.

Lo anterior pese a que la norma constitucional del artículo 81 pareciera estar redactada en forma genérica y como precedente para delitos comunes y ministeriales. Pero como vimos, el resguardo estaba pensado respecto a las detenciones realizadas básicamente por autoridades administrativas, de modo que la detención de un capitulado ordenada por un juez de garantía competente a petición de un fiscal en un delito común cumpliría con el estándar del artículo 81 de la Carta Fundamental. En cambio, para el caso de un delito ministerial, ha sido la ley la que ha otorgado este privilegio procesal, tanto en el Código Orgánico de Tribunales, la Ley Orgánica del Ministerio Público¹⁵ y en las reglas del Código Procesal Penal que estamos analizando.

La limitación de este antejuicio estuvo presente durante la discusión parlamentaria del Código Procesal Penal, en donde hubo lugar a debate respecto al alcance de esta protección y en donde se aclaró que “*la querrela de capítulos tiene por finalidad hacer efectiva la responsabilidad criminal de los jueces y fiscales por actos que hubieren ejecutado en el ejercicio de sus funciones e importaren una infracción penada por la Ley. Se trata, por lo tanto, de delitos ministeriales, o sea no rige para los delitos comunes, como sucede con el fuero que tienen los parlamentarios y los intendentes y gobernadores. Se observó que había una diferencia central. La querrela de capítulos se refiere solo a los delitos ministeriales y los fueros se refieren a todos los delitos. O sea, los jueces no tienen fuero por los delitos comunes. Los diputados y senadores si lo tienen, así como los intendentes y gobernadores. El*

¹⁴ El artículo 424 del Código Procesal Penal dispone: “*Objeto de la querrela de capítulos. La querrela de capítulos tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad criminal de los jueces, fiscales judiciales y fiscales del ministerio público por actos que hubieren ejecutado en el ejercicio de sus funciones e importaren una infracción penada por la ley*”.

¹⁵ Las normas atinentes son:

- Artículo 328 del Código Orgánico de Tribunales que dispone: “*Ninguna acusación o demanda civil entablada contra un juez para hacer efectiva su responsabilidad criminal o civil podrá tramitarse sin que sea previamente calificada de admisible por el juez o tribunal que es llamado a conocer de ella*”.

- Artículo 46 de la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público que dispone: “*Presentada una denuncia en contra de un fiscal del Ministerio Público por su presunta responsabilidad en un hecho punible, o tan pronto aparezcan antecedentes que lo señalen como participe en un delito, corresponderá dirigir las actuaciones del procedimiento destinado a perseguir la responsabilidad penal:*

a) *Del Fiscal Nacional, al Fiscal Regional que se designe mediante sorteo, en sesión del Consejo General, la que será especialmente convocada y presidida por el Fiscal Regional más antiguo;*
 b) *De un Fiscal Regional, al Fiscal Regional que designe el Fiscal Nacional, oyendo previamente al Consejo General, y*
 c) *De un fiscal adjunto, al Fiscal Regional que designe el Fiscal Nacional.*

Tratándose de delitos cometidos por un fiscal en el ejercicio de sus funciones, el fiscal a cargo de la investigación deducirá, si procediere, la respectiva querrela de capítulos, conforme a las disposiciones de la ley procesal penal”.

*ámbito es distinto..."*¹⁶ (los destacados son nuestros).

En el mismo sentido fue la opinión de la Corte Suprema cuando fue consultada durante la tramitación legislativa, quienes manifestaron que este antejuicio *"configura sólo una garantía de que los jueces y ahora también los fiscales del Ministerio Público van a tener un antejuicio que los proteja de acusaciones ligeras o sin fundamentos por delitos inexistentes que se les atribuyan como cometidos en el ejercicio de sus funciones"*¹⁷.

En la doctrina se comparte que la querrela de capítulos cumple el rol de un fuero, pero *"de alcances limitados pues solamente ampara a los jueces, fiscales judiciales y fiscales del Ministerio Público en el ámbito propio de su responsabilidad penal ministerial quedando excluidos, por tanto, la responsabilidad derivada de la comisión de delitos comunes como ocurre en el caso de los parlamentarios"*¹⁸. Otros autores ratifican esta conclusión cuando han indicado que *"a diferencia del fuero, que procede respecto de toda clase de delitos, la querrela de capítulos se refiere sólo a los delitos ministeriales. "O sea, los jueces no tienen fuero por los delitos comunes"*¹⁹.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia también se ha pronunciado respecto al alcance de la querrela de capítulos, en términos similares a los antes referidos. En concreto se ha fallado que *"no cualquiera infracción penal cometida por los funcionarios a que la norma alude requiere de la autorización previa para procesar que constituye la querrela de capítulos, puesto que ella ha sido concebida para proteger la actividad jurisdiccional de las eventuales interferencias deliberadamente dirigidas por terceros en contra de su ejercicio"*²⁰.

De modo que si los hechos investigados como presuntivamente punibles no integran el conjunto de infracciones de carácter ministerial que hacen necesaria la declaración de admisibilidad, los imputados deben quedar *"sujetos a las normas generales y ordinarias de procesabilidad criminal"*²¹.

En otras palabras, se ha fallado que *"no en todos los casos se exige la presentación de una querrela de capítulos en contra de un juez, sino que solamente en aquellas cuya responsabilidad*

¹⁶ Cita de la Cámara de Diputados en PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Código Procesal Penal, anotado y concordado*. 2ª edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 651.

¹⁷ PFEFFER URQUIAGA, ob. cit., p. 651.

¹⁸ DORN GARRIDO, ob. cit., p. 162.

¹⁹ MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición, Santiago, Chile, Editorial Librotecnia, 2017, Tomo II, p. 1407.

²⁰ Considerando segundo de sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 24 de noviembre de 1994, en querrela de capítulos Rol N° 123.937, no modificada por la Excma. Corte Suprema en fallo de fecha 25 de mayo de 1995, Rol N° 6.094.

²¹ Considerando tercero de sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 24 de noviembre de 1994, Rol N° 123.937, antes mencionada.

criminal emane de actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones que importaren una infracción penada por la ley, y como ya se dijo, la norma constitucional define, en general, como toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones”²². Hay varias sentencias que apuntan en este sentido²³.

V. TRAMITACIÓN DE LA QUERRELLA DE CAPÍTULO

En el escrito mediante el cual se interpone este antejuicio, se deberán especificar los capítulos de la acusación, en una alusión a los delitos investigados, así como se indicarán los hechos que constituyeren la infracción de la ley penal cometida por el funcionario capitulado, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 425 inciso segundo del Código Procesal Penal.

En cuanto a la ***oportunidad procesal*** que se requiere para su presentación, la ley distingue dos momentos, siguiendo en ello la regulación del desafuero y las oportunidades que la Carta Fundamental menciona respecto de los parlamentarios, como son la acusación y la privación de libertad, y no toma en consideración inmediata lo dispuesto en los artículos 81 y 90 que, como vimos, solo relevan el resguardo de una afectación de la libertad del juez o fiscal, y no se refiere a la presentación de la acusación. El legislador en este punto simplemente decidió dar un tratamiento igualitario al desafuero y a la querrela de capítulos.

De allí que los razonamientos del Tribunal Constitucional, respecto a la oportunidad para solicitar el desafuero, pueden ser aplicables, *mutatis mutandi*, a este antejuicio, cuando ha señalado que *“lo que el inciso segundo del artículo 61 de la Carta Fundamental prohíbe mientras la Corte de Apelaciones respectiva en pleno no apruebe previamente el llamado*

²² Considerando séptimo de sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Copiapó, de fecha 21 de marzo de 2006, en querrela de capítulos Rol N° 39-06, confirmado por la Excma. Corte Suprema en fallo de fecha 25 de abril de 2006, Rol N° 1.565-2006.

²³ Existen varias sentencias que abordan el alcance de la Querrela de Capítulos. Así encontramos:

- Considerando único de sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, de fecha 26 de noviembre de 2011, en querrela de capítulos Rol N° 125-2011, que indica *“...por una parte, los sucesos imputados a la referida Juez ocurrieron con anterioridad a su nombramiento como tal, hecho producido el 3 de febrero de 2009, y, por otra parte, que el fuero contemplado en las normas resulta aplicable sólo para delitos ministeriales, esto es, cometidos durante su ejercicio, cuyo no es el caso, razones por las que SE REVOCA la resolución apelada dictada en audiencia de cuatro de noviembre pasado, que rechaza la medida cautelar solicitada respecto de doña Antonella Sciaraffia Estrada, por considerar necesaria una querrela de capítulos, DECLARÁNDOSE que tal diligencia es improcedente, debiendo el Juez que corresponda pronunciarse sobre la cautelar peticionada, previo debate”*.
- Considerando cuarto de sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 9 de enero de 2012, en querrela de capítulos Rol N° 1100-2011 que señala: *“CUARTO: Que cabe considerar que, no en todos los casos se exige la presentación de una querrela de capítulos en contra de un juez, sino que solamente en aquellos cuya responsabilidad criminal emane de actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones que importen una infracción penada por la ley, y que la norma constitucional define, en general, como toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones”*.
- Considerando cuarto de sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica de fecha 18 de mayo de 2012, en querrela de capítulos Rol N° 124-2012, confirmada por la Excma. Corte Suprema en sentencia de fecha 12 de junio de 2012, Rol N° 4.116-2012, que indica: *“Cuarto: Que, en consecuencia, la querrela de capítulos en contra de un juez, solamente se exige como requisito previo para perseguir su responsabilidad criminal emanada de actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones que importen una infracción penada por la ley”*.

“desafuero” del parlamentario, son dos actuaciones precisas y determinadas: acusar y privar de libertad. Si la Carta Fundamental exige la gestión previa del desafuero para practicar esas dos actuaciones procesales, resulta claro que no las exige para otras. Frente a las restantes actuaciones del proceso penal, como puede ser la formalización, el parlamentario no goza de inmunidad o fuero. Ante tan claro lenguaje constitucional, no corresponde al intérprete extender estos privilegios en desmedro de la igualdad ante la ley y la justicia, pues excepciones como la del fuero, por justificadas que sean, requieren -precisamente por su carácter de privilegios- de norma expresa que las establezca, pues son de derecho estricto”²⁴. Este razonamiento permite descartar por ejemplo, que se necesite levantar el privilegio procesal para realizar una formalización tal como lo señala explícitamente el Tribunal Constitucional, o bien para solicitar una medida cautelar real, o para realizar cualquier diligencia durante la etapa de investigación, en la medida que ninguna de esas actuaciones afecta la libertad personal del capitulado y no se relacionan con el ejercicio de la acción penal concretizado en la respectiva acusación.

De esta forma, el inciso primero del artículo 425 del CPP dispone que se debe presentar la querrela de capítulos una vez que se haya cerrado la investigación y para el caso en que el fiscal “estimare que procede formular acusación por crimen o simple delito contra un juez, un fiscal judicial o un fiscal del ministerio público”. La segunda oportunidad que contempla la ley, es aquella que puede ocurrir durante la etapa de investigación, y en la medida que las necesidades de ella hagan necesaria la solicitud de medidas cautelares personales en contra del capitulado.

La solicitud al cierre de la investigación tiene una complejidad que no ha sido resuelta por la normativa, la que se relaciona con que el término para interponer la acusación ante el respectivo tribunal de garantía, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 248 letra b) del Código Procesal Penal, ya que no se suspende con la interposición de la querrela de capítulos ante la Corte de Apelaciones que corresponda. Existirá entonces una duplicidad de procedimientos ante tribunales de distinta jerarquía y la ley no dispuso expresamente que el proceso ante el juzgado de garantía debiera esperar el resultado del antejuicio tramitado ante su superior jerárquico para proseguir la tramitación.

En la práctica se ha visto como una posible solución pedir una orden de no innovar ante la Corte de Alzada a fin de suspender la tramitación ante el tribunal de garantía, o incluso, pedirle al mismo juez inferior que paralice el avance del procedimiento hasta que no exista pronunciamiento sobre la querrela de capítulos. En ambos casos se ha visto que tras el cierre de la investigación, y dentro del plazo de 10 días, se interponen, casi simultáneamente, tanto

²⁴ Considerando noveno de sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional de fecha 29 de noviembre de 2007 en causa Rol N° 736-07.

el antejuicio como la acusación ante las sedes que corresponden, y que el tribunal inferior termina dándole curso progresivo a los autos solo una vez que recibe la notificación de la Corte de Apelaciones que se encuentra ejecutoriada la resolución sobre la procedencia o no de la querrela de capítulos.

La otra oportunidad que brinda el legislador para interponer este antejuicio, es aquella que ocurre durante la etapa de investigación para los efectos de poder solicitar “medidas cautelares” personales en contra del capitulado conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 425 del CPP. Es evidente que la prisión preventiva y las medidas cautelares personales del artículo 155 están comprendidas dentro de la norma pues la referencia es directa. La duda pudiera surgir respecto de la detención y la citación, para lo cual es necesario entender la finalidad del antejuicio, que en el caso de los capitulados se establece para los efectos de proteger su libertad personal. La detención, que si bien puede tener la naturaleza de cautelar, también es factible que se trate de una medida de apremio, como por ejemplo, cuando se dicta por la incomparecencia de un imputado a una audiencia. Lo cierto es que para estos efectos, la detención en cualquiera de sus modalidades es claro que restringiría la libertad del capitulado y por ello se requeriría, previo a ejecutar la diligencia, haber obtenido el alzamiento del privilegio procesal, con la salvedad de la detención en caso de un delito flagrante, sobre lo que abundaremos más adelante.

Respecto a la citación, debemos distinguir dos tipos de citación, atendiendo su función, las denominadas por la doctrina como: la citación intimatoria y la citación cautelar.

La citación intimatoria es *“el acto coercitivo de intimación mediante el cual el juez de garantía, el tribunal oral en lo penal o el fiscal en su caso, impone a un interviniente o a un tercero la obligación de comparecer ante él, con el objeto de llevar a cabo alguna actuación del proceso”*²⁵. Constituyen citaciones intimatorias, por ejemplo, aquellas a que se refieren los artículos 33, 231, 298, 314, 249, 260, todos del Código Procesal Penal.

En cambio, la citación cautelar o citación en sentido estricto, es la regulada en los artículos 123 y siguientes del señalado Código y que tiene por finalidad asegurar los fines del procedimiento. Sin embargo, se ha escrito que la citación como medida cautelar en definitiva no constituye propiamente una medida cautelar personal, pues si bien *“la incomparecencia puede dar lugar al arresto, lo cierto es que en tal caso es esta modalidad de detención, y no la citación, la que verdaderamente opera como medida cautelar”*²⁶ distinguiendo claramente entre el proceso de citar a una persona, respecto de hacer efectivo el apercibimiento de arresto.

²⁵ DURÁN FUICA, Rodrigo. *Las medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal*. 2ª edición, Santiago, Chile, Editorial Librotecnia, 2007, p. 133.

²⁶ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. 1ª edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, Tomo I, p. 357.

En consecuencia, atendida la naturaleza de la citación, tanto intimatoria como cautelar, en que no son consideradas como una medida cautelar personal, no es necesario que se solicite el antejuicio para su despacho, desde que no se darían los supuestos de su procedencia que claramente establece el artículo 61 de la Carta Fundamental, lo que se ha plasmado en los artículos 416 y 425 del CPP, en cuanto este tipo de citación no está afectando la libertad del aforado o capitulado, ni corresponde al ejercicio de la acusación. En otras palabras, la simple citación no tiene el carácter de medida cautelar personal, de forma que en modo alguno puede “privar la libertad” a las personas sujetas a fuero o a querrela de capítulos. Ello ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, al fallar sobre la supuesta inconstitucionalidad del artículo 231 del CPP, que permite citar a una audiencia de formalización, lo que reclamaba una defensa no podía realizarse respecto a una persona aforada, resolviéndose que ese artículo “no entraña por sí mismo una vulneración de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 61 de la Constitución, toda vez que este último precepto sólo exige el trámite de desafuero previo para acusar o privar de libertad a un parlamentario, lo que no ocurre con el solo hecho de formalizarlo o de citarlo a una audiencia para proceder a la formalización de una investigación penal en su contra (inciso segundo del artículo 231 del Código Procesal Penal)”²⁷.

Una conclusión distinta podemos sostener sobre el **apercibimiento de arresto** al que alude el artículo 33 del CPP²⁸, relacionado con aquella persona que legalmente citada no concurra al llamamiento judicial. En primer lugar, esta norma no constituye una autorización para ser conducido con el auxilio de la fuerza pública ante el tribunal, por el solo hecho de no estar dispuesto a concurrir a la citación cursada, y por lo tanto, no implica inmediatamente una privación de la libertad de la persona citada. Así se reconoce por la doctrina, que ha señalado al respecto que “la no comparecencia injustificada por parte del imputado citado no deviene automáticamente en arresto o prisión preventiva, sino que el juez podrá o no decretarla, siendo facultativa esta medida de apremio para

²⁷ Considerando sexto de sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional de fecha 29 de noviembre de 2007 en causa Rol N° 736-07.

²⁸ El artículo 33 del Código Procesal Penal dispone: “*Citaciones judiciales. Cuando fuere necesario citar a alguna persona para llevar a cabo una actuación ante el tribunal, se le notificará la resolución que ordenare su comparecencia. Se hará saber a los citados el tribunal ante el cual debieren comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la identificación del proceso de que se tratare y el motivo de su comparecencia. Al mismo tiempo se les advertirá que la no comparecencia injustificada dará lugar a que sean conducidos por medio de la fuerza pública, que quedarán obligados al pago de las costas que causaren y que pueden imponérseles sanciones. También se les deberá indicar que, en caso de impedimento, deberán comunicarlo y justificarlo ante el tribunal, con anterioridad a la fecha de la audiencia, si fuere posible. El tribunal podrá ordenar que el imputado que no compareciere injustificadamente sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva. Tratándose de los testigos, peritos u otras personas cuya presencia se requiriere, podrán ser arrestados hasta la realización de la actuación por un máximo de veinticuatro horas e imponérseles, además, una multa de hasta quince unidades tributarias mensuales. Si quien no concurriere injustificadamente fuere el defensor o el fiscal, se le aplicará lo dispuesto en el artículo 287*”.

*asegurar la presencia del imputado que no comparece a la citación*²⁹.

Lo anterior desde que el auxilio de la fuerza pública para que una persona concurra coercitivamente ante el tribunal es un acto jurídico procesal posterior a la citación, y que es aquel referido al hecho de hacer efectivo el apercibimiento, lo cual determinará el despacho de una “orden de arresto”. En ese sentido, la solicitud para hacer efectivo el apercibimiento de arresto, va a implicar la posible privación de libertad del capitulado y entra a lidiar con el estándar constitucional y legal para hacer procedente la solicitud de querrela de capítulos, de manera que para poder hacerlo se deberá alzar previamente el respectivo privilegio procesal.

Una vez presentada la solicitud ante la Corte de Apelaciones que corresponda, la causa se ve **previa vista de la causa** ante una sala de ese tribunal, siguiendo las reglas generales del Código Orgánico de Tribunales³⁰ a diferencia del desafuero de parlamentarios que tiene una explícita definición respecto que ese antejuicio deberá ser conocido por el pleno tanto de la Corte de Alzada como de la Corte Suprema³¹.

El **estándar de la decisión** que los tribunales superiores deben adoptar sobre el antejuicio no es el contemplado por la ley para condenar a una persona, pues se trata de una resolución previa de un antejuicio que debe velar por la seriedad de la investigación para efectos de evitar la instrumentalización del proceso penal contra un juez o fiscal, en aras de la protección de sus altas funciones.

Ello ha sido ratificado por nuestra jurisprudencia³². Así se ha fallado que *“la única alusión que se contiene en la ley respecto de aquello que se exige para pronunciarse sobre la admisibilidad de los capítulos de acusación es si se “hallare mérito” y si bien tal declaración*

29 DURÁN FUICA, Rodrigo. Las medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal. 1ª edición, Santiago, Chile, Editorial Librotecnia, 2003, págs. 121 y 122.

30 Las normas del Código Orgánico de Tribunales son:

- Artículo 63. *“Las Cortes de Apelaciones conocerán: ...5º De los demás asuntos que otras leyes les encomienden”.*
- Artículo 66. *“El conocimiento de todos los asuntos entregados a la competencia de las Cortes de Apelaciones pertenecerá a las salas en que estén divididas, a menos que la ley disponga expresamente que deban conocer de ellos en Pleno”.*
- Artículo 98. *“Las salas de la Corte Suprema conocerán: ... 10. De los demás negocios judiciales de que corresponda conocer a la Corte Suprema y que no estén entregados expresamente al conocimiento del Pleno”.*

31 Las normas atinentes del Código Orgánico de Tribunales son:

- Artículo 63. *“Las Cortes de Apelaciones conocerán: ...2º En primera instancia: a) De los desafueros de las personas a quienes les fueren aplicables los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 58 de la Constitución Política”.*
- Artículo 66 inciso cuarto. *“Corresponderá a todo el tribunal el ejercicio de las facultades disciplinarias, administrativas y económicas, sin perjuicio de que las salas puedan ejercer las primeras en los casos de los artículos 542 y 543 en los asuntos que estén conociendo. También corresponderá a todo el tribunal el conocimiento de los desafueros de los Diputados y de los Senadores y de los juicios de amovilidad en contra de los jueces de letras”.*
- Artículo 96. *“Corresponde a la Corte Suprema en pleno: ...2º Conocer de las apelaciones que se deduzcan en las causas por desafuero de las personas a quienes les fueren aplicables los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 58 de la Constitución Política”.*

32 En similar sentido las sentencias de la Excm. Corte Suprema Rol N° 4116-12, de fecha 12 de junio de 2012 y Rol N° 72.030-2020 de fecha 19 de agosto de 2020.

no puede imponer una cabal constatación del ilícito descrito en la querella, como tampoco la inequívoca convicción de la participación del querellado -puesto que tales materias son propias de la decisión de fondo- es lo cierto que la iniciación de este procedimiento especial supone, al menos, que de los antecedentes entregados por el querellante surjan indicios serios y graves de haberse configurado el delito atribuido y la intervención que en aquél habría correspondido al querellado”³³.

En similar sentido se ha dicho que resolver acerca de la admisibilidad de la querella de capítulos “no implica hacer un **discernimiento de fondo** que incumbe al juicio mismo, sino lisa y llanamente considerar si los antecedentes proporcionados **resultan o no verosímiles** y si ellos **constituyen o no la figura típica que se reclama**. En el lenguaje propio de la nueva reforma procesal penal vigente, no significa otra cosa que hacer un examen de credibilidad del sustento fáctico impetrado y del encuadre jurídico penal que podría corresponderle, como una garantía de cautela procesal en base a la investidura del afectado”. Añadiendo que exigir mayores requisitos, como lo pretendía la defensa de la capitulada en el caso concreto, en orden a tener por acreditados los hechos basales “sería **anticipar el juicio mismo** y exigir requisitos que la ley no ha dispuesto, puesto que el artículo 425 inciso final del Código Procesal Penal, refiriéndose a esta clase de delitos sólo impone el presente trámite previo para hacer admisible a tramitación del libelo de fondo ante el Juez de garantía respectivo”³⁴.

En todo caso, esta revisión debe ser acuciosa, o como lo ha señalado el máximo tribunal, “Dicho examen, estima esta Corte, debe ser estricto, en atención a las consecuencias que el sistema procesal penal atribuye a la declaración de admisibilidad de la querella de capítulos, como lo es la suspensión del ejercicio de las funciones del funcionario capitulado, situación de excepción que escapa de los efectos generales que tiene el hecho de formular una denuncia por la comisión de un delito, por parte de un particular cualquiera”. Por ello, añade esta sentencia, “el examen de mérito que contempla el artículo 425 del Código Procesal Penal, involucra necesariamente el análisis de la figura típica de que se trata, en este caso, el delito de calumnias, con el objeto de establecer si la referida imputación satisface, en los términos en que el querellante la concibe y somete al pronunciamiento jurisdiccional, los requisitos formales que al efecto establece el tipo penal”³⁵. Respecto a la acreditación de los hechos imputados al capitulado, concluye esta sentencia que “las consideraciones relativas a la ocurrencia o no de los hechos materia de la imputación escapan al análisis que se demanda en esta sede, por cuanto dichos extremos deben necesariamente ser establecidos en la

33 Considerando segundo de sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 19 de abril de 2012, Rol N° 1216-12.

34 Considerando tercero de sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha 03 de enero de 2007, Rol N° 476-2006.

35 Considerando quinto de sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 29 de noviembre de 2007, Rol N° 6.000-07.

*investigación que a efecto se practique y en el juicio propiamente tal, constituyendo el objeto del pronunciamiento jurisdiccional de fondo, por lo que los fundamentos del recurso en este orden de ideas no resultan pertinentes*³⁶.

Está claro entonces, como en el trámite del desafuero también, que estas decisiones no prejuzgan la culpabilidad del capitulado, quien podrá en el juicio de fondo respectivo defenderse de las imputaciones y obtener la decisión que resulte ajustada a derecho y al mérito del proceso. Así lo ha reconocido nuestro máximo tribunal cuando ha señalado “*Que, a través de la querrela de capítulos no se busca directamente la aplicación de una sanción penal sino tan sólo permitir la realización de un juicio oral*” en el cual y, con pleno respeto por los derechos y garantías procesales de los intervinientes, se establezca “*a través de los medios de prueba legal y del modo prescrito en el artículo 340 del Código Procesal Penal*”, si el capitulado incurrió o no en la conducta delictiva que se le imputa y, en dicho evento, si ella puede ser subsumida en el tipo penal por el cual se le ha acusado, teniendo el investigado “*las oportunidades e instancias, que la ley concede, para desvirtuarla. Se trata, entonces, de una autorización para sustanciar un procedimiento contradictorio, en el cual el imputado se halla amparado por la presunción de inocencia y es titular de los medios de impugnación que la legislación le franquea*”³⁷.

La resolución sobre la querrela de capítulos es susceptible del **recurso de apelación**, el cual puede ser interpuesto por cualquiera de los intervinientes para ante la Corte Suprema, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 427 del CPP³⁸. Esta norma no presenta un conflicto de constitucionalidad, como sí ha surgido respecto al artículo 418 del mismo código que regula la apelación en el desafuero parlamentario, en donde se ha sostenido que ella pugna con el artículo 61 de la Carta Fundamental dado que esta solo habilitaría la apelación para el aforado en aquellos casos en que se acoge el antejuicio y, por lo tanto, no sería apelable por la fiscalía o los querellantes en la oportunidad en que se rechaza el desafuero. Esta tesis sobre la improcedencia del recurso de apelación en el antejuicio de desafuero aunque ha sido acogida por el Tribunal Constitucional en diversas oportunidades³⁹, no ha derogado lo dispuesto en el artículo 418 citado, por cuanto no ha existido un pronunciamiento erga omnes y por lo tanto la norma sigue plenamente vigente permitiendo al Ministerio

36 Considerando sexto de sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 29 de noviembre de 2007, Rol N° 6.000-07.

37 Citas del considerando noveno de sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 19 de agosto de 2020, Rol N° 72.030-2020.

38 El artículo 427 del Código Procesal Penal dispone: “La resolución que se pronunciare sobre la querrela de capítulos será apelable para ante la Corte Suprema”.

39 El Excmo. Tribunal Constitucional se ha pronunciado por la inconstitucionalidad del artículo 418 del Código Procesal Penal en los requerimientos de inaplicabilidad Roles N° 2.067, N° 3.046, N° 3.764 y N° 6.028, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 93 inciso primero N° 6 de la Constitución Política de la República.

Público deducir una apelación en contra de la resolución que no diere lugar a alzar el fuero. Este debate no es aplicable en materia de querrela de capítulos, dado que la norma constitucional, los citados artículos 81 y 90, no hacen una declaración respecto a los recursos que proceden y, por lo tanto, su establecimiento está entregado al legislador, quien permite entonces el recurso de apelación para todos los intervinientes que se sientan agraviados independiente de lo que resuelva la Corte de Apelaciones, esto es, acogiendo o rechazando levantar el privilegio procesal.

En relación a los **efectos de la resolución** que se pronuncia sobre la querrela de capítulos, hay que distinguir respecto de aquella que acoge levantar el privilegio procesal y aquella que rechaza la petición. El inciso primero del artículo 428 del CPP dispone que cuando por “*sentencia firme se hubieren declarado admisibles todos o alguno de los capítulos de acusación, el funcionario capitulado quedará suspendido del ejercicio de sus funciones y el procedimiento penal continuará de acuerdo a las reglas generales*”. Ahora, esas “reglas generales” son alteradas por el inciso segundo de esta misma norma respecto de la solicitud realizada al cierre de la investigación, dado que acorta los plazos para realizar la audiencia de preparación de juicio oral (dentro de los quince días siguientes a la recepción de los antecedentes remitidos por la Corte de Alzada al juzgado de garantía), como las del juicio oral (el que deberá iniciarse dentro del plazo de quince días contado desde la notificación del auto de apertura del juicio oral), todo salvo que la defensa del capitulado quisiera mantener los términos del procedimiento ordinario. No indica efectos de la solicitud realizada para obtener medidas cautelares personales, de manera que rige lo indicado en el inciso primero del citado artículo 428, que implica la suspensión de funciones del juez o fiscal, y la continuación del procedimiento, que debiera significar discutir ante el juez de garantía competente la procedencia de las medidas cautelares que en concreto la fiscalía solicite respecto del capitulado, luego continuar con las diligencias pertinentes y conducentes durante la etapa de investigación, pudiendo seguir los trámites de cualquiera de los procedimientos contemplados en el CPP.

En el caso que se rechace totalmente la querrela de capítulos pedida al cierre de la investigación, el inciso primero del artículo 429 del CPP dispone que “*tal resolución producirá los efectos del sobreseimiento definitivo respecto del juez, fiscal judicial o fiscal del ministerio público favorecido con aquella declaración*”. Lo anterior se traduce en que cuando los antecedentes vuelven al juzgado de garantía, este cita a una audiencia para discutir el sobreseimiento definitivo del juez o fiscal imputado el cual normalmente se acoge por la causal contemplada en el artículo 250 letra d) del CPP⁴⁰, y de insistirse en su

40 El artículo 250 letra d) del Código Procesal Penal dispone: “*Sobreseimiento definitivo. El juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo: ...d) Cuando se hubiere extinguido la responsabilidad penal del imputado por algunos de los motivos establecidos en la ley*”.

persecución penal podría interponerse por la defensa del capitulado como una excepción de previo y especial pronunciamiento la contemplada en el artículo 264 letra d), que dispone textualmente como esa excepción a la *“Falta de autorización para proceder criminalmente, cuando la Constitución o la ley lo exigieren...”*.

