

ISSN Nº 2735-6094

# REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Nº 83

Diciembre 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**

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**

### **FALLO**

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO.  
ACTUACIONES POLICIALES AUTÓNOMAS.  
RASTREO MEDIANTE SEÑAL DE GPS, DE  
ESPECIE ROBADA

### **CORTE SUPREMA**

página nº7

## **UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN**

### **ARTÍCULO**

LA NECESARIA SANCIÓN EXPRESA DE LA  
SILENTE MODALIDAD DE CORRUPCIÓN  
DENOMINADA SEXTORSIÓN

### **YELICA LUSIC NADAL**

página nº15

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

### **FALLO**

CULTIVO ILEGAL DE ESPECIES VEGETALES  
COMETIDO EN EL CONTEXTO DE  
UN CLUB CANNÁBICO. DENUNCIA  
ANÓNIMA. INSTRUCCIONES GENERALES  
DEL FISCAL NACIONAL

### **CORTE SUPREMA**

página nº34

## **UNIDAD DE COOPERACION INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES**

### **ARTÍCULO**

EXTRADICIÓN ACTIVA: TRÁMITES  
ADMINISTRATIVOS - DIPLOMÁTICOS  
POSTERIORES A LA DECISIÓN DE LA  
CORTE DE APELACIONES Y LA SOLICITUD  
DE GARANTÍAS O SEGURIDADES  
DIPLOMÁTICAS POR EL ESTADO  
REQUERIDO

### **FRANCISCO ANDAUR SUÁREZ**

página nº48

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

### **ARTÍCULO**

EL NUEVO TIPO PENAL DE ABUSO SEXUAL POR SORPRESA Y EL ABUSO SEXUAL CON LA CIRCUNSTANCIA DE APROVECHAMIENTO DE LA INCAPACIDAD PARA Oponerse DE LA VÍCTIMA

**SEBASTIÁN AGUILERA VASCONCELLOS**

página nº75

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

### **ARTÍCULO**

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES RELEVANTES SOBRE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN CAUSAS DE HOMICIDIOS

**MAKARENA GONZÁLEZ ÁVILA**

página nº115

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

### **ARTÍCULO**

EL COMISO Y LA PRESCRIPCIÓN

**NATALY MUÑOZ ULLOA**

página nº96

# PRÓLOGO

En nuestro constante esfuerzo por continuar perfeccionando la debida protección de las víctimas, así como de reforzarla especialmente en aquellas situaciones que suelen afectar en mayor medida a minorías y géneros históricamente más expuestos a vulneraciones, en esta nueva edición de nuestra Revista Jurídica volvemos a ofrecer artículos que profundizan en estas materias.

Así es como presentamos un artículo de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, que expone respecto del nuevo tipo penal de abuso sexual por sorpresa -así como eventuales concursos con la circunstancia del aprovechamiento de la incapacidad para oponerse-, reflejando la permanente preocupación social por ir salvando posibles lagunas de punibilidad en materia de la indemnidad y la libertad sexual.

Del mismo modo, y considerándolo también desde el punto de vista de la probidad, la Unidad Especializada Anticorrupción ofrece un estudio respecto de situaciones en que se exigen prestaciones sexuales a cambio de otorgar ayudas o protecciones debidas, acciones que no solo atentan en contra de la libertad sexual, sino que también significan formas de corrupción, y reflejan la necesidad de sancionarlo expresa y debidamente.

Por su parte, y referido a la eximente del artículo 10 N° 4 del Código Penal, la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos publica un artículo que analiza los requisitos de la legítima defensa a la luz de lo señalado por doctrina y jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia.

Y desde la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, presentamos un artículo que profundiza en la figura del comiso, actualmente considerada una herramienta de relevancia en el combate al crimen organizado, en relación a las reglas de prescripción de la pena.

Por último, nuestra Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones publica un artículo que presenta un análisis de las garantías o seguridades diplomáticas en el proceso de extradición activa, en su carácter administrativo-diplomático.

Para finalizar, también ofrecemos una sentencia de la Corte Suprema, que rechazando un recurso de nulidad interpuesto por la defensa, analiza las actuaciones policiales autónomas, específicamente en cuanto al rastreo de la ubicación de una especie robada, aprovechando los mecanismos satelitales de posicionamiento y otra sentencia que se refiere al cultivo de cannabis sativa en el contexto de un Club “canábico”.

**JORGE ABBOTT CHARME**

Fiscal Nacional

**MATERIAS DE INTERÉS  
GENERAL**

# RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. ACTUACIONES POLICIALES AUTÓNOMAS. RASTREO MEDIANTE SEÑAL DE GPS, DE ESPECIE ROBADA

Tribunal: Corte Suprema

## RESUMEN

*La Corte Suprema valida las actuaciones de funcionarios de Carabineros que inmediatamente luego de recibir la denuncia del robo de un teléfono móvil con sistema de geolocalización activado, rastrean su ubicación hasta dar con su paradero en poder del que lo sustrajo.*

*La defensa cuestionó lo obrado, por considerar que se trató de actuaciones autónomas ilegales, sin autorización de un fiscal del Ministerio Público.*

*En el considerando 6° la Corte Suprema señala que las actuaciones desplegadas por la policía autónomamente, se enmarcaron en las facultades que expresamente la ley le confiere, por lo que no es posible formular reproche a las diligencias de rastreo y localización de especies hasta dar con el paradero de los imputados, más si tal como asentó el fallo, tales gestiones no se extendieron por más de dos horas.*

*Se agrega que fue consecuencia de la condición de flagrancia, así como de la denuncia y petición de auxilio de la víctima, lo que permitió realizar el seguimiento de los datos del GPS por Carabineros hasta dar con la ubicación de la especie.*

**Texto Completo:**

Santiago, veinte de septiembre de dos mil veintiuno.

**VISTOS:**

El Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en causa R.U.C. 1900954081-7 y R.I.T. 43-2021, por sentencia de veintisiete de abril de dos mil veintiuno, condenó a Juan Enrique Verdugo Corvalán, como autor de un delito de robo con intimidación, descrito y sancionado en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, en grado de consumado, cometido en la persona de A.M.P., el día 3 de septiembre de 2019, en la comuna de Quinta Normal, a la pena de doce años de presidio mayor en su grado medio. Además, se le impuso las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el treinta y uno de agosto pasado, según da cuenta el acta de la audiencia de impugnación.

Considerando:

**Primero:** Que, el recurso deducido esgrime como causal principal la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, por la que reclama la contravención a las garantías constitucionales contenidas en el artículo 19 N° 3 inciso sexto y N° 7 letra b) de la Constitución Política de la República, al haber vulnerado lo prescrito en el artículo 83 y siguientes del Código Procesal Penal, en lo que dice relación a la realización de diligencias autónomas por parte de funcionarios de Carabineros.

Explica el recurrente que el actuar de Carabineros fue ilegal, por cuanto realizaron diligencias que el fiscal del Ministerio Público no instruyó y que no se comprenden dentro de aquellas autorizadas por el artículo 83 del Código Procesal Penal. Ello, por cuanto al recepcionar la denuncia por parte de la víctima, quien señaló haber sido recientemente abordada por dos sujetos, quienes la habrían intimidado y sustraído diversas especies, entre ellas su teléfono celular que tiene marcador de GPS, los funcionarios policiales concurrieron al domicilio que señalaba la señal de ese GPS, entrevistaron al sujeto que encontraron en el lugar, Y.A.S., a quien luego detuvieron por el delito de receptación de esa especie y sin previa lectura detallada de sus derechos, lo interrogan, dando éste el paradero de donde pensaba se podía encontrar al menos uno de los sujetos que le habían vendido recientemente el teléfono de la víctima. Con esa información, los funcionarios concurrieron a este segundo lugar, lugar en el que dicen haber visualizado a un sujeto cuyas vestimentas coincidían con la descripción dada por la víctima, por lo que procedieron a realizar un control de identidad y posteriormente a detener a su representado, al haber encontrado la billetera del ofendido en su poder.

Concluye solicitando se anule el juicio oral y la sentencia, se señale el estado en que debe quedar el proceso, y se ordene la realización de un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado, excluyéndose toda la prueba contenida en el auto de apertura.



**Segundo:** Que, en subsidio de lo anterior, la defensa del acusado denuncia que la sentencia incurre en la causal de nulidad absoluta establecida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, pues el fallo, al valorar la prueba rendida, vulneró el principio de la lógica de la razón suficiente, en específico, en lo que dice relación con una fundamentación aparente.

Señala que en la especie, el tribunal infringe su obligación de fallar con la prueba rendida, y de justificar razonablemente las conclusiones a las que arribó, en primer término, al dar las razones por las cuales desestima la totalidad de la prueba de la defensa, y en segundo lugar, al dar por establecido que el arma blanca incautada al acusado habría sido aquella con la cual se habría intimidado a la víctima.

Por otro lado, la prueba de cargo tuvo contradicciones importantes, pero pese a ello el tribunal no le restó credibilidad a los relatos de los testigos que fueron presentados para sustentar la acusación.

Especifica que hay una errada apreciación de la prueba presentada por la defensa que justifica la presencia del imputado en el lugar donde fue detenido, ya que se descartó la versión de los testigos en tal sentido, en forma genérica y atendiendo a discordancias pequeñas que no son relevantes. Lo propio hace respecto al arma supuestamente utilizada por el imputado para intimidar a la víctima.

Concluye pidiendo se anule el juicio oral y la sentencia, señalándose el estado en que debe quedar el proceso, y ordené la realización de un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado.

**Tercero:** Que, para un mejor entendimiento de lo que debe resolverse es conveniente recordar los hechos que se han tenido por demostrados. Al efecto, el fundamento noveno del fallo impugnado consigna que: “El día 3 de Septiembre de 2019, aproximadamente a las 7:50 horas, en la ciclovía de Av. Costanera Sur a la altura de Leoncio Fernández, comuna de Quinta Normal, el acusado JUAN ENRIQUE VERDUGO CORVALAN y un segundo sujeto, previamente concertados, se aproximaron a don A.M.P., que transitaba por el lugar en su bicicleta Bianchi, interceptándolo, apuntándole el segundo sujeto con un objeto con apariencia de arma de fuego corta, exigiéndole que se detuviera o le dispararía, forzándolo a detenerse.

El acusado Verdugo Corvalán sujetó la bicicleta desde la rueda trasera impidiendo que la víctima pudiese reiniciar la marcha y huir del lugar, para luego amenazarlo también exhibiéndole un cuchillo y exigiéndole la entrega de sus pertenencias, obligándolo de esta forma ambos sujetos a descender y hacer entrega de la bicicleta, procediendo el acusado a registrar su vestimentas y sustraerle un teléfono Samsung S8 Plus y su billetera con documentación personal y tarjetas bancarias. Finalmente ambos sujetos montaron la bicicleta perteneciente a M.P. y se retiraron del lugar en ella con las especies sustraídas”.

**Cuarto:** Que, como ya ha sostenido esta Corte en diversos pronunciamientos –SCS Roles N° 11767-13, de 30 de diciembre de 2013; N° 29534-14, de 20 de enero de 2015; N° 5711-15 de

09 de junio de 2015; N° 22199-16, de 1 de junio de 2016; N° 5404-19, de 8 de abril de 2019; N° 9333-19 de 13 de mayo de 2019 y N° 9193-19 de 20 de mayo de 2019, entre otros–, si bien es efectivo que la Constitución Política de la República entrega al Ministerio Público la función de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, regla que repite su Ley Orgánica Constitucional y múltiples instrucciones de la autoridad superior de aquél, el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación, conciliando su eficacia con el respeto a los derechos de las personas, para cuyo efecto el artículo 83 del mismo cuerpo legal la compele a prestar auxilio a las víctimas y practicar la detención en casos de flagrancia.

**Quinto:** Que, a propósito de la situación planteada, el fallo en sus fundamentos octavo y noveno determinó que, cronológicamente este ilícito se cometió a las 07:50 horas aproximadamente, que el ofendido denunció ante la autoridad policial a las 09:00 horas, que se arribó al domicilio desde el cual emanaba la señal de GPS del celular y en donde se encontraba el teléfono que se sustrajo a la víctima alrededor de las 09:15 horas, lo que originó que el funcionario Mora Quijada se encontrara con Y.A.S., quien salía de ese inmueble y al ser interrogado, manifestó que momentos antes había comprado un teléfono a unas personas que conoce, para luego entregar la especie y señalar el lugar donde se encontraban esos individuos, dirigiéndose al sitio indicado, donde se encontraba un individuo delgado que tenía vestimentas similares a las descritas por la víctima, por lo que le efectuaron un control de identidad y al registrarlo hallaron en el bolsillo de su pantalón, la billetera del ofendido y el arma corto punzante utilizada en la comisión del delito, lo que provocó la detención del acusado.

En virtud de lo anterior se concluyó por los sentenciadores “que la detención del encartado se hizo con antecedentes más que fundados para que se llevara a cabo, ya que fue encontrado afuera de la casa sindicada por A., con el polerón gris referido por la víctima y del cual los aprehensores tenían noticia previa, conforme el comunicado radial recibido, y con la billetera y arma utilizada en su bolsillo”.

En cuanto al reclamo respecto de la ilegalidad del procedimiento que originó la detención de A.S. la sentencia concluye que no vislumbra infracción alguna de garantías fundamentales “por cuanto, i) el procedimiento se encontraba en una hipótesis de flagrancia en los términos del artículo 130 del Código Procesal Penal –cuestión que no fue discutida por la defensa– lo que permitió abordar a A. a la salida de su casa indicándole la presencia del teléfono en su hogar según lo expuesto por el GPS; y ii) por cuanto, y según lo dicho por el propio A. en su declaración, éste, luego de ser advertido de lo que ocurría, les contó a los policías voluntariamente que había comprado momentos antes el teléfono, señalándoles conocer a los sujetos que se lo habían vendido –según dijeron ambos funcionarios policiales– señalando además A. que por dicha razón les pasó el teléfono a los Carabineros, quienes lo tomaron detenido en calidad de autor del delito de receptación, siendo reconocido el teléfono por la víctima –a quien no vio– por lo que procedió a cooperar, y los llevó al lugar donde supuestamente iba a estar el Pancho, a una casa cercana a la suya. Así, los hechos narrados por el propio A., dan cuenta de que

éste reconoció tener en su poder el teléfono sustraído a la víctima, señalando que se lo habían vendido dos sujetos, quienes los policías Pereira y Mora dijeron a propósito de los que les expuso A., que conocía a ambos sujetos, entregó el teléfono, y luego de aquello fue detenido, siendo la develación del lugar en donde se encontrarían los hechos, posterior a la detención y a modo de cooperación según refrendó el teniente Mora”.

**Sexto:** Que, de lo dicho se colige que las actuaciones desplegadas por la policía autónomamente, se enmarcaron en las facultades que expresamente la ley le confiere, por lo que no es posible formular reproche a las diligencias de rastreo y localización de especies hasta dar con el paradero de los imputados, más si tal como asentó el fallo, tales gestiones no se extendieron por más de dos horas.

En efecto, fue consecuencia de la condición de flagrancia, así como de la denuncia y petición de auxilio de la víctima, lo que permitió realizar el seguimiento de los datos del GPS por Carabineros hasta dar con la ubicación de la especie.

Por otra parte, una vez constituido el personal en el domicilio que le indicaban las coordenadas del GPS, resulta evidente que se le debe explicar a la persona que ven salir del domicilio las razones por las cuales se encuentran en el lugar, la que, luego de escucharlas, ingresó al inmueble y entregó el teléfono celular de la víctima, explicando que se lo había comprado a unas personas que vivían a unas cuadras, por lo que los funcionarios se trasladaron al sitio indicado, encontrando a un sujeto que vestía de la forma descrita por el ofendido, procediendo los funcionarios a efectuarle un control de identidad y registrarlo, encontrando en su poder la billetera sustraída, constituyendo el hallazgo de la especie, una nueva situación de flagrancia, que facultó en aquel momento la detención del acusado Verdugo Corvalán.

**Séptimo:** Que, no existe discrepancia en cuanto a que el control de identidad del imputado se verificó por el señalamiento de A. que en ese inmueble se encontraban las personas que le habían vendido el teléfono y que el acusado ese día vestía de manera muy similar a la descrita por la víctima, encontrando al registrarlo la billetera del ofendido, por lo que carece de base la alegación del recurso sobre la supuesta infracción a las reglas del debido proceso en esa diligencia pues, como se dijo, el control de identidad se basó tanto de lo expresado por la persona que tenía el teléfono sustraído como en que las vestimentas del imputado concordaban con la descripción dada por la víctima.