La ley tampoco regula explícitamente los efectos de la resolución que deniega la querrela de capítulos pedida para medidas cautelares personales. Habrá que analizar el fallo y ver si la negativa se funda por ejemplo en falta de evidencia o de pruebas que permitan acreditar los hechos, o bien, la participación del capitulado en los mismos, lo que podría permitir sostener que estando pendiente el plazo de investigación, la fiscalía podría aún reunir mayores y mejores antecedentes para poder sostener la querrela de capítulos en una nueva oportunidad, debiendo someter esas nuevas evidencias nuevamente al escrutinio de los tribunales superiores de justicia⁴¹.

Finalmente, se ha planteado si acogida una querrela de capítulos para medidas cautelares personales, sería necesario solicitar un nuevo levantamiento del privilegio procesal, ahora al cierre de la investigación. Compartimos en este punto lo sostenido en doctrina en cuanto a que *“Esta interrogante es de más fácil respuesta desde el momento que adherimos a la naturaleza jurídica idéntica de la resolución que se pronuncia en conformidad al mandato del tantas veces mencionado inciso tercero. Es decir, si el examen de fondo que debe efectuar la Corte de Apelaciones, en ambas oportunidades, es el mismo deberá prevalecer la autoridad de cosa juzgada emanada del pronunciamiento previo puesto que, de lo contrario, se admitiría la posibilidad de que el mismo Tribunal que pronunció la sentencia ya firme pueda reformarla o dejarla sin efecto echándose por tierra los principios de certeza jurídica e intangibilidad de las resoluciones judiciales y se admitiría posibilidad extralegal de reforma de una sentencia firme, toda vez que el Código Procesal Penal contempla con carácter excepcional la institución del “Procedimiento de Revisión” como único mecanismo válido para dejar sin efecto la autoridad de cosa juzgada emanada de una sentencia firme siempre y cuando ella haya sido fruto de un pronunciamiento jurisdiccional fraudulento”*⁴².

Si en la tramitación de la causa existe **pluralidad de sujetos**, como por ejemplo diversos coimputados, existiendo entre ellos capitulados y personas no sujetas a ningún privilegio

⁴¹ En contra está DORN GARRIDO quien señala al respecto que *“La norma no se hace cargo de la declaración que hace la Corte de Apelaciones en la hipótesis del inciso tercero del artículo 425, en circunstancias que dicho inciso prescribe que tal declaración es de idéntica naturaleza que la solicitada al tenor del inciso primero de la misma norma. Por lo tanto, ¿habrá que entender que en caso de inadmisibilidad el único efecto es la frustración de la pretensión del fiscal de solicitar una medida cautelar? Pero si el examen de fondo que hace la Corte no difiere en absoluto al que efectúa en la instancia del inciso primero ¿por qué asignar efectos distintos a su declaratoria de inadmisibilidad? La única forma de resolver esta dicotomía será entendiendo que la declaración de inadmisibilidad debe tener el mismo tratamiento que aquella que se produce al momento de formular acusación puesto que no existe ninguna razón para otorgar una regulación distinta a ambos supuestos...”*. Ob. cit., p. 167.

⁴² DORN GARRIDO, ob. cit., p. 167.

procesal, la ley ordena seguir adelante el procedimiento en relación con ellos, conforme a lo dispuesto en el artículo 430 del CPP⁴³ (misma definición respecto al fuero en el art. 422). En otras palabras, esta disposición se traduce en que el tiempo que dure resolver acerca de la admisibilidad de los capítulos de la acusación no suspenderá el procedimiento respecto de los coimputados, lo cual complejiza también la solicitud realizada en la oportunidad del cierre de la investigación, porque en la práctica podría suceder que el plazo para la audiencia de preparación de juicio oral o incluso el comienzo del juicio pudiera estar cumplido mientras aún se encuentre pendiente la decisión acerca de la querrela de capítulos ante los tribunales superiores.

Esta situación abre un riesgo de que pudieren existir decisiones contradictorias, lo que ha hecho a los intervinientes interesados en conocer una causa de manera conjunta con capitulados y sus coimputados, a solicitar la suspensión del procedimiento en el juzgado de garantía hasta que se comuniquen el resultado del antejuicio, o bien, impetrar órdenes de no innovar ante la Corte de Apelaciones respectiva. Más allá de estas soluciones prácticas, habría sido preferible que el legislador dejara la decisión a una discusión entre los intervinientes, teniendo presente instituciones como la agrupación y separación de investigaciones (art. 184 del CPP) o la unión o separación de acusaciones (art. 274 del CPP), en la medida que realizar una imputación conjunta contra varias personas es una legítima opción estratégica de litigación, la que podría controlarse por el juez de garantía a los efectos de ponderar si la espera de la decisión de la querrela de capítulos podría afectar o no los derechos de los coimputados, considerando asimismo los derechos de las víctimas. Una norma en este sentido le permitiría al tribunal resolver adecuadamente respecto de la necesidad de imputaciones conjuntas, en el marco de un debate que obviamente no puede dilucidarse ex ante, sino que debería ser una definición del caso a caso.

VI. LA REGULACIÓN DE LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA

La norma del artículo 426 del CPP⁴⁴ y su símil en el caso del desafuero del artículo 417, es la que genera mayores dudas respecto a su aplicación práctica, pues admite la detención del capitulo de manera excepcional sin previa querrela de capítulos en aquellos casos en que este sea sorprendido cometiendo un delito ministerial en forma flagrante, ordenando la norma colocarlo inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva,

43 El artículo 430 del Código Procesal Penal dispone: “Pluralidad de sujetos. Si en el mismo procedimiento aparecieren implicados otros individuos que no fueren jueces, fiscales judiciales o fiscales del ministerio público, se seguirá adelante en relación con ellos”.

44 El artículo 426 del Código Procesal Penal dispone: “Juez, fiscal judicial o fiscal detenido in fraganti. Si un juez, un fiscal judicial o un fiscal del ministerio público fuere detenido por haberse sorprendido en delito flagrante, el fiscal lo pondrá inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva. Asimismo, remitirá la copia del registro de las diligencias que se hubieren practicado y que fueren conducentes para resolver el asunto”.

remitiendo a ella la copia del registro de las diligencias practicadas. Esa redacción permite interpretar que ante la Corte de Alzada, tras la detención in fraganti, debiera producirse una audiencia en la cual realizar una especie de control de la detención y luego, un pronunciamiento sobre la admisibilidad de levantar el privilegio procesal para continuar la investigación contra el capitulado, aunque no existe un autoacordado que regule la materia. Ahora, las dificultades prácticas en materia de querrela de capítulos son menos que respecto del desafuero, porque los delitos ministeriales que son los que amparan a los capitulados conforme a lo dispuesto en el artículo 424 del CPP, no ocurren ni son descubiertos, normalmente, en flagrancia. En doctrina se ha dicho respecto a la norma del artículo 426 del CPP que *“El artículo en cuestión sólo es aplicable para aquellos casos en que alguno de los funcionarios mencionados sea sorprendido en forma flagrante en la comisión de un delito de carácter ministerial. La precedente interpretación encuentra sustento en el artículo 424 puesto que fija el objeto regulatorio de las normas comprendidas en el Título respectivo”*⁴⁵.

Teniendo presente que la regla general de la investigación de un delito ministerial es que se trata de un caso complejo, de larga duración, normalmente iniciado por denuncia o querrela y que requieren de diversos análisis y recopilación de evidencias para poder configurar algún delito cometido en el ejercicio de las funciones, la flagrancia en estas materias deviene en una situación realmente excepcional. Además, si se analiza la situación de un juez o fiscal desde la perspectiva de la cautela de los fines de la investigación en relación a la gravedad del delito investigado, pudiera ser innecesario mantener la detención flagrante del capitulado siendo aplicable la regla del inciso segundo del artículo 131 del CPP que permite al fiscal dejarla sin efecto, haciendo efectivos solamente los apercibimientos del artículo 26 del mismo código.

No altera la conclusión anterior, en relación a que la regulación de la flagrancia se limita también a los delitos ministeriales, la normativa constitucional (artículos 81 y 90) que, como vimos, si bien está redactada en relación a cualquier tipo de delito que cometa un juez o fiscal, deja a salvo una excepción a la regla general disponiendo que no se permite su aprehensión *“salvo el caso de crimen o simple delito flagrante”*, para luego regular que en ese caso se debe *“ponerlos inmediatamente a disposición del tribunal que debe conocer del asunto en conformidad a la ley”*. De este modo no altera las reglas de competencia pues no señala un tribunal superior que debe conocer del asunto, a diferencia del desafuero que como mencionamos antes, explicita que conocerá de esta materia una Corte de Apelaciones. Así, en nuestra opinión, si estamos frente a un delito común flagrante, se cumple con el estándar constitucional poniendo al juez o fiscal a disposición del respectivo

⁴⁵ DORN GARRIDO, ob. cit., p. 168.

tribunal de garantía. En cambio, de tratarse de un delito ministerial flagrante por disposición legal (el artículo 426 del CPP), no por una exigencia constitucional, el capitulado debería ser puesto a disposición de la Corte de Alzada competente.

De modo que los problemas prácticos que hemos vislumbrado sí tendrán mayor relevancia respecto del desafuero, pues podría llegar a tener mayor aplicación dado que un parlamentario estaría protegido de cualquier tipo de ilícito, alguno de los cuales puede ocurrir en flagrancia, como un parricidio o lesiones graves en contexto de violencia intrafamiliar u otros similares, que de ser descubiertos in fraganti ameritarían una detención conforme a la norma del artículo 417 del CPP y parecería que no sería prudente aplicar la facultad de dejar sin efecto la detención del inciso segundo del artículo 131. Además, por esa mayor probabilidad estadística, la complejidad se generaría porque la norma del artículo 61 de la Carta Fundamental obliga a poner al aforado inmediatamente a disposición de una Corte de Alzada y no del tribunal de garantía.

Ahora, qué significa poner al capitulado detenido en flagrancia por un delito ministerial “inmediatamente a disposición” de la Corte de Apelaciones respectiva: no existe un autoacordado o un acuerdo interinstitucional que oriente en su interpretación, ni que permitiera poner al detenido a disposición fuera del horario de funcionamiento establecido para las Cortes de Alzada.

Ahora, se ha señalado que *“Normalmente los mandatos constitucionales y legales exigen la puesta a disposición de una persona, en plazos breves, ante un órgano jurisdiccional, toda vez que en ella se afecta su libertad personal y ello con el fin de examinar la legalidad y procedencia de la misma (detención), en consecuencia, podría afirmarse que la expresión “inmediatamente” debiera ser homologada al plazo máximo contemplado en el inciso final⁴⁶ del artículo 131 del Código Procesal Penal que regula expresamente la detención en caso de flagrancia⁴⁷”*. Compartimos lo expuesto, desde que el artículo 131⁴⁸ también usa la

46 Referencia que hoy debemos entender hecha al inciso segundo del artículo 131 que fue modificado por la Ley N° 20.074 con posterioridad a la fecha del artículo de DORN GARRIDO.

47 DORN GARRIDO, ob. cit., p. 168.

48 El artículo 131 del Código Procesal Penal dispone: *“Plazos de la detención. Cuando la detención se practicare en cumplimiento de una orden judicial, los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden. Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá las veinticuatro horas.*

Cuando la detención se practicare en virtud de los artículos 129 y 130, el agente policial que la hubiere realizado o el encargado del recinto de detención deberán informar de ella al ministerio público dentro de un plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.

Cuando el fiscal ordene poner al detenido a disposición del juez, deberá, en el mismo acto, dar conocimiento de esta situación al abogado de confianza de aquél o a la Defensoría Penal Pública.

Para los efectos de poner a disposición del juez al detenido, las policías cumplirán con su obligación legal dejándolo bajo la

expresión “inmediatamente” y abre una salida para aquellos casos en que no fuere posible hacerlo de esa manera por la hora de despacho, y por ello se regula un período máximo de 24 horas. Ello parece razonable y acorde con la garantía constitucional.

Como la Corte de Apelaciones conocerá en sala de la querrela de capítulos, deberá coordinarse en el caso concreto como materializar la puesta a disposición del capitulado detenido.

VII. QUERRELLA DE CAPÍTULO Y PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO

El procedimiento simplificado, conforme lo señala expresamente el artículo 388 del CPP, constituye la manera en que son tramitados los casos de faltas y simples delitos para los que el Ministerio Público requiere la imposición de una pena no superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo. Para dar aplicación al procedimiento simplificado, el fiscal debe interponer el respectivo requerimiento ante el juez de garantía, conforme a lo regulado en los artículos 390 y siguientes del CPP.

La querrela de capítulos, como hemos visto, desarrolla su normativa en el supuesto que se está dando lugar a la aplicación del procedimiento ordinario, y por ello se refiere a las oportunidades para interponerlo al cierre de la investigación o a la solicitud de medidas cautelares personales, o cuando regula los plazos para continuar el procedimiento acortando aquellos para realizar la audiencia de preparación de juicio oral, entre otros, y en cambio, la ley no se ha pronunciado respecto a aquella investigación que pudiera someterse a los trámites del procedimiento simplificado.

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 425 del CPP, la querrela de capítulos es procedente respecto de crímenes y simples delitos de carácter ministerial en que hayan participado jueces o fiscales, de modo que en principio la investigación de una falta que no autoriza la detención hace improcedente el antejuicio, teniendo presente además, que las faltas penales por lo general no acarrear una pena privativa de libertad ni tampoco la imposición de una medida cautelar personal durante el curso de la investigación⁴⁹, lo que entonces no activa las hipótesis de procedencia de la querrela de capítulos, y porque además, normalmente estas faltas no serán cometidas en el ejercicio de las funciones de los jueces o fiscales.

El problema se suscita cuando se investiga un simple delito ministerial de baja penalidad, y se pretende utilizar el procedimiento simplificado. El tema es que en el artículo 425 del CPP y en la Carta Fundamental no se habla de “requerimiento” sino que de “acusación”, de modo que una primera interpretación literal de la citada norma podría permitir estimar

custodia de Gendarmería del respectivo tribunal”.

49 En ese sentido, el inciso primero del artículo 124 del Código Procesal Penal dispone: “Artículo 124. Exclusión de otras medidas. Cuando la imputación se refiriere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación”.

que no se necesitaría el antejuicio si una investigación finaliza mediante el procedimiento simplificado, y considerando, además, que en este no existe un “cierre de la investigación” que es uno de los momentos procesales que se fijan por el artículo 425 citado para presentar la querrela de capítulos.

En esa perspectiva tenemos que profundizar respecto a la naturaleza jurídica del requerimiento y la acusación. Sobre el tema se ha indicado que *“El requerimiento es una actuación escrita del ministerio público por la cual se pone en conocimiento del imputado el hecho punible que se le imputa...”*, y luego se constata que existe *“una identidad material entre el requerimiento y la acusación, la primera cumple prácticamente las mismas funciones en el procedimiento que la segunda...”*. Ahora, las funciones comunes que cumplen requerimiento y acusación consisten en *“i) informar debidamente de los cargos al imputado, pues tratándose de las faltas, será siempre la primera ocasión de cumplir con este derecho; ii) delimitar el objeto del juicio respecto de los hechos, lo que determinará una prohibición para el tribunal de exceder el contenido del requerimiento; iii) informar al imputado acerca de los antecedentes o elementos que fundan los cargos, a fin de posibilitar el ejercicio de su derecho de defensa”*⁵⁰.

Esta similitud intrínseca entre ambas instituciones procesales también es reconocida por el legislador. La reforma que se introdujo al Código Procesal Penal por la Ley N°20.074 discurre en este mismo sentido, desde que se agregó un inciso al art. 390 del CPP el cual dispone que si el fiscal dedujere acusación por una pena de reclusión o presidio menor en su grado mínimo, esta se tendrá como un requerimiento para los efectos de continuar su tramitación conforme a las reglas del procedimiento simplificado. En otras palabras, la ley nos está diciendo que una acusación por un simple delito de baja penalidad se entenderá que es un requerimiento mutando la tramitación de un procedimiento ordinario a un procedimiento simplificado o incluso un monitorio.

Lo anterior nos permite sostener que el requerimiento debe ser asimilado al concepto de acusación, y por lo tanto, entenderlo en esos términos para los efectos de lo dispuesto en la regulación de la querrela de capítulos. Esto significa, respecto a la investigación de un simple delito, que no se puede dictar una sentencia condenatoria en contra de un juez o fiscal, sin que previamente se haya dado lugar a la querrela de capítulos por la respectiva Corte de Apelaciones, en el entendido que se constituye una de las hipótesis del artículo 425 del CPP para su procedencia previo a acusar. Ello es más claro y con rango constitucional respecto del fuero de los parlamentarios, pues en su caso, es la Carta Fundamental la que impide acusar a un diputado o senador sin un previo desafuero, en cambio, respecto de los capitulados, es solamente la ley la que regula la oportunidad.

⁵⁰ HORVITZ y LÓPEZ, ob. cit., p. 477.

Respecto de las faltas que autorizan la detención⁵¹, ellas no debieran generar la necesidad de un antejuicio, desde que no son actuaciones que un capitulado pudiera cometer en el ejercicio de sus funciones, y por lo tanto, a su respecto se debiera proceder conforme a las reglas generales. Como vimos antes, la Carta Fundamental no establece que estos delitos comunes sean conocidos por un tribunal superior, y por lo tanto, ordenar su detención y presentar al funcionario ante un tribunal de garantía cumpliría con el estándar de los artículos 81 y 90 de la Constitución Política de la República tantas veces citados. Ahora, respecto de los parlamentarios y el fuero que los ampara de delitos comunes, para abordar este tema, habría que considerar que estas faltas ocurren en situaciones de flagrancia, lo que implica que la Corte de Apelaciones debería conocer estos antecedentes inmediatamente después que la persona aforada ha sido detenida dado que la Constitución impide privarlos de libertad sin previo desafuero. En ese escenario y en el entendido que se acogen los capítulos y se autoriza a continuar con el procedimiento en conformidad a las reglas generales, el procedimiento simplificado que se utilice para terminar esta causa no necesitaría de un nuevo antejuicio para poder realizarse.

VIII. REFLEXIONES FINALES

La querrela de capítulos es un antejuicio, que cumple un rol similar al del fuero de los parlamentarios pero con alcances más limitados. Este procedimiento se aplica en aquellos casos en que se persiga la responsabilidad ministerial de jueces, fiscales del Ministerio Público y fiscales judiciales solo por delitos propios, quedando excluidos los delitos comunes. Esta es una diferencia radical con la institución del desafuero, que protege a diputados y senadores de todo tipo de responsabilidad criminal.

Esta institución ya estaba considerada en el Código de Procedimiento Penal, y al discutirse con ocasión del nuevo Código de Enjuiciamiento Criminal en el Senado, se estuvo por la eliminación de la misma dada su escasa aplicación, sosteniéndose que la mayoría de las infracciones se solucionaban por aplicación de las facultades disciplinarias de la Corte Suprema. Sin embargo, fue el propio Tribunal Superior quien estuvo por mantenerla, por cuanto entiende que ella configura una garantía en cuanto a que los capitulados van a tener un procedimiento que los proteja de acusaciones sin fundamento, por delitos inexistentes que se les atribuyan como cometidos en el ejercicio de sus funciones.

En cambio, en los delitos comunes que cometa alguno de estos funcionarios, no tienen derecho a este trámite procesal, quedando sujetos a las normas generales de procesabilidad criminal.

51 De acuerdo al inciso cuarto del artículo 134 del Código Procesal Penal "el imputado podrá ser detenido si hubiere cometido alguna de las faltas contempladas en el Código Penal, en los artículos 494, N°s. 4 y 5, y 19, exceptuando en este último caso los hechos descritos en los artículos 189 y 233; 494 bis, 495 N° 21, y 496, Nos. 3, 5 y 26".

Vinculado al objetivo y naturaleza de este procedimiento, de descartar una investigación poco seria, está claro que en él no se busca discutir acerca de la inocencia o culpabilidad del capitulado, porque ello será materia de conocimiento de un tribunal de instancia, de manera que el capitulado podrá discutir los aspectos de fondo de su caso precisamente en el tribunal que corresponda y no en esta sede preliminar, lo cual ha sido reconocido de forma unánime por nuestra jurisprudencia.

La normativa en todo caso no deja de tener algunos vacíos, generando algunas dificultades, especialmente prácticas, en los casos de detención por delito flagrante, o al solicitar el alzamiento del privilegio al momento de cerrar la investigación, o respecto a la aplicabilidad del procedimiento simplificado, dudas que estimamos pueden superarse teniendo en vista una interpretación sistemática y armónica de las normas de la Carta Fundamental y del Código Procesal Penal.

Es evidente que, en el contexto de la discusión de una nueva Carta Fundamental para Chile, la mantención de estos privilegios procesales entrará en debate, de modo que deberemos esperar sus resultados para ver el futuro de estos antejuicios.

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

TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y TENENCIA DE PRECURSORES QUÍMICOS. FIGURAS PENALES AUTÓNOMAS. CONCURSO REAL - COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE NULIDAD ROL 740-2021, DE LA ILTMA. CORTE APELACIONES DE SANTIAGO

Lorena Rebolledo Latorre¹

I. INTRODUCCIÓN

El Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago dictó sentencia condenatoria en contra de dos imputados por su participación en calidad de autores en los delitos de tráfico ilícito de drogas y desvío de sustancias químicas, aplicándose al efecto la norma concursal del art. 74 del Código Penal. La defensa recurrió de nulidad invocando las causales del artículo 374 letra e) y en subsidio, la contenida en el artículo 373 letra b) del

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

Código Procesal Penal. La ltima. Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de nulidad, con voto de prevención, descartando la existencia de falta de fundamentación de la sentencia y errónea aplicación del derecho.

Palabras claves: Drogas y precursores. Tráfico ilícito. Tenencia de precursores. Figuras penales autónomas. Concurso real. Art. 2° y 3° de la Ley N° 20.000 y art. 74 del Código Penal.

II. LOS HECHOS

La descripción fáctica establecida por el tribunal oral declara que: *“el 23 de mayo de 2018, la policía sorprendió y detuvo a los acusados Sandoval Rengifo, Lancheros Durán, Gómez Marino, Gómez Rodríguez y Sánchez Herrada, al interior del inmueble ubicado en Maquiñista Escobar procesando la cocaína base adquirida por los dos primeros a fin de obtener clorhidrato de cocaína, incautándose la cantidad de 45.050 gramos de cocaína en estado líquido; 5.970 gramos de cocaína cristalizada y precursores tales como acetato de etilo, ácido muriático, ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, hidróxido de sodio, permanganato de potasio, cafeína, levamisol, bicarbonato de sodio; incautándose además en el restaurante ‘Arrieros Colombianos’, administrado por el acusado Sandoval, la cantidad de 2.599 gramos de cocaína y 456 gramos de pasta base de cocaína”*².

III. CAUSALES DE NULIDAD INVOCADAS Y REGLAS CONCURSALES

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó un recurso de nulidad interpuesto por la Defensa de dos condenados en la presente causa, considerando la existencia de un concurso real entre las figuras penales de tráfico ilícito de drogas del artículo 3° de la Ley N° 20.000 y el delito de desvío de precursores químicos descrito y sancionado en la misma ley. Así también, se pronunció acerca de la aplicabilidad de las reglas del concurso real, descartando a su turno la existencia del concurso aparente de leyes penales pues más bien esta construcción doctrinaria se dirigiría al encuadre de la conducta en un tipo penal determinado, no aplicable en este caso dado que se trataría de dos conductas distintas.

El recurrente dedujo como causal principal, la contenida en el artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, fundando su pretensión en una apreciación de la prueba hecha fuera de los límites que impone la sana crítica. Sin embargo, la Corte revela que la alegación de la defensa se enmarca en un error jurídico, pues se pretende la aplicación del artículo 75 de Código Penal, alegación propia de la causal de

² Sentencia de la Tercera Sala de la ltima. Corte de Apelaciones de Santiago de primero de abril de dos mil veintiuno, Rol 740-2021, Considerando Cuarto.

nulidad contenida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, la errónea aplicación del derecho que hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

El tribunal *ad quem* aclara no tener obligación de pronunciarse, dado que se trata de un causal de nulidad diversa a la impetrada, vierte consideraciones en orden a no tener aplicación las hipótesis legales de concurso ideal. Recalca la procedencia de la norma concursal del artículo 74 del Código Penal, esto es, concurso real de delitos. Se trata entonces de dos conductas diferentes, que conforman delitos diversos: el de tráfico de estupefacientes del artículo 3° de la Ley N° 20.000 y el de tenencia de precursores del artículo 2° de la misma ley, “*sin que, entonces estemos en presencia de un solo hecho que constituya dos o más delitos (concurso ideal propiamente dicho) o que uno de estos hechos sea el medio para cometer el otro (concurso medial)*”³.

A su turno, aclara que la parte recurrente motiva su solicitud de nulidad con argumentos propios de un concurso aparente de leyes penales, por lo tanto el yerro dice relación con la causal impetrada pues se recurre por errónea valoración, en circunstancias que el fundamento de la causal es propio del motivo de nulidad de errónea aplicación del derecho; adicionalmente, revela que también existe error en el fundamento de la norma concreta que se pretende sea aplicada por cuanto se trataría del concurso aparente de leyes penales y no del artículo 75 como fue señalado en el recurso.

Enfática declaración hace la Corte en la parte final de sus consideraciones respecto a negar en estos supuestos la existencia del concurso aparente de leyes penales, manifestando que *el problema no estriba en la adecuación típica que debe darse a una sola conducta, porque en el caso sub judice, y tal como lo afirma la propia parte recurrente, se trataría de dos conductas distintas*⁴.

IV. ACUMULACIÓN MATERIAL DE PENAS (CONCURSO REAL)

En forma preliminar, cabe señalar que nuestra legislación especial sobre drogas reconoce la autonomía de diversos actos preparatorios que no son absorbidos por la figura penal del tráfico de drogas del artículo 3°. Por ello, en la medida que puedan acreditarse conductas independientes, tales como la elaboración de estupefacientes (art. 1°), la tenencia o desvío de precursores químicos (art. 2°), tráficos de drogas reiterados (art. 3°/4°), la conspiración (art. 17); podría castigarse al autor mediante la regla de la acumulación material de las penas del art. 74 del Código Penal.

³ CONSIDERANDO SÉPTIMO, Sentencia de la Tercera Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, ob. cit.

⁴ CONSIDERANDO SÉPTIMO, Sentencia de la Tercera Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, ob. cit.

En el caso en comento, el tráfico de drogas y el desvío de precursores presentan descripciones típicas normativamente diferenciadas tanto por la conducta misma –hipótesis alternativas– como por el objeto material, por lo tanto, es factible valorar la independencia y autonomía de estos delitos⁵ para sancionar al autor o partícipe, por hechos diferentes, aplicándose las reglas del concurso real.

En esta línea, la sentencia descarta la aplicación de la regla sancionadora privilegiada contenida en el artículo 75 del Código Penal, “concurso ideal”, pretendida por la Defensa, argumentando la existencia de dos hechos: *“se trata en la especie, desde luego, de un concurso real de dos delitos, de dos conductas distintas, cada una de ellas constitutiva de un delito distinto, a saber, el de tráfico de estupefacientes del artículo 3° de la Ley N° 20.000 y el de tenencia de precursores del artículo 2° de la misma legislación, sin que, entonces estemos en presencia de un solo hecho que constituya dos o más delitos (concurso ideal propiamente dicho) o que uno de estos hechos sea el medio para cometer el otro (concurso medial). Pero, sea como fuere, el argumento del recurrente, transcrito literalmente en el motivo primero, está referido a un concurso aparente de leyes penales, no a un concurso ideal, de modo que existe una confusión en dicha parte, tanto en lo que se refiere a la causal empleada, cuanto en su fundamento y, ciertamente, demás está decir que no hay tal concurso aparente de leyes penales, caso en el cual realmente no existe concurso alguno y el problema estriba en la adecuación típica que debe darse a una sola conducta, en circunstancias que en el caso sub iudice, y tal como lo afirma la propia parte recurrente, se trataría de dos distintas”*⁶.

Parte de la doctrina nacional⁷ entiende que el tráfico de drogas es un delito de “emprendimiento”, en la medida que contempla la realización de una serie o multiplicidad de actividades o negocios ilícitos que la ley castiga como un solo delito –ciclo del tráfico– siempre que pueda considerarse o se acredite que existe unidad delictiva, ya que, en caso contrario, las conductas de tráfico podrían constituir comportamientos diferen-

⁵ En este sentido, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12 de julio de 2015, ROL 132-2015 y Corte de Apelaciones de Antofagasta, 5 de noviembre de 2015, ROL 303-2015.

⁶ CONSIDERANDO SÉPTIMO, Sentencia de la Tercera Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, ob. cit.

⁷ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *Lavado de Dinero y Tráfico Ilícito de Estupefacientes*. 1ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1999, p. 113. En este mismo sentido, la Corte Suprema, en fallo de fecha 20 de marzo de 2017, ROL 4689-2017, considerando sexto: “El delito de emprendimiento se trata de una clase de delitos donde distintas conductas que pueden realizarse en diferentes momentos aparecen como modalidades independientes de una misma actividad compuesta de una serie indeterminada de acciones, iniciadas o no por el autor, y en las que este participa una y otra vez. El criterio de unificación aquí es la identidad subjetiva del autor que opera dentro de una empresa criminal existente o iniciada por él. Aquí, la pluralidad de realizaciones típicas, aunque se encuentren separadas espacial y temporalmente, constituyen un único delito (Matus A., J.P., “Comentario preliminar a los arts. 74 y 75. Régimen concursal en la ley chilena”. En: Ortiz Q., Luis; Politoff L., S. (Dirs.), *Texto y comentario del Código Penal Chileno*, 1ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 387)”.

ciables, caso en el cual nos encontraríamos ante la figura de reiteración de delitos de una misma especie, vale decir, varios comportamientos de tráfico desvinculados, espacio temporalmente, que sean capaces de poner en riesgo el bien jurídico protegido - como varios atentados a la salud pública. Asimismo, dentro de esta empresa criminal es perfectamente posible considerar conductas autónomas dado que la estructura típica de las infracciones a la Ley 20.000 presenta diferencias entre unas y otras como es el caso en comento en el cual el tribunal valoró la existencia de figuras penales independientes, tráfico de drogas y desvío de precursores químicos, pues en ellas se determinaron diferencias en torno a las hipótesis alternativas que conforman la conducta y respecto del objeto material. Así también ha ocurrido en nuestra jurisprudencia con los delitos de elaboración ilegal (art. 1°) y tráfico de drogas (art. 3°).

Ahora bien, los delitos de tráfico de drogas se enmarcan en el contexto de persecución penal de la criminalidad organizada⁸ desde estadios previos a la lesión del bien jurídico protegido, por lo que se sancionan, incluso con idénticas o similares penas que la autoría, conductas que constituyen actos preparatorios (promover, facilitar) o formas de participación criminal (inducir)⁹, abarcándose en consecuencia diversos comportamientos delictivos.

Por lo tanto, el delito de emprendimiento no es incompatible con la reiteración de delitos o la autonomía de actos preparatorios punibles de la Ley N°20.000, ver *Supra*.

En este caso, el recurrente pretendía afirmar que la realización de la conducta de tenencia o desvío de precursores químicos esenciales, sancionada en el artículo 2° de la Ley N° 20.000, debía ser considerada en relación con el delito de tráfico de drogas del citado artículo 3° de la misma ley, como un supuesto de consunción donde el desvalor atribuido por el ordenamiento jurídico penal a la conducta de tráfico abarca todo el desvalor del delito de tráfico de precursores. En consecuencia, existiría una infracción al principio de prohibición de doble valoración o “ne bis in idem” y, por ende, se daría un supuesto de concurso aparente de normas o leyes penales que, producto de la aplicación del citado principio, debía decantarse por la consideración exclusiva del delito de tráfico de drogas.

8 CARNEVALI, Raúl. "Hacia un Injusto Penal de la Criminalidad Organizada. Una Propuesta a modo de *Lege Ferenda*" [en línea]. En: *Revista de Derecho*, Sección: Estudios, Año 21, N° 2, Santiago, Chile, Universidad Católica del Norte, 2014, págs. 61-101. Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/10441.pdf> [fecha de consulta: 30 de Octubre de 2012]. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (dic. Año 2.000), denominada “Convención de Palermo” no conceptualiza a la criminalidad organizada, empero, sí entrega una definición más operativa, dada la complejidad que reviste unificar diversos comportamientos delictivos. De esta forma, en su numeral 2 Definiciones, letra a) establece: “*grupo delictivo organizado*” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

9 MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 3ª ed. Actualizada, Valencia, España, tirant lo blanch, 2019, págs. 465 y sgtes.

Al mismo tiempo, el recurrente mezcló en sus alegaciones la posibilidad de la concurrencia de la regla de consunción con el principio de subsidiariedad impropia, en la medida que fundamentó que al ser mayor la pena del delito de tráfico de drogas, el delito de desvío forma parte de éste porque es un acto preparatorio sancionado especialmente. En consecuencia, producto de la concepción de estos tipos penales como delitos de emprendimiento debía considerarse que resultaba aplicable solo la pena mayor de estos comportamientos que no es otra que la pena del delito de tráfico la que subsumiría la pena del delito de desvío.

La sentencia estima correctamente lo contrario. El delito de desvío de precursores tiene una estructura objetiva y subjetiva diversa del delito de tráfico de drogas. El comportamiento tiene un objeto material diferente y subjetivamente admite también la posibilidad de la punición de la imprudencia como consecuencia de la infracción de deberes especiales de naturaleza extrapenal. Por estos motivos, aunque los dos comportamientos puedan ser ejecutados por idénticas personas nada impide que sean apreciados de modo diferenciado, ya que al existir una separación espacio-temporal entre una y otra conducta, con un objeto material y contenido subjetivo diferenciable, se trata de delitos distintos y sin otra relación que la de proteger un idéntico bien jurídico (salud pública), por ende, es un caso de concurso real y la norma aplicable en estos casos, tal como lo indica la sentencia, es el artículo 74 del Código Penal¹⁰.

10 MERA, Jorge. "Comentario previo a los artículos 74° y 75°. El régimen concursal en el Derecho penal chileno. Tratamiento doctrinario y jurisprudencial". En: *Código Penal comentado. Libro Primero (arts. 1° a 105). Doctrina y jurisprudencia*. Couso y Hernández (dirs.), Santiago de Chile, Thomson Reuters-UDP, 2011, págs. 625 y sgtes.

**UNIDAD
DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL
Y EXTRADICIONES**

ENTREGA DE CHILENOS EN JUICIOS DE EXTRADICIÓN PASIVA.

REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA

Álvaro Hernández Ducos¹

I.- INTRODUCCIÓN

La extradición es una institución jurídica que proviene del Derecho Internacional Público. La Corte Suprema, a través de su Sala Penal, 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.*

Los tratados de extradición suscritos por Chile con otros Estados son bastante similares unos con otros y en general se refieren al compromiso recíproco de los Estados parte en orden a entregarse mutuamente a las personas que hayan cometido delitos, para juz-

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.

garlas o para permitir el cumplimiento de sentencias condenatorias firmes, mencionan los requisitos formales y de fondo que deben contener los pedidos de extradición, los delitos extraditables o la gravedad mínima de los mismos, las situaciones que impiden la entrega de una persona en extradición de manera imperativa (cosa juzgada, prescripción de la acción penal o de la pena, persecución política, entre otros), la particular institución de la detención previa con fines de extradición, la forma de resolver en caso de la concurrencia de solicitudes de extradición provenientes de dos o más Estados, 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.

En este trabajo nos referiremos a una situación especial regulada en los tratados de extradición, que se refiere a la causal facultativa para denegar una extradición, respecto de nacionales del Estado requerido, esto es, en nuestro caso, de ciudadanos chilenos requeridos en extradición por terceros Estados, y cómo la Corte Suprema ha resuelto sobre esta materia en el último tiempo.

Además de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, la extradición pasiva tiene una regulación en nuestra ley nacional, constituyendo un procedimiento especial, regulado en el Libro IV, Título VI, Párrafo 2° del Código Procesal Penal, esto es, entre los artículos 440 a 454 inclusive. A diferencia de lo que ocurre con los demás procedimientos especiales regulados en el mismo Libro IV, no existe en el caso de la extradición pasiva ninguna norma de reenvío o de supletoriedad hacia el procedimiento ordinario (juicio oral), por lo que la misma Corte Suprema ha sostenido que se trata de un procedimiento “especialísimo”³.

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, la detención previa, la representación del Estado requirente, que se entrega por ley al Ministerio Público, el mecanismo para ofrecer y producir pruebas, la procedencia de la prisión preventiva y otras medidas cautelares, así como los resguardos que debe tomar el Ministro Instructor de la Corte Suprema para evitar la fuga de los requeridos, 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 sentencia que conceden y que deniegan la extradición, y el procedimiento de extradición pasiva simplificada.

Esta regulación interna no hace mención alguna a la nacionalidad de las personas requeridas ni al hecho de ser ciudadanos chilenos o extranjeros.

³ Corte Suprema, 31 de marzo de 2011, Rol N° 716-2011. Corte Suprema, 14 de abril de 2020, Rol N° 19.567-2020.

II.- LA ENTREGA DE NACIONALES EN LOS TRATADOS

Los tratados de extradición suscritos por nuestro país contienen normas referidas a la entrega o no entrega de nacionales del Estado requerido en extradición, estableciendo que se trata de una **opción facultativa**. Pero que en caso que la decisión sea la no entrega, se impone al Estado requerido la obligación de juzgarlo, conforme a sus propias normas de procedimiento, informando de su resultado al Estado requirente. A esta particular situación se le denomina por la expresión latina *aut dedere aut iudicare* (si deniegas, debes juzgar).

Entre los tratados más relevantes que contienen este tipo de normativa podemos mencionar a los siguientes:

- a) El Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, suscrito en La Habana, Cuba, en 1928, tratado multilateral suscrito por casi todos los países americanos, que contiene normas sobre extradición, incluye la siguiente:

“Art. 345. Los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales. La nación que se niegue a entregar a uno de sus ciudadanos estará obligada a juzgarlo”.

- b) La Convención de Extradición de Montevideo, suscrito en Montevideo, Uruguay, en 1933, tratado multilateral suscrito por casi todos los países americanos, contiene el artículo siguiente⁴:

“Artículo II.- Cuando el individuo fuese nacional del Estado requerido, por lo que respecta a su entrega, ésta podrá o no ser acordada según lo que determine la legislación o las circunstancias del caso a juicio del Estado requerido. Si no entregare al individuo, el Estado requerido queda obligado a juzgarlo por el hecho que se le imputa, si en él concurren las condiciones establecidas en el inciso b, del artículo anterior, y a comunicar al Estado requirente la sentencia que recaiga”.

- c) El Tratado de Extradición del Mercosur, la República de Bolivia, la República de Chile y la República de Ecuador, tratado multilateral suscrito en Río de Janeiro, en 1998, dispone:

“Capítulo IV Denegación Facultativa de Extradición.

Artículo 11. Nacionalidad.

1. La nacionalidad de la persona reclamada no podrá ser invocada para denegar la extradición, salvo que una disposición constitucional establezca lo contrario.

2. Los Estados Parte que no contemplen una disposición de igual naturaleza que la prevista en el párrafo anterior podrán denegarle la extradición de sus nacionales.

⁴ Tratándose de procesos en que el Estado de Chile no tiene un tratado de extradición específico con el Estado requirente, la jurisprudencia uniforme de nuestra Corte Suprema ha sostenido que los principios generales del Derecho Internacional se encuentran contenidos en el cuerpo del Código de Bustamante y de la Convención de Montevideo.

3. En las hipótesis de los párrafos anteriores el Estado Parte que deniegue la extradición deberá juzgar a la persona reclamada y mantener informado al otro Estado Parte acerca del juicio, así como remitirle copia de la sentencia una vez que aquél finalice.

4. A los efectos de este Artículo, la condición de nacional se determinará por la legislación del Estado Parte requerido vigente en el momento en que se solicite la extradición, siempre que la nacionalidad no hubiere sido adquirida con el propósito fraudulento de impedir la extradición”.

d) La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como Convención de Palermo, tratado multilateral suscrito en el año 2000, contiene la disposición siguiente:

“Artículo 16. Extradición. N° 10. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harían respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado Parte. Los Estados Parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones”.

e) La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tratado multilateral suscrito en 1998, contiene las normas siguientes:

“Artículo 4, Párrafo II 2. Cada una de las Partes:

a) *Adoptará también las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte no lo extradite a otra basándose en que:*

ii) *El delito ha sido cometido por un nacional suyo”.*

“Artículo 6, N° 10: 10. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena se deniega basándose en que la persona objeto de la solicitud es nacional de la Parte requerida, ésta, si su legislación lo permite y de conformidad con los requisitos de dicha legislación, previa solicitud de la Parte requirente, considerará la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta conforme a la legislación de la Parte requirente o el resto de dicha condena que quede por purgar”.

f) La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, tratado multilateral suscrito en 2003, establece que:

“Artículo 43 Cooperación internacional

11. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harían respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado Parte. Los Estados Parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones”.

g) El Tratado de Extradición entre la República de Perú y la República de Chile, suscrito en Lima en 1932, señala lo siguiente:

“IV.- Las Altas Partes Contratantes convienen en que no es obligatoria la extradición de sus propios nacionales. En este caso el Gobierno requerido deberá proveer al enjuiciamiento del criminal reclamado, a quien se aplicarán las leyes penales del país de refugio, como si el hecho perseguido hubiese sido perpetrado en su propio territorio. La sentencia o resolución definitiva que en la causa se pronuncie, deberá comunicarse al Gobierno que requirió la extradición”.

h) El Tratado de Extradición entre la República de Colombia y la República de Chile, suscrito en 1914, contiene la norma siguiente:

“Artículo IV.- Las Altas Partes Contratantes convienen en que no es obligatoria la extradición de sus propios nacionales. En este caso el Gobierno requerido deberá proveer al enjuiciamiento del criminal reclamado, a quien se aplicarán las leyes penales del país de refugio, como si el hecho perseguido hubiese sido perpetrado en su propio territorio. La sentencia o resolución definitiva que en la causa se pronuncie, deberá comunicarse al Gobierno que requirió la extradición”.

i) El Tratado de extradición y asistencia judicial en materia penal entre la República de Chile y el Reino de España, suscrito en 1992, establece que:

“Artículo 7° Extradición de nacionales.

1. Cuando el reclamado fuere nacional de la Parte requerida, ésta podrá rehusar la concesión de la extradición de acuerdo a su propia ley. La calidad de nacional se apreciará en el momento de la decisión sobre la extradición y siempre que no hubiera sido adquirida con el fraudulento propósito de impedir aquélla.

2. Si la parte requerida deniega la extradición por el motivo expresado en el apartado 1 deberá, a instancia de la Parte requirente, someter el asunto a las autoridades competentes a fin de que pueda procederse judicialmente contra aquél. A tal efecto, los documentos, informaciones y objetos relativos al delito podrán ser remitidos gratuitamente por la vía prevista en el artículo 15°.

Se informará a la Parte requirente del resultado que hubiere obtenido su solicitud”.

III.- LA ENTREGA DE NACIONALES EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Como ya se adelantó, las normas del Código Procesal Penal no contienen disposición alguna referida a la nacionalidad de las personas requeridas en extradición.

Más aún, no existe ninguna norma de rango constitucional ni legal en nuestro sistema jurídico que impida, restrinja o limite la entrega de nacionales o de ciudadanos chilenos a otro Estado, en el marco de un proceso de extradición.

Otros países conceden una suerte de “protección” a sus nacionales, en el sentido que prohíben o limitan su entrega para ser juzgados por los tribunales de otros países. Así, por ejemplo, en Ecuador existe una prohibición a nivel constitucional a la entrega de sus nacionales⁵.

Los Estados que integran la Unión Europea en general también tienen normas de carácter legal que impiden o restringen la entrega de sus nacionales. Sin embargo, a partir de la llamada Euro Orden u Orden Europea de Detención, que permite la detención de una persona en un país que es perseguida criminalmente por los tribunales de otro Estado, los países europeos entregan a sus propios nacionales. Pero por cierto esta particular herramienta de cooperación internacional solo opera entre países de la Unión Europea y no respecto de terceros países.

Por el contrario, hay muchos otros países que permiten la extradición de sus nacionales, sea porque al igual que en Chile sus sistemas jurídicos internos no formulan ninguna prohibición o porque sí existen normas legales que expresamente lo permiten. Entre otros países podemos mencionar a los siguientes: Argentina, Colombia, Perú, Bolivia, Estados Unidos de América, México, República Dominicana, Reino Unidos y Uruguay.

⁵ Artículo 79 de la Constitución de Ecuador: “En ningún caso se concederá la extradición de una ecuatoriana o ecuatoriano. Su juzgamiento se sujetará a las leyes del Ecuador”.

IV.- LA ENTREGA DE NACIONALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Según datos estadísticos internos de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones del Ministerio Público, en los últimos diez años, desde el año 2011 a la fecha, terceros Estados han requerido la extradición pasiva de ciudadanos chilenos en cincuenta oportunidades.

De ellas, en tan solo cinco ocasiones la Corte Suprema ha resuelto que, pese a haberse cumplido todos los requisitos para conceder una extradición al Estado requirente, se ha optado por no hacer lugar a la entrega por tratarse de personas que cuentan con nacionalidad chilena, ordenando por tanto su enjuiciamiento por tribunales chilenos, la última vez en el año 2019.

Todos estos casos son derivados a la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte⁶, quien ha recibido los antecedentes de investigación y prueba recabados en los Estados requirentes, y ha ordenado las diligencias investigativas complementarias que ha estimado necesario para poder ejercer la acción penal ante los tribunales de Santiago.

En este trabajo queremos destacar que en las últimas cinco causas de extradición pasiva sobre ciudadanos chilenos que fueron concedidas por la Corte Suprema, se ha rechazado expresamente la posibilidad de denegar la entrega a los Estados requirentes por esa razón, en base a los argumentos que mencionaremos a continuación.

En orden cronológico, esas sentencias y sus argumentaciones han sido las siguientes:

1.- En la sentencia en la causa **Rol Corte Suprema N° 1.174-2018**, de 6 de marzo de 2018, la Sala Penal rechazó un recurso de nulidad y confirmó la sentencia de primera instancia que había concedido la extradición y entrega de un chileno requerido por el Reino de los Países Bajos (Holanda), que había sido dictada por el Ministro Instructor Sr. Manuel Valderrama, para su juzgamiento por diversos delitos, tales como tráfico ilícito de drogas, tenencia ilegal de arma de fuego, participación en una organización criminal y lavado de dinero.

Al no existir un tratado de extradición bilateral, se acudió a los principios generales del Derecho Internacional.

En la sentencia se señala lo siguiente: *“Séptimo: Que, por último, si bien dentro de la evolución histórica de la institución de la extradición, en un primer momento primó la idea de no entregar a los nacionales vía extradición, fundada en razón de desconfianza en los tribunales extranjeros, o la falta de posibilidad de defenderse del extraditado, en la actualidad*

⁶ El artículo 27, inciso segundo de la Ley N° 19.640, Orgánica del Ministerio Público, dispone: *“Tratándose de delitos cometidos en el extranjero que fueren de competencia de los tribunales chilenos, las facultades del Ministerio Público serán ejercidas por el fiscal adjunto de la Región Metropolitana que sea designado por el Fiscal Regional Metropolitano con competencia sobre la comuna de Santiago, sin perjuicio de las potestades que son propias del Fiscal Nacional conforme a esta ley orgánica constitucional”.*

esa tesis ha perdido fuerza y se ha ido uniformando la doctrina en el sentido de considerar como injustificadas las razones invocadas para no concederla. La norma del Código de Bustamante que considera facultativa la extradición de los nacionales (“los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales”, no obstante si se niega, están obligados a juzgarlos) se encuentra, de alguna manera, a medio camino entre ambas posturas. Con todo, no es esta una materia que la defensa haya planteado durante la tramitación del juicio, por lo que ante la inexistencia de un contradictorio sobre el punto y al constituir una alegación nueva, este tribunal no alterará lo que viene decidido. Tiene para ello además presente que, si bien el requerido tiene nacionalidad chilena, también obtuvo la del país requirente, donde por lo demás ha vivido la mayor parte de su vida; de hecho, al prestar declaración en la audiencia de juicio, el propio imputado señaló, en relación al tiempo que ha vivido en Chile, que de sus 44 años de edad, sólo ha estado en el país aproximadamente 7 años”.

2.- En sentencia en la causa **Rol Corte Suprema N° 39.598-2020**, de 18 de mayo de 2020, la Sala Penal no dio lugar a un recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia, que había concedido la extradición y entrega de un chileno requerido por la República Francesa, dictada por el Ministro Instructor Sr. Jorge Dahm, para ser juzgado por un delito de asesinato.

Al no existir un tratado de extradición bilateral ni multilateral referido a este tipo de delitos, se acudió a los principios generales del Derecho Internacional y a la Cortesía Internacional, toda vez que no era posible la reciprocidad, dado que Francia en principio no entrega a sus nacionales.

En el fallo se lee: *“Octavo ... que la ley nacional, al igual como ocurre con la mayoría de los países, no contiene disposición constitucional o legal que prohíba la extradición de nacionales y si bien dentro de la evolución histórica de la institución de la extradición, en un primer momento primó la idea de no entregar a los nacionales vía extradición, fundada en razón de desconfianza en los tribunales extranjeros, o la falta de posibilidad de defenderse del extraditado, en la actualidad esa tesis ha perdido fuerza y se ha ido uniformando la doctrina en el sentido de considerar como injustificadas las razones invocadas para no concederla”.*

3.- En sentencia **Rol Corte Suprema N° 71.978-2020**, de 20 de julio de 2020, la Sala Penal confirmó la extradición y entrega de un chileno para ser juzgado en la República Argentina, por delitos de robo y hurto simple, decretada en sentencia dictada en primera instancia por el Ministro Instructor Sr. Haroldo Brito.

En este caso la base jurídica de la extradición fue la Convención de Extradición de Montevideo, de 1933.

La sentencia señala lo siguiente: *“Séptimo: Que en lo atinente a la petición subsidiaria, alusiva a juzgar al requerido en Chile, si bien dentro de la evolución histórica de la institución de la extradición, en un primer momento primó la idea de no entregar a los nacionales vía extradición, fundada en razón de desconfianza en los tribunales extranjeros, o la falta de posibilidad de defenderse del extraditado, en la actualidad esa tesis ha perdido fuerza y se ha ido uniformando la doctrina en el sentido de considerar como injustificadas las razones invocadas para no concederla”*.

4.- En sentencia en la causa **Rol Corte Suprema N° 31.587-2021**, de 17 de mayo de 2021, la Sala Penal revocó la sentencia de primera instancia que había concedido la extradición pero denegado la entrega de un chileno requerido por la República Argentina, para ser juzgado por el delito de violación, la que había sido pronunciada por la Ministra Instructora Sra. Gloria Ana Chevesich. El veredicto final entonces fue la concesión de la extradición y también de la entrega de la persona requerida.

Al igual que en el caso anterior, la base jurídica de la extradición fue la Convención de Extradición de Montevideo, de 1933.

La sentencia de la Sala Penal señaló lo siguiente:

“Séptimo: Que, si bien dentro de la evolución histórica de la institución de la extradición, en un primer momento primó la idea de no entregar a los nacionales vía extradición, fundada en razón de desconfianza en los tribunales extranjeros, o la falta de posibilidad de defenderse del extraditado, en la actualidad esa tesis ha perdido fuerza y se ha ido uniformando la doctrina en el sentido de considerar como injustificadas las razones invocadas para no concederla. En efecto, sobre esta materia, esta Corte ha sido categórica en orden a dar una aplicación restrictiva a la facultad de no entrega de nacionales, exigiendo para su ejercicio que “las circunstancias del caso” realmente justifiquen el juzgamiento en Chile del imputado cuya entrega está en cuestión por razones de nacionalidad (SCS Rol N° 3026-2013, de 10 de junio de 2013).

Octavo: Que, por las razones expuestas, se discrepa del fallo recurrido, en cuanto no hace lugar a la solicitud de extradición formulada por ... la República Argentina, respecto del ciudadano chileno, disponiendo que sea juzgado por los tribunales nacionales, pues con ello se afectarían gravemente las posibilidades de rendir prueba, porque éstas se encuentran en el lugar de los hechos. En efecto, salvo por alusiones genéricas a la nacionalidad del requerido, la medida cautelar a la que se encuentra sujeto y la circunstancia transitoria de encontrarse cerradas las fronteras producto de la pandemia, que en concepto de la Sra. Ministro Instructora, diferirían la realización del juicio a una época incierta, la sentencia no ha esgrimido ni acreditado circunstancias suficientemente graves para no acceder a la

extradición solicitada. Por el contrario, la carga de realizar el juicio en nuestro país podría dificultar la persecución criminal o tornarla ilusoria, dado que toda la prueba existente se encuentra en Argentina, lo que en términos prácticos puede significar la impunidad”⁷.

5.- En sentencia en la causa **Rol Corte Suprema N° 131.092-2020**, de 26 de julio de 2021, dictada en primera instancia por la Ministra Instructora Sra. Adelita Ravanales, se concedió la extradición y entrega de un chileno al Reino de España para ser juzgado por un delito de homicidio frustrado. Esta sentencia fue apelada por la Defensa y la vista de la causa se encuentra actualmente pendiente ante la Sala Penal.

La base jurídica de esta extradición fue el tratado de extradición y asistencia judicial en materia penal entre la República de Chile y el Reino de España, suscrito en 1992.

En la sentencia se señala lo siguiente:

“Décimo sexto: Tampoco, se hará lugar a la petición subsidiaria planteada por la defensa, en orden a negar la extradición atendida la nacionalidad chilena del requerido, pues en concepto de este tribunal la facultad de rehusar la entrega de nacionales, prevista en el artículo 7° del Tratado citado, debe recibir una aplicación restrictiva, exigiendo para su ejercicio que las circunstancias del caso realmente justifiquen el juzgamiento en Chile, tal como ha sido resuelto por la Corte Suprema en la materia (véase SCS, 10.6.2013, Rol N° 3.026-2013 y SCS, 20.5.2019, Rol N° 11.015- 2019).

Décimo séptimo: En efecto, si bien la defensa acompañó antecedentes que acreditarían cierto arraigo del requerido en nuestro país, ellos no son suficientes para justificar el procesamiento del imputado en Chile, no solo por la gravedad de los hechos por los cuales es juzgado en España, sino también porque los antecedentes probatorios se encuentran en dicho país -incluso los eventuales testigos del requerido mencionados en su declaración- y además en idioma Catalán, lo que torna más complejo el juzgamiento en nuestro país.

V.- COMENTARIOS FINALES

A pesar que la entrega o no de nacionales en extradición se encuentra establecida en la mayoría de los tratados suscritos por Chile sobre la materia, como una facultad de los Estados requeridos, lo cierto es que la Corte Suprema chilena ha denegado la entrega de ciudadanos chilenos por ese solo hecho en muy contadas ocasiones, disponiendo entonces su juzgamiento por tribunales de nuestro país.

⁷ En el mismo sentido de esta argumentación, pueden citarse las sentencias siguientes: Corte Suprema, 30 de noviembre de 2015, Rol N° 18.142-2015; Corte Suprema, 25 de julio de 2016, Rol N° 28.599-2016; Corte Suprema, 8 de septiembre de 2017, Rol N° 12.201-2017; Corte Suprema, 2 de octubre de 2017, Rol N° 38.910-2017; Corte Suprema, 7 de octubre de 2017, Rol N° 47.868-2017.

En general la Corte Suprema ha señalado en forma explícita que se trata de una facultad que debe aplicarse en forma muy restrictiva, ponderando muchos factores, en particular el verdadero arraigo social que la persona requerida tenga en nuestro país y no solo el mero hecho de contar con nacionalidad chilena.

En los últimos tres años, la Sala Penal de la Corte Suprema ha sido explícita en señalar que la no entrega por causa de nacionalidad corresponde a una concepción antigua, que obedecía a una cierta desconfianza de jurisdicciones extranjeras, así como a la duda sobre las verdaderas posibilidades de defensa de un chileno en un país extranjero, pero que el desarrollo histórico de la institución ha determinado que hoy en día ya no existe motivo alguno para denegar la entrega de un ciudadano chileno para su juzgamiento por tribunales de otros Estados.

Asimismo, se ha argumentado que traer la prueba producida bajo las regulaciones de un Estado extranjero hacia nuestro país, para ser presentada en un modelo acusatorio, especialmente si está en idioma distinto al nuestro, acarrearía la pérdida o afectación de la evidencia, dificultándose el accionar de la Justicia.

El hecho que no exista ninguna norma de carácter constitucional ni legal en Chile que impida la extradición de un chileno a un Estado extranjero, ha facilitado la entrega de nacionales, postura que entendemos ya se encuentra consolidada en la jurisprudencia nacional.

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

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN CONTEXTO DE PAREJA: CARACTERÍSTICAS DEL MALTRATO Y REVISIÓN DE PERFILES DE HOMBRES QUE AGREDEN A SU PAREJA

Roberto Rodríguez Manríquez¹

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo es una aproximación conceptual a diferentes enfoques teóricos sobre la violencia masculina ejercida en contexto de relaciones de pareja. Interesa especialmente examinar algunas tipologías de violencia que han derivado en la formulación de ciertos perfiles de agresores.

La revisión asume la perspectiva de género contextualizando y comprendiendo el maltrato masculino más allá de la interpretación psicopatológica individual, sino que entendiendo a la violencia contra la mujer como parte de un sistema de pensamiento fundado en leyes, normas, creencias, tradiciones y prácticas que la legitiman: el patriarcado².

Se analizarán las motivaciones para el ejercicio de la violencia extrema, que de acuerdo a la literatura revisada, serían el control y la dominación de hombres para mantener el mandato de masculinidad hegemónica motivada por una necesidad de no perder su estatus e identidad social construida a partir de los estereotipos de género que imperan en la sociedad³. Así entendida, la violencia contra la mujer también puede ser un acto co-

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

² JABLONKA, Iván. *Hombres Justos*. 1ª ed., Barcelona, Anagrama, 2020, p. 23.

³ HAMEL y NICHOLLS. *Approaches to domestic violence a gender-neutral guide for research and treatment*. Nueva York,

municativo no solo dentro del ámbito íntimo de la pareja (agresor – víctima) sino que es un enunciado hacia otros pares o semejantes (agresor – otros hombres)⁴. Al respecto, la evidencia señala que los sujetos autores de femicidio en Chile ocupan el control coercitivo y el dominio, como una estrategia de castigo, para ajustar a su pareja a los mandatos y estereotipos de género⁵, que la mujer intenta superar apartándose de esos cánones sociales esperables.

Las investigaciones en nuestro país sobre el perfil de hombres que agreden física y/o psicológicamente a su pareja mujer son escasas en comparación con los estudios anglosajones y españoles. La revisión efectuada demuestra que el análisis de casos se realiza en población clínica, es decir, hombres que se encuentran en procesos judiciales vigentes o suspendidos condicionalmente, y que en un alto porcentaje mantienen la convivencia con la víctima⁶, acudiendo a tratamientos en servicios de salud primaria o el programa Hombres Libres por una Vida sin Violencia de SERNAMEG⁷ y programas de Salud Primaria. Se expondrá que existen numerosas perspectivas teóricas para comprender la violencia de pareja. Algunas se concentran en factores individuales (por ejemplo, las características de los agresores) o factores relacionales, de la interacción de la pareja (el modelo más conocido en este sentido es el ciclo de la violencia). También existen enfoques más globales, tales como el modelo ecológico de Bronfenbrenner, el cual ha sido adaptado a la violencia contra la mujer por Lorie Heise y orientaciones transgeneracionales disponibles especialmente en algunos autores que derivan de enfoques sistémicos familiares. Clasificar y establecer tipologías de hombres que ejercen violencia contra su pareja puede ser un aporte para el sistema judicial penal no solo desde la perspectiva del riesgo, para proteger a las víctimas, sino porque además puede permitir establecer con más precisión la sanción o condición más idónea para el imputado ya que es de interés permanente para el Ministerio Público perfeccionar la evaluación de riesgo de las víctimas evitando que la violencia escale y termine en un femicidio, ya que al tener mayores elementos de análisis sobre las características de los agresores y del tipo de violencia ejercida, se podrá hacer un pronóstico más acertado del nivel de riesgo y proponer medidas de protección más idóneas.

Springer Publishing, 2007, p. 127.

4 SEGATO, Rita. *Las estructuras elementales de la violencia*. Buenos Aires, Argentina, Universidad Nacional de Quilmes, 2003, p. 266.

5 AGUILERA, et. al. "Femicidio en Chile". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 79, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2020, p. 144.

6 BARRÍA, J. y MACCHIAVELLO, A. *Anatomía de los hombres que ejercen violencia hacia sus parejas* [en línea]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/305735044_Anatomia_de_los_hombres_que_ejercen_violencia_hacia_sus_parejas_Primer_levantamiento_de_datos_para_el_diseño_de_un_perfil

7 SERNAMEG, *Orientaciones Técnicas. Modelo de Intervención Centros de la Mujer*. Chile Acoge, 2012, p. 31.

2. EVIDENCIA ESTADÍSTICA

Con el fin de precisar estadísticamente que las relaciones de género suelen ser desiguales y que su visibilización permite tomar conciencia para la transformación de políticas de prevención y persecución penal se presentan algunas cifras que caracterizan la violencia de género disponibles en la Fiscalía de Chile⁸. Al respecto, los delitos con marca VIF ingresados a la Fiscalía entre 2015 y marzo de 2021 fueron 136.014, lo que significa que en promedio ingresaron 136 mil delitos al año. La tendencia es bastante homogénea con una desviación estándar de 6.000 casos por año.