**Octavo:** Que, sin perjuicio de lo antes concluido, no está demás aclarar que el recurso de nulidad, como todo medio de impugnación de resoluciones judiciales, exige la existencia de agravio, esto es, un perjuicio reparable en este caso sólo con la declaración de nulidad, pero tal gravamen necesariamente tiene que afectar de manera directa al recurrente, en la especie, vulnerando las garantías constitucionales a que alude. Dicho lo anterior, no es posible dar por afectadas las garantías del debido proceso del acusado por haber tomado declaración los policías a una persona sin haberle explicado que tenía la calidad de imputado y que tenía derecho a la presencia de un abogado defensor, cuando quien tiene la titularidad y sí podría alegar alguna perturbación en tal sentido es un tercero en esta causa, específicamente Y.A.S., que no ha denunciado la vulneración o afectación de alguno de sus derechos, ya sea en calidad de testigo o incluso de imputado (en el mismo

sentido, sobre la ausencia de legitimación activa de los acusados para alegar la infracción de garantías sufridos por terceros, v. SSCS Rol N° 37.020-15 de 29 de enero de 2016 y Rol N° 37024-15 de 10 de marzo de 2016).

**Noveno:** Que por las consideraciones anteriores se desprende que en el presente caso no se ha producido la vulneración de derechos garantizados por el estatuto constitucional, ni tampoco se han quebrantado las normas legales que se reclaman violadas en el recurso, por lo que solo cabe desestimar las impugnaciones de nulidad, por la causal principal.

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

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

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

**Duodécimo:** Que tal exigencia de fundamentación ha sido debidamente satisfecha por la sentencia que se revisa. En efecto, el fallo extrae conclusiones del análisis de la prueba, como resultado de un proceso valorativo de cada uno de los elementos de convicción rendidos, tanto respecto de los hechos objetivos integrantes del tipo penal atribuido como de la conducta desplegada por el acusado.

En las condiciones expresadas no puede catalogarse como carente de lógica y vulneradora del principio de la razón suficiente, el fallo impugnado, como demanda el artículo 342 del Código Procesal Penal, desde que la sentencia entrega los basamentos que conducen a la decisión alcanzada respecto del delito pesquisado y la participación del acusado, fundado en el análisis singular y conjunto de las probanzas producidas, lo cual surge

de la lectura de los considerandos del fallo. Tales consideraciones conducen a una conclusión unívoca, como expresa la sentencia, cuya inteligencia se justifica en virtud de los argumentos explicitados en ella y que no han sido desvirtuados por el recurso, por lo que sólo resta concluir que la impugnación formulada por la defensa da cuenta de una mera discrepancia con la conclusión referida a la forma de atribuir participación al acusado y a la falta de credibilidad asignada a la prueba rendida por su parte, juicio que el tribunal sustentó suficientemente como se advierte del motivo octavo de la sentencia, por lo que la imputación relativa a una presunta falencia en el razonamiento no será admitida.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 letra a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa de Juan Enrique Verdugo Corvalán, contra la sentencia de veintisiete de abril de dos mil veintiuno, dictada por el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago, como del juicio oral que le antecedió en la causa RUC N° 1900954081-7 y RIT N° 43-2021 los que, en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Abogada Integrante Sra. Tavorari. Rol N° 32.985-2021

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y las Abogadas Integrantes Sras. Maria Cristina Gajardo H., y Pía Tavorari G. No firman Ministros Sres. Dahm y Llanos, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y con permiso, respectivamente. LA INHABILITACIÓN DE LOS FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

**UNIDAD ESPECIALIZADA  
ANTICORRUPCIÓN**

# LA NECESARIA SANCIÓN EXPRESA DE LA SILENTE MODALIDAD DE CORRUPCIÓN DENOMINADA SEXTORSIÓN

Yelica Lusic Nadal<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

Desde hace mucho tiempo, en el ámbito del quehacer público, se tiene conocimiento de ciertas prácticas innominadas por parte de algunos agentes públicos que, en el ejercicio del cargo y a propósito, precisamente, de atender requerimientos de la sociedad civil, solicitan o bien exigen una prestación de orden sexual para dar respuesta a esas peticiones; en este sentido noticias que involucran a cascos azules en el Congo, quienes se aprovechaban de la desesperada situación de las mujeres y niñas congoleñas para practicar el sexo con ellas a cambio de comida o la entrega de pequeñas sumas de dinero<sup>2</sup>; así como de policías londinenses que incurrían en casos de abuso y acoso sexual al cumplir funciones de protección de mujeres y niños, algunos en situación de especial vulnerabilidad<sup>3</sup>, son algunos ejemplos de su ocurrencia.

Estas conductas o prácticas se presentan especialmente respecto de mujeres, población LGBTQI+ y también varones, que se encuentran en una situación desfavorecida y de acceso a servicios estatales básicos, quienes necesariamente deben interactuar con un o una funcionaria o funcionario público, que media en el acceso a estas prestaciones, funcionario/a que aprovecha la precaria situación del demandante de la ayuda para exigir una prestación sexual condicionando a su realización el otorgamiento del servicio.

---

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

<sup>2</sup> Reportaje: El lado oscuro de los 'cascos azules' [en línea]. Disponible en El País.com: [https://elpais.com/diario/2005/03/25/internacional/1111705208\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2005/03/25/internacional/1111705208_850215.html)

<sup>3</sup> Al efecto revisar Independent Police Complaints Commission [en línea]. 2012. Disponible en: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/246660/0351.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/246660/0351.pdf)

Su existencia permite además visibilizar el fenómeno complejo, multicausal y multidimensional que representa la corrupción, que junto con involucrar un abuso de poder no se agota en un simple intercambio de orden económico, sino que extiende sus efectos al ámbito social, al influir en materias de seguridad, de salud y medioambientales; al igual que incide en el ámbito estrictamente político al socavar la legitimidad política del Estado, junto con conducir a un debilitamiento del sistema democrático; planteándose últimamente que sus efectos también se aprecian a nivel del individuo, al ser considerada como un atentado en contra de los derechos humanos, por implicar una grave alteración de los procedimientos que garantizan el acceso a bienes sociales en condiciones de igualdad<sup>4</sup>. Atendida estas características se releva la definición de corrupción que propone Urs Kindäuser, que la plantea como una forma de agresión específica, que debe ser criminalizada cuando pueda afectar en forma grave intereses de especial relevancia<sup>5</sup>. Teniendo presente lo anterior, y relevando los aspectos de género y de vulneración del ejercicio y goce de derechos humanos que involucran estas prácticas, se plantea como urgente la incorporación a nuestro catálogo de delitos de corrupción de una norma que tipifique y sancione de forma expresa la *sextorsión*, cuyos fundamentos se desarrollarán a continuación.

## II. SEXTORSIÓN, PRÁCTICA DE LARGA DATA, SILENCIOSA E INNOMINADA

No obstante tratarse de una práctica antigua, que envuelve un problema ancestral, presente a nivel global, el fenómeno de la sextorsión no cuenta, entre nosotros, con una voz que lo identifique de forma individual; no obstante que, a partir del año 2008, la Asociación Internacional de Mujeres Juezas (IAWJ, por sus siglas en inglés) acuñó la expresión *sextorsión*, para identificarlo; término que resulta de una combinación entre los vocablos sexo y extorsión<sup>6</sup>.

En efecto, como explica la IAWJ, sin un nombre, las diversas circunstancias en las que se produce la *sextorsión* y las diferentes teorías legales bajo las que podría acusarse trabajan para oscurecer las similitudes entre los casos que se presentan, enmascaran la naturaleza y el alcance del problema junto con aislar a las víctimas. Por esta razón, junto con dotar de un nombre a estos casos, definen la *sextorsión* como “*una forma de explotación sexual y corrupción que ocurre cuando las personas en posiciones de autoridad, ya sean funcionarios del gobierno, jueces, educadores, personal encargado de hacer cumplir la ley o empleadores, buscan extorsionar favores sexuales a cambio de algo dentro de su poder para otorgar o retener. En efecto, la sextorsión es una forma de corrupción en la que el sexo, en lugar del dinero, es la moneda del soborno*”<sup>7</sup>.

4 RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS y OSSANÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. *Delitos contra la función pública*. Tercera Edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2021, págs. 53 y siguientes.

5 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], Trad. GARCÍA CAVERO, Percy. En: *Política Criminal*, n° 3 (2007), A1, págs. 1-18. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_03/a\\_1\\_3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_1_3.pdf)

6 Para mayor información consultar el siguiente enlace: [https://www.unodc.org/res/ji/import/guide/naming\\_shaming\\_ending\\_sexortion/naming\\_shaming\\_ending\\_sexortion.pdf](https://www.unodc.org/res/ji/import/guide/naming_shaming_ending_sexortion/naming_shaming_ending_sexortion.pdf)

7 The International Bar Association (IBA). *Sextortion A crime of corruption and sexual exploitation* [en línea]. Disponible



En un planteamiento similar la abogada colombiana MARTHA C. PAZ, precisa en su estudio titulado “*A comparative study of law to prosecute corruption involving sexual exploitation*” que el anglicismo *sextortion* se emplea comúnmente para hacer referencia a una práctica en la cual una persona es chantajeada con una imagen o video de sí misma, desnuda o realizando actos sexuales, que normalmente ha sido previamente compartida mediante sexteo. Término que en español puede ser traducido por el sustantivo Sextorsión que –según su parecer– recoge el mismo sentido del vocablo inglés, al ser un derivado, morfológicamente bien formado, de sexo y extorsión<sup>8</sup>. No obstante recuerda y enfatiza el alcance del término utilizado por la IAWJ, que define a la *sextorsión* como el abuso de poder para obtener un beneficio o ventaja sexual; una forma de corrupción en la cual, las relaciones sexuales, y no el dinero, son la vía del soborno.

La misma autora afirma que se trata entonces de un fenómeno global que tiene un impacto devastador en las mujeres y otras personas vulnerables, como las minoría LGBTQ+, que toca casi todos los sectores, frustrando el acceso a los servicios gubernamentales, la educación, el empleo, la justicia y el mercado. Por esta razón, entiende, que no solo provoca un gran daño a escala individual, sino que, al igual que otras formas de corrupción, presenta implicaciones de gran alcance para la equidad de género, la gobernanza democrática, el desarrollo económico, la paz y la estabilidad, como ya se señaló<sup>9</sup>.

De lo expresado, y relevando lo indicado por la Asociación Internacional de Mujeres Juezas en su Toolkit<sup>10</sup> se extraen los componentes o elementos centrales de la *sextorsión*, que dicen relación con:

- *Componente sexual, o de explotación sexual*, que se presenta a partir de un pedido, implícito o explícito, de involucrarse en cualquier tipo de actividad sexual no deseada, desde las relaciones sexuales, los tocamientos físicos, la exposición de partes privadas del cuerpo, o bien posar para fotografías sexuales, participar en sexo telefónico. La sextorsión excluye la conducta o actividad de naturaleza no sexual.
- *Componente de corrupción*, al encontrarnos frente a un autor que ocupa una posición de autoridad y que abusa de esa autoridad, al exigir o bien aceptar, un favor sexual a cambio del ejercicio del poder que se le ha confiado.

En este último componente se distinguen tres características distintas por la Asociación

en: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=E5E451C2-A883-4518-BoED-5AAAEBCCDD5AA>

8 PAZ, Martha C. Una mirada comparada para un problema ancestral. Sextorsión. “*Más allá de la extorsión sexual*” [en línea]. En: *Revista de Derechos Humanos y Humanitario* - Número 2 - Colombia - Noviembre 2018. Disponible en: [https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=a844623ddd7de5420f891of89c3bo84&hash\\_t=6db2c9517e0a8e2224e5fa8d11e469ac](https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=a844623ddd7de5420f891of89c3bo84&hash_t=6db2c9517e0a8e2224e5fa8d11e469ac)

9 Ibidem. Con relación al aspecto multidimensional de la corrupción revisar prefacio de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, que entre otras frases, indica que la corrupción es una plaga insidiosa que socava la democracia y el Estado de Derecho, sus efectos son especialmente devastadores en los países en desarrollo, porque entre otras cosas, afecta a los pobres, alimenta la desigualdad y la injusticia, desincentiva la inversión extranjera y es un obstáculo para la democracia. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción [en línea]. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion\\_de\\_las\\_NU\\_contra\\_la\\_Corrupcion.pdf](https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf). Al igual que RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, *Delitos contra la función pública*, ob. cit., págs. 53 y siguientes.

10 International Association of Women Judges. *Stopping the Abuse of Power through Sexual Exploitation. Naming, Shaming, and Ending Sextortion. Toolkit* [en línea]. Disponible en: [https://www.unodc.org/res/ji/import/guide/naming\\_shaming\\_ending\\_sextortion/naming\\_shaming\\_ending\\_sextortion.pdf](https://www.unodc.org/res/ji/import/guide/naming_shaming_ending_sextortion/naming_shaming_ending_sextortion.pdf)

Internacional de Mujeres Juezas: abuso de autoridad; un intercambio *quid pro quo*; y la coerción psicológica en lugar de la fuerza física.

- i. *Abuso de autoridad*. Entendido como la desviación del interés general en pos de la satisfacción del interés personal. Se enfrenta a un funcionario público que ejercita el poder legítimamente conferido en beneficio personal y no para la consecución de las finalidades públicas.
- ii. *Quid Pro Quo Exchange*. El abuso de autoridad para obtener un favor sexual implica un intercambio o *quid pro quo* (latinismo que significa “esto por aquello”), intercambio que puede ocurrir en cualquier punto a lo largo de un continuo que va de explícito a implícito, dependiendo de la sutileza con la que la persona con autoridad extorsiona el favor sexual. Para este efecto resulta indiferente que el beneficio buscado por la víctima se devengue a un tercero.
- iii. *Coerción psicológica sobre la víctima*. En lugar de encontrarnos frente al ejercicio de violencia física sobre la víctima, atendido el desequilibrio de poder entre el funcionario y esta última, se observa en la *sextorsión* el ejercicio de una presión coercitiva sobre ella para que acceda a las demandas sexuales. Como gráficamente precisa la IAWJ, “La coerción psicológica inherente a la sextorsión es un cuchillo figurativo que puede ser tan poderoso como un cuchillo real sostenido en la garganta de la víctima”<sup>11</sup>.

En una perspectiva más actual planteamos que atendido el aspecto multidimensional y complejo de la corrupción, es posible sumar a las características planteadas por la IAWJ, una *dimensión de género y otra de derechos humanos*, toda vez que la mayor parte de las víctimas de *sextorsión*, son especialmente mujeres, en situaciones de vulnerabilidad o de pobreza, quienes se ven obligadas ceder a la extorsión con la finalidad acceder a bienes y servicios públicos básicos.

En este sentido y siguiendo a ONU MUJERES, entenderemos por género “los roles, comportamientos, actividades, y atributos que una sociedad determinada en una época determinada considera apropiados para hombres y mujeres Además de los atributos sociales y las oportunidades asociadas con la condición de ser hombre y mujer, y las relaciones entre mujeres y hombres, y niñas y niños, el género también se refiere a las relaciones entre mujeres y las relaciones entre hombres. Estos atributos, oportunidades y relaciones son contruidos socialmente y aprendidos a través del proceso de socialización. Son específicas al contexto/época y son cambiantes. El género determina qué se espera, qué se permite y qué se valora en una mujer o en un hombre en un contexto determinado. En la mayoría de las sociedades hay diferencias y desigualdades entre mujeres y hombres en cuanto a las responsabilidades asignadas, las actividades realizadas, el acceso y el control de los recursos, así como las oportunidades de adopción de decisiones. El género es parte de un contexto sociocultural más amplio, como lo son otros criterios importantes de análisis sociocultural, incluida la clase, raza, nivel de pobreza, grupo étnico, orientación sexual, edad, etc.”<sup>12</sup>. Por

<sup>11</sup> International Association of Women Judges. “Stopping the Abuse of Power through Sexual Exploitation. Naming, Shaming, and Ending Sextortion. Toolkit”, ob. cit.