Tabla: Delitos VIF ingresados por año:

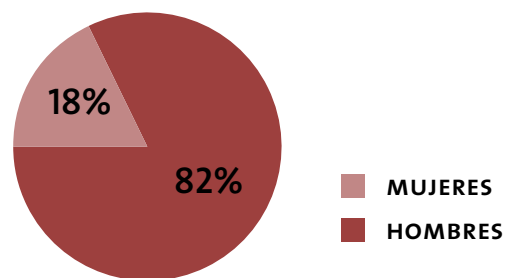
Año	N°
2015	133.435
2016	130.494
2017	130.574
2018	134.123
2019	147.594
2020	139.864
2021*	32.828
Total	848.912

*enero-febrero-marzo

De los delitos VIF ingresados entre el año 2015 a marzo del año 2021, al desagregar la información según el sexo del imputado/a, se muestra la siguiente tendencia: el 82% son hombres, lo que equivale a 670.203 imputados de sexo masculino.

⁸ DIVISIÓN DE ESTUDIOS. Fiscalía Nacional. Reportes estadísticos internos. 2021.

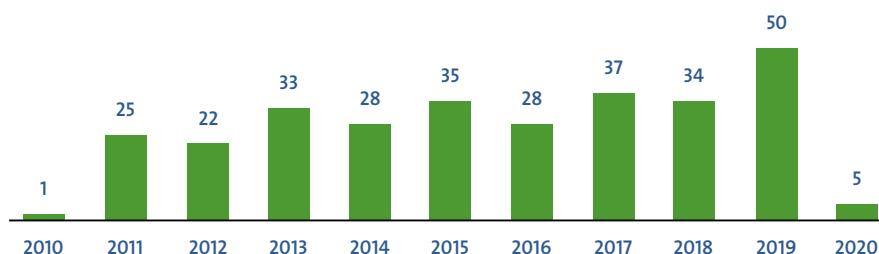
IMPUTADOS DELITOS VIF 2015 - 2021



De acuerdo al informe del año 2020 de la Subsecretaría de Prevención del Delito⁹, el 41,4% de mujeres entre 15 y 65 años señala haber sufrido algún tipo de violencia al interior de su familia antes o durante los últimos doce meses, se trata de actos de desprecio o humillaciones, intimidación, acoso, manipulación emocional, coacción psicológica, verbal, física o sexual en el transcurso del último año. Si comparamos esta cifra de prevalencia con los indicadores de denuncia en el sistema de justicia penal, donde el promedio de delitos con marca VIF ingresados a la Fiscalía en los últimos cinco años, es de 136.000 delitos al año, de los cuales el 82% de las personas imputadas son hombres, representa un aspecto alarmante debido a la escasa oferta de tratamiento y control frente a la violencia contra la mujer que resulta según la evidencia en violencia masculina.

Respecto del amplio espectro de actos violentos que buscan dominar y someter, una de las expresiones más graves de violencia masculina es el femicidio. Si se observa la frecuencia de estos actos ocurridos en Chile entre diciembre de 2010 y hasta marzo de 2020 (período de vigencia de la primera Ley de Femicidio en Chile o Ley 20.480) donde se circunscribe el femicidio al ámbito íntimo de pareja o ex pareja, es decir, cónyuges, convivientes y padres de un hijo en común, se aprecia una curva relativamente estable con casi 300 mujeres asesinadas en diez años por sus parejas.

FEMICIDIOS CONSUMADOS POR AÑO



⁹ Subsecretaría de Prevención del Delito, Ministerio del Interior y Seguridad Pública. *IV Encuesta de Violencia contra la Mujer en el Ámbito de Violencia Intrafamiliar y en Otros Espacios. Resultados País 2020.*

La violencia contra la mujer en contexto de pareja constituye un desafío para las diferentes instituciones y organismos que están implicados en la interrupción de la violencia, la protección de las víctimas (directas e indirectas) y la intervención (individual, familiar y/o comunitaria), para ello es necesario una articulación y coordinación entre los actores jurídicos (tribunales penales, de familia, fiscalía, defensoría) con los organismos que intervienen directamente con víctima e imputado, por ejemplo, en casos de “infidelidad femenina” rompiendo con el estigma y prejuicio hacia la mujer que es gravemente lesionada (casos de femicidios consumados y frustrados) por haber iniciado una nueva relación de pareja (“infiel”) lo que permitiría romper el paradigma “mujer inocente/mujer culpable”¹⁰. Y para los casos de hombres imputados por hechos de violencia contra sus parejas, se hace imperioso fortalecer los programas regionales de Hombres que Ejercen Violencia de Pareja (HEVPA) ya que un centro por Región resulta notoriamente insuficiente para cumplir con los objetivos de la Convención de Belén do Para.

3. MARCO CONCEPTUAL

3.1. Género y violencia de pareja

Las creencias, mandatos y modelos de masculinidad se incorporan y aprenden socialmente con la socialización primaria (núcleo familiar) y la socialización secundaria (espacio extrafamiliar escuela, amigos, instituciones) y es así como las sociedades le asignan a cada sexo un código de conducta, saberes y derechos denominado *género*, que se construye y expresa en el modo de vestir, el comportamiento, el hablar. Si alguna persona contradice ese patrón de conducta y valores esperados es “sancionado” en el espacio privado al interior de la familia y socialmente en espacios públicos, es entonces cuando aquellas diferencias biológicas y sexuales entre hombres y mujeres se convierten en violencia y discriminación¹¹. Siguiendo a Bandura, las personas internalizamos en un proceso de aprendizaje social una batería de comportamientos, en el caso de la violencia masculina, estos pueden ser abusivos y de control convirtiéndose en un modelo de “*ser hombre*”: la masculinidad hegemónica¹² sustentada en la cultura patriarcal, que se incorpora a través de imágenes colectivas sobre *lo deseable* y *lo indeseable* respecto de ambos géneros.

¹⁰ SEPÚLVEDA, Ivonne. “Re-visión de la atenuante 11 N°5 con lentes de género”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 67, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2016.

¹¹ MAFFIA y CABRAL. *¿Los sexos son o se hacen?* En Sexualidades Migrantes. Bs. Aires, Ed. Feminaria, 2003, p. 86.

¹² CONNELL, Robert. En: Valdés, Teresa y Olavarria, José. *Masculinidad/es: poder y crisis*, Cap. 2. Santiago, ISIS FLACSO: Ediciones de las Mujeres N° 24, págs. 31-48.

Además, existe un consenso en la literatura al momento de atribuir a la cultura patriarcal ciertas condiciones dominantes, como son: que las mujeres deben someterse a la autoridad del hombre y depender de ellos económicamente.

Por lo anterior, se comprenderá por violencia contra la pareja comportamientos que se configuran como un patrón abusivo, que produce asimetría en la relación y no como un problema de impulsividad estrictamente individual producto de abuso de alcohol o drogas o descontrol de impulsos agresivos. En este sentido, la excesiva dependencia emocional, la obsesividad y la atribución sistemática de los males propios a otras personas hacen más probable la aparición de la violencia grave contra la pareja¹³.

Otro aspecto a tomar en cuenta es la frecuencia de la violencia y la percepción de amenaza por parte de la víctima, sobre esto, Sluzki¹⁴ señala que la violencia puede ser ejercida bajo la forma de una coerción leve con una percepción de amenaza a la integridad física o emocional baja. En cambio, en el polo opuesto, la mujer puede percibir un alto nivel de amenaza que incluye daño físico o psicológico extremo como la amenaza con un cuchillo en la garganta, un secuestro por parte de la ex pareja o ser encerrada por horas.

En términos de la frecuencia de la amenaza, un acto de violencia podría ocurrir de manera aislada, impredecible y abrupta, o bien de manera repetitiva y predecible (cronicidad). Ejemplo de la primera pueden ser un golpe inesperado producto de una discusión. Ejemplo de la segunda puede ser el ciclo interminable de amenazas y golpes, es decir, como un permanente estado de alerta por parte de la mujer frente al control violento que ejerce el agresor, lo que podría denominarse tiranía doméstica o dictadura familiar¹⁵. En la literatura se les describe como sujetos que suelen ser amistosos con otros hombres y poco propensos a enfadarse con ellos; su violencia se desata con la mujer a la cual están vinculados emocionalmente.

¹³ BARRIA y MACCHIAVELLO, ob. cit., p. 3.

¹⁴ ACHNITMAN, Dora. *Nuevos Paradigmas, Cultura y Subjetividad*. Buenos Aires, Paidós, 1995.

¹⁵ CUBERO, Pedro. *El grupo paranoide*. Barcelona, Ed. Experiencia, 2005.

Tabla: Modelo de Sluzki sobre frecuencia de violencia y amenaza percibida por la víctima¹⁶.

		Amenaza Percibida		
		Leve	Mediana	Alta
Frecuencia de la violencia	Aislado	Disonancia cognitiva (¿qué es esto?). Conducta violenta es desestabilizadora e inquietante.	Respuesta de Ataque o Huida como forma de adaptación o defensa.	Colapso en los modos de respuesta, paralización, desorientación, desconexión.
	Reiterado	Socialización cotidiana: discriminación, mensajes de dominio y sumisión.	Sistema opresivo: “lavado de cerebro”, víctima se autocensura, acomodación al sistema abusivo: negación, minimización, normalización.	Entumecimiento psíquico, desconexión de emociones (disociación), sometimiento (estrategia de supervivencia): identificación con el agresor.

3.2. El término o ruptura de la relación

La violencia puede estar presente en las relaciones de pareja, pero también después de un término de la misma. Por lo tanto, si se relaciona la violencia con el término de la relación, puede ser interpretada de dos maneras: la ruptura como mecanismo de resistencia de la mujer (escape de la relación) y a la vez el quiebre puede ser el detonante de episodios más violentos por parte de la pareja abandonada.

Un aspecto a tomar en cuenta es que en cualquier separación puede resultar frecuente que se manifieste agresividad y violencia por parte de la persona abandonada lo que podría asociarse a ciertos aspectos particularmente traumáticos de esa separación, no obstante, se deben evaluar los antecedentes de violencia, dominio y dependencia emocional de sujetos que no aceptan el término de la relación, es decir, donde la violencia era previa a la separación, en estos casos, se pueden observar pautas de acoso muy serias hacia la mujer con sentimientos de abandono y vergüenza por parte del hombre¹⁷.

¹⁶ ACHNITMAN, Dora, ob. cit., p. 4.

¹⁷ NAVARRO, José. *Violencia en las relaciones íntimas*. Barcelona, Herder, 2015, págs. 55-67.

3.3. El Ciclo de la Violencia

El proceso que mejor refleja lo que ocurre cuando se está en presencia de violencia crónica masculina es el “Ciclo de la Violencia” de Leonore Walker, donde se expone que el maltrato puede presentarse como un proceso cíclico de acumulación de tensión y descarga violenta. La autora conceptualiza las siguientes fases de la violencia:

a) Acumulación de tensión

En esta fase, a menudo los hombres tendrán pensamientos que giran en torno a presuntas ofensas de la mujer, temor respecto a infidelidad y celos. Al agresor le atemoriza la idea de que su mujer le abandone, ya que necesita desesperadamente de ella para definirse a sí mismo. Son sujetos que controlan el uso del tiempo y el espacio de la mujer y construyen sospechas ante cualquier posibilidad de emancipación y autonomía. Las ocasiones en que la mujer corre mayor riesgo son cuando se separa, cuando busca refugio y cuando queda embarazada¹⁸.

b) Explosión con violencia física

El hombre cae en un estado de alteración, puede no manifestar compasión por el dolor de su víctima, para cierto perfil de sujetos que ejercen violencia, le resultará incluso placentera la acción violenta. El proceso de agresión se potencia a sí mismo, determinando que los golpes sean cada vez más rápidos y fuertes. Cuando por fin explota, su rabia es incontrolable. La mujer percibe que no hay escape y que la violencia es inevitable, no tiene escape. Perrone y Nannini han llamado a este tipo de descarga violenta Violencia-Castigo, es decir un acto de dominación, premeditado y unidireccional¹⁹.

c) Arrepentimiento

Esta fase comienza después que ha estallado la violencia y se ha disipado la tensión. Se presentan mecanismos de negación de lo ocurrido y promesas de cambiar. Se intenta minimizar la gravedad de los actos violentos, así como su responsabilidad al respecto. Promete dejar la bebida, aventuras extramaritales o cualquier otra cosa que moleste a la mujer. Puede incluso, considerar la posibilidad de ir a terapia. Le regala flores, obsequios y le pide perdón. A menudo procura que otras personas (incluido sus hijos) intercedan por él. Trata de generar sentimientos de culpa en su pareja diciéndole que no puede vivir sin ella. Puede haber amenazas de suicidio en esta etapa e incluso ruegue a la mujer que piense en su carrera, en la familia. Concluye cuando la mujer le perdona y el hombre vuelve acumular

¹⁸ DUTTON, D. y GOLANT, S. *El golpeador, un perfil psicológico*. Bs. Aires, Ed. Paidós, 1997.

¹⁹ PERRONE, R. y NANNINI, M. *Violencia y abusos sexuales en la familia*. Buenos Aires, Ed. Paidós, 2005, págs. 33-48.

tensión, a sentirse ansioso y el próximo episodio de violencia comienza a delinearse.

3.4. Tipos de violencia (Teoría de Michael Johnson)

En primer lugar Michael Johnson, en el año 1995²⁰, propone que en las parejas pueden ocurrir dos tipos de violencia física: “episódica” que puede ser ejercida por uno o ambos integrantes de la pareja, cuando el deseo de controlar no se observa y tampoco dominar a la otra persona. Puede manifestarse cuando ciertas situaciones de conflicto escalan y llevan a actos de agresión física. Esta violencia supone una simetría de poder por parte de ambos miembros de la pareja. El segundo tipo de violencia fue denominada por Johnson como “terrorismo íntimo”, el cual se comprende como un intento violento del hombre por ejercer control por medio de una serie de tácticas de abuso emocional para establecer y mantener un dominio sobre los comportamientos, pensamientos y sentimientos de la pareja.

Posteriormente, Kelly y Johnson, en el año 2008²¹, identificaron los siguientes tipos de violencia:

a) Control Coercitivo Violento: Se caracteriza por ser un patrón de conductas en el que se pretende conseguir el control global de otra persona mediante agresiones físicas y estrategias psicológicas como la intimidación y el maltrato emocional. Se estima que el 97% de este tipo de violencia es ejercida por varones y que, aunque no implica necesariamente violencia física, en el 76% de los casos existe violencia severa. Es el tipo de violencia que más consecuencias psicológicas negativas tiene para la víctima, entre las que destacan el miedo, la ansiedad, la depresión, la pérdida de autoestima y el estrés postraumático. También incluye los tipos de abuso recogidos en la «Rueda del poder y del control» de Ellen Pence y Michael Paymar (1993): la privación económica, los celos, las conductas posesivas, los insultos, las amenazas, la intimidación, la violencia emocional, la minimización de la violencia, la culpabilización de la víctima, la utilización de los hijos y el abuso de los privilegios de ser hombre.

b) Resistencia violenta: Este tipo de violencia se produce como reacción a la violencia recibida en situación de Control Coercitivo Violento. Se diferencia del concepto de auto-defensa en que la respuesta agresiva no siempre se produce de forma inmediata a la agresión recibida, sino que a veces se produce de forma independiente. Dado que el Con-

20 JOHNSON, M. “Patriarcal terrorism and common couple violence”. En: *Journal of marriage and family*, N°57, Ohio State University, Thomson Reuters, 1995, págs. 283-294

21 KELLY, J. y JOHNSON, M. “Differentiation among types of intimate partner violence”. En: *Family Court Review*, N°46, Chicago, Ed. AFCC, 2008, págs. 470-498.

trol Coercitivo es ejercido principalmente por varones, este tipo de violencia es ejercido principalmente por mujeres. La resistencia violenta, es una forma de agresión perpetrada por mujeres. Existen dos situaciones bajo las cuales agreden:

i) por instinto defensivo, que se despliega como consecuencia de una agresión previa; las mujeres resisten el control coercitivo. Se trata de una violencia impulsiva cuyo objetivo es defensivo (no el control del otro) y que normalmente tiene como consecuencia una mayor violencia del varón. Presenta una peligrosidad baja y pocas implicaciones judiciales porque es de corta duración. En cualquier caso, cuestiona la imagen de pasividad que señalan algunas investigaciones cuantitativas, en donde la víctima aparece como una persona pasiva frente a las agresiones. Probablemente sea más cierto que las víctimas hacen muchas cosas que son contrarrestadas por el agresor, y que más bien se mueven en un continuo cuyos extremos pueden ser la impotencia (el más frecuente) por un lado, y la agresión incontrolada y refleja ante la violencia.

ii) La resistencia violenta, pueden llegar al asesinato del agresor cuando las mujeres se sienten atrapadas en una relación que se ha vuelto extremadamente peligrosa y en la que han sufrido heridas severas, amenazas, intentos de asesinato, violaciones, es decir, situaciones que escalaban a violencia extrema y sin salida posible.

c) Violencia Situacional de Pareja: La violencia situacional de pareja es la forma más común de violencia en las relaciones de pareja, se da igualmente en hombres y mujeres y se diferencia fundamentalmente del Control Coercitivo en que no existe un patrón de poder y control sobre la víctima asociado a la violencia. Generalmente las agresiones producidas en este tipo de violencia son consecuencia de una escalada de conflicto y suelen ser menos frecuentes y lesivas que en situaciones de Control Coercitivo. Cuando la Violencia Situacional de Pareja se vuelve crónica, puede generar situaciones de riesgo considerable²². No hay un patrón de control generalizado, ni intimidación, ni acoso, aunque sí el deseo de hacer daño al otro. Es un tipo de violencia que de manera creciente se denuncia (por parte de ambos cónyuges), debido a que existe una mayor sensibilidad y rechazo social.

d) Violencia instigada por la separación: Este tipo de agresiones se producen por igual en hombres y mujeres y se caracterizan por producirse durante el proceso de ruptura en contextos en los que no se produjeron conductas violentas, ni de Control Coercitivo, pre-

²² KELLY, J. y JOHNSON, ob. cit., p. 6.

vias a la ruptura. Se asocia a rupturas traumáticas (descubrir una infidelidad, ser denunciado injustamente por maltrato a los hijos, por ejemplo) e implican una seria pérdida de control por parte del agresor. En cualquier separación resulta frecuente que se manifieste lo más agresivo y trastornado de cada uno. Aunque la relación previa haya sido civilizada y de cuidado mutuo, la violencia se asocia a ciertos aspectos particularmente traumáticos de la separación.

4. TRES TIPOLOGÍAS DE HOMBRES QUE EJERCEN VIOLENCIA CONTRA SU PAREJA

4.1. Tipología de Holtzworth-Munroe & Stuart (1994)²³

A partir de un análisis de 15 investigaciones, llegaron a la conclusión que habría tres subtipos de hombres que maltratan a sus parejas:

a) Violentos solo en la familia: Establecieron, que aproximadamente el 50% de los maltratadores son violentos solo con su familia, con una violencia de baja severidad y generalidad, con baja implicación delictiva por parte del agresor y niveles bajos de abuso de alcohol e intensidad moderada de la ira. Son sujetos violentos dentro del ámbito familiar (contra su pareja e hijo/as), maltratan psicológicamente como un reflejo de sus carencias personales, su violencia es de menor frecuencia y gravedad que en los grupos restantes, y es menos probable que maltraten sexualmente a su pareja. Aparecen rasgos de personalidad pasiva, dependiente y obsesiva, serían considerados maltratadores de bajo riesgo y, generalmente, tienen menos problemas legales que otros tipos de agresores.

b) Los Disfóricos/Borderline: Un 25% de las muestras analizadas, la constituían sujetos violentos contra la pareja, presentan violencia extrafamiliar y participación en actos delictivos. Este subtipo padecería, además, del trastorno de personalidad borderline o limítrofe, niveles moderados de abuso de alcohol y altos niveles de depresión e ira. Los individuos de este grupo suelen ser violentos (física, psicológica y sexualmente), con una intensidad que oscila entre moderada y alta. La violencia va dirigida habitualmente contra su pareja y los restantes miembros de la familia (aunque a veces se pueden comportar también violentamente fuera del ámbito familiar). Presentan mayor malestar psicológico, que se manifiesta en un estado de ánimo disfórico e inestabilidad emocional.

²³ HOLTZWORTH-MUNROE y STUART, G. "Typologies of male batterers: three subtypes and the differences among them". En: *Psychological Bulletin*, N°116, Edit. UCONN, 1994, págs. 476-497.

c) Violentos en general o antisocial: Un 25% de la muestra, presentaban niveles moderados a alto de violencia hacia su pareja, con una implicación delictiva y características de la personalidad antisocial, con consumo abusivo de alcohol, y niveles moderados de ira y bajos de depresión. De hecho, se estima que los maltratadores antisociales constituyen aproximadamente el 25% de las muestras de agresores, o incluso más si los datos provienen de agresores que reciben un tratamiento por orden judicial. Este tipo concreto de agresores presenta una violencia más generalizada, que va más allá de su pareja afectiva, tiene un mayor historial de antecedentes delictivos y es más probable que se vea afectado por trastornos mentales. Es más probable que consuman abusivamente alcohol y drogas y que tengan problemas legales por sus conductas antisociales, siendo considerados teóricamente agresores de alto riesgo, en estos casos, lo más probable es que tengan que estar sometidos a medidas restrictivas que permitan su control conductual de manera más efectiva.

4.2. Tipología de Jacobson y Gottman

Desde el estudio a 201 parejas que admitieron vivir “conflictos graves” en su relación, es decir, donde la mujer estuvo afectada por abuso emocional y físico a partir del predominio de conductas masculinas de ira, desprecio, amenazas y golpes concluyeron que no todos los hombres que ejercen violencia a sus parejas son iguales. Al someter a análisis sus respuestas cardíacas, descubren que hay hombres que al maltratar están tranquilos y disminuyen su frecuencia cardíaca y otros en cambio se alteran aumentando considerablemente sus pulsaciones.

Otra conclusión de su análisis es que el abuso físico siempre va acompañado de abuso emocional a través de intimidación que buscan deteriorar la autoimagen de la mujer. La intención es controlar a la pareja pudiendo no ocupar la violencia física cuando la mujer se ha subordinado.

El abuso emocional lo comprenden a partir de tres variables: *desprecio*, *beligerancia* y *dominancia*. El desprecio incluye insultos dirigidos a devastar la autoimagen y sentido de seguridad de la mujer. La beligerancia implica críticas hirientes y amenazas para provocar miedo en la otra persona. La actitud dominante busca aplastar la autonomía o desacuerdos, intentando controlar e inhabilitar a la mujer.

Jacobson y Gottman establecen tres tipos de violencia: **de baja intensidad** (empujones, cachetadas, zamarrear durante el último año); **violencia de alta intensidad** (patadas, puñetazos, golpes con objetos); **violencia potencialmente letal** (golpizas repetidas, estrangulamientos o amenazas con arma blanca o de fuego).

El hombre Cobra:

- Representan el 20% de los hombres del estudio de Jacobson y Gottman. Disminuyen sus pulsaciones a medida que se muestran más agresivos verbalmente. Se focalizan y concentran la atención al ejercer la violencia. Son cerebrales, tratan de no dejar huellas físicas. Al comenzar la interacción violenta los *hombres cobra* se muestran muy agresivos, beligerantes, para intimidar desde el primer momento. Luego aparentan defensividad o conductas despectivas hacia la mujer. En el laboratorio aparentaban mucha agresividad y alteración pero sus pulsaciones disminuyen, lo que presume simulación.
- Manifiestan tendencias marcadamente antisociales y potencialmente delictivas, y sus agresiones conllevan un alto grado de sadismo y suelen ser más violentos con las personas de su entorno.
- Su narcisismo se expresa a través de ideas hedonistas e impulsividad. Los *hombres cobra* son incapaces de construir relaciones de pareja verdaderamente íntimas, la mujer es un objeto que le debe proporcionar alguna gratificación, en cualquier plano.
- Son independientes, sin la intimidad genuina de pareja y no están dispuestos a que se les controle y obstaculice sus planes.
- Las víctimas de los *hombres cobra* son mujeres que inhiben su expresión de ira por temor, aumentan su nivel de miedo y tristeza. No suelen separarse porque les temen a su pareja y suelen mostrar síntomas depresivos, se sienten atrapadas y sin salida.

El hombre Pitbull:

- Se alteran descontroladamente, son dependientes y celosos. Agreden a su pareja mujer y pueden también herir a otros integrantes de la familia. Pero suelen ser inseguros y dependientes emocionalmente de sus parejas, tienen miedo a ser abandonados.
- Comienzan la discusión de forma dominante y amenazadora. La mayoría de las discusiones y ataques son por celos, coartando a su pareja de vida independiente.
- Al *hombre pitbull* le atormenta que su mujer le abandone, manifiesta sentimientos de vulnerabilidad (aparente) por miedo a perder a su pareja y expresa su impotencia mediante la violencia. Piden de su mujer exclusividad absoluta.
- Manifiestan descontrol cuando atacan, negando y justificando la violencia haciendo dudar a la mujer de su propio pensamiento a través de métodos de aislamiento hacia

la mujer para instalar un control enérgico.

- En ocasiones, la negativa de la violencia se trata simplemente de una estrategia manipuladora.

4.3. Tipología de Dutton y Golant²⁴

Donald Dutton y Susan Golant en su libro “El golpeador” definen tres categorías de personas que maltratan a sus parejas en base a investigaciones realizadas con hombres que habían ejercido violencia en contra de sus cónyuges o convivientes.

a) Definen a los **maltratadores cíclicos emocionalmente inestables** en concordancia con el modelo del ciclo de la violencia de Eleonore Walker como personas que parecen tener una doble personalidad: su comportamiento privado, en su hogar, es muy diferente a su conducta social, cuando se desenvuelven en un espacio público. Su violencia se enfoca en la mujer con la que están emocionalmente relacionados volviéndose agresivos de forma impredecible para su pareja con ataques psicológicos (verbales) y físicos cada vez más intensos. Describiendo similitudes con el tipo Pitbull de Jacobson y Gottman, son personas que necesitan controlar a su pareja por lo que expresan celos continuamente, mostrando inestabilidad a través de cambios de ánimo imprevistos e irritabilidad. Se enfurecen cuando sienten que su pareja no responde a sus necesidades y luego sienten culpa.

b) Describen también a los **agresores psicopáticos** porque agreden a sus parejas pero también son violentos fuera del hogar pudiendo cometer diferentes tipos de delitos. Siguiendo las ideas de Johnson, ejercen una violencia generalizada, correspondiendo sus rasgos con los de psicopatía, principalmente la falta de conciencia moral y ausencia de sentimiento de culpa. En sus estudios, Dutton y Golant describen que al agredir a sus parejas se controlan y son fríos emocionalmente.

c) La tercera categoría que señalan los autores en referencia son los **agresores hipercontrolados** que se caracterizan por exigir subordinación total por parte de su pareja no aceptando la autonomía de la mujer evitando que trabaje, estudie o tenga algún tipo de iniciativa propia. Para degradar psicológicamente a su pareja la descalifican y evitan contacto con sus familiares o amigos. Habría dos sub tipos: el hipercontrolador **activo** que necesita dominar, es perfeccionista y muy exigente con su pareja al punto de no tolerar que la mujer le contradiga; y el hipercontrolador **pasivo** que se muestra distante con su pareja y le rechaza emocionalmente²⁵.

²⁴ DUTTON, Donald y GOLANT, Susan. *El golpeador. Un perfil psicológico*. 1ª ed., Bs. Aires, Paidós, 1997.

²⁵ QUINTEROS, Andrés y CARBAJOSA, Pablo. *Hombres Maltratadores*. Madrid, Grupo 5 Editorial, 2008.

CONCLUSIONES

La revisión de conceptos de violencia y perfiles de hombres que agreden a su pareja pueden constituirse en un aporte para los actores del sistema penal ya que permiten conocer diferentes enfoques y estudios que pueden ser tomados en cuenta para tomar decisiones judiciales idóneas, ya sea en la etapa de investigación, para proteger a la víctima, o en una etapa de juicio, en que se debe decidir la mejor salida judicial para el caso, con el fin de interrumpir y prevenir violencia extrema contra la mujer.

Se hace necesario identificar en los casos ingresados a la Fiscalía la presencia o ausencia de violencia coercitiva o denominada también terrorismo íntimo, para intervenir desde la protección de la víctima de manera oportuna y eficaz, en lo posible, junto a otros organismos públicos y de la sociedad civil que pueden también contribuir a nivel social-comunitario con la intervención de protección que coordina la Fiscalía.

Es fundamental comprender las experiencias de angustia y miedo de la mujer víctima de violencia de alta intensidad potencialmente letal en contexto de control coercitivo o terrorismo íntimo ya que están implicadas y se sienten atrapadas con sujetos capaces de provocar cada vez más daño, lo que explica la pasividad de las víctimas como mecanismo de auto defensa, y en casos extremos, pudiendo llegar a matar al agresor al no ver una salida.

Identificar el tipo de violencia que ejercen hombres hacia sus parejas, especialmente cuando es ejercida de forma sistemática, crónica y premeditada, implica entender que el objetivo del sujeto es obtener el control de la relación y sobre la mujer produciendo miedo: sin miedo no hay control. Reconocer el miedo de la víctima para los operadores del sistema de justicia es un elemento central para evaluar el riesgo y el nivel de dominación de la relación alcanzado por el agresor.

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

APROXIMACIÓN A LAS CRIPTOMONEDAS Y ALGUNAS CUESTIONES PENALES SOBRE ELLAS

Javiera Castro Ayarza¹

1. INTRODUCCIÓN

Toda tecnología creciente, deviene en acciones no necesariamente pensadas o deseadas por sus creadores, por lo general, estas tecnologías en sus albores se encuentran carentes de normativa o regulación jurídica, y en especial, de la normativa criminal. Puesto que, como es tendencia en estas materias, la regulación siempre es posterior a la nueva tecnología, esto, ha caracterizado históricamente a nuestra legislación nacional, muestra de ello, fue la tardía dictación de la Ley de Delitos Informáticos N° 19.223 luego de la introducción y masificación del e-mail y creación de medios de pago virtuales como lo son Paypal o Webpay.

En ese escenario, el presente texto aborda el nacimiento de la criptomoneda, un activo global totalmente digital y cuyo crecimiento exponencial sumado a la carente regulación orgánica a nivel mundial ha devenido en un nicho de comisión de diversos ilícitos que ampara la criminalidad organizada y el lavado de activos. Por ello, aquí se propone entregar un marco conceptual introductorio al ecosistema criptomoneda, para luego abordar el panorama procesal penal nacional y comparado, así como también, tratar y dar cuenta de las buenas prácticas que han permitido superar la escasa regulación existente cautelando, a su vez, las garantías propias de cada ordenamiento procesal penal, con el propósito de que ellas sean consideradas por el persecutor en investigaciones a futuro.

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

2. CONCEPTO Y PRINCIPALES ASPECTOS DE LAS CRIPTOMONEDAS

El año 2008, Satoshi Nakamoto publicó un artículo titulado “*Bitcoin²: un sistema de dinero en efectivo electrónico peer-to-peer*”, en él, realizó una explicación, y a su vez, una introducción a las criptomonedas, señalando la importancia de generar un sistema de pago electrónico basado en prueba criptográfica en lugar de confianza, permitiendo así, que dos partes interesadas realizaran transacciones directamente entre ellas, sin necesidad de un tercero de confianza³. Tras la publicación de su artículo, todo se desarrolló con aparente rapidez, el año 2009 se incorporó el primer bloque, para el año 2014 ya se utilizaban masivamente criptomonedas.

El profesor Barroilhet Diez define en su artículo “Criptomonedas, economía y derecho” a las criptomonedas de la siguiente manera: *Son archivos, bits con datos –como los populares PDF o MP3– que buscan cumplir todas las funciones que se le asignan al dinero tradicional, pero usando internet como medio de transmisión⁴*. Desde su aparición el 2008, esta moneda virtual que en la mayor parte del planeta no es reconocida como de curso legal, salvo en El Salvador recientemente⁵, ha sido objeto de innumerables discusiones por la necesidad de regulación a la que deberían estar sujetas, especialmente por el mal uso que se les ha dado y los distintos tipos de delitos para los que ha servido tanto como herramienta o también, como premio.

Cuando hablamos de criptomonedas nos referimos a una moneda virtual convertible, descentralizada, fundamentada matemáticamente y que está protegida por criptografía, es decir, que incorpora los principios de la criptografía para implementar una economía de la información segura, descentralizada y distribuida⁶.

Existen ciertos aspectos de las criptomonedas que las hacen únicas, que son sus características más relevantes:

² Se utilizará en este artículo indistintamente el concepto Bitcoin o criptomoneda, por ser la primera la criptomoneda más utilizada y conocida.

³ Nakamoto, Satoshi. *Bitcoin: un sistema de dinero en efectivo electrónico peer-to-peer* [en línea]. Bitcoin.org, 2008. Disponible en: https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es.pdf [fecha de consulta: 13 de septiembre de 2021]

⁴ Barroilhet Diez, Agustín. “Criptomonedas, economía y derecho”. En: *Revista Chile de Derecho y tecnología*, Vol. 8, N°1, Santiago, Chile, Revistas Académicas Universidad de Chile, 2019, p. 3.

⁵ Con fecha 07 de septiembre de 2021, El Salvador se convirtió en el primer y único país del mundo en declarar las Bitcoins como moneda de curso legal. Esto quiere decir que toda empresa va a tener la obligación de aceptar esta clase de criptomoneda como medio válido de pago.

⁶ FATF. *INFORME DEL GAFI Monedas Virtuales Definiciones Claves y Riesgos Potenciales de LA/FT*. París, Francia, FATF, 2014, p. 8.

- a. Descentralizada: esto quiere decir que no se encuentran sujetas al control de autoridad central que las regule. La verificación de las transacciones en criptomonedas es descentralizada y segura. *No existe una entidad central que valide las transacciones*⁷.
- b. Se encuentra protegida por la criptografía: Codificación que busca la protección y restricción del acceso, haciendo imposible su ingreso sin contraseña a los fondos del monedero de otra persona o corromper la cadena de bloques de esa criptomoneda.
- c. Anónima, pero pública: siendo esta una de las características más relevantes, anónima porque permite a quien adquiere cualquier tipo de criptomoneda a realizarlo sin tener que aportar ningún dato personal como se le exigiría en una institución bancaria, pero a su vez completamente pública y trazable ya que todas las operaciones que se realicen quedarán resguardadas y podrán ser consultadas por todos los usuarios.
- d. No hay intermediarios: no necesita la intervención de una entidad para adquirirlos, sin perjuicio que existen empresas dedicadas a la adquisición y manejo de billeteras virtuales.
- e. Internacional.
- f. No inflacionaria.

Sin perjuicio de su compleja y técnica caracterización, no es raro haber escuchado hablar, por ejemplo, de las Bitcoins, puesto que es la más conocida de las criptomonedas, no es más que una de las tantas que existen en el mercado. Si bien es la más segura y utilizada de todas, además de contar con una amplia confianza y estabilidad de los usuarios, es necesario considerar que al ser precisamente una moneda, tanto la “Bitcoin” como otras, destacan por ser una nueva forma de distribución de riquezas, bajo dicho elemento fundante se explica, tanto la diversidad de criptomonedas (globalidad o internacionalidad), como el hecho que todas ellas sean adquiribles por medios de cambio similares, esto se grafica en la existencia de las criptomonedas como “Ethereum”, “Dogecoin”, “Cardano”, entre otras. Seguido de aquello, se destaca entre sus características la protección criptográfica, que en concordancia con la descentralización ha generado como consecuencia que se haya comenzado a distanciar la relación entre el anonimato y la trazabilidad de las operaciones, características que las diferencian de las que podemos denominar monedas tradicionales (efectivo, cheques, tarjetas bancarias). Es así, como surge en el año 2014 la moneda virtual conocida como “Monero”, que prometen un anonimato total, tanto para el sujeto que las adquiere, como para las operaciones realizadas en su blockchain, como se explicará más adelante. El fortalecimiento de estas características ha generado como

⁷ De Gregorio, José. “Las Criptomonedas: Una Mirada Escéptica y los Desafíos a la Industria Financiera y Banca Central”. En: *Serie de Documentos de trabajo*, N° 521, Santiago Chile, Facultad Economía y Negocios Universidad de Chile, julio 2021, p. 5.

consecuencia que la localización de las criptomonedas e identificación de los usuarios sea todavía más difícil, y, por consiguiente, desde un punto de vista de investigación criminal, dificulta aún más la obtención de resultados positivos en las investigaciones que involucren esta clase de activos.

3. CRIPTOMONEDAS: CONCEPTOS MÍNIMOS PARA SU ENTENDIMIENTO

Previo a esquematizar o exponer las etapas de la adquisición de criptomonedas, es necesario para el usuario no familiarizado con dicho proceso, realizar una prevención sobre aquellos conceptos que son considerados por los expertos en la materia como necesarios para la comprensión del mismo, por lo que si bien, no es el objetivo principal del presente artículo, esbozaremos a continuación una breve referencia a ellos, con el ánimo de generar una noción, al menos, sobre conceptos del ecosistema de criptomonedas y así, entender de mejor manera su compra y venta.

a. **Billetera virtual:**

Para poder almacenar o guardar nuestras criptomonedas, hace falta generar una “billetera virtual”, ya sea de manera independiente o a través de una empresa especializada para la compra y venta de monedas virtuales como lo son las empresas de Exchange. Una “billetera virtual” está compuesta por una clave pública y clave privada, detalle que –como abordaremos luego– es de vital importancia en relación con la incautación de criptomonedas. La clave pública asimila el número de cuenta, no existen inconvenientes para que esta sea conocida por otras personas, de hecho, va a ser necesario compartir esta información para realizar transferencias entre usuarios, a diferencia de la clave privada que solamente debería conocer el usuario y va a ser responsabilidad de este utilizarla correctamente.

Ahora, cuando hablamos de una billetera virtual, contenedora de bitcoins tenemos que entender que esta puede estar en distintos soportes, y esto es de vital importancia cuando ejecutamos medidas intrusivas como la entrada y registro a un domicilio. Las billeteras virtuales se pueden encontrar en papel, en hardware, software (como el teléfono celular, computador u otros equipos electrónicos). Y dependiendo de la forma en que esta se encuentre va a variar la manera de realizar el proceso de incautación.

Para poder disponer de las bitcoins que se encuentren almacenadas en un monedero virtual, en primer lugar hay que tener acceso y conocer la clave privada, esta clave puede estar respaldada de distintas formas y en más de un lugar, incluso puede haber sido memorizada por

el dueño de la “wallet” u otros sujetos. Tomando en consideración lo anterior, y en miras a una incautación, no existen garantías que si se dejan determinadas Bitcoins en una billetera virtual de propiedad de un imputado, este no vaya a disponer de las mismas, la única manera de cerciorarse que nadie haga uso de ese dinero es realizar un traspaso a un monedero que esté bajo el control de los funcionarios policiales o judicial.

b. Blockchain y el “Mining”:

Otros conceptos que están íntimamente relacionados y que no podemos dejar fuera cuando hablamos de monedas virtuales y específicamente criptomonedas, son la Blockchain y la minería. Por su parte, la “Blockchain” no es más que la manera de registro de todas las operaciones que se realizan con criptomonedas, podríamos imaginarlo como una especie de contabilidad a la que todos los usuarios tienen acceso y pueden ir revisando y contrastando cada vez que requieran. *La cadena de bloques es una base de datos que puede ser compartida por una gran cantidad de usuarios en forma “peer-to-peer” y que permite almacenar información de forma inmutable y ordenada. En el caso de bitcoin, la información añadida a la blockchain es pública y puede ser consultada en cualquier momento por cualquier usuario de la red*⁸.

Luego, para que se creen nuevos bloques existen los llamados mineros, operadores del ecosistema criptomonedas que desarrollan el denominado “Mining” y cuyo incentivo en dicha operación tiene su fundamento en que si son los primeros en incorporar este nuevo bloque entonces se quedan con la recompensa económica por esta transacción. Por ende, cada vez que una persona le traspasa Bitcoins a otra, existen otras personas denominadas mineros, que se encuentran validando la operación.

c. Modos de adquisición de las criptomonedas.

Para comprender, el crecimiento exponencial de la criptomoneda como activo de adquisición global, debemos tener presentes, a su vez, las diversas formas de adquisición que se han desarrollado desde el año 2008 a la fecha.

En ellas, podremos apreciar que existen vías que denotan una mayor burocracia y que están revestidas de una mayor legitimidad que aquellas de recientes y otras en que la informalidad es su principal distintivo.

Entonces ¿cómo adquirirlas?, existen diversos modos:

⁸ Bel Roig, Joan. Dolader Retamal, Carlos. Muñoz Tapia, José Luis. “La Blockchain: fundamentos, aplicaciones y relación con otras tecnologías disruptivas”. En: *Revista Economía industrial*, N° 405, España, Universitat Politècnica de Catalunya, 2017, págs. 33-40, p. 3.

- Empresa de Exchange, o DCE (Digital Currency Exchange): Esta clase de empresas actúan como plataforma para que, quienes son sus clientes puedan adquirir, vender y liquidar Bitcoins u otro tipo de criptomonedas. El beneficio de este tipo de empresas, especialmente para quienes llevan adelante investigaciones, es que, al ser empresas legalmente constituidas, solicitan a los clientes información personal para poder abrir cuentas con ellos. Otro punto relevante para las investigaciones, en especial aquellas por el delito de lavado de activos, es que en Europa y en algunos países de América este tipo de empresas son sujetos obligados, por lo que tienen la obligación de reportar operaciones sospechosas.
- Cajeros automáticos especializados: Este tipo de cajeros, si bien en apariencia son similares a los cajeros automáticos de moneda de curso tradicional, funcionan de manera distinta. Puesto que, estos cajeros permiten adquirir y vender únicamente criptomonedas, incluso generar “wallets” (billeteras virtuales). Como muestra de la expansión de este medio de adquisición cabe señalar que a finales del año 2017, se instaló el primero de estos cajeros en nuestro país⁹.
- Transacciones entre personas: También es posible que el intercambio de criptomonedas se realice de manera personal entre dos o más personas, quienes lleguen a un acuerdo para su compra o venta. Este tipo de transacciones son las más difíciles de trazar, ya que, si bien por el sistema de blockchain cualquier operación va a quedar registrada, la negociación entre ellos va a ser totalmente anónima y no va a dejar rastro.
- Obtener una empresa de minería: Los mineros son los encargados de la validación de las transacciones que se realizan, incorporan nuevos bloques resolviendo problemas matemáticos, su incentivo es que son recompensados con criptomonedas. La adquisición de este tipo de empresas ha sido un nuevo nicho para quienes buscan lavar dinero a través de las Bitcoins, utilizan dinero ilícito para implementar o adquirir la empresa, pero todas las Bitcoins adquiridas demuestran que son “nuevas”, que tienen un origen absolutamente lícito.
- Venta de artículos y pago en criptomonedas: Aun cuando las Bitcoins no se encuentran reconocidas o reguladas en la mayoría de los países, cada vez se hace más común la utilización de las Bitcoins como medio de pago para las transacciones que se realizan en el día a día. De esta forma y como ya se indicó, hace unos días El Salvador anunció a Bitcoin como moneda de curso legal, siendo el primer país en generar este reconocimiento.

⁹ “Primer cajero automático de criptomonedas instalado en Chile” [en línea]. Disponible en: <https://asociacionbitcoin.org/proyectos/primer-atm/>

Habiendo tratado entonces los métodos de adquisición, destacamos que el lograr identificar primariamente el método utilizado en cada operación, en especial su licitud o licitud¹⁰, cobra relevancia en toda investigación penal, en especial en los delitos de lavado de activos u otros de criminología organizada, pues, conocer su fuente permitirá adoptar –como más adelante plantharemos– técnicas investigativas y diligencias que revisten una mayor efectividad para la persecución penal o configurar una figura delictual diversa de relevancia penal.

4. CRIPTOMONEDAS Y SU VINCULACIÓN PENAL: DE ACTIVO DIGITAL A NICHO DE ILÍCITOS

Si bien, las criptomonedas tienen un sinnúmero de usos completamente legítimos, miles de personas alrededor del mundo aprovechan sus beneficios, en especial el potencial de estas de ser una manera barata, fácil y rápida de acceder a un sistema de pago que no implique estar inmerso en el sistema bancario formal, como cualquier buena innovación o tecnología, puede ser mal utilizada¹¹.

Cuando en 2008 entraban a la escena mundial los criptoactivos, estos fueron creados como una forma de protestar, pero principalmente fueron una innovación profunda a la manera de realizar transacciones. Tras la aparición de estas, y casi inmediatamente, especialmente por las características inherentes a esta clase de activos, se volvieron un nicho ideal para todo tipo de ilícitos y en especial el lavado de activos. En efecto, desde un punto de vista del fenómeno criminológico, *se entendió que las criptomonedas comenzaron a ser utilizadas tanto como instrumento para la comisión de delitos como siendo objeto material de los mismos*¹².

El completo anonimato en que puede estar y actuar una persona que decide adquirir Bitcoins o cualquier tipo de moneda virtual, es inmensamente llamativo para cualquiera que busque esconder el origen ilícito de sus ganancias. *Mientras el sistema financiero formal está sometido a exigentes normas de “debida diligencia de clientes”, que no es otra cosa que saber con quién se opera –a fin de proteger la estabilidad y seguridad de los mercados–, los intermediarios de BTC ofrecen justamente el anonimato como su principal ventaja*¹³. Desde

¹⁰ Sánchez Roa, Julia. *Criptomonedas* [en línea]. España, 2018, p. 8. Disponible en: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/civil/Julia-Sanchez-Criptomonedas.pdf> [fecha de consulta: 13 de septiembre de 2021].

¹¹ Paesano, Federico. *Cryptocurrencies and money laundering investigations*. Basilea, Suiza, Basel Institute of Governance, 2021, p. 2.

¹² Pérez Medina, Devika. “Blockchain, criptomonedas y los fenómenos delictivos: entre el crimen y el desarrollo”. En: *Boletín Criminológico Edición Especial*, Artículo 10/2020_EJIC (Nº 206). Málaga, España, Instituto Andaluz interuniversitario de criminología, 2020, p. 2.

¹³ Unidad de Análisis Financiero. “Las Bitcoins: los riesgos de la nueva moneda virtual”. En: *Revista: En Foco, Unidad Análisis Financiero*, Santiago, Chile, Unidad de Análisis Financiero, 2013, p. 5.

hace años que los criptoactivos son utilizados para introducir dinero proveniente de toda clase de delitos, ya que, si estos activos son adquiridos fuera del amparo de empresas de Exchange, se hace completamente imposible de rastrear.

El profesor Felipe Rivera Polo al tratar del dilema del uso de Bitcoins y su eventual uso ilícito, destaca el nicho que a consecuencia de la carencia de regulación legal a nivel internacional se ha aperturado, indicando lo siguiente: *“La importancia que ha ido adquiriendo las criptomonedas como medio de transacciones económicas, ha ido de la mano del aumento creciente de sus riesgos, no solo financieros asociados a su volatilidad (fuerte fluctuaciones de precio, ausencia de respaldo en activos, opacidad de la información y dificultad para intercambiar por otros activos), sino que también a una serie de riesgos asociados a fraudes, delitos y crimen organizado. Por otra parte, la falta de regulación también se manifiesta en que estos instrumentos pueden ser usados para la evasión tributaria, dejando el fisco de recaudar recursos por falta de instrumentos legales”*¹⁴.

Los tipos de delitos que refieren los distintos países van desde el lavado de activos, venta de sustancias controladas y otros artículos ilegales (incluidas armas de fuego), fraude, evasión fiscal, delitos informáticos, explotación infantil, trata de personas, evasión de sanciones y financiamiento del terrorismo. La segunda categoría más común de uso indebido está relacionada con fraudes, estafas, ransomware (secuestro de archivos a cambio de un rescate) y extorsión¹⁵.

- Riesgos y distintas modalidades de lavado de activos dentro del mundo de las criptomonedas

En el mes de septiembre del año 2020 el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), publicó su informe: *“Money Laundering and Terrorist Financing Red Flag Indicators Associated with Virtual Assets”* donde se encargó de clasificar las señales de alerta relacionadas a los activos digitales en distintas categorías, a continuación se mencionan los distintos tipos de alertas y ejemplos de las mismas.

- a. Señales de alerta relacionadas con las operaciones: Si bien, indican que todavía no se ve un uso preponderante de esta clase de activos digitales, sí se ha masificado su uso por sujetos que cometen ilícitos. De esta forma, las señales de alerta que hay que tener en consideración dicen relación con el tamaño y la frecuencia de las operaciones, ya sea porque se realizan muchas operaciones de un valor no lo suficientemente alto como

¹⁴ Rivera Polo, Felipe. *Finanzas ilícitas en blockchain/Bitcoin: el dilema de su regulación y combate al uso ilícito de las criptomonedas* [en línea]. En Serie Informe N° 09-21, Santiago, Chile, Biblioteca Congreso Nacional, 2021, p. 6.

¹⁵ Grupo de Acción Financiera Internacional *Money Laundering and Terrorist Financing Red Flag Indicators Associated with Virtual Assets*. París, Francia, Grupo de Acción Financiera Internacional, 2020, p. 3.

- para levantar sospechas o cuando se realizan muchas operaciones de un alto valor en un corto período (ej. 24 horas).
- b. Señales de alerta relacionadas con los patrones de operación: Generalmente dice relación con operaciones realizadas por nuevos usuarios, por ejemplo, un nuevo cliente que realiza un gran depósito inicial.
 - c. Señales de alerta relacionadas con el anonimato: Cuando GAFI establece el anonimato como señal de alerta no hace más que recalcar el riesgo que implica una de las características principales de las criptomonedas, la imposibilidad de saber quién está detrás de la operación realizada. Por ejemplo, *mover un activo virtual que opera en una cadena de bloques pública y transparente, como Bitcoin, a un intercambio centralizado y luego intercambiarlo inmediatamente por una criptomoneda de anonimato o moneda privada*¹⁶.
 - d. Señales de alerta sobre remitentes o beneficiarios: Dicen relación tanto con el remitente como el beneficiario de transacciones ilícitas. Estas irregularidades pueden ser durante la creación de la cuenta, durante el proceso de debida diligencia de cliente (en adelante DDC), respecto al perfil del cliente, entre otros.
 - e. Señales de alerta en la procedencia de recursos o patrimonio: GAFI refiere que, las principales señales de alerta se relacionan con el origen de los fondos, con nexos al tráfico ilícito de drogas, lavado de activos y criminalidad organizada. Por ejemplo, cuando *los recursos de un cliente provienen directamente de servicios de mezcla de terceros o de tumblers de cartera*¹⁷.
 - f. Señales de alerta relacionadas con riesgos geográficos: Su vinculación con hechos delictuales reside en el aprovechamiento que hacen algunos criminales de las distintas regulaciones y estándares referentes a los activos virtuales.

Las criptomonedas han generado un panorama ideal para quienes cometen delitos, en especial aquellos que obtienen réditos inviertan sus ganancias en activos virtuales y posteriormente realicen diversos procesos para traspasar estos activos a monedas de curso legal. El procedimiento antes mencionado es conocido como “cash out”. Para realizar este proceso existen distintas opciones, una de ellas, consiste en que el sujeto puede crear una cuenta en una empresa de Exchange, donde se le habilitará una billetera y posteriormente puede liquidar esos activos y transformarlos a monedas de curso legal, lo que luego será depositado a la cuenta bancaria asociada a la cuenta creada en la empresa de Exchange. Otra de ellas, consiste en operadores que, tras el pago de una comisión ofrecen el servicio de cambio de activos a moneda de curso legal, esta transacción se realiza en persona.

¹⁶ Grupo de Acción Financiera Internacional, *Money Laundering and Terrorist Financing Red Flag Indicators Associated with Virtual Assets*. París, Francia, Grupo de Acción Financiera Internacional, 2020, p. 11.

¹⁷ Grupo de Acción Financiera Internacional *Money Laundering and Terrorist Financing Red Flag Indicators Associated with Virtual Assets*. París, Francia, Grupo de Acción Financiera Internacional, 2020, p. 12.

Adicionalmente, el “Cash out”, se puede ejecutar a través de cajeros especialmente acondicionados para la extracción y cambio de criptomonedas por moneda de curso legal.

Así, la modalidad comisiva de las figuras ilícitas antes enunciadas, no solo se puede presentar en el modo de conversión, sino que también operar el sistema, por lo que “*Además de convertir las criptomonedas en efectivo, los delincuentes pueden usar operadores de criptomonedas y cajeros automáticos para comprar criptomonedas con el producto ilícito de sus delitos (conversión de efectivo en criptomonedas). De esta forma pueden comprar bienes ilícitos en el mercado de la web oscura o usar las criptomonedas como depósito de valor*”¹⁸.

Ante la necesidad o la demanda de diversos criminales de utilizar las criptomonedas como una tipología de lavado de activos, han surgido empresas que ofrecen sus servicios para estos fines, las que son necesarias de esquematizar acorde a la naturaleza del servicio prestado¹⁹:

- a. Mixers: Lo que ofrece este tipo de empresas es tomar de sus clientes la cantidad que deseen de criptoactivos y proceden a mezclarlas y devolverlas a distintos clientes, así cada uno recibe monedas distintas a las que originalmente tenían. Esto, lo que permite es que se pierda el rastro de cualquier actividad ilícita o delictiva.
- b. Swappers: La diferencia de los Swapers y los Mixers, es que las primeras no solo toman alguno de los activos de los clientes y les devuelven los de otra persona, sino que incluso cambian el tipo de moneda (ej. “Bitcoin” a “Monero”), lo que ocasiona que se cambie incluso de blockchain y permite que la operación sea absolutamente no trazable.
- c. Trading: Es la manera más clásica de lavar dinero a través de las criptomonedas y consiste en adquirir criptomonedas con dineros de origen ilícito, posteriormente liquidar las mismas para transformarlas a monedas de curso legal y de esta manera poder ingresarlas al sistema financiero formal y ocultar el origen de estas.

¹⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. *Lavado de activos y financiación del terrorismo – Manual para inspectores y auditores fiscales*. París, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2019, p. 56.

¹⁹ Jornada Nacional de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones 2021 (UCIEX), Fiscalía Nacional, “Desafíos de la recuperación internacional de activos en investigaciones nacionales, desde la perspectiva UCIEX”. Expositora: María Riesco, Miembro de la Policía Española. “Localización, incautación y reparto de criptoactivos” [fecha: 02 de agosto de 2021].

5. LOCALIZACIÓN DE CRIPTOMONEDAS: RELEVANCIA PARA LA INVESTIGACIÓN PENAL

Dentro de las características más renombradas de las criptomonedas se encuentra el anonimato en el que se pueden ver inmersos los clientes o quienes adquieren este tipo de activos. Este anonimato va de la mano con la total trazabilidad que tienen las operaciones que se realizan en la blockchain, por ende, si bien uno no va a poder determinar quién es la persona detrás de una transacción en específico, toda operación realizada podrá ser consultada y escrutada por todos los usuarios de la blockchain. **Dichas operaciones no podrán ser alteradas ni modificadas.** *Entonces la principal dificultad o desafío cuando se involucran criptoactivos en investigaciones penales no va a ser el poder determinar que operaciones se realizaron, sino que determinar quiénes son los actores reales que intervienen en ella²⁰ o cualquier dato que permita identificar a la persona tras la transacción.*

Por lo mismo, antes de hablar de la incautación propiamente tal, es necesario detenerse en la localización de las criptomonedas, porque esta suele ser el tema práctico más complejo para una investigación criminal.

Cuando un prosecutor lleva adelante una investigación en la que se involucran o tiene la sospecha que pueden estar involucradas criptomonedas, nos podemos encontrar en dos escenarios distintos: O conocemos a las personas que estamos investigando o conocemos de un determinado delito o de una billetera virtual involucrada. En la mayor cantidad de casos, las investigaciones no se inician desde la operación sospechosa, sino que se inician desde un sujeto determinado, lo que tendrá como consecuencia práctica una diferencia en la técnica investigativa aplicable a la localización.

Si conocemos solo la identidad de la persona investigada, sin saber dónde esta tiene ubicada su billetera virtual, la complejidad se presenta en que no existe ninguna base de datos que nos pueda otorgar la titularidad de las billeteras virtuales, por lo que ubicarla va a ser un trabajo de ensayo y error. La técnica más fructífera, entonces, es intentar localizar la empresa de Exchange. Una empresa de Exchange al no ser –como mencionamos antes–, más que una plataforma donde los clientes pueden realizar distintas operaciones ya sea compra, venta o liquidación de criptomonedas, cobran relevancia para una investigación penal, ya que a diferencia de la creación de una billetera virtual de manera autónoma o en la darkweb, estas empresas exigen cierto nivel de información personal sobre sus clientes. Por ende, si localizamos donde una persona pudo haber generado su billetera, si logramos ubicarla dentro de una de estas empresas, entonces no solo tendremos acceso a los datos personales del sujeto (nombre, cédula de identidad, cuenta corriente asociada, dirección,

20 Navarro Cardoso, Ernesto. “Criptomonedas (en especial, bitcoin) y blanqueo de dinero”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 21-14, España, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2019, p. 19.

etc.), sino que también, podremos tomar conocimiento de las operaciones realizadas por él, incluso llegar a pedir autorización judicial para que la empresa de Exchange proceda a congelar la cuenta o solicitar la liquidación de los activos y posteriormente traspasar los mismos a una cuenta o billetera a nombre del tribunal, de las policías o del mismo Ministerio Público. Sin embargo, para determinar si una persona tiene una cuenta o un monedero virtual asociado a una Exchange, no existe otra manera que oficiar a las distintas empresas, generalmente se puede iniciar por las más utilizadas o aquellas que tienen sede en Chile, y así esperar que –en el caso de que la diligencia tenga éxito– se pueda localizar una cuenta y dar con los datos personales del cliente. Esta diligencia se tiene que realizar de esta manera ya que no existe una base de datos genérica que contenga todas las cuentas o monederos virtuales existentes.

Según lo que estableció la Directiva (UE) 2015/849, los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas de curso legal, así como quienes estaban encargados de la custodia de monederos electrónicos o wallets no estaban obligados por la Unión Europea a reportar las actividades sospechosas. Por lo que, aprovechándose del anonimato de estas plataformas, las criptomonedas eran utilizadas comúnmente por sujetos para la comisión del delito de lavado de activos o financiamiento del terrorismo. Con fecha 30 de mayo de 2018, se modificó la directiva anteriormente mencionada mediante la Directiva (UE) 2018/843, en la cual se incorporaron a su artículo N° 2 como entidades obligadas a: “g) los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias” y “h) los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos”.

En Chile, no existe normativa orgánica o específica que regule los criptoactivos, a diferencia del continente europeo donde las empresas de exchange han sido consideradas como aquellas entidades obligadas a reportar toda actividad que pueda ser susceptible de blanqueo de capitales, ya sea que esas transacciones sean sospechosas por la cantidad, origen o destino. Esto, es de gran relevancia para temas investigativos a nivel nacional, ya que en base a lo anterior, además de los oficios que se pueden realizar de manera particular a cada una de las Exchange, también se puede realizar una consulta a través de la Unidad de Análisis Financiero a distintas unidades de inteligencia financiera de países europeos. También, se pueden realizar consultas a la blockchain, en ese caso la clave es poder determinar si un monedero en específico pertenece a una empresa de Exchange determinada, ya que esta nos podrá aportar mayores antecedentes.

6. INCAUTACIÓN DE CRIPTOMONEDAS: REGULACIÓN NACIONAL, COMPARADA Y BUENAS PRÁCTICAS

a. Chile

En nuestra legislación nacional, no existe una normativa orgánica que regule y trate el congelamiento, incautación o decomiso de activos virtuales, por lo que, para proceder de tal manera, hay que remitirse a las distintos códigos y leyes nacionales, según se refiera ya sea a incautación, decomiso o congelamiento para activos físicos, lo que difiere del que actualmente se establece como marco de actuación práctico en países tanto del sistema anglosajón como de tradición continental.

La regulación vigente nos indica que debemos remitirnos en primer lugar al Art. 83 letra c) del Código Procesal Penal, el cual da cuenta de las actuaciones de la policía sin orden previa, donde se establece que los funcionarios policiales deberán *“recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido a la comisión del hecho investigado, sus efectos o los que pudieren ser utilizados como medios de prueba”*.

Lo anterior, en concordancia con lo fijado en el artículo 187 del Código Procesal Penal, que establece que: *“Los objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren, o los que pudieren servir como medios de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso a que se refiere la letra c) del artículo 83, serán recogidos, identificados y conservados bajo sello. En todo caso, se levantará un registro de la diligencia, de acuerdo con las normas generales”*.