<sup>12</sup> ONU MUJERES (2017) Profundicemos en términos de género. Guía de terminología y uso de lenguaje no sexista para

su parte SOLANO entiende por género, el conjunto de atributos, relaciones y oportunidades sociales asociados a ser mujer u hombre; es una construcción principalmente determinada por el contexto social en el tiempo y, por tanto, modificable<sup>13</sup>. Aclarando que el género se vincula con las relaciones de poder entre hombres y mujeres, las diferencias y desigualdades que existen en cuanto a las responsabilidades asignadas, las actividades realizadas, el acceso y el control de los recursos, así como las oportunidades de toma de decisiones y lo que se considera apropiado para cada uno.

La misma autora reconoce que la posible vinculación entre género y corrupción –que reconoce de reciente abordaje– puede apreciarse desde una perspectiva que atiende al nivel de participación de la mujer en la esfera pública y desde otra que se enfoca en el impacto diferenciado que presenta la corrupción para los hombres y mujeres. Así, en el primer caso observa una baja participación de las mujeres en la toma de decisiones, no obstante apoyándose en diversos estudios, postula que la participación de las mujeres en las esferas de poder se asocia a menores niveles de corrupción, lo que atribuye a la formulación de determinadas políticas por parte de estas. En el caso del segundo enfoque SOLANO postula que la corrupción afecta de manera desproporcionada a mujeres y niñas pobres en su acceso a servicios públicos esenciales, justicia y seguridad, y en su capacidad para participar en la toma de decisiones públicas; identificando un tipo especial de corrupción en la que esta vulnerabilidad es relevante –que denomina “corrupción basada en las necesidades”– y en la que las mujeres están afectadas por manifestaciones específicas de corrupción, como la extorsión sexual u otro tipo de favores, asociada al acceso a servicios. Del mismo parecer RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN relevan una dimensión “*sexoespecífica*” de la corrupción, al entender que las mujeres se encuentran más expuestas que los hombres a sus consecuencias, siendo a menudo utilizada ella por la población masculina como instrumento para mantener espacio de poder, particularmente en lo que respecta al acceso a determinados bienes y funciones<sup>14</sup>.

Desde otra perspectiva CLAUDIO NASH visibiliza la relación entre género y corrupción al analizar el principio de igualdad y no discriminación, advirtiendo que la corrupción afecta de manera diferente a hombres y mujeres. Indica así que “las desigualdades de género, basadas en estereotipos socialmente dominantes y persistentes, se reflejan en la falta de acceso de las mujeres a las redes de poder económico, político y cultural, y en su alto grado de representación en los segmentos más pobres de la sociedad, determinado, entre otras razones, por el hecho de que tienden a asumir labores domésticas no remuneradas, como cuidar a niños y adultos mayores”<sup>15</sup>. Tales condiciones sociales –entiende el autor– dificul-

---

periodistas, comunicadoras y comunicadores [en línea]. Disponible en: [http://onu.org.gt/wp-content/uploads/2017/10/Guia-lenguaje-no-sexista\\_onumujeres.pdf](http://onu.org.gt/wp-content/uploads/2017/10/Guia-lenguaje-no-sexista_onumujeres.pdf)

13 Citada por TORRES FIGUEROA, Angélica. *Corrupción y Género: ¿Insuficiencia de los tipos penales de la legislación chilena para abordar la sextorsión?* En: *Mujeres en la Ciencias Penales. Una mirada desde el contexto jurídico chileno en las primeras décadas del siglo XXI*. Chile, Legal Publishing, 2020, p. 453, nota al pie n° 11.

14 RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, ob. cit., págs. 58-59, quienes mencionan, en esta mismo orden de ideas a TORO JUSTINIANO, C.: *Género y Corrupción: Reflexiones sobre cómo incorporar una perspectiva de género en el campo de la lucha contra la corrupción*, en VV:AA: Justicia, Género y Sexualidad. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2012, págs. 159-178.

15 NASH, Claudio. *Corrupción y Derechos Humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* [en línea]. Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2014,

tan que las mujeres tengan el poder suficiente para desafiar a la corrupción y el clientelismo, y las hacen más propensas a sufrir sus efectos. Atendida esta realidad, concluye que existen ciertos tipos criminales que afectan especialmente a las mujeres, los que, por regla general, involucran actos de corrupción, como el tráfico ilegal de inmigrantes y la trata de personas. Advirtiendo finalmente que en estos casos, como en otros, las mujeres sufren especialmente de actos de corrupción que buscan como beneficio favores de índole sexual<sup>16</sup>.

Del mismo parecer ANGÉLICA TORRES nos recuerda que si bien tanto hombres como mujeres sufren la pobreza, de acuerdo con la Organización de Naciones Unidas la pobreza de la mujer “está directamente relacionada con la ausencia de oportunidades y autonomía económica, la falta de acceso a la educación, los servicios de apoyo y los recursos económicos, incluidos el crédito, la propiedad de la tierra y el derecho a herencia, con su mínima participación en el proceso de adopción de decisiones. La pobreza puede asimismo empujar a las mujeres a situaciones en las que se ven expuestas a la explotación sexual”<sup>17</sup>.

Para referirnos a la vinculación entre corrupción y Derechos Humanos, recordamos a CLAUDIO NASH, quien nos brinda una definición de derechos humanos –aun cuando nos advierte que ningún tratado internacional la contempla– entendiendo por ellos “los derechos subjetivos necesarios para que los seres humanos puedan vivir dignamente en una sociedad organizada, que el Estado debe respetar y garantizar si no quiere comprometer su responsabilidad internacional”<sup>18</sup>. Postula el autor que los derechos humanos establecen una relación entre las personas naturales y los Estados, en la que los primeros son portadores de derechos y los segundos poseedores de obligaciones, con el objeto de asegurar las condiciones indispensables para alcanzar una vida digna. Destaca además cuatro características que distinguen a los derechos humanos de otros derechos, a saber, su universalidad, inalienabilidad, interdependencia e indivisibilidad. Explicando que se entiende por universales, que pertenecen a todos los seres humanos por igual sin distinción de raza, sexo, etnia, nacionalidad, etc.<sup>19</sup>. En cuanto a su inalienabilidad, ello implica que estos derechos no se pierden bajo ninguna circunstancia, ni siquiera por la renuncia de su titular (lo que se puede renunciar es su ejercicio). Por su parte la interdependencia dice relación con los nexos que existen entre derechos: en la medida que haya un mayor goce o afectación de un derecho esto tiene repercusiones en el disfrute de otros derechos. Y finalmente, la indivisibilidad se refiere a que los derechos humanos forman una unidad enraizada en la idea de dignidad humana, es decir, todos los derechos humanos derivan de esta propiedad humana y son necesarios para su protección.

Al abordar la relación entre derechos humanos y corrupción, el citado autor nos recuerda que una de las complejidades que presenta el fenómeno de la corrupción, reside en la variedad de efectos que de ella se derivan y la pluralidad de ámbitos en los que puede in-

p. 29. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142495/Corrupcion-y-derechos-humanos.pdf>

<sup>16</sup> ibidem

<sup>17</sup> TORRES, ob. cit., p. 454.

<sup>18</sup> NASH, ob. cit., p. 22.

<sup>19</sup> El autor no obstante estima importante matizar esta afirmación, al existir derechos humanos en los que el sujeto titular está restringido. Por ejemplo, los niños no son titulares de algunos derechos políticos, como el derecho a voto.

cidir. Si bien identifica como consecuencias de la corrupción, la reasignación de recursos encubierta a favor de sectores improductivos, el desincentivo de la inversión extranjera, el debilitamiento de la ética profesional, la pérdida de confianza en las instituciones, etcétera; precisa que *“a diferencia de las consecuencias recién mencionadas, la perspectiva de derechos humanos pone énfasis en el daño que la corrupción provoca a las personas”*<sup>20</sup>, recordando para ello lo expresado por Miklos Marschall, vicepresidente de Transparencia Internacional (TI) en la Mesa Redonda Sobre las Consecuencias Negativas de la Corrupción en el Disfrute de los Derechos Humanos del año 2013, quien afirmó que *“luego de años de labor, TI había llegado a la conclusión que la relación entre corrupción y derechos humanos es profunda y estrecha, y que el enfoque basado en derechos humanos implica un cambio de eje respecto de la perspectiva tradicional, ya que su mirada no se posa sobre los efectos de la corrupción en la eficiencia económica, sino sobre las personas y las consecuencias devastadoras que la corrupción tiene para sus vidas”*<sup>21</sup>. Bajo esta perspectiva, la corrupción no solo puede significar la vulneración de derechos humanos en casos individuales, sino también puede transformarse en un obstáculo estructural al ejercicio y goce de tales derechos. No obstante reconoce que la relación entre corrupción y derechos humanos no solo presenta la dirección negativa recién señalada (corrupción como vulneración de derechos humanos), sino también muestra una dirección de carácter positivo, dada por las confluencias entre las agendas del movimiento anticorrupción y el movimiento por los derechos humanos. Postulando que ambas agendas tienen el potencial de repercutir sobre la otra: mientras que la lucha contra la corrupción puede tener un efecto positivo en el goce y ejercicio de los derechos humanos, el fomento de los derechos humanos reduce las oportunidades de corrupción. Más aún, se ha sostenido que la lucha contra la corrupción solo puede ser eficaz plenamente mediante el enfoque de derechos humanos<sup>22</sup>.

### III. INSUFICIENCIA DE LOS TIPOS PENALES EXISTENTES PARA SANCIONAR LA CONDUCTA DE SEXTORSIÓN

Atendido el concepto planteado de sextorsión y los elementos que integran esta práctica, se realizará una revisión de los tipos penales nacionales que podrían admitir la sanción de esta conducta, comenzando con aquellos denominados delitos o figuras de corrupción, para luego avocarnos al examen de alguna de las figuras que protegen la libertad e indemnidad sexual.

En lo relativo a los delitos de corrupción, tenemos presente a ARTAZA quien nos indica que cuando se habla de corrupción, se estaría haciendo alusión a un concepto centrado en la infracción de deberes (por lo general asociados a la función pública) con el propósito de beneficiar indebidamente a quien infringe tal deber (por lo general decisorio) o a un tercero<sup>23</sup>. Advirtiendo que nuestra doctrina también ha asociado la corrupción a las

<sup>20</sup> NASH, ob. cit., p. 25.

<sup>21</sup> Consejo de Derechos Humanos. Informe Resumido acerca de la Mesa Redonda sobre las Consecuencias Negativas de la Corrupción en el disfrute de los Derechos Humanos. 18 de abril de 2013. A/HRC/23/26, p. 4.

<sup>22</sup> NASH, ob. cit., p. 26

<sup>23</sup> ARTAZA Osvaldo. “La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de

diversas formas como los funcionarios públicos (en un sentido muy amplio) transgredirían, principalmente con fines económicos, las labores propias de su cargo<sup>24</sup>. Por lo mismo, afirma, se suelen incluir dentro de tal categoría, conductas delictivas muy diversas, entre ellas todos los delitos que han sido clasificados por la doctrina penal como delitos cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos y que afecten la probidad administrativa, o que consistan en una “falta de probidad”<sup>25</sup>.

En este orden ideas, una revisión somera de las posibles figuras de corrupción que podrían admitir la sanción de la sextorsión, involucra ponderar la concurrencia de un delito de Abuso contra Particulares (artículo 258 del Código Penal); o bien de Prevaricación solicitación (artículo 223 numeral 3° del Código Penal); o tal vez de alguna de las figuras de Cohecho Doméstico (de los artículos 248, 248 bis o 249 del Código Penal)<sup>26</sup>.

### a) Posible concurrencia de un delito de abusos contra particulares. Artículo 258 del Código Penal<sup>27</sup>

Esta figura sanciona al funcionario público que *solicita* a personas que tengan pretensiones pendientes de resolución; resulta así que la conducta sancionada reconoce como único verbo rector el “*solicitar*”. Por *solicitar* se entiende, según el Diccionario de la Lengua Española, “pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado” (1ª acepción), “requerir y procurar con instancia tener amores con alguien” (3ª acepción), de lo que se extrae, como precisa JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT, que el contenido de esta expresión

cohecho” [en línea]. En: *Polít. crim.*, Vol. 11, N° 21, Julio 2016, Art. 11, págs. 307-339. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_21/Vol11N21A11.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A11.pdf)

24 ARTAZA, ob. cit., p. 313 que en su nota 22 cita a RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública*, ob. cit., p. 89, nota al pie n° 19, aunque poniendo énfasis en el elemento de desviación del interés general o interés de la colectividad. Tales autores asumen sin problema un concepto amplio de corrupción en la medida que permitiría “englobar todas las conductas particulares de corrupción”. En forma similar, BALMACEDA, Gustavo; CASTRO, Carlos. *Corrupción y delitos contra la administración pública. Especial referencia a los delitos de malversación de caudales y fraude al fisco*. Santiago, Librotecnia, 2015, págs. 17 y sgtes., p. 24, nota al pie n° 5, de acuerdo a los cuales la corrupción “es la desviación del interés público, que se desarrolla a través del abuso del cargo, con el fin de obtener un beneficio extraposicional en la Administración pública”. La excepción viene dada por Etcheberry, que asimila expresamente el término corrupción al tipo penal de cohecho. Al respecto, ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal Parte Especial*. 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, Tomo IV, p. 252. En la dogmática comparada se han criticado definiciones similares a las citadas. Así por ejemplo, Kindhäuser sostiene que tales definiciones están orientadas al autor, resultando demasiado amplias para abarcar lo “específico de la corrupción penalmente relevante”. Es importante destacar que el autor citado aborda este problema desde la definición de la corrupción como modalidad de ataque general a diversos bienes jurídicos y, en ningún caso, limitando su alcance a la corrupción en el sector público. Para graficar lo amplio que resulta tal definición constata que efectivamente una gran variedad de conductas delictivas debiesen ser entendidas como actos de corrupción, como por ejemplo, ciertas defraudaciones en la medida que se infringen deberes con la motivación ya descrita. Incluso el mero incumplimiento de contratos podría ser catalogado como corrupción atendiendo al alcance asociado a la postura criticada, lo que demostraría la ineficacia de concepto. Véase KINDHÄUSER, “Presupuestos”, ob. cit., p. 5, nota al pie n° 9.

25 ARTAZA, ob. cit., p. 314 que en su nota 23 menciona además a GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte Especial*. 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, tomo III, p. 442, donde incluye algunas figuras que considera especialmente relevantes como la malversación de caudales públicos, el cohecho y los fraudes. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno*. 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, págs. 490 y sgtes., incluyen en tal categoría los delitos de malversación, fraude al fisco, negociación incompatible, uso de información privilegiada y cohecho.

26 Para este análisis seguimos el planteamiento de TORRES, ob. cit., págs. 456 y siguientes.

27 El artículo 258 del Código Penal prescribe: “El empleado público que *solicitar* a persona que tenga pretensiones pendientes de su resolución, será castigado con la pena de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio”.

tiene un evidente carácter sexual, de modo que ha de entenderse como “solicitar favores amorosos”. Ello permite entender que la figura sanciona al funcionario público que solicita favores sexuales a una persona que tenga solicitudes pendientes de su resolución<sup>28</sup>.

El mismo autor precisa que se trata de un delito de “*mera acción*”, pues su tipificación no exige que se produzca un resultado lesivo para terceros, sino que basta la mera solicitud de la persona que tiene pretensiones pendientes de resolución por parte del funcionario, para que el delito se consuma. No siendo necesario probar que el particular ha sufrido ninguna forma de lesión en su autodeterminación o indemnidad sexual para su persecución, pues como el bien jurídico protegido por la norma es la función pública en sí misma y no los terceros que puedan verse afectados, es la propia solicitud por parte del funcionario la que ya constituye un atentado contra ese bien jurídico<sup>29</sup>.

Al representar esta figura solo un peligro para los intereses sexuales de la víctima, la materialización de la conducta sexual necesariamente configurará un tipo penal distinto, que eventualmente podrá encontrarse en una situación de concurso con la figura en examen.

Otro aspecto que debe relevarse es que la solicitud se dirige a personas que mantienen *pretensiones pendientes de resolución* con el funcionario público involucrado, lo que se ha entendido, por la escasa doctrina existente, no en sentido genérico, sino que ha de referirse a solicitudes relativas directamente al cargo que desempeña el funcionario. Como recalca Piña, “*es imprescindible que tanto la pretensión guarde relación directa con las atribuciones del cargo que ejerce el funcionario, como que la resolución que se encuentre pendiente sea una decisión propia del cargo. Si alguno de estos extremos falla, no es posible afirmar la comisión del delito de abuso contra particulares*”<sup>30</sup>.