Así, si los objetos, documentos e instrumentos se encontraren en poder del imputado o de otra persona, se procederá a su incautación, de conformidad a lo dispuesto en este Título. Con todo, tratándose de objetos, documentos e instrumentos que fueren hallados en poder del imputado respecto de quien se practicare detención en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 83 letra b) o se encontraren en el sitio del suceso, se podrá proceder a su incautación en forma inmediata.

También, cuando en la práctica de una diligencia de entrada y registro se descubrieren objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible, distinto al que originó el procedimiento se podrá incautar dichos objetos o documentos, dando cuenta al fiscal, esto según lo establecido en el artículo 215 del Código Procesal Penal.

En el artículo 217 del mismo código, en relación con el artículo 9, se da cuenta de la incautación de objetos y documentos, señalando: *“Incautación de objetos y documentos. Los*

objetos y documentos relacionados con el hecho investigado, los que pudieren ser objeto de la pena de comiso y aquellos que pudieren servir como medios de prueba, serán incautados, previa orden judicial librada a petición del fiscal, cuando la persona en cuyo poder se encontraren no los entregare voluntariamente, o si el requerimiento de entrega voluntaria pudiere poner en peligro el éxito de la investigación”.

Es por esto, por lo que es importante describir la experiencia comparada y como se efectúa este procedimiento en otros países que ya llevan años realizando incautaciones.

b. España²¹

En España, cada vez que en una investigación se pretende realizar una entrada y registro, la autorización tiene que ser triple, de esta forma se debe solicitar permiso de:

- Autorización para el allanamiento morada.
- Autorización para realizar el registro de los dispositivos móviles que se encuentren en el domicilio.
- Autorización para la incautación de criptomonedas y posterior transferencia a un monedero que esté bajo nuestro exclusivo control.

Una vez que se ingresa al domicilio, se realiza una búsqueda exhaustiva en los dispositivos que se analizan de softwares relacionados con criptomonedas, en particular, aquel análisis se centra en los equipos en búsqueda de contraseñas, así como se registra el resto del domicilio en búsqueda de las claves que se encuentren guardadas en papel o en soportes USB. En cualquier caso, que se encuentren billeteras o claves, se procede a traspasar los fondos a direcciones manejadas por la policía.

Cada vez que se efectúa una diligencia de entrada y registro de una billetera y se imprime en un papel, se pone por dentro la clave privada y lo firma el instructor de las diligencias, quien es la única persona encargada de esas diligencias, se cierra y nadie tiene acceso, porque se inscribe la dirección de la billetera para poder hacer transferencias a una dirección. Una vez traspasada la cantidad de criptomonedas que tuviese el imputado, se resguardan de la misma manera hasta finalizado el juicio en su contra y una vez condenado se decide que hacer con las monedas.

En un primer momento, previo a que se generasen protocolos, lo que se hizo fue intervenir el dinero, pasarlo a euros y transferirlo a la cuenta de consignaciones judiciales, el problema aquí se generaba en el escenario de absolución en juicio respecto del sujeto

21 Jornada Nacional de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones 2021 (UCIEX), Fiscalía Nacional, “Desafíos de la recuperación internacional de activos en investigaciones nacionales, desde la perspectiva UCIEX”. Expositora: María Riesco, Miembro de la Policía Española. “Localización, incautación y reparto de cryptoactivos” [fecha: 02 de agosto de 2021].

cuya cuenta fue intervenida e incautada, dado que con lo volátil del dinero no había como reembolsar la suma que efectivamente le fue incautada.

En conjunto con lo anterior, la importancia del proceso de incautación establecido en España con respecto a la escasa regulación nacional específica sobre este punto se funda en tener presente que los monederos no son únicos, solo se va a considerar realizada la incautación cuando las monedas se encuentren en una billetera de propiedad de los funcionarios judiciales, fiscalía o tribunales, de cualquier otra manera no se podrá asegurar que se tenga total control sobre esos activos.

c. Estados Unidos

El gobierno de Estados Unidos es poseedor de una de las fortunas más grandes de criptomonedas alrededor del mundo, lo anterior justificado por la gran cantidad de incautaciones de criptomonedas que se realizan en ese país todos los años. Cada vez que en una investigación se incautan “Bitcoins” o cualquier tipo de criptomoneda, estas son posteriormente vendidas en remates públicos organizados y a cargo del Departamento de Alguaciles de Estados Unidos, quienes dependen del Departamento de Justicia Norteamericano. Según el “*Asset Forfeiture Policy Manual 2021*”, publicado por la sección de lavado de dinero y recuperación de activos del Departamento de Justicia de Estados Unidos, existen distintos pasos para la incautación de esta clase de activos, en un primer lugar contar con la orden judicial respectiva, luego disponer de un monedero virtual exclusivo para traspasar las criptomonedas, y por último la disposición o liquidación de lo incautado.

Cuando existe una orden judicial para incautar activos, entre ellos criptomonedas, las agencias deberán tener a su disposición un monedero virtual para poder resguardar los activos incautados. Este resguardo es de manera temporaria y solo para después realizar un traspaso al Departamento de Alguaciles de Estados Unidos (U.S. Marshals Service). Lo que comúnmente se realiza es que cada vez que exista una orden para efectuar una entrada y registro o un procedimiento de incautación de activos se genere un monedero virtual específico y exclusivo para la operación, similar operación a lo realizado en España.

Cabe tener presente, que la autorización que se solicita en estos casos es una orden judicial específica que autorice la incautación de criptomonedas, puede existir una entrega voluntaria de las mismas. Al igual que en otros países, debemos recalcar la importancia que los activos sean traspasados a “*wallets*” controlados por quienes ejecutan la incautación, considerando que pueden existir diversas copias de la clave privada del respectivo monedero.

Por último, en cuanto a la liquidación, señalamos la importancia que en el procedimiento

estadounidense las criptomonedas no son liquidadas hasta que el proceso esté firme y ejecutoriado, por lo que se mantienen en la forma en la que fueran incautadas y en el monedero generado para esos fines hasta que la causa que fundamenta la orden judicial que haya permitido incautarlas se encuentre ejecutada.

7. COMENTARIOS FINALES

Tras la entrada en escena de las criptomonedas en el año 2008, el desarrollo que han tenido a lo largo de los años se hace innegable. Lo que hay que tener en consideración es que se trata de una tecnología innovadora que llegó para quedarse. Desde la aparición de las “Bitcoin”, el mundo de las criptomonedas no ha hecho más que crecer y hoy son pocas las personas que no han al menos oído hablar de ellas. Pero lo que nació en un inicio como protesta y respuesta a una crisis, hoy irremediamente se ha transformado. Los delitos han comenzado a inundar la tecnología y los sujetos que la utilizan de manera errada se han comenzado a multiplicar. Estafas, extorsiones y principalmente tráfico de drogas, lavado de activos y presencia de criminalidad organizada, lamentablemente son palabras que asociamos casi de manera inmediata cuando hablamos de este tipo de activos virtuales.

Dada la relación de las criptomonedas con el mundo delictual es importante tener claro que aun cuando estas no cuenten con una regulación específica en nuestro país, se hace indispensable tener claro los riesgos que estas implican, como van a introducirse en nuestras investigaciones, como pueden ser localizadas y como incautarlas, ya que a medida que pasan los años más y más veces fiscales a cargo de distintas investigaciones se van encontrando con ellas.

Las criptomonedas y en especial las “Bitcoin”, que son las más utilizadas, pueden almacenar millones y millones de dólares en dinero proveniente de origen ilícito, sus características la convierten en la herramienta perfecta para delinquir. Pero cuando se trata de desbaratar y luchar contra la criminalidad organizada, es indispensable privarla de sus ganancias y de sus logros, y hoy en día debemos considerar las criptomonedas como una de las inversiones de estos grupos. Es por esto que, se hace indispensable generar protocolos y buenas prácticas, tanto para fiscales como para los funcionarios policiales; protocolos que permitan que, al toparse con una investigación de estas características, sea fácil determinar como reconocer las señales de alerta, como localizar criptomonedas y una vez localizadas, como solicitar la respectiva autorización y proceder a su incautación, todo esto de una manera segura.

La utilización de esta tecnología para fines ilícitos no puede ser controlada, la localización y no dejar que sujetos se beneficien por este medio de activos de origen ilícito sí lo es.

BIBLIOGRAFÍA

1. Barroilhet Diez, Agustín. “Criptomonedas, economía y derecho”. En: *Revista Chile de Derecho y tecnología*, Vol. 8, N°1, Santiago, Chile, Revistas Académicas Universidad de Chile, 2019. Disponible en: <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/51584> [fecha de consulta: 30 de agosto de 2021].
2. Bel Roig, Joan. Dolader Retamal, Carlos. Muñoz Tapia, José Luis. “La Blockchain: fundamentos, aplicaciones y relación con otras tecnologías disruptivas”. En: *Revista Economía industrial*, N° 405, págs. 33-40, Universitat Politècnica de Catalunya, España, *Revista Economía industrial*, 2017. Disponible en: <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/405/DOLADER,%20BEL%20Y%20MU%C3%91OZ.pdf> [fecha de consulta: 30 de agosto de 2021].
3. Brill, Allan. Keene, Lonnie. “Cryptocurrencies: The Next Generation of Terrorist Financing?”. En: *Defense Against Terrorism Review*, Vol. 6, N° 1, Nueva York, Estados Unidos, *Defense Against Terrorism Review*, 2014, págs. 7-30. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2814914 [fecha de consulta: 30 de agosto de 2021].
4. De Gregorio, José. “Las Criptomonedas: Una Mirada Escéptica y los Desafíos a la Industria Financiera y Banca Central” [en línea]. En: *Serie de Documentos de trabajo*, N° 521, Santiago, Chile, Facultad Economía y Negocios Universidad de Chile, julio 2021. Disponible en: <https://econ.uchile.cl/es/publicacion/sdt-las-criptomonedas-una-mirada-esceptica-y-los-desafios-a-la-industria-financiera-y-banca-central> [fecha de consulta: 30 de agosto de 2021].
5. Departamento de Justicia de Estados Unidos, Sección de lavado de dinero y recuperación de activos. “*Asset Forfeiture Policy Manual 2021*”, Estados Unidos, 2021. Disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-afmls/file/839521/download> [fecha de consulta: 30 de agosto de 2021].
6. Grupo de Acción Financiera Internacional. *Money Laundering and Terrorist Financing Red Flag Indicators Associated with Virtual Assets* [en línea]. París, Francia, Grupo de Acción Financiera Internacional, 2020. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Virtual-Assets-Red-Flag-Indicators.html> <https://gafilat.org/index.php/en/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/traduccion/3873-informe-del-gafi-activos-virtuales-senales-de-alerta-de-ld-ft/file> [fecha de consulta: 30 de agosto de 2021].
7. Grupo de Acción Financiera Internacional. *Informe del GAFI Monedas Virtuales Definiciones Claves y Riesgos Potenciales de LA/FT*. París, Francia, Grupo de Acción Financiera Internacional, 2014.
8. Jornada Nacional de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones 2021 (UCIEX), Fiscalía Nacional, “Desafíos de la recuperación internacional de activos en investigaciones nacionales, desde la perspectiva UCIEX”. Expositora: María Riesco, Miembro de la Policía Española. “Localización, incautación y reparto de criptoactivos” [fecha: 02 de agosto de 2021].
9. Nakamoto, Satoshi. *Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System* [en línea]. Bitcoin.org, 2008. Disponible en: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> [fecha de consulta: 30 de agosto de 2021].
10. Nakamoto, Satoshi. *Bitcoin: un sistema de dinero en efectivo electrónico peer-to-peer* [en línea]. Bitcoin.org, 2008. Disponible en: https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es.pdf [fecha de consulta: 30 de agosto de 2021].

de agosto de 2021].

11. Navarro Cardoso, Ernesto. “Criptomonedas (en especial, bitcoin) y blanqueo de dinero”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 21-14, España, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2019. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-14.pdf> [fecha de consulta: 30 de agosto de 2021].
12. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). “Lavado de activos y financiación del terrorismo – Manual para inspectores y auditores fiscales” [en línea]. París, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), 2019. Disponible en: <https://www.oecd.org/ctp/crime/lavado-de-activos-y-financiacion-del-terrorismo-manual-para-inspectores-y-auditores-fiscales.pdf> [fecha de consulta: 13 de julio de 2021].
13. Paesano, Federico. *Cryptocurrencies and money laundering investigations*. Basilea, Suiza, Basel Institute of Governance, 2021.
14. Pérez Medina, Devika. “Blockchain, criptomonedas y los fenómenos delictivos: entre el crimen y el desarrollo”. En: *Boletín Criminológico Edición Especial*, Artículo 10/2020_EJIC (N° 206), Málaga, España, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, 2020.
15. Rivera Polo, Felipe. *Finanzas ilícitas en blockchain/Bitcoin: el dilema de su regulación y combate al uso ilícito de las criptomonedas* [en línea]. En Serie Informe N° 09-21, Biblioteca Congreso Nacional, Santiago, Chile, 2021. Disponible en: https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=79587 [fecha de consulta: 15 de agosto de 2021].
16. Sánchez Roa, Julia. *Criptomonedas* [en línea]. España, 2018. Disponible en: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/civil/Julia-Sanchez-Criptomonedas.pdf> [fecha de consulta: 13 de septiembre de 2021].
17. Unidad de Análisis Financiero. “Las Bitcoins: los riesgos de la nueva moneda virtual”. En: *Revista En Foco de la Unidad Análisis Financiero*, N° 1, Santiago, Chile, Unidad de Análisis Financiero, 2013. Disponible en: <https://www.uaf.cl/EnFoco/EnFoco1.pdf> [fecha de consulta: 30 de agosto de 2021].
18. Unión Europea, Directiva (UE) 2018/843, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE, 30 de mayo de 2018.
19. Unión Europea, Directiva (UE) 2015/849, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, 20 de mayo de 2015.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 240 N° 7 DEL CÓDIGO PENAL

Valeria Jelvez Gallegos¹

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la dictación de la Ley N° 21.121 que “Modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción” (en adelante, Ley N° 21.121²) supuso la incorporación de nuevos tipos penales en nuestro ordenamiento jurídico penal, y una reestructuración de otros tantos. Esto último es lo que ocurrió con el delito de negociación incompatible, contemplado en el artículo 240 del Código Penal (en adelante, CP).

En efecto, mediante la dictación de la Ley N° 21.121, el delito de negociación incompatible fue reorganizado, elevándose, además, sus penas³. El tipo penal se separó en siete numerales con el objeto de distinguir hipótesis punibles y sujetos activos. Se agregaron tres nuevas hipótesis que no se encontraban contempladas, a saber: N° 3, del

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

² Publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de noviembre de 2018.

³ “Será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa de la mitad al tanto del valor del interés que hubiere tomado en el negocio...”.

veedor o liquidador en un procedimiento concursal, N° 6, de la administración del patrimonio de una persona que se encuentre impedida de controlar su administración, y N° 7, del director o gerente de una sociedad anónima y de personas a quienes sean aplicables las normas relativas a los deberes que la ley establece para directores y gerentes de estas sociedades. Adicionalmente se actualizó, en los incisos finales, el listado de parientes que pueden tener interés en el negocio para una mayor coherencia con la regulación civil y comercial⁴.

A estas modificaciones, preliminarmente, y como quedó constancia en la Historia de la Ley N° 21.121, podemos señalar que subyacían tanto la necesidad de crear hipótesis delictivas vinculadas a sancionar los conflictos de interés como homogenizar el tipo de operación sancionada penalmente⁵. Asimismo, en particular respecto de la incorporación del N° 7 del artículo 240 CP, el Honorable Diputado Soto, ejemplificó lo anterior señalando que con esto se recoge “la lección del caso “Chispas”, en el que hubo impunidad total respecto de que a un director se le encargó negociar mejores precios para todos y terminó negociando para sí mismo, en perjuicio de la minoría de accionistas”⁶.

Por cierto, no tiene por qué ser llamativa la ubicación de este precepto en el Título V del Libro Segundo del Código Penal, que sanciona los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos pues, como señaló Hernández, durante la tramitación legislativa, desde su origen, el Código Penal ha incorporado a privados en esta disposición y en este caso, todas las hipótesis del artículo analizado, convergen en un mismo supuesto, esto es, la sanción de casos inaceptables de conflicto de interés, resultando lógica su reunión en un solo precepto”⁷.

4 Artículo 240 N° 7° CP: “El director o gerente de una sociedad anónima que directa o indirectamente se interese en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad, incumpliendo las condiciones establecidas por la ley, así como toda persona a quien le sean aplicables las normas que en materia de deberes se establecen para los directores o gerentes de estas sociedades.

Las mismas penas se impondrán a las personas enumeradas en el inciso precedente si, en las mismas circunstancias, diere o dejare tomar interés, debiendo impedirlo, a su cónyuge o conviviente civil, a un pariente en cualquier grado de la línea recta o hasta en el tercer grado inclusive de la línea colateral, sea por consanguinidad o afinidad.

Lo mismo valdrá en caso de que alguna de las personas enumeradas en el inciso primero, en las mismas circunstancias, diere o dejare tomar interés, debiendo impedirlo, a terceros asociados con ella o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que ella misma, dichos terceros o esas personas ejerzan su administración en cualquier forma o tengan interés social, el cual deberá ser superior al diez por ciento si la sociedad fuere anónima”.

5 Historia de la Ley N° 21.121, que “Modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción” [en línea], p. 91, publicada por la Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaLey/fileadmin/file_ley/7597/HLD_7597_37a6259ccoc1dae299a7866489dffobd.pdf.

6 Historia de la Ley, ob. cit., p. 134.

7 Historia de la Ley, ob. cit., p. 186.

Así las cosas, el presente artículo tiene por objeto realizar un análisis preliminar sobre los alcances y elementos del nuevo numeral 7 del mencionado artículo, en tanto sanciona a los directores y gerentes de sociedades anónimas, así como a toda persona a quien le sean aplicables las normas que en materia de deberes se establecen para los directores o gerentes de estas sociedades, que directa o indirectamente se interesaren en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad, incumpliendo las condiciones establecidas por la ley.

Con este objeto, revisaremos el alcance del delito de negociación incompatible, el objeto de protección del mismo, los sujetos activos especiales contemplados para la hipótesis del artículo 240 N° 7 CP, la conducta sancionada y sus elementos, a saber, el concepto de interés, el objeto material sobre la cual debe recaer, así como la exigencia de que la conducta sea realizada sin dar cumplimiento a las exigencias establecidas por la ley y, por último, la imputación subjetiva.

2. ALCANCES Y ELEMENTOS DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE CONTEMPLADO PARA DIRECTORES Y GERENTES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

En términos generales y hasta la fecha, la doctrina nacional pareciera inclinarse por calificar el delito de negociación incompatible contemplado en el artículo 240 CP, sin que el numeral 7 sea una excepción, como un delito de corrupción⁸. Así, lo que permite su calificación como delito de corrupción es que se trata de una forma de agresión (modo de ataque) que vulnera o puede vulnerar distintos intereses penalmente protegidos⁹, siendo lo que legitima su sanción penal, precisamente, la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico que debe ser protegido del ataque que se produce a través de la corrupción¹⁰.

Lo anterior se traduce, en palabras de Mañalich, en que corrupción implicaría que:

“una persona esté habilitada para ejercer algún poder de decisión en interés de otro(s)... el ejercicio de ese poder de decisión quede vinculado a la obtención de una ventaja indebida... que el carácter indebido de esa ventaja se funde en

8 MAÑALICH, Juan Pablo. *Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno, “La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación”*. 1ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2020, p. 389 y SCHÜRMAN, Miguel. El delito de negociación incompatible de directores y gerentes de sociedades anónimas. Material inédito, facilitado por el autor, p. 3. Se trata de material inédito, utilizado con autorización y facilitación del autor.

9 KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán” [en línea]. En: *Revista Política Criminal*, vol. 2, N° 3, 2007, p. 2. Disponible en: <http://politicrim.com/?s=kindhauser>. En el mismo sentido, MAÑALICH, ob. cit., p. 389, y SCHÜRMAN, ob. cit., p. 3.

10 KINDHÄUSER, ob. cit., p. 3, SCHÜRMAN, ob. cit., p. 3.

la incompatibilidad entre la obtención de esa ventaja y la promoción del [mencionado] interés...”¹¹.

En la negociación incompatible, la corrupción se materializa por la vía de la ‘auto-contratación delictiva’, esto es, por el “*desdoblamiento de los intereses a los que atiende el sujeto activo del delito*”¹². Se ha señalado que en la corrupción privada (en atención a los sujetos activos e intereses protegidos), como es el caso del artículo 240 N° 7 CP, las conductas consisten “*básicamente en la concesión de ventajas indebidas a empleados o directivos de una empresa en el marco de su actividad profesional, para que incumplan sus obligaciones*”¹³.

Ahora bien, lo relevante no es que exista un conflicto de interés en abstracto, sino que se intervenga en la operación aun cuando dicho conflicto existe¹⁴.

En todo caso, cabe tener presente que esta ‘auto-contratación’, como señaló Hernández durante la tramitación de la ley, está ampliamente regulada en materia civil, siendo una figura, por regla general, permitida y regulada en materias societarias, siendo penalizada excepcionalmente¹⁵.

Detrás de esta excepcional penalización¹⁶ encontramos, por una parte, las razones esgrimidas en la Comisión Engel¹⁷, a las cuales subyace la idea de que “*probidad, transparencia y ausencia o tratamiento adecuado de los conflictos de interés constituyen supuestos de legitimidad del procedimiento de toma de decisiones*”¹⁸, y así se evita toda sospecha de parcialidad¹⁹. Y, por otra parte, también se encuentra presente, como idea subyacente al

11 MAÑALICH, ob. cit., p. 380, respecto al concepto de Kindhäuser de corrupción como la “vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido”.

12 SCHÜRMAN, ob. cit., págs. 3 y 4, siguiendo a Mañalich y a Soler.

13 GÓMEZ-JARA, Carlos. *Cuestiones fundamentales de Derecho Penal Económico, Parte General y Especial*. Montevideo-Buenos Aires, Editorial BdeF, 2014, p. 228.

14 SCHÜRMAN, ob. cit., p. 4 (nota al pie N° 8).

15 Historia de la Ley, ob. cit., p. 185.

16 Al respecto, un primer alcance preliminar, daría cuenta de “*un primer modelo se caracterizaría por considerar que los intereses que deben protegerse a través de la criminalización de la corrupción privada son los intereses económicos corporativos, los intereses de los accionistas o los intereses patrimoniales en sentido amplio (Kindhäuser, 2007, p. 12). Bajo un segundo modelo se privilegiaría la protección de los deberes de lealtad en el ámbito laboral que deben los empleados a sus empleadores. Por último, algunos ordenamientos jurídicos potenciarían, a través de su criminalización, la protección de la libre y leal competencia, así como el buen funcionamiento de los mercados (Heine, 2003, p. 10)*”. Sobre estas diferenciaciones de bienes jurídicos que podrían verse afectados por la corrupción privada, véase: ARTAZA, Osvaldo. “Corrupción entre particulares: lesividad de la conducta y consecuencias en sede de tipificación de acuerdo al análisis comparado”. En: *Revista de Derecho*, vol. 26, Coquimbo, Ed. Revista de Derecho Universidad de Coquimbo, 2019, p. 9.

17 **Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción**, constituido en 2015 por la Presidenta de Chile, Sra. Michelle Bachelet.

18 SCHÜRMAN, ob. cit., p. 7.

19 SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. 2ª edición, Buenos Aires, Tea, tomo V, 1946; SANCINETTI, Marcelo. “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”. En: *Anuario de Derecho Penal y*

presente delito, la protección del patrimonio ajeno que es administrado por el sujeto. En ese sentido, es posible también plantear que detrás de este modo de ataque, el interés de protección es el patrimonio:

“De esta forma, este delito que se configura como uno de infracción de deber, en específico, del deber de lealtad –una exigencia de deber para la protección del patrimonio, establecida por el derecho para solucionar los problemas de agencia, en específico, los conflictos de interés–. El delito sanciona a quien, en virtud de su cargo, y teniendo una obligación de resguardo de un patrimonio ajeno, privilegia el interés propio por sobre el de su mandante, al hacerse contraparte o beneficiario de cierta operación que afecta ese patrimonio.

De esta manera, creemos que el bien jurídico protegido con la negociación incompatible es el patrimonio administrado por el autor típico, quien tiene concretos deberes de resguardo y protección para con ese patrimonio”²⁰.

Se trata, además, de un delito de peligro abstracto²¹, en tanto no exige la producción de un resultado sino que lo penado son las conductas inaceptables por los conflictos de interés presentes²². Por lo mismo, el *“hecho no pierde su carácter por la circunstancia de que él haya derivado una ventaja concreta económica, porque la prohibición se funda en la idea de prevención genérica de los daños que con mucha frecuencia derivarían si se adoptara el criterio opuesto (énfasis agregado)”*²³.

En el mismo sentido, Matus y Ramírez, así como también Rodríguez y Ossandón, aclaran que no solo no se requiere la verificación de un resultado o de un perjuicio sobre el patrimonio administrado, sino que ni siquiera es necesario demostrar que el mencionado patrimonio corrió un riesgo concreto de afectación²⁴. En consecuencia, indiscutiblemente

Ciencias Penales, vol. XXXIX, España, Ed. Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, 1986, p. 878, y en el mismo sentido SCHÜRMAN, ob. cit., p. 8.

20 RODRÍGUEZ-CANO, Antonia y CUETO, Fernanda. El delito de negociación incompatible en la reforma legal. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 2019, págs. 11 y 12, citando la Historia de la Ley Comisión Mixta, p. 16 y a VERA, María del Carmen. El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto análisis de la tipicidad objetiva, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2017, p. 281.

21 Tal naturaleza, esto es, como delito de peligro abstracto, es ampliamente reconocida en la doctrina nacional y así fue considerado también durante la tramitación de la Ley N° 21.121, en cuanto tal naturaleza fue estimada como relevante al momento de determinar la modificación de la pena que se sufriría al cometer el delito (debiendo ser inferior a la pena de un delito de resultado). Véase MAÑALICH, ob. cit., p. 397, SCHÜRMAN, ob. cit., p. 4, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. 3ª edición, Santiago, Editorial Tirant Lo Blanch, Tomo II, 2019 y también Historia de la Ley, ob. cit., p. 99.

22 Historia de la Ley, ob. cit., p. 186.

23 SOLER, ob. cit., p. 213.

24 MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 450. En este sentido, en la Historia de la Ley: *“El Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señor Valenzuela, recordó que esta figura se inscribe en el artículo que sanciona los conflictos*

se trata también de un delito de mera actividad, esto es “*que no requiere de un resultado lesivo diferenciable espacio temporalmente de la mera conducta del funcionario*”²⁵.

a. Sujetos activos

La hipótesis contemplada en el artículo 240 N° 7 CP, al igual que las restantes hipótesis del tipo, configura un delito especial que delimita a los posibles autores a directores o gerentes de sociedades anónimas, o bien, toda persona a quien le sean aplicables las normas que en materia de deberes se establecen para los directores o gerentes de estas sociedades. El que el círculo de autores se extienda a toda persona a quien le sean aplicables las normas civiles y societarias aplicables a directores y gerentes de estas sociedades tiene dos consecuencias, que se exponen a continuación.

La primera consecuencia es que el círculo de autores es coherente con lo dispuesto en el Título IV de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas (en adelante LSA), que se refiere a la administración de la sociedad. El artículo 50 de la misma ley hace aplicable a los gerentes, a las personas que hagan sus veces, y a los ejecutivos principales, “las disposiciones de esta ley referente a los directores en lo que sean compatibles con las responsabilidades propias del cargo o función...”, en particular en relación al artículo 44 que regula la dispensa de los conflictos de interés²⁶. Lo que, además, es consistente con lo dispuesto en el artículo 40 inciso 2° de la LSA, que permite la delegación de facultades²⁷ por parte del directorio.

Y, la segunda consecuencia, radica en la posible aplicación de este tipo penal, a lo menos²⁸, a directores y gerentes de las sociedades por acciones (en adelante SpA), lo cual podría eventualmente ser objeto de discusión²⁹, sin perjuicio que la extensión de este círculo de autores aparece con claridad.

de interés de funcionarios públicos y administradores privados. Connotó que aquí lo que importa es la infracción de los deberes del cargo del mandatario, en una situación que entraña un conflicto de interés directo y una situación de peligro real para el patrimonio administrado, independiente de su magnitud”, p. 195.

25 RODRÍGUEZ/OSSANDÓN, ob. cit., p. 423, en relación con la negociación incompatible de funcionario público.

26 SCHÜRMAN, ob. cit., p. 10.

27 El directorio podrá delegar parte de sus facultades en los ejecutivos principales, gerentes, subgerentes o abogados de la sociedad, en un director o en una comisión de directores y, para objetos especialmente determinados, en otras personas.

28 Podrá discutirse la extensión del círculo a otras sociedades que pudiesen regirse por las reglas de las sociedades anónimas pero, por lo pronto, esto no será objeto de análisis en el presente artículo.

29 Cabe hacer presente que Puga solo menciona las sociedades anónimas y cerradas, señalando que este delito “se aplica tanto a directores y gerentes de sociedades anónimas abiertas o cerradas”, sin embargo, se limita a realizar dicha afirmación sin un análisis sobre el descarte de la aplicación del tipo penal en casos de sociedades por acciones. PUGA, Juan Esteban. *La Sociedad Anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*. 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 2021, p. 772.

Al respecto, cabe hacer presente que, en palabras del Ministro de Justicia de la época que constan en la Historia de la Ley N° 21.121: “(...) *la conducta nuclear que se sanciona en este número es el hecho de que el director tome interés en una operación relativa al patrimonio de la sociedad que administra. Esa conducta, per se, es reprochable, independiente del tipo de sociedad*”³⁰.

En el mismo sentido se pronunció el Honorable Senador Sr. Harboe, durante la tramitación de la Ley N° 21.121, explicitando que:

“...en esta disposición se sanciona la infracción de los deberes objetivos de su cargo, que básicamente comprenden la obligación de informar. Explicó que desde esa perspectiva no hay diferencia entre la sociedad anónima abierta y cerrada. Agregó que la forma como está redactada la proposición de la Cámara de Diputados permite que este tipo abarque a otros directores de otras entidades que se rigen por las mismas normas que los de las sociedades anónimas, como son las sociedades por acciones”³¹.

Es más, sobre este punto, durante la tramitación del proyecto de ley en la cual esta incorporación tuvo su origen, esto es, en el Proyecto de Ley contenido en los Boletines N° 10.155-07 y 9.956-07, se dejó expresa constancia que la mención a otras personas a quienes se le aplicaran los deberes propios de directores o gerentes, tenía por objeto abarcar la cobertura de casos en que, eventualmente, la ley haga extensivos los deberes fiduciarios a otras sociedades³². Tal es la situación de las sociedades por acciones respecto de las sociedades anónimas.

En efecto, por disposición expresa del artículo 424 del Código de Comercio, se establece que “[e]n silencio del estatuto social y de las disposiciones de este Párrafo, la sociedad se regirá supletoriamente y sólo en aquello que no se contraponga con su naturaleza, por las normas aplicables a las sociedades anónimas cerradas (énfasis agregado)”. A esto, Schürmann, siguiendo a Schünemann, agrega que “*abona a esta tesis que los directores y gerentes de las SpA detentan –en los mismos términos que los administradores de las sociedades anónimas– el deber de protección sobre la vulnerabilidad del patrimonio administrado*”³³.

Dilucidado que, a nuestro juicio, los directores, gerentes o demás personas mencionadas, podrán tener dicha calidad sea se trate de una sociedad anónima abierta, cerrada

³⁰ Historia de la Ley, ob. cit., p. 197.

³¹ Historia de la Ley, ob. cit., p. 196.

³² Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el Proyecto de Ley que Tipifica el Delito de Corrupción entre Particulares y Modifica Disposiciones del Código Penal relativas a Delitos Funcionarios. Boletines N° 10.155-07 y 9.956-07, págs. 32 y 33.

³³ SCHÜRMAN, ob. cit., p. 11. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-CANO/CUETO, ob. cit., p. 59.

e incluso una sociedad por acciones, no es necesario que intervengan en razón de su cargo (a diferencia de la exigencia de las hipótesis contempladas para los empleados públicos), bastará que la operación en la que intervengan involucre a la sociedad, esto es, que la sociedad de alguna manera intervenga o participe del negocio, actuación, gestión, contrato u operación. De la misma manera, tampoco es necesario que tengan plena representación de la sociedad, sino que será suficiente que intervengan sin cumplir con las condiciones establecidas por la ley, es decir, sin que haya existido una dispensa previa del conflicto de interés (*infra* b.3)³⁴.

b. Conducta

b.1. Intervención interesada

Lo primero que cabe señalar, antes de referirnos al concepto de interés propiamente tal, es que el numeral 7 del artículo en comento contempla distintas modalidades. La primera supone que el sujeto activo se “interesare”, la segunda (en el inciso segundo) es que el sujeto “diere o dejare tomar interés, debiendo impedirlo” a las personas allí indicadas, y la tercera es que el sujeto “diere o dejare tomar interés, debiendo impedirlo” a las personas allí indicadas. En el inciso segundo, las personas indicadas son el cónyuge o conviviente civil o un pariente en cualquier grado de la línea recta o hasta en el tercer grado inclusive de la línea colateral, sea por consanguinidad o afinidad, del sujeto activo. Y, en el inciso tercero, terceros asociados con el sujeto activo o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que él mismo, dichos terceros o esas personas ejerzan su administración en cualquier forma o tengan interés social (superior al diez por ciento si la sociedad fuere anónima)³⁵.

³⁴ SCHÜRMAN, ob. cit., p. 13.

³⁵ La redacción no es exactamente igual en la Ley N° 19.046. El Art. 44 respecto de las sociedades anónimas cerradas entiende que “existe interés de un director en toda negociación, acto, contrato u operación en la que deba intervenir en cualquiera de las siguientes situaciones: (i) él mismo, su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; (ii) las sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, de un 10% o más de su capital; (iii) las sociedades o empresas en las cuales alguna de las personas antes mencionadas sea director o dueño, directo o indirecto, del 10% o más de su capital, y (iv) el controlador de la sociedad o sus personas relacionadas, si el director no hubiera resultado electo sin los votos de aquél o aquéllos”. Y el art. 146 dispone que “son operaciones con partes relacionadas de una sociedad anónima abierta toda negociación, acto, contrato u operación en que deba intervenir la sociedad y, además, alguna de las siguientes personas: 1) Una o más personas relacionadas a la sociedad, conforme al artículo 100 de la ley N° 18.045. 2) Un director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador de la sociedad, por sí o en representación de personas distintas de la sociedad, o sus respectivos cónyuges o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad inclusive. 3) Las sociedades o empresas en las que las personas indicadas en el número anterior sean dueños, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, de un 10% o más de su capital, o directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales. 4) Aquellas que establezcan los estatutos de la sociedad o fundadamente identifique el comité de directores, en su caso, aun cuando se trate de aquellas indicadas en el inciso final del artículo 147. 5) Aquellas en las cuales haya realizado funciones de director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador, un director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador de la sociedad, dentro de los últimos dieciocho meses”.

Además de la extensión a nuevas personas a quienes podría darse interés, la norma contempla explícitamente una hipótesis omisiva (“*dejare tomar interés, debiendo impedirlo*”), que dependerá de la existencia de un deber de impedir³⁶, deber que tendrá que ser construido a partir de normas o reglas extrapenales, pudiendo encontrarse en la legislación aplicable pero también en los estatutos de las sociedades en análisis, en tanto por esta vía también pueden establecerse deberes vinculantes para los sujetos activos³⁷.

Por interés debemos entender, en iguales términos a las restantes hipótesis del artículo 240, el concepto definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, esto es, darse a sí mismo o dar a otro parte en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés³⁸. Este interés debe tener una naturaleza necesariamente económica o patrimonial³⁹, lo cual se desprendería tanto de la ubicación de la norma como de la determinación de la pena de multa (multa de la mitad al tanto del valor del interés que hubiere tomado en el negocio)⁴⁰.

En efecto, la forma en que se determina la multa solo confirma que el interés debe tener una naturaleza económica, pero no supone la exigencia de que ese interés se materialice o concrete, pues basta tenerlo⁴¹. Como ya dijimos, al ser un delito de peligro abstracto, no es necesario que el resultado se concrete, lo que el precepto intenta es “prohibir el riesgo de fraude que al legislador le ha parecido ver implícito en la ejecución de negocios consigo mismo o con las personas mencionadas en los incisos segundo y tercero”⁴².

Ahora bien, lo central de la conducta no es solo la existencia de dicho interés, sino además que el sujeto activo intervenga de forma interesada⁴³ en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad. Dicha intervención interesada se puede graficar “... en la representación de la sociedad anónima y, simultáneamente, el interés propio o relacionado, perdiendo las garantías de un juicio y decisión

36 Omisión en la cual igualmente se materializa la vulneración del principio de probidad como estándar de comportamiento. En este sentido, Mañalich respecto el art. 240 N° 1 CP, MAÑALICH, ob. cit., p. 395.

37 SCHÜRMAN, ob. cit., p. 12.

38 RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena. *Delitos Contra la Función Pública*. 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 423, también MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 450.

39 RODRÍGUEZ/OSSANDÓN, ob. cit., p. 424, MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 450, SCHÜRMAN, ob. cit., p. 12, MAÑALICH, ob. cit., p. 396. En términos similares, SOLER, ob. cit., p. 214.

40 RODRÍGUEZ/OSSANDÓN, ob. cit., p. 424. También MAÑALICH, ob. cit., p. 397.

41 MAÑALICH, ob. cit., p. 397.

42 MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 450, y RODRÍGUEZ/OSSANDÓN, ob. cit., p. 424.

43 En este sentido, ACUÑA SILVA, Marcelo. “La concreción del interés en el delito de negociación incompatible. Análisis a partir de dos situaciones supuestas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 40, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2009, p. 37.

*imparcial del director o gerente en relación al interés social involucrado en la operación*⁴⁴. Asimismo, en palabras de Hernández, durante la tramitación del Proyecto de Ley, la idea que subyace a este tipo penal es la de *“sancionar a quien, teniendo una obligación especial de resguardo de patrimonio ajeno, se hace contraparte o beneficiario de una operación que afecta a ese patrimonio”*⁴⁵.

Adicionalmente, también como prevé la disposición, la conducta podrá ser realizada directa o indirectamente por el sujeto activo. Esto implica que podrá ser desplegada a través o no de un intermediario (testaferro o “palo blanco”)⁴⁶. La razón de la consagración de esta posibilidad de comisión podría encontrar su fundamento, al igual que en España, en que tanto dicha forma se trata, finalmente, de una simulación parcial del negocio en relación con los otorgantes del mismo⁴⁷.

b.2. Objeto material

Finalmente, el objeto sobre el que debe recaer la conducta es amplio. La norma utiliza diversas acepciones para que no quepan dudas sobre la naturaleza de la “gestión” sobre la cual puede recaer, así se utilizan indistintamente los vocablos “negocio”, “actuación”, “gestión”, “contrato” u “operación”, siempre y cuando se trate de “actos capaces de producir compromisos o fuente de obligaciones”⁴⁸ y que tengan la potencialidad de derivar en un beneficio económico, es decir, que tengan carácter lucrativo, ya que solo en dicha circunstancia surgiría el peligro que la ley propone evitar⁴⁹.

Anunciado, entonces, el objeto sobre el cual puede recaer la intervención que es sancionada penalmente, debemos recordar que se trata de un delito de mera actividad y, por tanto, se entenderá consumado cuando el negocio, actuación, gestión, contrato u operación se haya concretado y en el caso que aquello no se produzca solo podrá existir tentativa (no teniendo cabida la frustración)⁵⁰.

44 SCHÜRMAN, ob. cit., p. 11.

45 Historia de la Ley, ob. cit., p. 186.

46 MAÑALICH, ob. cit., p. 395 y SCHÜRMAN, ob. cit., p. 11.

47 SOLER, ob. cit., p. 215.

48 POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, Tomo II, p. 128.

49 MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 450. En el mismo sentido, Shürmann, que señala que: “dado que el interés incompatible con el de la sociedad debe tener naturaleza patrimonial, las operaciones que involucran a la sociedad también deben tener alguna significación económica para que tengan relevancia típica”. SCHÜRMAN, ob. cit., p. 13. También RODRÍGUEZ/OSSANDÓN, ob. cit., p. 425.

50 RODRÍGUEZ/OSSANDÓN, ob. cit., p. 425.

b.3. Incumpliendo las condiciones establecidas por la ley

Según se adelantó, para que la intervención interesada que explicamos *supra* suponga la configuración de la infracción penal es necesario que sea realizada en incumplimiento de las condiciones establecidas en la ley. Según consta en la Historia de la Ley N° 21.121, dicha expresión (“incumpliendo las condiciones establecidas en la ley”) se incorporó para que no fuera aplicable el delito si con anterioridad a las actuaciones del gerente o director, se hubiera dado cumplimiento al procedimiento de dispensa de conflictos de interés, regulados en los artículos 44 y 147 de la LSA, para las sociedades anónimas cerradas y abiertas⁵¹, respectivamente:

“Al comenzar el examen de este número [N° 7 del artículo 240 CP], el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señor Valenzuela, planteó que **la Ley de Sociedades Anónimas permite que los directores tomen interés en operaciones de la sociedad que administran, pero siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 44 de esa ley, si se trata de una sociedad anónima cerrada; y el 147, si se trata de una sociedad anónima abierta.**

Manifestó que si se incumplen esos requisitos existe una obligación de indemnizar los perjuicios que se produzcan.

En cambio, este numeral, incorpora, de forma independiente al perjuicio, una sanción penal por el solo hecho de tomar interés en la operación que afectaba a la sociedad que administraba. **Subrayó que lo relevante acá es el incumplimiento de las obligaciones que establece la ley (énfasis agregado)**⁵².

Conviene aquí hacer un breve análisis de la normativa relativa a las sociedades anónimas para dar cuenta del alcance de este elemento del tipo penal que nos encontramos analizando. Lo primero es señalar que el concepto de conflicto de interés supone la existencia de conflictos actuales y potenciales que pueden tener lugar en transacciones que la sociedad realice con un director o con personas relacionadas con este⁵³. Sin embargo, los artículos 44 y 146 y siguientes de la LSA vuelven equívoco dicho concepto, toda vez que se limitan a regular los procedimientos que deben seguirse para el caso que el director tenga un interés, el cual no necesariamente debe estar en conflicto con

⁵¹ Matiza esta afirmación, SCHÜRMAN, ob. cit., véase págs. 13 y siguientes.

⁵² Historia de la Ley, ob. cit., págs. 194-195.

⁵³ PUGA, ob. cit., p. 659.

el interés de la sociedad⁵⁴. En estos términos, regulan los procedimientos a seguir para las operaciones entre partes relacionadas.

Ahora bien, en todo caso, la exigencia establecida en la ley, así como la diferencia entre la procedencia de la sanción civil *versus* la sanción penal que tiene lugar para el evento que se incumplan los procedimientos regulados en los artículos ya indicados, esto es, la exigencia de un daño indemnizable en el primer caso, que no es exigido en el segundo, dan cuenta que el objetivo de este delito es asegurar el respeto al procedimiento contemplado para las operaciones entre partes relacionadas, y de ahí su sanción anticipada. En ese sentido, se ha señalado que:

“... mientras la sanción civil, por presupuestos de procedencia de la acción de indemnización, solo puede respaldar el cumplimiento de las condiciones mínimas materiales de las operaciones entre partes relacionadas, la sanción penal tiene la aptitud necesaria para respaldar la vigencia de las reglas procedimentales establecida por la regulación comercial para garantizar la imparcialidad de las decisiones de los directores o gerentes de las sociedades anónimas en las operaciones entre partes relacionadas, o al menos de aquellas que permiten la participación de los directores o gerentes afectos al interés incompatible con el ejercicio de su cargo en un operación determinada. Esta asimetría es precisamente la que confirma que el objetivo principal de la prevención de este delito es asegurar el respeto al procedimiento establecido por la ley para las operaciones entre partes relacionadas. Es por ello que la sanción penal aparece de forma anticipada y más amplia que la sanción civil, ante infracciones a una regla de comportamiento esencialmente similar”⁵⁵.

Confirmando lo anterior, también quedó constancia en la Historia de la Ley 21.121, en la cual mediante diversas intervenciones se dio cuenta que aquí se sanciona el incumplimiento de deberes objetivos del director o sujeto activo en cuestión⁵⁶.

Respecto al procedimiento que debe seguirse para las operaciones entre partes relacionadas⁵⁷, debemos distinguir entre operaciones en sociedades anónimas cerradas y abiertas y, en su caso, si son de monto relevante o no:

54 “La regulación de los arts. 44 y 146 y siguientes LSA no intenta resolver las situaciones en que un director o personas relacionadas con él lleve a efecto una operación con intereses contrapuestos a los de la sociedad cuyo directorio dicho director integra. La ley regula el procedimiento a seguir cuando en dicha transacción el director o sus personas relacionadas tengan interés, aunque no existan conflictos de intereses entre la sociedad y el director en la transacción en prospecto (énfasis agregado)”. PUGA, ob. cit., p. 66o.

55 SCHÜRMAN, ob. cit., p. 16. Esto, sin perjuicio de otras sanciones administrativas que pudiesen proceder.

56 Véase Historia de la Ley, ob. cit., págs. 195 y 196.

57 Respecto a qué se entiende por tales, ver Nota al Pie N° 28.

- **Sociedades Anónimas Cerradas**

Para el caso de las sociedades anónimas cerradas, el ya tantas veces mencionado artículo 44, dispone que solo se podrán celebrar actos o contratos que involucren montos relevantes en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas previamente por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, salvo que los estatutos autoricen la realización de tales operaciones sin sujeción a las mencionadas condiciones. Se tratará de un monto relevante cuando el acto o contrato supere el 1% del patrimonio social, siempre que exceda el equivalente a 2.000 UF, y en todo caso, cuando sea superior a 20.000 UF –para estos efectos, se presume que son una sola operación todas las que se perfeccionen en un período de doce meses consecutivos por medio de actos similares o complementarios, en los que exista identidad de partes, incluidas las personas relacionadas u objeto–. El requisito indicado no será aplicable si la operación es aprobada o ratificada por la junta extraordinaria de accionistas con un quórum de 2/3.

Es importante señalar que la misma norma exige la constancia de las deliberaciones y decisiones que el directorio adopte respecto a estas operaciones, lo cual, además debe ser información en la siguiente junta de accionistas (mencionándose en la respectiva citación).

- **Sociedades Anónimas Abiertas**

El procedimiento para las operaciones entre partes relacionadas en las sociedades anónimas abiertas regulado en el artículo 147 es algo más exigente y complejo. Primero, solo se podrán celebrar estas operaciones cuando tengan por objeto contribuir al interés social y se ajusten en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al momento de su aprobación y se cumpla con los demás requisitos indicados.

Estos otros requisitos, contemplados también en el artículo 147, son: (i) directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales⁵⁸ deberán informar al directorio o a quien este designe, del interés que tengan; (ii) antes del consentimiento a la operación, esta deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los directores, excluyendo a los involucrados, quienes deberán dar su opinión si el directorio lo requiere (debe quedar constancia de esto y de las razones de la decisión); (iii) los acuerdos que aprueben las operaciones entre partes relacionadas deberán ser informados en la siguiente junta de accionistas, indicándose los directores que aprobaron (debe hacerse mención en la citación); (iv) si la mayoría absoluta de los directores debe abstenerse, la operación solo puede aprobarse por unanimidad de los restantes miembros o, en su defecto, en la junta extraordinaria de

⁵⁸ La norma se refiere también a los liquidadores.

accionistas por un quórum de 2/3; (v) si se convoca a junta extraordinaria de accionistas debe designarse un evaluador independiente que informará sobre las condiciones, efectos y potencial impacto de la operación para la sociedad. También deberá pronunciarse sobre los puntos que el comité de directores haya solicitado. Hecho esto, existen plazos específicos para continuar con el procedimiento; (vi) cuando los directores de la sociedad deban pronunciarse respecto de operaciones de este Título, deberán explicitar la relación que tuvieran con la contraparte de la operación o el interés que en ella tengan. Deberán también hacerse cargo de la conveniencia de la operación para el interés social, de los reparos u objeciones que hubiese expresado el comité de directores, en su caso, así como de las conclusiones de los informes de los evaluadores o peritos.

El mismo artículo dispone que, excepcionalmente, no deberá cumplirse el procedimiento anterior, en aquellas operaciones que no sean de un monto relevante (en los mismos términos que se indicó para las sociedades anónimas cerradas), en aquellas operaciones que, conforme a la política de operaciones habituales aprobadas por el directorio, sean ordinarias en consideración al giro social y en aquellas operaciones entre personas jurídicas en las cuales la sociedad posea, directa o indirectamente, al menos un 95% de la propiedad de la contraparte. Sobre lo anterior, Puga señala que no basta con que la operación haya sido aprobada siguiendo los procedimientos contemplados en los artículos 44 y 147, respectivamente, pues adicionalmente se exigiría que las operaciones se ajusten a las condiciones de mercado⁵⁹. Sin embargo, según vimos, esa exigencia se encuentra precisamente en los artículos 44 y 147, a los cuales debe darse cumplimiento. Si se quiere, se podrá decir que se trata de un requisito material o de fondo pero que igualmente cumple “las condiciones mínimas establecidas en la ley” en los términos del tipo penal en comento.

c. Imputación subjetiva

De acuerdo a lo previsto en el tipo penal es suficiente su comisión mediante dolo eventual, bastando, entonces, “*el conocimiento de que se interviene en la operación bajo esa doble representación de intereses que condiciona la imparcialidad y el cumplimiento del deber de lealtad con la representación del interés social*”⁶⁰. En este sentido, no existen razones en la redacción del tipo para exigir dolo directo, ni menos se requiere un propósito especial de defraudar o perjudicar a la sociedad, así como tampoco el propósito de lucrar ilícitamente⁶¹.

⁵⁹ PUGA, ob. cit., p. 772.

⁶⁰ SCHÜRMAN, ob. cit., p. 17 y MAÑALICH, ob. cit., p. 399, siguiendo a Soler. En contra Rodríguez y Ossandón, en relación a la negociación incompatible de funcionario público al señalar que: “dadas las características del delito y su amplia descripción, es necesario que se trate de una conducta cometida con dolo directo, esto es, que exista un interés consciente y voluntario, que es el que motiva la conducta del funcionario”, RODRÍGUEZ/OSSANDÓN, ob. cit., p. 426.

⁶¹ SOLER, ob. cit., p. 216. Mismo sentido SCHÜRMAN, ob. cit., p. 17.

Cabe hacer presente aquí una discusión que se ha desarrollado y mencionado unánimemente por la doctrina⁶², que dice relación con el reconocimiento del error de prohibición invencible para el caso de la negociación incompatible. Esta mención se desprende de lo resuelto por la Excma. Corte Suprema, mediante fallo de fecha 23 de marzo de 1999, en el cual reconoció la procedencia de un error de prohibición directo en el que el alcalde de una localidad declara ignorar que era constitutivo de un ilícito comprar por y para el municipio a parientes suyos⁶³. Sobre el fundamento tenido por la Corte para arribar a dicha conclusión es ilustrativa la referencia realizada por Mañalich, a saber:

“... la corte otorgó importancia a que, tratándose de un hecho delictivo presuntamente perpetrado por un alcalde en el ejercicio de sus funciones, la municipalidad respectiva no hubiera contado con un asesor jurídico (c. 15°). Ello sería de especial relevancia en atención a que el tipo del art. 240 del CP tendría ‘características extremadamente artificiosas [...], cuyas peculiaridades, límites y significado [...] escapan a veces a la inteligencia de juristas avezados, y cuya existencia es ignorada incluso hasta por mucho letrado’ (c. 16°)⁶⁴.

Ahora bien, lo cierto es que tal consideración tuvo como objeto de análisis las circunstancias concretas y la particular formación del alcalde en cuestión, y en ese sentido, debe coincidir con Schürmann, en cuanto a que la hipótesis del artículo 240 N° 7 CP hace más difícil o, si se quiere, menos probable, la configuración de un error de prohibición de esta naturaleza pues estamos frente a deberes propios de quienes ostentan los cargos de director, gerente, o demás sujetos susceptibles de la comisión del delito y, por tanto, es improbable la alegación de ignorancia que se exigiría para la configuración del error⁶⁵.

62 RODRÍGUEZ/OSSANDÓN, ob. cit., p. 426, SCHÜRMANN, ob. cit., p. 17, MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 450, MAÑALICH, ob. cit., p. 400.

63 COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor. *Código Penal Comentado, Parte General, Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago, Ed. Abeledo Perrot, 2011, p. 91.

64 MAÑALICH, ob. cit., p. 401.

65 SCHÜRMANN, ob. cit., p. 18.

3. CONSIDERACIONES FINALES

De lo expresado previamente, y sin perjuicio que, por tratarse de una hipótesis punible incorporada recién en el año 2018 a nuestro ordenamiento también deberá ser objeto de un análisis y de una interpretación por parte de nuestros tribunales, podemos concluir algunos elementos que nos parecen relevantes a la hora de determinar su alcance.

- a. El objetivo del delito es resguardar la parcialidad de las decisiones que se adoptan en la administración de patrimonios ajenos, en relación con la forma en que se encuentran regulados los conflictos de interés.
- b. Se trataría de un delito de peligro abstracto y de mera actividad.
- c. La conducta sancionada es la intervención interesada de los sujetos enumerados en el numeral 7, interés que debe ser de índole económico, en un “negocio”, “actuación”, “gestión”, “contrato” u “operación”, que también debe tener cierta naturaleza patrimonial o económica, siempre y cuando, dicha intervención se produzca en incumplimiento de las condiciones mínimas establecidas por la ley.
- d. Los sujetos activos enumerados podrán tener tales calidades, al menos, tanto en sociedades anónimas abiertas, cerradas como en sociedades por acciones.
- e. Por condiciones mínimas establecidas por la ley deberemos recurrir a la normativa comercial extrapenal, esto es, el procedimiento contemplado en el artículo 44 para sociedades anónimas cerradas y en los artículos 146 y siguientes para sociedades anónimas abiertas, todos de la LSA. Adicionalmente, deberán tenerse presente también las normas contempladas en los estatutos de dichas sociedades.
- f. Se trata de un delito para el cual basta la concurrencia de dolo eventual y, en el cual, será más complejo recurrir al error de prohibición invencible que ha sido reconocido en algunos casos referidos a la negociación incompatible de funcionario público.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACUÑA SILVA, Marcelo. “La concreción del interés en el delito de negociación incompatible. Análisis a partir de dos situaciones supuestas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 40, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2009, págs. 33-40.
2. ARTAZA, Osvaldo. Corrupción entre particulares: lesividad de la conducta y consecuencias en sede de tipificación de acuerdo al análisis comparado. En: *Revista de Derecho*, vol. 26, Coquimbo, Ed. Revista de Derecho, Universidad de Coquimbo, 2019.
3. COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor. *Código Penal Comentado, Parte General, Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago, Ed. Abeledo Perrot, 2011.
4. CURY URZÚA, Enrique. “Contribución político-criminal al estudio de los delitos funcionarios (Descriminalización y Administrativización)”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, Chile, Ed. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica, 1986, págs. 295-304.
5. CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 21.121, que “Modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción” [en línea], publicada por la Biblioteca del Congreso Nacional, 2018. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/7597/HLD_7597_37a6259ccoc1dae299a7866489dffobd.pdf.
6. GÓMEZ-JARA, Carlos. *Cuestiones fundamentales de Derecho Penal Económico, Parte General y Especial*. Montevideo-Buenos Aires, Editorial BdeF, 2014.
7. KINDHÄUSER, Urs, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. En: *Revista de Política Criminal*, vol. 2, N° 3, Chile, Ed. Centro de Estudios en Derecho Penal, Universidad de Talca, 2007, págs. 1-18.
8. MAÑALICH, Juan Pablo. *Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno, “La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación”*. 1ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2020.
9. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. 3ª edición, Santiago, Editorial Tirant Lo Blanch, tomo II, 2019.
10. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 2005.
11. PUGA, Juan Esteban. *La Sociedad Anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*. 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomos I y II, 2021.
12. RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena. *Delitos Contra la Función Pública*. 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
13. RODRÍGUEZ-CANO, Antonia y CUETO, Fernanda. *El delito de negociación incompatible en la reforma legal*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 2019.
14. SANCINETTI, Marcelo. “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. XXXIX, España, Ed. Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, 1986, págs. 877-889.
15. SCHÜRMAN, Miguel. El delito de negociación incompatible de directores y gerentes de sociedades anónimas. Material inédito, facilitado por el autor.
16. SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. 2ª edición, Buenos Aires, Tea, tomo V, 1946.

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

LA PRUEBA INDICIARIA COMENTARIO DESDE LA PRÁCTICA

Omar Mérida Huerta¹

I. INTRODUCCIÓN

Este texto se aboca a la prueba indiciaria desde una perspectiva eminentemente práctica. No tiene por tanto pretensión académica alguna, sino que proviene de la experiencia y práctica de un Fiscal como cualquier otro.

La idea entonces es exhibir los antecedentes y herramientas que han servido de base para el trabajo cotidiano desde el año 2003, en una multiplicidad de investigaciones y juicios complejos con buenos resultados.

Una base doctrinaria muy sucinta, breves referencias a normativas locales y extranjeras, y algunos de los fallos que he utilizado para diseñar estas investigaciones y sostener nuestra posición en juicio (y que luego han servido también de base para la elaboración de un curso de Prueba indiciaria²), tiene como único objetivo servir como una simple herramienta para mejorar la investigación y litigación de los Fiscales.

He podido observar que el fiscal, como operador del sistema, se ve enfrentado actualmente a un nivel de investigación y litigación cada vez más complejo, donde la aparente escasez de pruebas disponibles aconseja en ocasiones desechar casos, por no aparecer en primera instancia la prueba directa requerida ya habitualmente por jueces y defensores.

¹ Fiscal Adjunto de la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, Ministerio Público.

² La Academia de la Fiscalía de Chile, en la cual tengo el honor de servir en calidad de Relator Interno desde hace 12 años, tras años de estudio y preparación, finalmente impartió recientemente con éxito el Primer Curso de Prueba Indiciaria para fiscales, cuyo objetivo es precisamente promover el conocimiento y utilización de esta herramienta investigativa, intentando abrir nuevos espacios de investigación y litigación, con la convicción de que conducirán a mejorar nuestra noble misión

Los fiscales de hoy operan, desde un punto de vista probatorio, mayoritariamente sobre la flagrancia, esto es, su arsenal probatorio está constituido en gran parte por las pruebas levantadas por las policías en las primeras horas de ocurrido el suceso, consideradas tradicionalmente como “prueba directa” del hecho investigado (testigos, videos, etc.), y en menor medida, por antecedentes allegados con posterioridad a la flagrancia, no obstante y de nuevo mayoritariamente, siguiendo la misma óptica de flagrancia, esto es, nuevos testigos y/o videos que operen como “pruebas directas” de los hechos investigados.

Excepcionalmente aparecen en las investigaciones las llamadas “pruebas indiciarias” para “construir” un caso, en el que estas mentadas pruebas directas nos son esquivas.

Cuando ello ocurre, el salmo instalado por las defensas consiste en caracterizar a la prueba indiciaria como una prueba de segunda categoría, incapaz de producir convicción en los jueces, como sí lo haría la prueba directa, cuya ausencia reprochan como si se tratase de un defecto de la investigación el no haber sido capaz de recolectarla en la indagatoria.

Esta y otras críticas a la prueba indiciaria, tales como su supuesto carácter lesivo al debido proceso, sumadas al desconocimiento de su verdadera naturaleza y capacidad, desincentivan su utilización, y relegan injustamente a esta prueba a la categoría de “último recurso” investigativo.

II. ANTECEDENTES

Desde el inicio de la reforma procesal penal, el año 2000, con la característica de juicios orales públicos y contradictorios, resultó evidente el cambio en el ejercicio probatorio.

La división de funciones de investigación, acusación y juzgamiento, sumado al control judicial de la investigación, el rediseño radical del Ministerio Público y la creación de una Defensoría Penal Pública, dio impulso a una actividad investigativa y de litigación hasta entonces inédita.

En el nuevo sistema los fiscales están involucrados directamente en las primeras horas de la actividad probatoria investigativa, y también lo están a modo de control, el juez de garantía y la defensa.

Probablemente sea esta una poderosa razón para que las policías y fiscales hayan tendido a utilizar mayoritariamente la llamada “prueba directa” en las investigaciones, pues parece ciertamente más sencillo superar el umbral de flagrancia con un solo antecedente en apariencia más contundente (un video, un testigo), que un ejercicio de razonamiento sobre varios de ellos (manchas de sangre, rasguños y testimonios indirectos).

En este escenario inicial, cada uno de estos elementos capaz de contener una información relativa al hecho investigado, es sometido a un análisis exhaustivo para verificar no solo su legalidad, sino que también su capacidad probatoria. Este análisis constituye la esencia de la litigación inicial.