Como se observa, el delito examinado solo contempla una modalidad de acción, *solicitar*, no sancionándose el recibir los favores sexuales ni tampoco el aceptar los mismos; por lo demás la figura tampoco incorpora la presencia de coerción si bien es posible que concorra la seducción favorecida por la posición de poder del solicitante<sup>31</sup>.

### **b) Posible concurrencia de un delito de prevaricación solicitud. Artículo 223 N° 3 del Código Penal<sup>32</sup>**

En el caso de la prevaricación solicitud, la figura resulta muy similar a las antes examinada, al sancionar la *solicitud* al igual que la *seducción* en la que incurre un ma-

28 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. “Pormenores Típicos del Delito De Abuso contra Particulares. Artículo 258 del Código Penal” [en línea]. En referencia a la causa RUC 0500284533-6. En: *Doctrina Procesal Penal 2007*, Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Informes en Derecho. Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/5268.pdf>

29 *Ibidem*.

30 *Ibidem*.

31 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, Tomo IV, p. 235.

32 Artículo 223 del Código Penal: “*Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados:*

1° *Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil.*

2° *Suprimido. Ley 21121*

3° *Cuando ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seduzcan o soliciten a persona impudica o que litigue ante ellos”.*

gistrado integrante de un tribunal de justicia colegiado o unipersonal al igual que a los fiscales judiciales; incorporando como modalidad de acción la *seducción* de imputados o de personas que litiguen ante ellos.

En lo relativo a los verbos rectores que contempla la figura, aclaran LUIS RODRÍGUEZ y MARÍA MAGDALENA OSSANDÓN que *solicitar* alude al hecho de que el autor directamente proponga a la víctima alguna forma de intercambio sexual, en cambio por *seducir* se entenderá la ejecución de maniobras destinadas a obtener la aquiescencia del sujeto pasivo, no siendo requisito de la figura, en ninguna de sus modalidades, la materialización del trato carnal<sup>33</sup>.

Conforme aclara MARIO GARRIDO, lo prohibido incide en el comportamiento del juez, que valiéndose de su investidura o con motivo de ella, reclama favores de índole sexual de una persona imputada en su tribunal, o a quien litigue ante ellos; siendo indiferente el sexo del magistrado o del requerido, al igual que la conducta de orden sexual requerida, al estimar que las voces solicitar o seducir las comprenden<sup>34</sup>. Por su parte RODRÍGUEZ y OSSANDÓN precisan que la figura no exige que el funcionario involucre la ejecución o la falta de ejercicio de un acto propio del cargo, basta para su configuración que la conducta se desarrolle con ocasión del ejercicio del cargo o valiéndose de su investidura, por lo que plantean que esta figura amenaza la libertad de la víctima, que podría verse compelida a aceptar los requerimientos del autor motivada por el temor a experimentar los males en que consiste la amenaza. Los mismo autores estiman que, atendido que esta figura solo representa un delito de peligro para los intereses sexuales de la víctima, en caso de que se concretara el propósito libidinoso sería posible –aunque no en todos los casos– que se configuraran los delitos de violación, estupro o abuso sexual, según la naturaleza del acto ejecutado y los medios utilizados para imponerse a una voluntad adversa de la víctima, evaluando la concurrencia de la agravante del prevalimiento de la calidad de funcionario, aunque solo en aquellos casos en que esto último no hubiere sido considerado para fundamentar la existencia de la relación abusiva que exigen algunas hipótesis delictivas de orden sexual<sup>35</sup>.

Al igual que en la figura previamente examinada se trata de un delito de mera actividad que se consuma por el solicitar o seducir sin ser necesario, para su sanción, que la conducta de orden sexual se concrete. No siendo exigible tampoco la existencia de una coerción psicológica de la víctima como ocurre en la sextorsión.

### c) Posible concurrencia de un delito de cohecho doméstico

Considerando la modificación que presenta el cohecho doméstico a partir de la Ley N° 21.121, que admite como beneficio solicitado o aceptado recibir ya no únicamente los de naturaleza económica sino también los de cualquier índole, es decir, admite los de orden sexual, parecería ser esta figura de corrupción la que mejor podría capturar los elementos de la sextorsión.

33 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 245.

34 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal*. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, tomo III, p. 487.

35 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 246.



En efecto, considerando los componentes ya enunciados de la sextorsión (sexo y corrupción), relevando este último elemento vinculado a la presencia de un autor que ocupa una posición de autoridad de la que abusa al exigir o bien aceptar, un favor sexual y recordando que el cohecho doméstico no exige para su consumación, un acuerdo o pacto o concurso de voluntades entre el funcionario y el particular, sino que basta para su perfección, la solicitud o aceptación por parte de uno u otro de un beneficio de cualquier orden, resulta de interés la revisión de las figuras contempladas los artículos 248, 248 bis o 249 del Código Penal<sup>36</sup>.

Para el análisis de las figuras resulta de utilidad manejar una definición del delito de cohecho, para lo cual atendemos a la propuesta por RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN que lo explican como “la conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de este”<sup>37</sup>.

Se observa al examinar las figuras de cohecho doméstico, que ellas plantean dos modalidades de acción *solicitar* o bien *aceptar*, un beneficio económico o de otra naturaleza; conductas que han sido definidas conforme al significado que proporciona el Diccionario de la Lengua Española, y así por *solicitar*, se entiende “*pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado*” (primera acepción); al igual que “*pedir algo de manera respetuosa o*

<sup>36</sup> Así podría concurrir la figura de cohecho por la función sancionada en el artículo 248 inciso primero del Código Penal: “*El empleado público que en razón de su cargo solicitare o aceptare un beneficio económico o de otra naturaleza al que no tiene derecho, para sí o para un tercero, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporal en su grado mínimo y multa del tanto del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de veinticinco a doscientos cincuenta unidades tributarias mensuales*”.

O bien podría concurrir la figura básica de cohecho del artículo 248 inciso segundo: “*El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado medio y multa del tanto al duplo de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales*”.

O la de cohecho agravado del artículo 248 bis del Código Penal: “*El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo y, además, con las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo y multa del duplo al cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales*”.

*Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos, perpetua, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente*”.

Finalmente, podría presentarse la figura de cohecho agravado del artículo 249 del Código Penal: “*El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y multa del cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de ciento cincuenta a mil quinientas unidades tributarias mensuales*”.

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 356.

*rellenado una solicitud o instancia*” (cuarta acepción)<sup>38</sup>. Por su parte por *aceptar* se entiende, también conforme al significado proporcionado por el mismo diccionario, “*recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga*” (primera acepción), “*aprobar, dar por bueno, acceder a algo*” (segunda acepción)<sup>39</sup>. Estas conductas, tal como aclaran RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, no requieren una manifestación expresa para exteriorizarse, sino que basta que se realicen de cualquier forma idónea para transmitir ese mensaje, como por ejemplo, a través de un simple gesto de estirar la mano, o bien guiñar un ojo o asentir con la cabeza<sup>40</sup>. Lo anterior determina que se entienda consumado el delito de cohecho desde que se verifique la conducta objeto de reproche, no siendo necesario que el beneficio económico o de otra naturaleza se materialice, ya que se trata de un delito de mera actividad, que se perfecciona con la realización de una conducta, sin exigir para su consumación que se produzca un resultado material unido por relación de causalidad e imputación objetiva con el comportamiento<sup>41</sup>.

Lo examinado permite plantear que la sola solicitud o bien aceptación de la prestación de orden sexual por parte del funcionario público, podría ser encuadrada en el delito de cohecho, en la medida que ella ocurra en el contexto del ejercicio de las labores propias o bien para infringir las regulaciones de su ejercicio o incluso para incurrir en algún delito contemplado en el Título V, o en el párrafo 4 del Título III del Libro Segundo del Código Penal, sin ser necesario que la prestación, ya económica ya de orden sexual, se concrete; toda vez que si ello ocurre, como nos advierte TORRES, al no contemplar ninguna de las figuras de cohecho la hipótesis de “*recibir*”, esta materialización del beneficio de otra naturaleza –prestación sexual– debería necesariamente sancionarse como delito sexual y no entenderse como agotamiento del delito de cohecho<sup>42</sup>.

Otro aspecto que, entendemos, debería considerarse para evaluar la posible aplicación de estas figuras, es el vinculado al contexto en el cual se acuerda ya sea la solicitud o la aceptación del beneficio, que no podría estar atravesado por la concurrencia de engaño o de una imposición, menos aún de coerción, por lo que debería tratarse de un acuerdo *voluntario* entre el funcionario público y el particular; circunstancia que ciertamente no se aprecia en la *sextorsión*, que, según se examinó, requiere la existencia de una coerción psicológica sobre la víctima para que acceda a las demandas sexuales.

Finalmente al evaluar la concurrencia de un delito de cohecho doméstico, no puede olvidarse que la conducta del particular que ofrece o consiente en dar un beneficio de otra naturaleza al funcionario público –es decir, la víctima de sextorsión– no queda impune, al ser posible su persecución, a título del delito de soborno del artículo 250 del Código Pe-

38 Diccionario de la Lengua Española [en línea]. Disponible en: <https://www.rae.es/> [fecha de consulta: 5 de enero de 2022].

39 *Ibidem*.

40 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *ob. cit.*, págs. 367-368.

41 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 399.

42 TORRES, *ob. cit.*, p. 461. Explica la autora que al no contemplar la Ley 21.121 en las figuras de cohecho el verbo rector “*recibir*”, no obstante incorporar el verbo rector “*dar*” en el delito de soborno –asimilándolo a las modalidades contempladas en el delito de soborno transnacional del artículo 251 bis– la materialización del beneficio sexual no quedaría comprendida en las figuras de cohecho, no siendo posible entenderla como una consumación de estas figuras y por el contrario daría lugar a la concurrencia de un delito de orden sexual.

nal. Aspecto que ciertamente resulta un obstáculo y conspira para una posible denuncia de la ocurrencia del delito.

#### d) Posible concurrencia de delitos de orden sexual

Según se expresó anteriormente, en el caso de la materialización de la conducta sexual que involucra la sextorsión, podríamos recurrir a una figura de orden sexual para sancionar su ocurrencia; así, siguiendo a TORRES<sup>43</sup>, podría plantearse un delito de violación del artículo 361 del Código Penal, numerales 1° o 2°<sup>44</sup>, al considerarse el abuso de poder que despliega el funcionario, ya como intimidación o bien como aprovecharse de la incapacidad de la víctima para oponerse<sup>45</sup>.

En el caso de entender el abuso de poder como intimidación, se plantea que ella no exige necesariamente la concurrencia de una amenaza; en este sentido se releva la opinión de RODRÍGUEZ, quien estima que no existe sustento para afirmar –como lo hace la doctrina mayoritaria– que los conceptos de amenaza e intimidación son sinónimos, ya que la amenaza es un concepto de carácter objetivo, que alude a un comportamiento del hecho, mientras que la intimidación es uno estrictamente subjetivo, que alude a un estado de conmoción psicológica que se da en el sujeto pasivo<sup>46</sup>. El mismo autor plantea que si bien es cierto que en una gran cantidad de casos la intimidación será consecuencia de la amenaza que sufre la víctima, es perfectamente concebible que el estado de conmoción psicológica provenga de un hecho anterior (que el delincuente simplemente aprovecha); de la sola presencia del agresor (con mayor razón si se trata de varios hechos); de su apariencia física o de sus antecedentes, que fueren conocidos por la víctima; del comportamiento vejatorios de que esta fue objeto anteriormente de parte del mismo sujeto y hasta de las propias circunstancias de tiempo y lugar<sup>47</sup>.

Si, por el contrario, se estima el abuso de poder como un posible aprovechamiento de la incapacidad de la víctima para oponerse, nos encontraríamos en un escenario en el que la víctima no se atreve a oponerse al funcionario público, no porque concurre en ella una situación de incapacidad física sino porque su situación de vulnerabilidad preexistente, o bien otras circunstancias permiten entender que su consentimiento no es válido. En este sentido MATUS y RAMÍREZ precisan que la modificación del año 2010, que mudó la redacción del artículo 361 numeral 2° del Código Penal, tuvo por finalidad eliminar la referencia a la incapacidad de resistencia física de la víctima; sin embargo acusan una contradicción en esta materia toda vez que en el delito de trata de personas incorpora

43 TORRES, ob. cit., págs. 462 y sgtes. Del mismo parecer RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 246.

44 Artículo 361 del Código Penal: “La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio. Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:

1° Cuando se usa de fuerza o intimidación.

2° Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse.

3° Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima”.

45 TORRES, ob. cit., p. 462.

46 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 151.

47 RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., p. 151.

un catálogo de circunstancias en las que el consentimiento se estima inválido, aspectos que no fueron incorporados por el legislador al artículo 361 numeral 2°, ni tampoco se reformó el delito de estupro, que limita los casos en los que puede considerarse inválido el consentimiento<sup>48</sup>. Atendido lo anterior, los mencionados autores proponen superar esa contradicción y entender que en todos los casos de falta de consentimiento y obtención viciada del mismo se estará ante supuestos en los que el autor se aprovecha de la incapacidad de la víctima para oponerse, no obstante, reconocen que al parecer no fue esa la intención del legislador. No obstante lo anterior, debe consignarse que las interpretaciones planteadas de los numerales 1° y 2° del artículo 361 del Código Penal, si bien minoritarias en doctrina, cuentan con aceptación a nivel jurisprudencial<sup>49</sup>.

En el caso de las restantes figuras sexuales, esto es, el estupro y el abuso sexual, podría plantearse la concurrencia de la figura estupro del numeral 2° del artículo 363 del Código Penal, siempre que nos encontremos ante una víctima del rango etario que contempla la norma y que además se entienda que el abuso de la relación de dependencia puede interpretarse como aprovechamiento, en el sentido de una amenaza latente para la víctima respecto de su seguridad personal o económica, que no es aquella amenaza grave propia que considera el artículo 361 del Código Penal, al mencionar la intimidación, como antes se explicó. Por el contrario, en el caso de entender concurrente un abuso sexual, sancionado en el artículo 366 del Código Penal, debemos tener presente que las circunstancias aplicables del artículo 361 del Código Penal, serían las antes analizadas de los numerales 1° y 2°.

Como conclusión del somero examen realizado, advertimos que no contamos con una única figura que atienda todos los aspectos que concurren en la sextorsión y que para instar por su sanción debemos recurrir a distintos tipos penales, que protegen bienes jurídicos de diversa naturaleza, según se presenten alguna de las siguientes situaciones:

- i. Si solo existe una solicitud o aceptación de favores sexuales, sin que ellos se concreten, sería posible dar aplicación a alguna de las figuras de corrupción antes examinadas, en la medida que concurren los requisitos antes mencionados. Así será necesario determinar, en cada caso, si concurre un abuso de particulares (artículo 258), una prevaricación solicitación (artículo 223 N° 2) o bien alguna de las figuras que sancionan el delito de cohecho doméstico (artículos 248 inciso primero o segundo, artículo 248 bis o artículo 249). Determinación que ciertamente trae consecuencias a nivel penológico ya que si nos encontramos ante una conducta desplegada por un miembro de un tribunal de justicia o fiscal judicial, respecto de una imputada o de una víctima que litiga ante ellos la sanción será la de la prevaricación solicitación, esto es, inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio menor en cualquiera de sus grados; por el contrario si se trata de una exigencia “*explícita*” –manifestación evidente de

48 MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Chile, LegalPublishing Chile, 2014, Tomo I, p. 325.

49 TORRES, ob. cit., p. 464, que menciona Sentencia Corte Suprema, de 11 de octubre de 2018, Rol N° 16676-2018, de la que reproduce los considerados quinto y séptimo.

abuso de poder— por parte de un funcionario ajeno al Poder Judicial respecto de una víctima que tenga pretensiones pendientes de resolución, debería aplicarse la pena del delito de abuso de particulares, esto es, inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio. Finalmente si no concurre ninguna de las situaciones anteriores, y enfrentamos a un funcionario público que acepta o bien solicita un favor sexual —sin que medie engaño o alguna exigencia de parte y por el contrario, se trate de un acuerdo voluntario entre ambas partes— concurrirá alguna de las figuras de cohecho doméstico, que ciertamente contemplan las penas privativas de libertad más altas, al oscilar entre la reclusión menor en su grado medio a mayor en su grado mínimo; no obstante en este último caso la víctima también podría ser objeto de persecución penal ya que el dar, ofrecer o consentir en dar la prestación sexual también sería objeto de reproche penal, conforme al delito de soborno del artículo 250 del Código Penal.

- ii. En el evento que *los favores sexuales se concretaran* sin que mediara una exigencia, solicitud o aceptación por parte del funcionario público, se podría estimar concurrente un posible delito de orden sexual, si concurren sus requisitos, tal como se precisó anteriormente.
- iii. Finalmente *si se enfrenta la solicitud, exigencia o aceptación del favor sexual por parte del funcionario público y además la concreción del mismo*, es posible plantear un posible concurso de delitos, que siguiendo a TORRES podría resolverse entendiendo concurrente un concurso real, siempre que fuera posible diferenciar perfectamente tanto el delito de corrupción concurrente como de orden sexual; lo que ciertamente parece ocurrir si se está ante una exigencia, conducta que perfecciona tanto el delito de abuso contra particulares como el de prevaricación solicitud; o bien ante una solicitud o aceptación, en el caso del delito de cohecho doméstico, configurando la materialización de la conducta sexual el delito de violación o abuso sexual. La misma autora examina la eventual concurrencia de un concurso medial y de uno aparente, descartándolos por invisibilizar los componentes de la sextorsión, específicamente al ocultar el abuso de poder. Por ello el planteamiento del concurso real de delitos, resulta la alternativa más apropiada y coherente para visualizar los dos componentes del fenómeno de la sextorsión, reconociendo de manera individual los dos bienes jurídicos lesionados<sup>50</sup>. Asimismo, esta solución resulta coherente y proporcionada con las recomendaciones recogidas en instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, y así la **Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción**, dispone que “*cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenirlos*”<sup>51</sup>. Por su parte, desde la perspectiva de los derechos de la mujer, la

<sup>50</sup> TORRES, ob. cit., p. 441.

<sup>51</sup> Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Artículo 30. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion\\_de\\_las\\_NU\\_contra\\_la\\_Corrupcion.pdf](https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf)

*Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención Belem do Pará)* insta a los Estados a “abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; a incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”<sup>52</sup>. Por último, la **Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW)** contempla que “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conductas de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”<sup>53</sup>.

#### IV. NECESIDAD DE CONTAR CON UNA FIGURA QUE SANCIONE EXPRESAMENTE LA *SEXTORSIÓN*

Como se puede observar, si bien conforme a nuestra actual legislación penal sería posible plantear una posible sanción para la sextorsión, no bajo una única figura penal, sino como un posible concurso de delitos, sigue latente la necesidad de contar con una figura que sancione este fenómeno de forma íntegra recogiendo el contexto de género y de vulneración de derechos humanos que ella involucra, que permita atender de manera diferenciada las particularidades y necesidades que presentan las víctimas de esta práctica, y por ello dotar de un nombre propio a la misma, *sextorsión*, es un primer paso en el camino de visibilizar, avergonzar y terminar con su ocurrencia.

En este sentido, avanzar en la tramitación de un proyecto de ley que “*Modifica el Código Penal para tipificar como delito funcionario la solicitud de favores sexuales*”, Boletín 12998-07, que corresponde a una moción de los Honorables Diputados Sres. Jorge Alesandri, Juan Antonio Coloma, Juan Fuenzalida, Sergio Gahona, María José Hoffmann, Nicolás Noman, Iván Norambuena, Renzo Trisotti, Osvaldo Urrutia y Enrique Van Rysselberghe, presentado en octubre de 2019, resulta una oportunidad para visibilizar y sancionar la sextorsión<sup>54</sup>.

El proyecto de ley destaca el alto impacto que presenta la corrupción en el ámbito de las funciones públicas “*no sólo porque conduce a una frustración de las expectativas de los ciudadanos, quienes esperan que los funcionarios públicos se desempeñen con probidad*

52 Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención Belem do Pará). Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

53 Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

54 Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal para tipificar como delito funcionario la solicitud de favores sexuales, Boletín N° 12998-07. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmlD=13542&prmlBOLETIN=12998-07>

en el ejercicio de sus cargos, sino también porque posee una gran capacidad para socavar las bases del sistema político imperante”<sup>55</sup>. Lo que, según los autores de la iniciativa legal, explica el alto estándar de las exigencias para el ejercicio de sus tareas para los funcionarios públicos, al compararlas con las que rigen en el sector privado, regulando el legislador con especial preocupación las faltas a la probidad y los delitos funcionarios en los que se puede incurrir.

De igual forma tiene presente el proyecto de ley que si bien la actual regulación del cohecho puede entenderse amplia para cubrir una importante cantidad de hipótesis, llama la atención que se castigue de igual forma hechos que –según los autores de moción– revisten una mayor gravedad, como ocurre con los casos donde lo que se solicita son favores sexuales o se obtienen los mismos mediante extorsión. Por esa razón se busca consagrar un nuevo tipo penal que sancione la solicitud de favores sexuales como mecanismo de extorsión, al interior de órganos públicos, “hipótesis particular de corrupción que nuestra legislación no recoge de forma expresa”; planteando finalmente que “la extorsión sexual en los servicios públicos merece especial sanción, toda vez que el ofrecimiento de beneficios laborales a cambio de sexo, afecta doblemente a las víctimas puesto que supone un atentado contra su libertad y su esfera de indemnidad sexual”<sup>56</sup>.

La iniciativa, contempla la incorporación de un artículo único al Código Penal, nuevo artículo 250 ter, que prescribe:

*“El empleado público que en razón de su cargo solicitare o aceptare favores sexuales, para ejecutar o haber ejecutado un acto propio de su cargo, o para omitir o haber omitido un acto propio de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos, y multa de cien unidades tributarias mensuales”.*

Si bien se trata de un proyecto de ley que ciertamente podría ser objeto de ciertas adecuaciones –entre ellas, eximir expresamente de responsabilidad a la víctima de sextorsión, incorporar la modalidad indirecta de solicitud o aceptación, al igual que asignar penas privativas de libertad acordes con las restantes figuras de cohecho– se presenta como un primer paso para visibilizar y rechazar esta práctica corrupta, permitiendo que las afectadas entiendan su condición de víctimas de una conducta punible, que con frecuencia es ignorada al creer que si no se resisten al poder coercitivo de la autoridad, no hubo delito porque él/ella “lo consintió”.

55 Precisión que se contiene en las Ideas Generales del Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal para tipificar como delito funcionario la solicitud de favores sexuales, Boletín N° 12998-07, que cita a OLIVER, Guillermo. “Aproximación al delito de Cohecho”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 5, Santiago, 2004. Disponible en: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/download/15047/15467/>

56 Precisión que se contiene en las Ideas Generales del Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal para tipificar como delito funcionario la solicitud de favores sexuales, Boletín N° 12998-07. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmlD=13542&prmBOLETIN=12998-07>

## V. CONSIDERACIONES FINALES

La revisión somera del fenómeno de la *sextorsión* ha tenido por finalidad dar a conocer una realidad presente entre nosotros, que atendida a su naturaleza invisible –como indica Chile Transparente<sup>57</sup>– no ha permitido que los investigadores realicen las preguntas correctas para comprender adecuadamente su extensión, no existiendo, por lo demás, categorías adecuadas para registrar los pocos casos que han sido denunciados; lo que sumado a la falta de tipificación y sanción diferenciada que recoja los distintos componentes que la integran, conspiran para que ellas continúen desarrollándose de forma silenciosa y sin ser detectadas.

En este sentido resulta revelador el documento *Sextorsión en Chile*, informe en base a una encuesta sobre extorsión sexual realizada entre marzo y abril de 2021 por Chile Transparente y la Fundación Mujeres Migrantes<sup>58</sup> que da cuenta de víctimas de sextorsión que no han denunciado esta práctica, sea por desconocimiento o por falta de confianza en la justicia ordinaria o en la policía, según se conjetura.

Atendido todo ello la discusión sobre este fenómeno, instando por asignarle una denominación propia, *sextorsión*, que considere además su sanción diferenciada, es una tarea que no debe eludirse.

---

57 Chile Transparente. El silencio ensordecedor en torno a la sextorsión [en línea]. Disponible en: <https://www.chiletransparente.cl/el-silencio-ensordecedor-en-torno-a-la-sextorsion/>

58 Sextorsión En Chile. Informe en base a la encuesta sobre extorsión sexual realizada entre marzo y abril de 2021 por Chile Transparente y la Fundación Mujeres Migrantes. Disponible en: [https://www.chiletransparente.cl/wp-content/files\\_mf/1621449794Sextorsi%C3%B3nenChile.pdf](https://www.chiletransparente.cl/wp-content/files_mf/1621449794Sextorsi%C3%B3nenChile.pdf)



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

# CULTIVO ILEGAL DE ESPECIES VEGETALES COMETIDO EN EL CONTEXTO DE UN CLUB CANNÁBICO. DENUNCIA ANÓNIMA. INSTRUCCIONES GENERALES DEL FISCAL NACIONAL

Tribunal: Corte Suprema

## RESUMEN

La Corte Suprema<sup>1</sup> rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la Defensa de un condenado por el delito de cultivo ilegal de especies vegetales del género cannabis. El comportamiento consistió en el cultivo sin autorización, de 190 plantas de cannabis y la guarda de 15 kilos 309 gramos de la misma especie vegetal cosechada, distribuida en diversos contenedores.

Al efecto, se interpusieron tres causales de nulidad. En carácter de principal, la contenida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal relativa a la infracción sustancial, modularmente, de la garantía constitucional del debido proceso (art. 19 N° 3) en relación con las actuaciones autónomas de la policía, contenidas en el código adjetivo. Adicionalmente, la Defensa reclama una inobservancia a las instrucciones generales impartidas por el Fiscal Nacional respecto del tratamiento que debe otorgarse a las denuncias anónimas en delitos contemplados en la Ley N° 20.000.

Resolviendo esta primera causal de nulidad, la Corte Suprema declara en relación con las actuaciones autónomas que la ley procesal penal confiere a las policías, que estas tienen

---

<sup>1</sup> En un supuesto fáctico similar, una sentencia anterior de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 24 de febrero de 2020, ROL 233-2020, declaró la atipicidad del comportamiento (Club Cannábico Greenlife).

como límite la dirección y responsabilidad de la fiscalía o judicatura. Por consiguiente, conforme a los hechos establecidos por el tribunal del fondo, los funcionarios policiales luego de recibir una denuncia anónima en relación con una plantación de cannabis en el domicilio del acusado concurrieron al lugar y ante la negativa de autorización voluntaria de entrada y registro, el fiscal solicitó una autorización judicial para tal efecto, ingresando el personal policial y hallando las especies vegetales referidas.

Manifiesta asimismo que las instrucciones que pueda impartir el Fiscal Nacional según lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, son de carácter general para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delitos, el ejercicio de la acción penal, y la protección de víctimas y testigos, y en tal carácter no pueden entenderse como requisitos adicionales a aquellos establecidos por la Carta Fundamental y por el legislador procesal penal para la validez de los actos del procedimiento.

De esta manera, concluye declarando que los policías actuaron conforme a las facultades concedidas por la ley, previa instrucción del fiscal y autorización del juez de garantía. De esta forma, los jueces orales que apreciaron la prueba proveniente de dichas actuaciones no conculcaron los derechos reseñados en el recurso.

En relación al primer motivo subsidiario de nulidad, se invoca la causal contenida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, alegándose que el cultivo representa una etapa imperfecta o anterior al consumo final, es decir, un acto preparatorio, realizado de forma privada, en el contexto de un cultivo colectivo destinado al consumo privado y terapéutico, en este caso, de un grupo cerrado e individualizado de personas, miembros de una organización con personalidad jurídica, sin fin de lucro denominada “Corporación Usuarios Medicinales de Cannabis Dispensario Nacional”; quedando descartada la posibilidad de una difusión incontrolada de droga a terceras personas indeterminadas.

El máximo tribunal rechazó asimismo esta causal, considerando lo siguiente: “Que, conviene precisar que el hecho que tuvieron por acreditado los sentenciadores del fondo -inamovible para este Tribunal por la causal propuesta- estriba en que el cultivo de especies del género cannabis sativa por parte del acusado, pudo poner en peligro la salud pública ya que no es dable entender que era únicamente para su consumo próximo y personal, por su cantidad, su estado y la infraestructura armada, que excede con creces aquella para un consumo propio e inmediato; todo un invernadero habilitado para el cultivo, instalación de cuatro focos halógenos, cuatro ventiladores, cuatro termómetros y un turbo calefactor. Todo aquello, en conjunto, va más allá de aquello necesario para un consumo personal y próximo en el tiempo como se insinuó, por más que se pretenda uno de carácter personal y colectivo. Asimismo, establecieron que las cantidades incautadas excedieron con creces las de aquellas mencionadas en lo resuelto por este Tribunal en el ingreso N° 4.949-2015 -citado por la defensa- en sus alegatos de apertura y cierre. En efecto, en el fallo citado lo incautado versó sobre siete plantas de cannabis sativa y 45 gramos de marihuana seca a granel, frente a 190 plantas de cannabis sativa y más de 15 kilos de marihuana a granel, en este caso”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Considerando 13°.

Por último, se impetra como segunda causal de nulidad subsidiaria la descrita en el artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal; argumentándose una supuesta falta de ponderación y omisión respecto a uno de los testigos de cargo.

Sobre este último motivo de nulidad, la Corte Suprema al rechazar expresa esencialmente: “Que, es necesario recordar que en un recurso como el de la especie, no ha sido dada a esta Corte la facultad de realizar una nueva ponderación de los elementos de prueba vertidos en el juicio oral, puesto que ello atenta contra el principio de inmediación y supera los límites de la nulidad”.

### Texto Completo

Santiago, cinco de noviembre de dos mil veintiuno.

### Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, por sentencia de quince de mayo de dos mil veintiuno, en los antecedentes RUC 1.800.713.062-3, RIT 31-2021, condenó a Luis Felipe Quintanilla Alarcón, como autor del delito de cultivo de especies vegetales del género cannabis, en grado de consumado, sorprendido el 13 de agosto de 2018 en la comuna de Calera de Tango, a la pena de cien días de presidio menor en su grado mínimo, la cual se le tuvo por cumplida con el tiempo que permaneció sujeto a medidas cautelares restrictivas de la libertad personal. Asimismo, se le condenó a la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, a una multa de 40 unidades tributarias mensuales y al comiso de las especies incautadas.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra la indicada sentencia, el que se conoció en la audiencia pública de dieciocho de octubre del presente año, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta levantada al efecto.

### Considerando:

**Primero:** Que, el recurso de nulidad se cimenta, de forma principal, en la causal contemplada en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 1º, incisos 1º y 4º; 5º, inciso 2º; y, 19 N°s 1, 2, 3, 4, 6 y 12 de la Constitución Política de la República; artículos 18, 19, 26, 27 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 15, N° 1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, los artículos 1, 2, 12 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Expone que, toda la actuación del Ministerio Público al dirigir la investigación criminal fue motivada y fundada por una denuncia anónima. Dicha indagación se desarrolló a través un criterio subjetivo, prejuicioso, arbitrario y vehemente, sesgado, cual visión de túnel, alejándose de su mandato constitucional y de las propias órdenes generales que vienen a nutrir de contenido y de forma específica, para delitos de tráfico, el criterio objetivo a partir del cual, el Ministerio Público, debe adecuar sus actuaciones, investigando

no solo los hechos que inculpen, sino que, con el mismo celo, los que exculpen o aminoren la responsabilidad penal de la persona imputada.

Afirma que lo anterior no ocurrió, ya que la investigación se alejó del criterio objetivo, prejuzgando una situación en virtud de antecedentes insuficientes, sin adecuar su actuación a criterios objetivos, negando cualquier instrucción tendiente a confirmar la denuncia con otras medidas investigativas menos intrusivas o afectadoras de derechos fundamentales. Agrega que, una denuncia anónima -que reconoce como causa legítima para iniciar una investigación- carece del mérito para ejecutar medidas intrusivas, ni para solicitar una orden judicial para su ejecución, debiendo obtenerse una corroboración de la denuncia a través de otros medios probatorios e indagaciones menos intensas o más proporcionales.