En el actual sistema procesal penal este análisis queda finalmente en manos del juez, conforme a parámetros generales esbozados en normas como los artículos 85, 130 y 140, en la etapa investigativa, y 297, 340, y 342 en la etapa de juicio oral, entre otros, todos del Código Procesal Penal, que mediante referencias a “indicios”, “antecedentes fundados” e incluso presunciones, dejan al juez la facultad de ponderar la eficiencia de los medios invocados. En este amplio contexto, se ha instalado con firmeza la preeminencia de las pruebas directas.

En Chile, en el antiguo Código de Procedimiento Penal, se expresaba con claridad la regulación de las presunciones. El artículo 485 de dicho cuerpo legal, las definía como *“la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona”*.

Seguidamente el artículo 486 establecía que las presunciones eran de 2 tipos: las legales, establecidas por la ley a las cuales atribuía plena fuerza probatoria, y las judiciales, a las que llamaba además “indicios”.

Respecto de estas últimas, el artículo 488 establecía los requisitos para que pudieran tener pleno valor probatorio:

“1° Que se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales;

2° Que sean múltiples y graves;

3° Que sean precisas, de tal manera que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas;

4° Que sean directas, de modo que conduzcan lógica y naturalmente al hecho que de ellas se deduzca; y

5° Que las unas concuerden con las otras, de manera que los hechos guarden conexión entre sí, e induzcan todas, sin contraposición alguna, a la misma conclusión de haber existido el de que se trata”.

Algunas legislaciones procesales extranjeras que han adoptado igualmente el modelo adversarial, abordan clara y directamente a la prueba indiciaria. Así, el Código de Proceso Penal de la República Oriental del Uruguay³, incluye expresamente los indicios como medio de prueba legal, en el artículo 182, y aprovecha de definirlos y regularlos:

3 Desde el año 2017, la Academia del Ministerio Público de Chile colabora con la Fiscalía General de la Nación de Uruguay, a través de Cursos de Formación en Litigación Oral, realizados por fiscales chilenos para los fiscales uruguayos.

“Artículo 182: (Concepto de indicio)

182.1 Indicios son las cosas, estados o hechos personales o materiales, ocurridos o en curso, aptos para convencer en alguna medida, acerca de la verdad de las afirmaciones o de la existencia de un hecho que es objeto del proceso, toda vez que no constituyan un medio de prueba específicamente previsto.

182.2 Para que los indicios puedan servir de base a una resolución judicial, deberán estar plenamente probados, ser inequívocos y ligar lógica e ininterrumpidamente el punto de partida y la conclusión probatoria”.

En España, el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴, aplicable a la jurisdicción penal con carácter supletorio dice:

“A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el hecho admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción”.

Hoy el Código Procesal Penal de Chile no contiene regulación expresa de las presunciones o indicios, y posiblemente sea esta una causa más por la que este tipo de prueba ha ido perdiendo presencia, prestigio y efectividad en juicio y en las investigaciones penales.

III. DESARROLLO

El ejercicio de la jurisdicción en la etapa probatoria, pasa precisamente por la selección y valoración de medios de prueba relativos a afirmaciones de los intervinientes sobre hechos constitutivos de propuestas fácticas que a su vez constituyen una teoría del caso. Estimo que los hechos como tales no se prueban, porque como acaecimientos históricos su reconstrucción fidedigna resulta sino imposible, al menos, muy difícil. Lo que se prueba son afirmaciones (o negaciones) que los intervinientes hacen sobre los hechos⁵.

Sin embargo, en la práctica investigativa se observa un ejercicio probatorio algo distinto. Es posible afirmar que la investigación penal actual se centra en la obtención de la prueba más directa posible, entendiendo esta como un medio de reproducción histórica del hecho tan exacto como sea posible, de modo que defensa y juez no tengan más alternativa que tener por establecido el hecho dada la calidad de directa de la prueba.

⁴ Esta estructura de prueba indiciaria tuvo especial consagración jurisprudencial a propósito del fallo que resuelve el atentado de la Estación de Atocha, en Madrid.

⁵ “En el proceso solo están presentes descripciones de hechos acaecidos fuera de él, no los hechos mismos”. CERDA SAN MARTIN, Rodrigo. *Valoración de la prueba. Sana crítica*. Santiago, Editorial Librotecnia, 2013, página 12.

Esto trae como consecuencia inesperada en la práctica, un aumento del estándar en este sentido, pues la investigación y litigación de flagrancia inevitablemente recurre a los medios de prueba que están inmediatamente disponibles con la detención, como los registros de video, testigos presenciales y otras que aparecen en el mismo momento de la detención, pues su objetivo parece haber devenido en la reproducción exacta del hecho antes que en el establecimiento de la verdad procesal, esto es, el asentamiento de hechos que sirvan de base a un pronunciamiento judicial, todo ello en desmedro de antecedentes o elementos cuyo contenido implica mayor elaboración, análisis o desarrollo.

También resulta evidente que fuera de estos casos flagrantes se despliega escasa actividad probatoria, la mayor parte de ella dirigida a “reconstruir la flagrancia”, esto es, a buscar medios de prueba que debieron haber estado presentes en la flagrancia, es decir, cuya relación con el hecho a probar sea directa e inmediata, y poco en realidad se hace para elaborar una composición probatoria a través de medios menos directos o que requieran un análisis más complejo para su invocación en juicio oral.

Así, tras la judicialización de la flagrancia, lo que regularmente se observa es la emisión de una orden de investigar dirigida a la policía en términos formularios, con el objetivo de que esta repase los hechos y con algo de fortuna encuentre un video donde el hecho se aprecie en su totalidad, un testigo presencial o algún documento revelador. A esto le llamamos “reconstruir la flagrancia”.

Es necesario decir que en el escenario actual es infrecuente ver investigaciones y juicios sustentados en prueba indiciaria. Ello puede tener múltiples causas:

- a. Por una parte, como hemos señalado, la contradictoriedad en breve plazo de la flagrancia (24 horas) impulsa a la recopilación de pruebas más “simples” desincentivando la posibilidad de armar proposiciones más complejas, que podrían requerir más tiempo.
- b. Por otro lado, luego del control de legalidad de la flagrancia, la investigación busca equívocamente recuperar medios de prueba del mismo tenor de los de flagrancia, sin instruir ni dirigir su búsqueda a pruebas indiciarias
- c. Adicionalmente las alegaciones de las defensas respecto de la calidad y validez de la prueba indiciaria ha tenido aceptación en los jueces, y poca o nula respuesta eficiente en el debate por parte de los fiscales.
- d. A esto se puede agregar que la prueba indiciaria suele aparecer vinculada a casos más complejos, de pronóstico relativamente incierto, lo que puede desincentivar su uso, asomando el descarte del caso como una posibilidad más conveniente que una absolución en casos complejos.

- e. Finalmente, el desconocimiento de la naturaleza y alcances de la prueba indiciaria, por parte de los diversos intervinientes, impide su utilización más frecuente y eficiente.

Aun cuando es necesario reconocer que el surgimiento de las Unidades de Análisis Criminal (SACFI) ha significado un importante avance en este sentido, dando lugar a interesantes y complejas investigaciones con prueba indiciaria, lo cierto es que su valioso aporte aún no logra contaminar a los jueces, investigadores locales y principalmente a las policías, de modo tal que se genere el cambio de paradigma. Así, lo usual es que la investigación de casos no flagrantes no prospere en su gran mayoría, ya sea porque no son judicializados o porque en los pocos casos que lo son, no reciben sentencia condenatoria por carecer de prueba suficiente o de prueba directa, u otros enunciados con los que la prueba indiciaria suele ser desechada en estrados, afectando negativamente no solo la estadística sino que además, injustamente la visión que los destinatarios del servicio tienen respecto de la calidad del mismo.

IV. PROBLEMAS DE LA PRUEBA DIRECTA

En el escenario actual de predominancia de la prueba directa, las principales pruebas requeridas son el registro de video y la testimonial. Todas ellas parecen reunir la característica de “directas” que el sentenciador busca para llegar a la convicción del acaecimiento del hecho según lo planteado por la fiscalía.

En cuanto a los testigos y registros de video, cuanto más completo y claro sea el hecho declarado o registrado en imágenes, más probabilidades de sentencia condenatoria hay. Aunque puede haber matices en esto, dado por ejemplo, por la calidad de la imagen, la nitidez del rostro y hasta la altura de los individuos y su forma de andar, parece ser claro que cuando el hecho está registrado en video y es posible observar en él al imputado, o hay un testigo presencial del hecho completo, no suele presentarse mayor discusión. La prueba es directa.

Lamentablemente esta práctica se ha asentado de tal manera, que fiscales y jueces desechan casos por el hecho de no contar con estos testimonios o con registros de video que avalen los hechos, y no pocos defensores enfrentan estos y otros casos aún mayores, esgrimiendo como principal alegación que no hay un testigo o registro de video que acrediten el hecho y/o la participación⁶.

Cabe señalar al respecto que un registro audiovisual de un hecho, enfrenta al juez a la utilización de sus sentidos (visión y audición) antes que a un proceso de razonamiento del

⁶ La sentencia absolutoria en el primer juicio del caso “Luchsinger Mackay” (Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Temuco, 14 de noviembre de 2017, RUC 1300014341-8), reprochaba a los acusadores entre otras cosas, no contar con cámaras que hubieran registrado el hecho, ocurrido en un sector rural.

mismo. El ejercicio de la jurisdicción es eminentemente racional, más que por definición, por garantía. Esto significa que el Estado debe garantizar al imputado que en caso de recibir sentencia, podrá encontrar en ella un desarrollo comprensible de la cadena de razonamiento por la que las pruebas esgrimidas en su contra, son aceptadas.

Respecto de la prueba testimonial, la exigencia se ha elevado a la recreación detallada de personas y circunstancias, muchas veces sin considerar las circunstancias especiales en que los testigos se transforman precisamente en tales⁷. En esto también los jueces intentan conducir la recreación a la percepción antes que al razonamiento, valorando testimonios desde lo que oyen decir o ven que el testigo realiza cuando se expone. Ello resulta particularmente difícil y oneroso en casos en que los testigos son por ejemplo víctimas de hechos graves como homicidios y delitos sexuales, en donde las exigencias pueden llevar el testimonio a extremos dolorosos. Así, por ejemplo, en fallo del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Temuco⁸, se desecha el testimonio de la víctima de 7 años de edad, en un delito de abuso sexual, en el considerando DÉCIMO SEPTIMO, por estimar que *“si bien la menor señaló que el imputado le había tocado los pechos, dicha manifestación no fue acompañada de ninguna otra demostración corporal o ideofectiva acorde con lo que expresó, que no haya sido el mero señalamiento del tórax”*. A continuación afirma que *“si bien no le pide que rompa en llanto, sí es esperable que ello ocurra como lo hacen otros niños”*.

La imposición de recreación histórica excede con mucho lo requerido para una prueba testimonial, en términos de entregar al tribunal una versión razonablemente posible sobre los hechos. De modo que, también con la testimonial, la exigencia de prueba directa, nuevamente empuja el ejercicio valorativo más cerca de la percepción que de la ponderación racional de medios de prueba.

Retomando lo ya señalado, nos enfrentamos al dilema de qué hacer cuando definitivamente no hay registro de video ni testigo presencial. Pensemos en situaciones en que la naturaleza del hecho o del lugar en que ocurre el delito hace imposible un registro directo del mismo. Pensemos, por ejemplo, en los abusos sexuales, delitos tributarios, el lavado de activos, un delito cometido en un contexto rural, o en la intimidad del hogar, donde muy probablemente no habrá un registro directo, y solo concurrirán pruebas “de menor entidad”, tales como testigos, documentos u otros medios de prueba de hechos relativos al principal. Tal como se-

7 “Los factores relevantes para determinar la confiabilidad incluyen la oportunidad del testigo para ver el criminal en el momento del delito, el grado de atención del testigo, la exactitud de la descripción previa del criminal por el testigo, el nivel de certeza demostrado por el testigo en la confrontación, y el tiempo transcurrido entre el delito y la confrontación, todo lo cual, aplicado a las circunstancias del caso de marras que dio por ciertas la sentencia, refuerza la conclusión ya alcanzada de que los supuestos errores del procedimiento de identificación de la víctima respecto del acusado no tuvieron el efecto de volver inútil o ilegítima, por su falta de fiabilidad, esa diligencia”. Tercer Tribunal Oral en Lo Penal de Santiago, 05 de julio de 2019, RUC 1810021625-2.

8 Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Temuco, 03 de mayo de 2011, Causa RUC N° 1000168102-3.

ñala la sentencia del Tribunal Supremo Español en el caso del atentado a la Estación Atocha de Madrid: *“Más como la delincuencia suele actuar a espaldas de cualquier testigo y no gusta de cometer sus acciones punibles con publicidad, tratando de esquivar así su responsabilidad son también pruebas válidas las indiciarias”*⁹. ¿Debe el fiscal desechar el caso por falta de prueba directa? En caso de que se atreva y enarbole una acusación. ¿Debe el tribunal absolver por falta de prueba directa?

Surge una pregunta interesante. ¿Verdaderamente existe la prueba directa? Creemos que en virtud del principio de inmediación que rige el escenario en donde se efectúa la rendición de la prueba, como es el juicio oral, prueba directa será aquella que conecte al juez con el hecho a probar, de modo que su efecto probatorio sea unívoco e inmediato. Entonces, ¿cuándo hay prueba directa? En mi opinión, nunca. No hay forma racional ni legal de que el juez aprecie el hecho de tal manera que el efecto sea inmediato. Toda la prueba es más o menos indirecta según su relación con el hecho que pretende probar. La única posibilidad de que la prueba sea directa es que el juez presencie el hecho por sí mismo, en cuyo caso será testigo, no juez.

Todo lo que llega al juicio es un intento de reconstrucción histórica de un hecho ya acaecido y no hay forma posible de traerlo ante el juez sin equívoco u olvido. Se podría contra argumentar entonces que si existe un registro de video, por ejemplo, de un homicidio, entonces habrá prueba directa. Cabe aquí hacer un alcance. La evolución de la tecnología ha traído a nuestras manos la posibilidad de registrar prácticamente todo lo que ocurre a nuestro alrededor. De tal modo, podríamos señalar que la magistratura actual es en cierta medida afortunada ya que puede “presenciar” los hechos delictivos. Pero, podrá ocurrir que un determinado juez vea en el registro de video una acción concreta, y otros, una distinta. Y esto porque, al igual que en un grupo de testigos que presencian un mismo hecho abundan diversas versiones, atendida la visión propia de cada ser humano por su perspectiva, posición, capacidades de percepción, o su situación coyuntural, ante un video los jueces podrán observar en un mismo registro cosas distintas.

Transformados en testigos del hecho apreciado, surgirán diferencias entre sus versiones que hacen de la pretendida calidad de directo de este medio un campo no tan llano de eficacia probatoria. Las naturales diferencias de percepción entre las personas, evidencian que en realidad el rol del juez no es “presenciar” los hechos, sino construir una versión de los hechos a través del ejercicio probatorio de las partes. Más aún, si consideramos que la tecnología avanza, hoy un video, una publicación de Facebook, Instagram o una fotografía, no necesariamente es una representación fiel o auténtica. Hoy existe tecnología que permite generar registros de video donde personas aparecen haciendo o diciendo cosas creadas por el editor

⁹ Sentencia Sala Penal del Tribunal Supremo Español 65-2007.

o programador. Entonces, ¿habremos de confiar ciegamente en los videos? O mejor dicho, ¿debemos asilarnos en su presencia o ausencia para definir nuestras estrategias investigativas o de litigación, o para fundar nuestros fallos?

V. LA PRUEBA INDICIARIA

En materia penal suele afirmarse que existen dos tipos de pruebas, la prueba directa, y la indirecta o “indiciaria”, e incluso algunos sostienen que la única prueba indirecta son los indicios¹⁰.

La llamada prueba directa puede entenderse como aquella que es capaz por sí misma de producir la convicción del juzgador sobre un hecho concreto. Así, tendrían cabida en esta categoría pruebas como las ya nombradas, esto es, los testigos presenciales y los registros de video, que tendrían la capacidad de establecer un hecho de manera directa ante el juez.

La prueba indiciaria por su parte, es una especie de prueba capaz de producir convicción respecto de una afirmación sobre un hecho, a través de un ejercicio lógico deductivo complejo, en términos de que el efecto probatorio o conclusión probatoria final proviene del enlazamiento de varias proposiciones, antecedentes o elementos de prueba.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, un indicio es un fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido.

Para Joaquín Giménez, Magistrado del Tribunal Supremo Español, “*el indicio es un hecho conocido, acreditado por prueba directa, del que se puede inducir otro desconocido mediante una operación lógica basada en la experiencia o los principios científicos o las reglas de la lógica. Se trata de un juicio inductivo en que la razonabilidad de la inferencia obtenida abona la bondad de la solución alcanzada*”¹¹.

En términos probatorios podemos decir que un indicio es una cosa material, una señal o circunstancia que permite deducir la existencia de algo o la realización de una acción de la que no se tiene conocimiento directo en el proceso. Por ejemplo, la existencia de sangre en las ropas del imputado, su cercanía con el lugar donde fue hallado el cadáver, el hallazgo del arma ensangrentada en su bolsillo, pueden ser indicios de su participación, que no ha sido vista por nadie ni registrada en cámara alguna, pero que podría llegar a probarse si entre estos indicios media un correcto ejercicio lógico.

¹⁰ “Los indicios son pues, la única prueba indirecta, a tal punto que quienes no los consideran como medio de prueba hablan de “prueba e indicios” o bien de medios de prueba e indicios”. Así a la distinción teórica entre prueba directa y prueba indirecta, corresponde la diferencia entre prueba e indicios”. ROCHA DEGREEF, Hugo. *Presunciones e indicios en juicio penal*. Buenos Aires, Ediar, 1997.

¹¹ “La Prueba indiciaria”, conferencia presentada por el Magistrado Joaquín Giménez en Caracas, Venezuela, el 24 de enero de 2005.

La prueba indiciaria es en la práctica un ejercicio de valoración de elementos probatorios que individualmente no prueban el hecho directamente, pero sí son capaces, cumpliendo determinados requisitos, de contribuir a probarlo. Por eso hablamos de un ejercicio de razonamiento deductivo complejo, ya que no es el análisis individual del medio de prueba sino el análisis de diversos medios.

Visto de esta forma, tanto la prueba directa como la indiciaria son capaces de producir convicción. Sin embargo, su mecánica de producción y rendición, y por ende de valoración, son necesariamente distintas aunque respondan a un mismo marco valorativo: el de la sana crítica. La experiencia recogida en numerosas investigaciones y juicios de distinta complejidad, evidencia en sus buenos resultados que los jueces agradecen un ejercicio más elaborado de la actividad probatoria¹².

VI. REQUISITOS DE LA PRUEBA INDICIARIA

Para que la prueba indiciaria tenga valor a efectos de producir el efecto probatorio deseado, es indispensable que cumpla con ciertos requisitos:

- a. Los indicios deben ser múltiples. Dado que deberá establecerse una relación entre ellos para concretar un resultado, es necesario que sean más de uno.
- b. Precisos. Debe tratarse de núcleos delimitados de información concreta. Por ejemplo, en un homicidio, la existencia de una amenaza previa, delimitada en cuanto a su ocurrencia, en día, hora, hechos específicos que constituyan la oferta de mal ilegítimo.
- c. Concordantes entre sí y con el hecho a probar. El ejercicio probatorio requiere que entre todos ellos exista un enlace lógico, evidente y necesario, que conduzca con claridad al resultado desconocido.
- d. Debe exponerse la relación entre ellos. Para que se produzca el efecto de probar es necesario que se exponga no solo el indicio es cuestión, sino también el enlace o la forma en que se relaciona con los otros indicios. No es posible esperar que el tribunal por sí solo haga el ejercicio lógico de relacionar los indicios¹³.
- e. Deben estar probados. Respecto de cada indicio es menester que exista prueba directa. No es posible probar indicios con indicios, pues el enlace inferencial se debilita.

12 Para citar algunos casos en que se ha utilizado con resultado favorable la prueba indiciaria: RUC 1810021625-2 del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago; RUC 1601108858-2, RIT 292-2018, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción; RUC 1800285353-8, RIT 492-2019 del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago; RUC 2000750989-9, RIT 86-2021 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó.

13 Indica Joaquín Giménez en su conferencia de Caracas respecto de este requisito: *“La expresión del juicio de inferencia efectuado de una manera descriptiva para que se conozca el proceso intelectual del Tribunal que desde el hecho base le permite llegar al hecho consecuencia que se quiere acreditar”*.

VII. CRÍTICAS A LA PRUEBA INDICIARIA

Se ha instalado en estrados la idea de que solo con prueba directa se puede pronunciar una condena, y de ello se ha concluido erróneamente, que la prueba indiciaria no es prueba, por no gozar de esta característica, recibiendo una serie de críticas y cuestionamientos no solo a su naturaleza sino también a su validez.

Las principales críticas a la prueba indiciaria son las siguientes:

- a. Es una prueba que vulnera el debido proceso: Se ha planteado que la prueba indiciaria no es apta en el marco del debido proceso, porque no tiene la entidad suficiente para enervar la presunción de inocencia, al tratarse de “ejercicios especulativos” o “conjeturas”. Aquello también resulta ser un eslogan desprovisto de fundamento.

En mi opinión, la prueba indiciaria resulta ser aún más garantista que la prueba directa, ya que aun con mayor fuerza que en el caso de la prueba directa, el juez está obligado a exhibir y fundamentar el detalle de su razonamiento, en particular, el enlace lógico que hay entre cada uno de los hechos que constituyen indicios, y la relación probatoria que hay con el hecho que se pretende establecer. En la prueba directa, la apreciación de un hecho contenido en un video puede variar tanto como varía la apreciación personal de un testigo ante un hecho que ocurre ante sus sentidos.

En la prueba indiciaria el razonamiento debe estar a la vista y debe ser así apreciado y entendido por los destinatarios de la sentencia, lo que incluye a los intervinientes y el respectivo control jurisdiccional.

- b. Es una prueba subsidiaria: es perfectamente posible la coexistencia de prueba directa y prueba indiciaria. En efecto, los propios indicios deben probarse por prueba directa. Adicionalmente, es posible que respecto de un hecho puntual, concurra más de una prueba, algunas de ellas directas y otras indiciarias, que pueden complementarse entre sí. No son en absoluto alternativas o excluyentes.
- c. Es una prueba de menor calidad: considerando lo ya dicho en cuanto a la fiabilidad de la percepción que sostiene pruebas directas como la testimonial, un proceso de razonamiento ajustado a las reglas de la lógica, que a partir de un hecho conocido probado, es capaz de hilvanar una conclusión correcta resulta ser mucho más fiable, por ende prueba de mejor calidad que la prueba de percepción. Un testigo afirma que pese a la oscuridad y a que el sujeto usaba pasamontañas logra reconocerlo en el set fotográfico por sus ojos, no puede ser mas fiable que la relación que de la vestimenta, forma de hablar, calzado, arma utilizada, forma de operar y otros elementos desarrolle el juez en su sentencia a instancia de quien la propone. Este último

proceso puede ser revisado por el destinatario de la norma y entendido, y en caso de que no sea aceptado es posible llevar este razonamiento a la instancia de revisión para que se verifique que se ajusta a las pruebas rendidas, a la lógica y a las normas de valoración.

VIII. JURISPRUDENCIA

Diversas sentencias han reconocido el valor y utilidad de la prueba indiciaria. En España, la sentencia n° 65 del año 2007, de la Sala Penal de la Audiencia Nacional Española, falla el caso del atentado a la Estación de Atocha, en Madrid, hecho ocurrido el 11 de marzo de 2004. Aun cuando hay un abundante desarrollo doctrinario y también numerosa jurisprudencia sobre esta materia, hemos elegido en primer lugar esta sentencia porque contiene un desarrollo específico y muy didáctico de los requisitos de la prueba indiciaria.

Lo primero que resulta interesante es que despeja desde el inicio que en el proceso penal se puede probar tanto con prueba directa como con prueba indiciaria. Justifica esta consideración en que normalmente quien delinque no lo hace a vista de todo el mundo sino que prefiere la clandestinidad.

Asimismo, la define como *“aquella prueba en que partiendo del hecho antecedente se obtienen otros llamados consecuentes, siendo indispensable que entre los hechos probados y los que se trata de acreditar haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, esto es, y parafraseando lo preceptuado en el antiguo art. 1253 del C.C., que el lazo de unión entre antecedente y consecuente no sea tenue y filiforme, sino que la inferencia o deducción obtenida sea racional y responda a los dictados de la lógica, de la ciencia y la experiencia”*.

Luego de hacer referencia a la consagración normativa de esta forma de prueba, por vía de supletoriedad, ya que está en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, agrega una frase final que consagra lo que creemos que es la principal fortaleza de este tipo de prueba: *“La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción”*.

Seguidamente realiza a modo ilustrativo un detalle de los requisitos que esta debe ostentar para producir efectos probatorios:

- Que los hechos base o indicios estén plenamente acreditados, no pudiendo tratarse de meras sospechas;
- Que sean plurales, o excepcionalmente único pero de singular importancia;
- Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar;

- Que no se excluyan unos a otros sino que se apoyen reforzándose mutuamente;
- Que en la sentencia se explicita el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se llega a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la autoría o participación en el mismo de los acusados, razonamiento que debe responder a las reglas de la lógica y del criterio humano (inducción o inferencia).

En el mismo sentido la sentencia 33/2005, del 19 de enero de 2005, de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, que de alguna manera consolida lo que decimos con contundencia:

“Es preciso reiterar, una vez más, que la prueba indiciaria es prueba apta para integrar la prueba de cargo, suficiente y capaz de provocar el derecho a la presunción de inocencia y de justificar el dictado de una sentencia condenatoria”.

Por su parte, la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya desde la sentencia de 18 de enero de 1978 --Irlanda vs. Gran Bretaña-- declaró que “... a la hora de valorar la prueba, este Tribunal ha aplicado el criterio de la prueba más allá de la duda razonable. Sin embargo, tal tipo de prueba se puede obtener de la coexistencia de inferencias suficientemente consistentes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas...”, doctrina que se ha reiterado en otras resoluciones, entre las que se pueden citar las SSTEDH de 27 de junio de 2000 --Salman vs. Turquía--; 10 de abril de 2001 --Tamli vs. Turquía--; y 8 de abril de 2004 --Tahsin vs. Turquía--.

En Chile, una interesante sentencia proviene del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Concepción, en caso de homicidio calificado, dictada con fecha 02 de octubre de 2018 en la causa RUC 1601108858-2. Aquí vale la pena mencionar que la sentencia recoge efectivamente el alegato de apertura del fiscal Hugo Cuevas que anuncia que rendirá prueba indiciaria: *“No se trata de un caso en que se presentará un testigo directo pues las únicas personas que estaban allí eran los acusados y personas vinculadas a ellos. Solo se cuenta con la declaración de la testigo A.P. quien proporciona los antecedentes que le había dado G. Si bien es una prueba indiciaria no es de menor valor pues si bien es de oídas, entrega datos específicos y fidedignos que fueron comprobados por la policía. Solicita que se haga el esfuerzo de valorar adecuadamente esta prueba indirecta e indiciaria y no dejar sin sanción un crimen tan deleznable como éste”.*

Luego, el tribunal toma este aviso: *“Que nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que las pruebas indirectas, indicios o presunciones revisten sin duda aptitud probatoria y su utilización en el proceso será siempre necesaria. Es la combinación armónica de los indicios la que conduce a la certidumbre, el concurso unánime de los indicios lo que autoriza el convencimiento del tribunal. Se establece la autoría con el mérito de indicios que se fundan en hechos reales y probados, son múltiples, tiene carácter grave, son precisos, directos y concuerdan los*

*unos con los otros, de manera que su combinación armónica lleva al convencimiento que se exige para una sentencia condenatoria*¹⁴.

Finalmente concluye que *“En el caso de autos esta prueba ha permitido finalmente tener por acreditado el hecho típico, prueba que está compuesta por una serie de indicios a que se ha hecho referencia latamente en este fallo, los que se han dado por establecidos mediante de diversos medios de pruebas como la declaración de testigos, presenciales o de oídas, información aportada por peritos, prueba gráfica y documental, que están directamente relacionados con el homicidio de Juan Carlos Ramírez Henríquez y concatenados entre sí, como se analizara previamente en este fallo. Todos estos indicios han sido relacionados mediante un razonamiento lógico de este tribunal, apegado a la sana crítica, debidamente consignado en cada uno de los considerandos de este fallo, permitiendo derribar la presunción de inocencia que ampara a los sentenciados formando convicción, más allá de toda duda razonable acerca de su culpabilidad en estos hechos”*.

Por último, la sentencia de 17 de agosto de 2021, del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Copiapó, en causa ROL 86-2021, recoge el planteamiento del fiscal Sebastián Coya, señalando: *“La doctrina y la jurisprudencia, han considerado la prueba indiciaria en el proceso penal, siempre y cuando se cumplan los requisitos de que exista una pluralidad de indicios; que estén plenamente acreditados; que exista un enlace entre indicios y hechos de carácter directo, coherente, lógico y racional; y que en la sentencia se explicite el razonamiento a partir de los indicios probados que permite llegar a la conclusión de considerar acreditada la culpabilidad del acusado y destruida la presunción de inocencia, cuestiones todas que concurren en la especie, constituidos respecto de Saavedra por la incriminación que realiza en su contra R.B., la utilización de una camioneta roja “Nissan Terrano” para el traslado de los partícipes -según lo observan los testigos G. y G.-; el hallazgo de huellas pertenecientes a Saavedra en aquella encontrada por la policía con la ayuda de B., posicionadas más factiblemente desde el interior, y la inculpación que realiza su pareja P.A., conocida a través del Cabo primero Araya Lazo, entre otras, lo que a todas luces excede una mera conjetura”*.

¹⁴ Sentencia de reemplazo de 1 de julio de 2008, dictada por la Excma. Corte Suprema en causa rol 6912-2007.

CONCLUSIÓN

La prueba indiciaria aparece con cada vez más frecuencia en la producción investigativa probatoria actual. La falta de regulación expresa, el desconocimiento de su naturaleza y efectos por parte de los intervinientes, incluidas las policías, sumado a la creciente utilización de videos y medios de pruebas que potencian la percepción sobre el razonamiento, parecen relegarla a un lugar secundario. No obstante existe suficiente respaldo doctrinario y jurisprudencial para acceder a esta herramienta investigativa y de litigación y atreverse a utilizarla no solo en casos simples sino que en los más complejos, en donde aparenta no haber prueba suficiente, de modo que bien valdría la pena que se dirigieran los esfuerzos de la fiscalía, a aplicar el esquema probatorio indiciario a sus investigaciones, proponerlo en sus juicios al tribunal, como también a los jueces, a recibirlo y consignarlo en sus fallos.