A la luz de todo lo expuesto, estima que quedó en evidencia que, tanto los funcionarios policiales, como el propio fiscal a cargo de la investigación, quien los instruyó, incumplieron la normativa interna del Ministerio Público sobre la materia, establecida en el Oficio N° 0936/2017 del Fiscal Nacional.

La defensa considera que, en base a lo expuesto, se configura una detención ilegal por haber sido desproporcionada e inadecuada, afirmando que el Ministerio Público y los funcionarios policiales, cada uno de manera individual, actuó en contravención de la normativa interna del propio Ministerio Público específica en la materia (criterios de actuación en investigaciones sobre delitos sancionados por la Ley 20.000), además de actuar el Fiscal a cargo en contravención de su norma Orgánica Constitucional y de todo el sistema de garantías constitucionales.

En conclusión, y a pesar de haber tenido fundamento o habilitación legal para afectar la libertad de Luis Quintanilla Alarcón, los funcionarios lo detuvieron en su domicilio, cumpliendo el ordenamiento jurídico pero obrando de forma desproporcionada. La defensa sostiene y critica que, tanto en el pronunciamiento de la sentencia condenatoria, como en el curso seguido en todo el procedimiento, se actuó en base a una valoración parcial de los hechos, considerando simplemente la presencia de una sustancia controlada, reconociendo de facto, en virtud de la sola valoración empírica o causalista sobre los hechos, que la mera presencia de una determinada cantidad de droga, por el riesgo creado, es de tal magnitud que, independiente de otras valoraciones normativas, se justifica la intervención penal y, por tanto, la aplicación de una sanción punitiva, privativa de libertad en calidad de autor.

Estima que, el agravio producto de una errónea aplicación del derecho, motivada por una visión excesivamente formalista en cuanto al análisis y el procedimiento de razonabilidad aplicado, teniendo por configurado un riesgo de relevancia penal que justifica, en consecuencia, la sanción penal, al considerar solamente la peligrosidad típica de la sustancia, siguiendo un criterio en abstracto, presumiendo de derecho elementos constitutivos del delito, como lo son la antijuridicidad material y la conducta típica, incumpliendo en consecuencia la prohibición constitucional de presumir de derecho la responsabilidad penal, aplicando sanciones a conductas socialmente irrelevantes, vulnerando garantías procesales y sustantivas del debido proceso, quebrantando una aplicación sistematizada

del derecho penal, incurriendo en faltas graves al principio de integridad judicial.

**Segundo:** Que, de forma subsidiaria, la defensa fundó el arbitrio en el motivo de nulidad establecido en el artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal. Expone que la errónea aplicación del derecho se manifiesta en que el fallo califica de delito un hecho que la ley no considera tal, aplicando una pena cuando no procedía aplicar pena alguna, agregando que, lo que sanciona el artículo 8° de la Ley 20.000 es la persona que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, situación en la cual se aplicarán las sanciones contenidas en el artículo 50 y siguientes de la Ley 20.000.

Afirma que, el cultivo y cosecha de la especie vegetal cannabis sativa, que es aquello que se le reprocha a su representado, representa una etapa imperfecta o anterior al consumo final -es decir, un acto preparatorio- realizado de forma privada en su domicilio ubicado en la comuna de Calera de Tango, en el contexto de un cultivo colectivo destinado al consumo privado y terapéutico, en este caso, de un grupo cerrado e individualizado de personas, miembros de una organización con personalidad jurídica sin fin de lucro denominada “Corporación Usuarios Medicinales de Cannabis Dispensario Nacional”; quedando descartada la posibilidad de una difusión incontrolada de droga a terceras personas indeterminadas.

Sostiene que el delito analizado es de “peligro hipotético”, y que no se dará su tipicidad en aquellos casos en los que el peligro que caracteriza la acción quede totalmente excluido, porque falta la posibilidad del resultado de peligro. A mayor abundamiento, este examen sobre la real posibilidad de resultado de peligro, resulta más imperioso en el caso que nos convoca, toda vez que, el delito de cultivo de cannabis sativa en sí, castiga una conducta preparatoria para el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, es decir, la conducta en sí misma no implica una afectación al bien jurídico protegido, la sanción que se le asigna solamente es un adelanto de la barrera de la protección del derecho penal.

De las propias aseveraciones realizadas por el tribunal *a quo*, en el dictamen impugnado, se tiene por acreditada la existencia de una agrupación de personas determinadas y formalizada a través de una personalidad jurídica sin fin de lucro vigente a la fecha de los hechos que motivan la presente causa, denominada como “Corporación Usuarios Medicinales de Cannabis Dispensario Nacional”. Luego, que el mismo acusado reconoce ser el presidente de dicha Asociación, y quién mantiene el cultivo de propiedad de la misma, el cual está destinado a satisfacer el consumo terapéutico de cada uno de los socios, también acorde a las diferentes patologías y cantidades determinadas a dispensar, acorde a las recetas médicas que corresponden a cada uno de estos.

El uso o consumo que se haría del cultivo de cannabis, y el material de la misma especie cosechado, era “próximo en el tiempo”, atendida las circunstancias particulares del caso. Esto es, ponderando el número de personas que integraban la agrupación; el tipo de cultivo mantenido; la necesidad terapéutica de cada uno de estos; y, el lapso de tiempo concreto por el cuál debían mantener sin interrupción dicho consumo. No existió peligro

de difusión incontrolada de la especie vegetal cannabis sativa, no pudiendo ser probada dicha circunstancia por el ente persecutor, ni acreditada por el tribunal a quo. Todo lo contrario, se dio cuenta de un grupo cerrado de personas, que en el contexto del desarrollo de su actividad principal de cultivar cannabis para el consumo terapéutico propio, tomaron los resguardos necesarios para evitar el peligro de difusión incontrolada y la potencial afectación al bien jurídico salud pública.

Concluye que la conducta del acusado no se puede subsumir a cabalidad en el tipo del delito de cultivo ilegal de especies vegetales, como pretende el tribunal *a quo*.

**Tercero:** Que, en subsidio de lo anterior, motivó su recurso en la causal contenida en el artículo 374, letra e), en relación con el artículo 342, letra c) del Código Procesal Penal. Señala que un funcionario policial refirió que la presente causa se inició por una denuncia anónima motivada por la constancia de presencia de plantas de cannabis; señala el funcionario policial que, el denunciante no refirió que le constaba que al interior del domicilio del acusado se realizaba el tráfico o microtráfico ilícito de estupefacientes. También, el mismo funcionario relató que no se le instruyó, por parte del Ministerio Público, ninguna otra diligencia investigativa posterior a la denuncia anónima, diferente a la medida intrusiva de concurrir al domicilio de mi representado para solicitar autorización de ingreso voluntario. Por ejemplo, afirma no se le instruyó la medida de seguimiento o vigilancia discreta en contra del imputado y su domicilio.

En síntesis, el fallo impugnado no se pronuncia sobre el debate referido en párrafo anterior, sin perjuicio de ser un punto de prueba levantado por la defensa en el ejercicio de contra examen, dada la importancia que se deriva de dicha discusión, por lo que en virtud de lo expuesto, queda constancia que los sentenciadores no se hicieron cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, menos aún de la evidencia levantada por la defensa.

Por las causales enunciadas es que, en primer lugar pide anular el juicio y la sentencia, se determine el estado en que deba quedar el proceso, y se remitan los autos al tribunal no inhabilitado para que ordene la realización de un nuevo juicio oral; en subsidio, lo acoja por la causal contenida en la letra b), del artículo 373 del Código Procesal Penal, anulando solo la sentencia, y dicte, sin nueva audiencia pero separadamente, la de reemplazo que se conformare a la Ley; o en subsidio de todo lo anterior, lo acoja por la causal del artículo 374, letra e) en relación al artículo 342, letra c), ambos del Código Procesal Penal, haga lugar a éste y anule el juicio oral, invalide la sentencia dictada en aquel, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, disponiendo, en su caso, la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado llamado a conocer del nuevo juicio oral.

**Cuarto:** Que, la sentencia impugnada, en su motivo noveno, tuvo por acreditado que, *“el día 13 de agosto de 2018, alrededor de las 15:50 horas, personal policial se constituye en el domicilio ubicado en calle Camino Lonquén Norte, condominio Las Fuentes, parcela Nro. 106 Comuna de Calera de Tango, en virtud de orden de entrada y registro e incautación, sorprendiendo al imputado Luis Felipe Quintanilla Alarcón, ya individualizado, quienes mantenía una plantación y cultivo de un total de 190 plantas del Género Cannabis Sativa en proceso de crecimiento. El imputado mantenía, también, cosechados un total de 15 kilos*

*309 gramos de Marihuana a granel, la cual se encontraba distribuida en diversos contenedores. Todo esto sin contar con la debida autorización”.*

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como constitutivos del delito de cultivo de especies vegetales del género cannabis previsto y sancionado en el artículo 8 de la Ley 20.000.

Ahora, en relación a los puntos abordados en las causales del recurso de nulidad, el fallo señaló en su motivo octavo que, “... si se entiende que el delito que configura el artículo 8 de la Ley 20.000 es de peligro hipotético y por lo tanto requiere al menos que el hecho de la acusación configure una acción competente para producir un peligro para el bien jurídico como elemento material integrante del tipo respectivo de delito. En este caso, en particular, se avizora que el cultivo de especies del género cannabis sativa por el acusado pudo poner en peligro la salud pública ya que no puede entenderse que era únicamente para su consumo próximo y personal, por su cantidad -190 matas y cosechadas aprox. 15 kls.-, su estado -en cultivo y a granel- y la infraestructura armada, que excede con creces aquella dedica a un consumo propio e inmediato; todo un invernadero habilitado para el cultivo, instalación de 4 focos halógenos, 4 ventilador, 4 termómetros y un turbo calefactor. Todo aquello, en conjunto, va más allá de aquello necesario para un consumo personal y próximo en el tiempo como se insinuó, por más que se pretenda personal colectivo...”

“... Sin embargo y como ya se adelantó, debe hacerse presente además que las cantidades incautadas exceden con creces las de aquellas mencionadas en lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en rol 4949-15 citado por la Defensa en sus alegatos de apertura y cierre. En efecto, en tal fallo lo incautado se trata de 7 plantas de cannabis sativa y 45 grs. de marihuana seca a granel, frente a 190 plantas de cannabis sativa y más de 15 kls. de marihuana a granel en este caso. Por cierto, la doctrina es conteste que uno de los criterios a considerar, para el consumo próximo en el tiempo, es la cantidad incautada. Siendo una cantidad de mayor entidad, la defensa intenta fundarla en el número de miembros a la fecha de los hechos, esto es alrededor de 50 personas. Sin embargo, la propia prueba de cargo permite descartar dicha hipótesis. La perita Steinberg, señala que considerando el número de miembros y el gramaje de sus recetas, la droga a granel, sin las plantas, alcanzaban para 4.6 meses, lo que a todas luces excede un consumo próximo en el tiempo. Ello se ve agravado porque la perita consideró 50 socios, sin embargo las recetas acompañadas, no sirven para justificar el consumo próximo, ya que algunas son posteriores a los hechos -algunas incluso del año 2020- y otras se prescriben por un tiempo que a la fecha de los hechos estaba vencido. En consecuencia, esa droga podía solo ser consumida en un tiempo aun superior al sostenido por la profesional. De esta forma se descarta el consumo próximo en el tiempo, como si acontecía en el caso resuelto por la Excma. Corte Suprema, en que las cantidades y personas involucradas eran mucho menores...”

“... Que como se ve, el acusado acepta lisa y llanamente su participación en los hechos, aseverando que era quien cultivaba la cannabis en su domicilio, para la Corporación Dispensario Nacional, para el consumo personal y exclusivo colectivo los socios de tal institución, con fines medicinales corroborado por una prescripción médica obligatoria. No obstante, así como se disiente con la Defensa respecto a que el consumo sea próximo en el tiempo como ya se argumentó, además no se comparte que en este caso se trate de un consumo



*personal colectivo, en los términos de la causa rol 4949-15 de la Excma. Corte Suprema. En efecto, como principal fundamento de su teoría de caso, la Defensa hace valer el fallo de la Excma. Corte Suprema de fecha cuatro de junio de 2015, en los autos ROL 4949-2015. De su estudio, se puede sostener que principalmente la Excma. Corte, basa su decisión en el sentido y alcance de la expresión “uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo” a que condiciona el artículo 8 de la Ley N°20.000 la sanción de las conductas de cultivo conforme al artículo 50 del mismo texto. Anterior al fallo, dicha expresión generalmente se entendía al consumo individual, que no abarcaba aquellos casos en que la cannabis estaba destinada al consumo de más de una persona. Sin embargo, la Excma. Corte Suprema, descarta tal conclusión señalando que es posible un consumo personal y exclusivo, realizado por varias personas, situación que se da por las particularidades del caso analizado en ese entonces. Sin embargo, a juicio de la mayoría del Tribunal dichas consideraciones no son aplicables a este caso pues la Excma. Corte Suprema indica como uno de los principales reparos a aquella interpretación que refiere que el uso exclusivo y próximo en el tiempo es aplicable a una sola persona, y no a un uso y cultivo compartido, que el delito del artículo 8 de la Ley 20.000, no excluye la coautoría ni la participación en un delito, a menos que la naturaleza de este no la permita -lo cual no ocurre en el caso de autos. Por ende, los actos de siembra, plantación, cultivo o cosecha de las plantas realizados por dos o más personas mancomunada o concertadamente, aun cuando no todos ellos ejecuten alguno de esos actos de manera directa o inmediata, no serán sancionados conforme al art. 8° sino según el art. 50, en su caso, si justifican que la droga que obtendrían de esas plantas estaba destinada a su propio consumo. Más adelante agrega: no supone necesariamente que el uso o consumo de la sustancia obtenida de la planta deba ser realizado por un solo individuo, sino nada más que debe efectuarse única y exclusivamente por la o las mismas personas que sembraron, plantaron cultivaron o cosecharon la planta que la produce, excluyéndose entonces su uso o consumo por terceros o extraños ajenos a dichas acciones. Así la Corte en resumen concluye que a partir de los hechos acreditados en aquella oportunidad, se puede sostener que había un grupo de individuos que cultivaban para su consumo exclusivo, invocando para ello, parte de los hechos acreditados, esto es, en síntesis que el consumo de cannabis tenía por objeto un uso ‘en un ejercicio colectivo o grupal de carácter ritual en que participa la acusada, en el marco de un proyecto de vida desarrollado al interior de la institución Triagrama del que forma parte, del cual es cofundadora y que es guiado por la acusada junto a otras dos personas que entre sus actividades se consagran de manera mística a la especie vegetal señalada, y que acorde a las convicciones colectivas que mantienen como agrupación, permitirían la evolución del ser humano y por ende de quienes participan en tales prácticas, objetivo al que se tiende mediante el desarrollo espiritual de cada persona y la ampliación de conciencia sobre mayores aspectos de la realidad, cuestión que es precisamente potenciada con el uso de cannabis, conforme aprendizajes que han ido descubriendo de diversos referentes que usan dichas técnicas en que se sirven de plantas enteógenas o psicoactivas así como otras prácticas dirigidas al mismo objetivo, tales como danzas, ejercicios corporales, meditación, contemplación y silencio’. Sin embargo, el caso de autos difiere de aquel. La doctrina estima que la coautoría exige que las conductas deban enmarcarse en las hipótesis del artículo 15 N° 1 primera parte Código Penal -actos típicos propiamente tales, ejemplo el homicida que entierra el cuchillo-, o segunda parte, que pueden no ser típicos, pero están íntimamente*

*relacionados con aquellos, denominados actos ejecutivos -el individuo que sujeta a la víctima mientras el otro le da la estocada mortal-. Otra parte de la doctrina indica que pueden considerarse coautores aquellos cuyas conductas se enmarcan en el artículo 15 N° 3 Código Penal -que realmente se trata de una forma de participación que la Ley Chilena asimila a la autoría para efectos de pena-. Sin embargo, con una interpretación restrictiva de la autoría, que evita la aplicación desmesurada de la disposición, se exige por algunos autores, que aquellos que prestan medios para la comisión del ilícito previo concierto, lo hagan de una forma que signifique un aporte funcional de importancia, o esencial para el desarrollo de la actividad. Así, haciendo un análisis de los testimonios de los socios de la corporación, no es posible colegir alguna conducta que se enmarque dentro de actos típicos o acciones ejecutivas -artículo 15 N°1 del citado código punitivo-...”*

*“... La Defensa pretende entonces, con la prueba de exculpación ya analizada, señalar que por el hecho de estar destinada la droga a un consumo cerrado por un grupo de personas en una corporación, no se afecta en definitiva la salud pública. Los jueces de mayoría discrepan de tal afirmación, puesto que los delitos establecidos en la Ley 20.000, lo que pretenden proteger es el bien jurídico salud pública, entendido como la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que puede verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas (Lecciones de Derecho Penal, parte especial, Matus Ramírez, Politoff, segunda edición página 574). Más adelante, los mismos autores agregan, la medida del peligro para estos bienes jurídicos se encuentra en la posibilidad de difusión incontrolable de sustancias prohibidas, ya que de ese modo tales sustancias son puestas a disposición de los consumidores finales (misma página). Así, considerando la gran cantidad de droga incautada, y que no pudo justificarse que toda ella está destinada a un consumo personal y exclusivo como se viene desarrollando, existe posibilidad de una difusión incontrolada de la cannabis. En el mismo sentido al haberse acreditado falta de autorización del SAG, como exige el artículo 9 de la Ley 20.000, no existe fiscalización alguna respecto de dichos cultivos, incidiendo nuevamente en la posibilidad de difusión incontrolada, poniendo el peligro el bien jurídico. Los cuestionamientos de la defensa en cuanto a que dichas autorizaciones son solamente dadas a empresas o cultivos de carácter industrial, se contraponen al mismo artículo 9 de la Ley 20000, que posibilita la autorización a personas naturales...”*

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

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

**Séptimo:** Que a fin de dirimir lo planteado por el recurrente, desde que las circunstancias que motivaron el ingreso al domicilio del imputado fueron materia de prueba y debate en el proceso, es menester estarse a lo asentado por los jueces de la instancia al ponderar las evidencias aportadas a la litis, sin que sea dable que, para tales efectos, esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, efectúe una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado, porque ello quebranta de manera evidente las máximas de oralidad, inmediatez y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal, ya que implicaría que este tribunal de nulidad diera por acreditados hechos distintos y opuestos a los que los magistrados extrajeron de esos elementos, no obstante que los jueces apreciaron íntegra y directamente su rendición, incluso el examen y contra examen de los contendientes, así como hicieron las consultas necesarias para aclarar sus dudas, y de aceptarse, entonces la tesis del recurrente, simplemente transformaría a esta Corte, en lo atinente a los hechos en que se construye esta causal de nulidad, en un tribunal de segunda instancia, lo cual, huelga explicar, resulta inaceptable.

**Octavo:** Que como se ha dicho en ocasiones anteriores por esta Corte, el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (entre otras, SCS N°s 7.178-2017, de 13 de abril de 2017; 9.167-2017, de 27 de abril de 2017; 20.286-2018, de 1 de octubre de 2018; 28.126-2018, de 13 de diciembre de 2018; 13.881-2019, de 25 de julio de 2019; y, 25.389-2021, de 18 de agosto de 2021).

**Noveno:** Que, en ese orden, conforme al sustrato fáctico establecido por los jueces orales, el fallo tuvo por cierto que los funcionarios policiales luego de haber recibido una denuncia anónima en relación a la plantación de especies vegetales del género cannabis en el domicilio del acusado, concurriendo a dicho lugar y ante la negativa de obtener una autorización voluntaria de entrada y registro, motivó la solicitud al fiscal para obtener judicialmente dicha autorización, ingresando personal policial al lugar encontrando las especies vegetales referidas.

**Décimo:** Que, en cuanto al reproche formulado por la supuesta inobservancia a las instrucciones generales impartidas por el Fiscal Nacional, en lo relativo al tratamiento que debe otorgarse a las denuncias anónimas en delitos contemplados en la Ley 20.000, cabe precisar que, dentro de las atribuciones asignadas al Fiscal Nacional, contenidas en

el artículo 17 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, se encuentra la de dictar instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delitos, el ejercicio de la acción penal, y la protección de víctimas y testigos. Los instructivos son precisamente aquellas instrucciones de carácter general que el Fiscal Nacional, como jefe superior del ente persecutor y responsable de su funcionamiento, en uso de sus facultades y atribuciones legales, dicta para el cumplimiento de las finalidades ya expresadas y no pueden entenderse como requisitos adicionales a aquellos establecidos por la Carta Fundamental y por el legislador procesal penal para la validez de los actos del procedimiento.

**Undécimo:** Que, de ese modo, los policías actuaron conforme a las facultades concedidas por la ley, previa instrucción del fiscal y autorización del juez de garantía y, por consiguiente, los sentenciadores del fondo que valoraron la prueba proveniente de dichas actuaciones no afectaron los derechos referidos en el recurso, motivos por los cuales el primer capítulo de la causal del arbitrio de nulidad impetrado debe ser desestimada.

**Duodécimo:** Que, en lo que guarda relación con la primera causal propuesta a título subsidiario, su centro argumentativo radica en que el supuesto de haberse calificado como delito un hecho que la ley no califica como tal, dado que no existiría peligro de tráfico de estupefacientes, no afectándose el bien jurídico protegido, por cuanto el cultivo estaría dirigido a suplir de cannabis a los miembros de la asociación que preside el acusado, dado el volumen, el número de asociados y sus necesidades terapéuticas.

**Decimotercero:** Que, conviene precisar que el hecho que tuvieron por acreditado los sentenciadores del fondo -inamovible para este Tribunal por la causal propuesta- estriba en que el cultivo de especies del género cannabis sativa por parte del acusado, pudo poner en peligro la salud pública ya que no es dable entender que era únicamente para su consumo próximo y personal, por su cantidad, su estado y la infraestructura armada, que excede con creces aquella para un consumo propio e inmediato; todo un invernadero habilitado para el cultivo, instalación de cuatro focos halógenos, cuatro ventiladores, cuatro termómetros y un turbo calefactor.

Todo aquello, en conjunto, va más allá de aquello necesario para un consumo personal y próximo en el tiempo como se insinuó, por más que se pretenda uno de carácter personal y colectivo. Asimismo, establecieron que las cantidades incautadas excedieron con creces las de aquellas mencionadas en lo resuelto por este Tribunal en el ingreso N° 4.949-2015 -citado por la defensa- en sus alegatos de apertura y cierre. En efecto, en tal fallo lo incautado versó sobre siete plantas de cannabis sativa y 45 gramos de marihuana seca a granel, frente a 190 plantas de cannabis sativa y más de 15 kilos de marihuana a granel en este caso.

**Decimocuarto:** Que, en base a lo expresado previamente, la conducta en la cual incurrió el imputado es aquella establecida en el artículo 8°, de la Ley 20.000, el cual dispone: *“El que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado*

*mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, caso en el cual sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes”.*

En razón de lo anterior es que los sentenciadores del grado al sancionar la conducta como lo hicieron no cometieron en yerro que se denuncia.

**Decimoquinto:** Que, finalmente, en lo tocante al segundo motivo de nulidad subsidiario explicitado a través de la proposición de la causal de la letra e), del artículo 374 del Código Procesal Penal, en armonía con el artículo 342, letra c) del mismo cuerpo de leyes, cabe reiterar que ella se refiere a la omisión, en la sentencia, de alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, indicando que ello ocurre en relación a los elementos que la letra c) de esta última disposición ordena observar, esto es: *“La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y la valoración de los medios de prueba que fundamentare dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”.* A su vez, esta última norma prescribe *“Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiese desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.*

En relación a esta causal la defensa reprocha una supuesta falta de ponderación y omisión respecto a uno de los testigos de cargo.

**Decimosexto:** Que, sobre la motivación de una sentencia, como lo ha señalado esta Corte Suprema, se ha resaltado la importancia que todo fallo cumpla con los fundamentos de claridad, congruencia, armonía y lógica en los razonamientos que deben observar los fallos (Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XXV, Sección 1ª, 1928, p. 156.). En esto ha resuelto la jurisprudencia nacional que hay ausencia de fundamento tanto cuando este se encuentra ausente, como cuando la ausencia es parcial o son insuficientes los expresados, al igual que en el evento de existir incoherencia interna, arbitrariedad y falta de razonabilidad; y que la motivación de las sentencias constituye una faceta o cariz de un justo y racional procedimiento como exige nuestra carta fundamental, que debe cumplirse, por ser esta la ocasión en que el Estado, por medio del órgano jurisdiccional, responde al derecho de petición y especialmente a la acción intentada en el proceso, lo cual, sin duda, debe tener en consideración el tribunal superior al revisar eventualmente la decisión (entre otras, SCS N°s 8.314-2009, de 27 de enero de 2011; 8.167-2008, de 21 de diciembre de 2010; y, 3.696-2008, de 21 de diciembre de 2010).

**Decimoséptimo:** Que, en cuanto al punto abordado por la causal en análisis, cabe advertir que el recurso se construye sobre la base de sostener hechos distintos a los establecidos por la sentencia, puesto que, la propia descripción de los fundamentos de la causal

dan cuenta que ella en realidad plantea una discrepancia de las conclusiones extraídas por los jueces del fondo, en su fundamento octavo, que contiene una exposición clara de los hechos que se han dado por probados y los motivos por los cuales se arribó a dichas conclusiones desvirtuándose las argumentaciones de la defensa, dejando en evidencia que el recurso pretende una nueva valoración de la prueba, proceso que está entregado exclusivamente a los jueces de la instancia y sujeto a cautelas procesales que han sido sobradamente respetadas en este caso.

**Decimoctavo:** Que, es necesario recordar que en un recurso como el de la especie, no ha sido dada a esta Corte la facultad de realizar una nueva ponderación de los elementos de prueba vertidos en el juicio oral, puesto que ello atenta contra el principio de inmediatez y supera los límites de la nulidad. Por el contrario, la argumentación del impugnante se dirige en este sentido, por cuanto cuestiona la prueba producida por el ente persecutor, mediante el análisis de pasajes aislados y las conclusiones que de ella extraen los sentenciadores, sin atacar -como supone la causal de nulidad en examen- el razonamiento del fallo que plasma el análisis global de la prueba rendida, en cuanto éste debe ajustarse a las reglas de la sana crítica, respetando las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados.

**Decimonoveno:** Que entonces, en oposición a lo explicitado en el recurso que se revisa, la sentencia atacada sí permite reconstruir el razonamiento desplegado por los jueces en el establecimiento de los hechos y justifica las opciones fácticas y jurídicas asumidas, aspectos todos que satisfacen sobradamente las prescripciones del legislador procesal en la materia, de manera que al no haber sido acreditadas las hipótesis de infracción a la forma de las sentencias que se han pretendido, y que han sido establecidas como cautela del derecho a una decisión razonada, la impugnación deberá ser desestimada.

**Vigésimo:** Que, de acuerdo a lo expresado, el recurso en análisis será rechazado.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Luis Felipe Quintanilla Alarcón, en contra de la sentencia de quince de mayo de dos mil veintiuno, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, en los autos RUC 1.800.713.062-3, RIT 31-2021, declarándose que ésta y el juicio oral que le precedió **no son nulos**.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Llanos.

**N° 36.857-2021.**

**UNIDAD  
DE COOPERACIÓN  
INTERNACIONAL  
Y EXTRADICIONES**

# EXTRADICIÓN ACTIVA: TRÁMITES ADMINISTRATIVOS - DIPLOMÁTICOS POSTERIORES A LA DECISIÓN DE LA CORTE DE APELACIONES Y LA SOLICITUD DE GARANTÍAS O SEGURIDADES DIPLOMÁTICAS POR EL ESTADO REQUERIDO

Francisco Andaur Suárez<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

La extradición es la “Entrega que se hace por un país a otro de un individuo al que se acusa de un delito, a fin de que el último lo juzgue o proceda al cumplimiento de la sentencia en el caso respectivo”<sup>2</sup>.

En este sentido, la extradición es un proceso judicial que tiene lugar en el Estado de origen de la solicitud, reglado por la legislación interna de dicho Estado que permite que un asunto se sustraiga de su jurisdicción, transmitiendo su intención de juzgar o dar cumplimiento una sentencia condenatoria penal hacia el territorio de un Estado diverso. Para que el Estado requerido acceda a la petición y proceda a la entrega de acuerdo a las reglas del tratado o convención aplicable o, en su defecto, a los principios generales del derecho internacional en la materia, se debe cumplir nuevamente con las reglas y requisitos procesales establecidos en su legislación interna.

---

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

<sup>2</sup> CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 7ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica, 2005, Tomo 1, p. 218.



La extradición, de acuerdo a su impulso inicial, será activa cuando se aprecie desde la perspectiva del Estado solicitante. En el caso de Chile, tendrá lugar cuando sea el Ministerio de Relaciones Exteriores, a petición de la Corte de Apelaciones respectiva, quien solicite a un país extranjero poner a disposición de las autoridades judiciales chilenas a los imputados o condenados por la justicia por un delito que tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año<sup>3</sup>. Por otro lado, la extradición será pasiva cuando se observe desde el Estado requerido, vale decir, si un país extranjero solicita a Chile la entrega de individuos que se encontraren en el territorio chileno y que en dicho país requirente estuvieren imputados de un delito o condenados a una pena privativa de libertad de duración superior a un año<sup>4</sup>. De esta manera, la extradición activa y la pasiva representan dos caras de un mismo procedimiento.

Debido a su carácter internacional, como mecanismo de cooperación, la extradición puede ser comprendida tanto como un procedimiento judicial o como un procedimiento administrativo-diplomático, encontrando su completitud en la concurrencia de todos estos elementos de naturaleza copulativa. De este modo, la extradición debe ser advertida como un instituto complejo, en el cual se interrelacionan varios elementos de carácter legal, judicial y administrativos de un Estado con otro.

En el presente trabajo se realizará una somera caracterización del procedimiento de extradición activa reformada en Chile, teniendo en cuenta su carácter administrativo-diplomático. Se analizará particularmente la última etapa del trámite en territorio nacional, las comunicaciones diplomáticas y la decisión del país extranjero de conceder o rechazar la solicitud, oportunidad en que los Estados requeridos pueden valerse de las llamadas garantías diplomáticas. Se realizará un análisis en profundidad sobre su concurrencia, cuestiones referidas a su relación con la protección internacional de los derechos humanos, y el tratamiento que han tenido por parte de los órganos intervinientes en el procedimiento de extradición en Chile, su estado actual y los desafíos que representan a futuro.

## II. CARACTERIZANDO EL PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

La extradición en Chile es eminentemente Judicial, pero subsiste en ella un elemento administrativo-diplomático claro. Por lo anterior, nuestro sistema extradicional puede ser considerado un sistema mixto<sup>5</sup>. En el trámite de la extradición activa, como en la pasiva, concurrirán siempre, en mayor o menor medida, el Poder Judicial y el Ejecutivo, incluyendo otros actores inclusive, como es el caso del Ministerio Público que cumple un rol específico en ambos tipos de extradición.

Es importante tener plena claridad que este carácter mixto tiene que ver con lo meramente procedimental, relativo a las comunicaciones y revisiones de forma de los envíos

3 NÚÑEZ, J. Cristóbal. *Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral*. 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003, p. 483.

4 *Ibid.*

5 AIAMP, Asociación Ibero Americana de Ministerio Públicos. Extradición Chile [en línea]. Disponible en: <https://www.aiamp.info/index.php/paises/chile/fichas-aiamp-chile/extradicion-chile-3> [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2021].

y recibos de las solicitudes formales. La decisión sobre una extradición en Chile es Judicial, no concurriendo el Ejecutivo a este respecto, como sí ocurre tradicionalmente en algunas legislaciones de otras latitudes. Este elemento toma especial relevancia en la entrega de requeridos en materia de extradición pasiva, donde será un Ministro Instructor de la Corte Suprema quien accederá o declinará la solicitud, pudiendo ser revisada su decisión por la Corte Suprema, pero nunca por el Ejecutivo.

En la práctica, el rol de Autoridad Central del Ministerio de Relaciones Exteriores en la materia está establecido en la mayoría de los tratados internacionales suscritos en la especie, monopolizando las comunicaciones por la vía diplomática<sup>6</sup>, encargándose de revisar a priori las cuestiones formales de entrada y salida de pedidos y solicitudes de extradición. La extradición se trata de una comunicación de Estado a Estado, como es fácil de prever, no puede ser realizada como un mero acto judicial, pues las jurisdicciones se agotan una vez superada la barrera de las fronteras de cada territorio, donde los países pueden ejercer su soberanía<sup>7</sup>.

### III. LA EXTRADICIÓN ACTIVA EN CHILE

En particular, en este trabajo se enfocará en los elementos administrativo-diplomáticos de la tramitación de la extradición activa, sin analizar los requisitos específicos del procedimiento. Con el solo fin de contextualizar el procedimiento, se realizará una breve revisión de la legislación nacional en la materia.

La extradición se encuentra regulada como un procedimiento especial en el Código Procesal Penal en el Libro IV, título VI, párrafo 1° relativo a la extradición activa y el párrafo 2°, concerniente a la extradición pasiva. Las reglas de la extradición activa están ubicadas entre los artículos 431 y 439, donde se establecen sus requisitos de procedencia y las cuestiones de forma y fondo que debe tomar en cuenta, tanto el Juez de Garantía como la Corte de Apelaciones respectiva, para acceder a la solicitud de extradición de un imputado por un delito cometido en Chile, que se encuentre actualmente en territorio extranjero, a solicitud del Ministerio Público o el querellante, los únicos legitimados para estos efectos.

El contenido de este texto es, a la vez, tan especialísimo como acotado, dejando un amplio espectro disponible para la decisión de los tribunales en la aplicación de sus reglas. En efecto, existe actualmente un Proyecto de Ley, presentado por mensaje de S.E el Presidente de la República ante la Cámara de Diputados, para perfeccionar los procedimientos penales en materia de extradición, el cual se ahondará más adelante.

A lo anterior se debe agregar que, además de las normas legales o internas, la extradición está regida en gran parte por el Derecho Internacional, existiendo en la especie numerosos

<sup>6</sup> Los primeros tratados de extradición ratificados por Chile datan de la última mitad del siglo XIX, en todos ellos se establecía que la solicitud o demanda de extradición debía comunicarse por la vía diplomática. La misma fórmula quedó establecida en la mayoría de los tratados signados con posterioridad donde se referencia a los Ministerios de Relaciones Exteriores, tanto en los tratados bilaterales, como en aquellos acuerdos o convenciones multilaterales. Finalmente, tanto el Código de Procedimiento Penal como el "nuevo" Código Procesal Penal establecen que será el Ministerio de Relaciones Exteriores el encargado de realizar las gestiones diplomáticas necesarias para obtener la extradición de un requerido por la justicia chilena.

<sup>7</sup> GARRIDO MONTT. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2010, Tomo I, p. 129.

tratados bilaterales, multilaterales específicos sobre extradición y acuerdos o convenciones internacionales que contemplan disposiciones en la materia, los cuales han sido firmados y ratificados por Chile y que se encuentran actualmente vigentes. Lo anterior, se suma a los “principios del derecho internacional sobre extradiciones”, y las normas del derecho internacional que resulten aplicables en materia de protección de los derechos humanos, estas son, principalmente lo relativo a las normas del debido proceso, la prevención de la tortura, la pena de muerte y en general el contenido del *ius cogens*<sup>8</sup>.

#### IV. DECISIÓN QUE ACCEDE A LA SOLICITUD DE LA EXTRADICIÓN ACTIVA POR LA CORTE DE APELACIONES

La decisión de solicitar una extradición a un Estado extranjero recae en la Corte de Apelaciones y su trámite se encuentra reglado en el artículo 436 del Código Procesal Penal. Lo relativo al fallo que acoge la solicitud se trata en el Art. 436 al siguiente tenor “(...) *En caso de acoger la solicitud de extradición, la Corte de Apelaciones se dirigirá al Ministerio de Relaciones Exteriores, al que hará llegar copia de la resolución de que se trata en el artículo anterior, pidiendo que se practiquen las gestiones diplomáticas que fueren necesarias para obtener la extradición.*

*Acompañará, además, copia de la formalización de la investigación que se hubiere formulado en contra del imputado; de los antecedentes que la hubieren motivado o de la resolución firme que hubiere recaído en el procedimiento, si se tratare de un condenado; de los textos legales que tipificaren y sancionaren el delito, de los referentes a la prescripción de la acción y de la pena, y toda la información conocida sobre la filiación, identidad, nacionalidad y residencia del imputado.*

*Cumplidos estos trámites, la Corte de Apelaciones devolverá los antecedentes al tribunal de origen”.*

En contra de la resolución mencionada, no procede recurso alguno<sup>9</sup> y da pie a lo que se conoce como la etapa “administrativa”<sup>10</sup> - diplomática de la extradición, momento en que la tramitación judicial en territorio nacional queda en suspenso hasta la decisión del Estado extranjero, iniciándose la tramitación por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores que deberá dar curso a la solicitud. En este punto se debe aclarar que, no obstante ya se ha hablado del Ministerio de Relaciones Exteriores, aún no se ha agotado la tramitación de la extradición en la Corte de Apelaciones respectiva con el fallo que accede a la solicitud, pues existe la gestión administrativa relativa a la formación del cuaderno de extradición. Esta labor es competencia de la Corte de Apelaciones respectiva y reviste vital importancia pues el contenido de este expediente es lo único que tendrá a la vista

8 Una norma imperativa de derecho internacional general o *ius cogens* es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 53.

9 Artículo 435 Código Procesal Penal.

10 SOTO BETANCOURT, Daniel. “El Procedimiento de Extradición ante la Legislación Chilena y su Tramitación en los Juzgados de Garantía”. En: *Revista jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2017, p. 94.

el Estado requerido a la hora de examinar los antecedentes del caso y decidir finalmente sobre su procedencia.

La falta de reglas preestablecidas para esta etapa administrativa del procedimiento de extradición activa que aún corresponde al Poder Judicial, se subsanó en la práctica con un Protocolo de Estandarización<sup>11</sup> de la tramitación de la extradición activa, acordado entre la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones. Dicho documento, en cuya elaboración participaron el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio Público<sup>12</sup>, estuvo a cargo de la Dirección de Asuntos Internacionales y Derechos Humanos de la Corte Suprema. Fue aprobado por el pleno de la Corte y considera un acápite en particular relativo a la formación del cuaderno de extradición y los documentos que debe contener, en atención al tipo de solicitud de la que trate el pedido, agregando un modelo de oficio que es utilizado por las Cortes a la hora de remitir los antecedentes al Ministerio de Relaciones Exteriores<sup>13</sup>.

Adicionalmente, se hace mención expresa de los ocasionales pedidos de información complementaria o garantías para la entrega de un requerido por parte de un Estado extranjero durante la tramitación de una extradición activa, tema que motiva el presente trabajo y que será estudiado en profundidad más adelante<sup>14</sup>.

## V. EL ROL DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

*“Es el principal colaborador del Jefe de Estado o del Gobierno para la elaboración de la política exterior, el encargado de ponerla en ejecución y de conducir las relaciones diplomáticas con las demás potencias amigas. Es quien hace el papel de nexo entre aquel y el Servicio Exterior del país”<sup>15</sup>.*

En nuestro ordenamiento jurídico, es el Ministerio de Relaciones Exteriores la Autoridad Central en materia de Extradición, siendo la entidad nacional que opera como punto de contacto único, encargada de recibir y remitir oficialmente todas las comunicaciones de otros Estados, para darles cumplimiento o para transmitirlos a la autoridad que fuere competente<sup>16</sup>. En este sentido, la extradición es un procedimiento que se encuentra regulado principalmente como un proceso judicial ante los Juzgados de Garantía y las Cortes de Apelaciones respectivas quedando la substanciación de la labor que ejerce el

<sup>11</sup> Corte Suprema, Dirección de Asuntos Internacionales y Derechos Humanos, Protocolo de Estandarización de Extradiciones Activas reformadas. Oficio N°AD-888-2018. Aprobado por el Pleno de la Excelentísima Corte Suprema a fecha 04 de junio de 2019 y comunicado a todas las Cortes de Apelaciones del país.

<sup>12</sup> Oficio N°02-2020 que Remite Informe Cuenta de la DAIDH año 2019, Informe de actividades año 2019. N° II Enlace internacional. c) Extradiciones, 2) Aprobación por el Pleno de la propuesta de estandarización de la tramitación de las extradiciones activas reformadas.

<sup>13</sup> PLATT, Sebastián. *Estudio sobre la regulación de la extradición activa en Chile. Elementos de doctrina y jurisprudencia* [en línea]. Santiago, Chile, Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2020, p. 48. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/175703> [fecha de consulta: 12 de enero de 2022].

<sup>14</sup> Ídem, Anexo III, texto del Protocolo interno sobre tramitación de extradiciones activas reformadas.

<sup>15</sup> JARA, Eduardo. *La Función Diplomática*. 1ª ed., Santiago, Chile, PNUD CEPAL, 1989, p. 21.

<sup>16</sup> HERNÁNDEZ, Álvaro. “Extradición pasiva y rol del Ministerio Público”. En: *Revista jurídica del Ministerio Público*, N° 67, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2016, p. 121.

Ministerio de Relaciones Exteriores en esta materia sin regulación legal alguna<sup>17</sup>, siendo a través de la práctica, los usos establecidos en la larga tradición de la actividad extraditacional que se le ha encomendado y las relaciones entre los diferentes órganos que intervienen en el procedimiento que se ha dado forma a los trámites y pasos que se deben seguir una vez la Corte de Apelaciones accede a la solicitud de extradición.

En el caso particular, el artículo 437 del Código establece lo siguiente respecto a la tramitación del fallo que acoge la solicitud de extradición activa: *“(...) El Ministerio de Relaciones Exteriores legalizará y traducirá los documentos acompañados, si fuere del caso, y hará las gestiones necesarias para dar cumplimiento a la resolución de la Corte de Apelaciones. Si se obtuviere la extradición del imputado, lo hará conducir del país en que se encontrare, hasta ponerlo a disposición de aquel tribunal.*

*En este último caso, la Corte de Apelaciones ordenará que el imputado sea puesto a disposición del tribunal competente, a fin de que el procedimiento siga su curso o de que cumpla su condena, si se hubiere pronunciado sentencia firme”.*

Como se puede observar, nuestra legislación resume en este par de líneas la labor del Ministerio de Relaciones Exteriores y los pasos que se siguen en el Estado extranjero, refiriéndose solamente a conducir las gestiones necesarias para dar cumplimiento a la resolución de la Corte de Apelaciones respectiva, planteando la situación en que la extradición sea concedida y como la Corte de Apelaciones debe ordenar poner al requerido a disposición del Tribunal Competente. De acuerdo a lo descrito, se tiene certeza al menos, que es el Ministerio de Relaciones Exteriores el encargado de realizar las gestiones diplomáticas necesarias a fin de comunicar en forma a las autoridades competentes de los países que fueren necesarios para lograr la extradición de un individuo requerido por la justicia chilena. Lo anterior es consumado a través de su Dirección General de Asuntos Jurídicos, entidad encargada de llevar adelante la cooperación jurídica internacional, especialmente en materia de extradiciones<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> El último texto legal que trató explícitamente esta materia fue el Decreto con Fuerza de Ley N° 304 que Aprueba La Ley Orgánica Del Ministerio De Relaciones Exteriores de 1960, donde se hacía expresa mención a resolver lo relativo a las extradiciones activas y pasivas en el número 12 del artículo 2, relativo a las funciones exclusivas del Ministerio de Relaciones Exteriores. Dicho cuerpo legal fue derogado en 1963, sin una norma de reemplazo en esta materia particular.

<sup>18</sup> El día 21 de septiembre de 2021 se publicó el Decreto N° 41 que Aprueba reglamento que determina la organización interna de la subsecretaría de relaciones exteriores y las denominaciones y funciones que corresponden a cada una de sus unidades, en virtud del artículo 13 inciso final de la Ley 21.080. Se encuentra en período de vacancia para entrar en vigencia en marzo de 2022, transcurridos 6 meses desde su publicación en el Diario Oficial. En la materia referida, el artículo 98 pone término a un largo silencio legal en cuanto a la descripción del rol de la Dirección General de Asuntos Jurídicos (DIGEJUR) en materia de extradición en los siguientes términos: Párrafo 5° De la Dirección de Asuntos Jurídicos, Sección 4ª, De la División de Cooperación Judicial. Artículo 98.- *La División de Cooperación Judicial tendrá, entre otras, las siguientes funciones: c) Coordinar las actuaciones administrativas y diplomáticas que disponen los Códigos de Procedimiento Penal y Procesal Penal para obtener las extradiciones activas y, si fuere el caso, para conducir al requerido en extradición al país y ponerlo a disposición del tribunal requirente; d) Recibir y cursar las solicitudes de extradición pasivas y, si fuere el caso, coordinar las actuaciones administrativas y diplomáticas conducentes a la entrega del reclamado a las autoridades del Estado requirente; e) Participar en las redes internacionales de operadores jurídicos, con el propósito de facilitar los flujos de requerimientos de asistencia internacional y de extradición, adoptando procedimientos que procuren una mayor eficacia en la cooperación jurídica internacional; y f) Evaluar periódicamente la operatividad de los tratados bilaterales y multilaterales vigentes en el ámbito de la cooperación jurídica internacional y la necesidad de actualizar dichos instrumentos.*

Actualmente en la práctica extradicional chilena, cada solicitud se cursa de acuerdo al país al que va dirigida, en atención al tratado aplicable y a las relaciones previas que se tengan con dicho Estado. En función de esto, se debe tener en cuenta el idioma del pedido de extradición, la autoridad a la que deberá ser remitido, las copias y documentos que debe contener, la necesidad de legalizar los documentos, entre otros.

La intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores entonces, se trata principalmente de recibir de parte de las Cortes de Apelaciones respectivas los expedientes o carpetas de extradición y las solicitudes de detención previa con fines de extradición en caso de que concurra, proceder a su traducción y finalmente remitirlos formalmente a la autoridad competente del Estado requerido. El contenido material de estos expedientes dependerá si se trata de un pedido para juzgamiento o para cumplimiento de condena y los requisitos específicos del tratado en que se funde.

### Formalización de la solicitud de extradición

Cumplidos los trámites descritos y teniendo el expediente preparado, el pedido formal de extradición es realizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Esta gestión se refiere a una comunicación, mediante oficio, por parte del Director General de Asuntos Jurídicos hacia la embajada o consulado en territorio del Estado requerido, para que esta se sirva de “solicitar a las autoridades locales competentes la tramitación de esta solicitud de extradición activa”<sup>19</sup> haciendo expresa alusión al tratado de extradición en que se funda la solicitud y aportando los datos suficientes que permitan individualizar el proceso en Chile. En el territorio extranjero, el cónsul, o funcionario de la embajada que corresponda, realizará la solicitud formal de la extradición a la autoridad que recaiga, generalmente el Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante una nota diplomática<sup>20</sup>. Entendiéndose con este trámite formalizado el pedido de extradición.

Acompañando a dicho oficio, y posteriormente a la nota de solicitud formal, se adjunta el expediente de extradición, el cual contiene todos los antecedentes relativos al proceso en que se pide la extradición, los elementos suficientes para identificar al requerido, aquellos requisitos especiales del tratado aplicable, certificaciones y copias de documentos que fueren necesarias, fundamentos probatorios, la apostilla, etc.

### La extradición activa en Chile, es una extradición pasiva en el país requerido

Formalizado el pedido de extradición, comienza la tramitación en el país requerido, quien de acuerdo a su propia legislación, lo establecido en el tratado que funda la solicitud de extradición y los principios del derecho internacional en lo relativo a la extradición, de-

<sup>19</sup> Esta es la redacción común de este tipo de oficios de comunicación, la cual se repite en la mayoría de las solicitudes de extradición casi con exactitud.

<sup>20</sup> “Nota diplomática o Nota Es la forma más solemne de correspondencia entre una Embajada y un Ministerio de Relaciones Exteriores, o viceversa. La nota diplomática, conocida también simplemente por Nota o por Nota firmada, es una comunicación escrita, redactada en primera persona, y firmada por el Jefe de una Misión diplomática, un Ministro de Relaciones Exteriores o por otra alta autoridad de esa repartición”. JARA RONCATI, ob. cit., p. 182. En algunas resoluciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, relativas a la reserva de las notas se les ha definido como “comunicaciones formales que se intercambian entre dos Estados a través de las Misiones Consulares y la Cancillería del Estado receptor, referidas a cuestiones oficiales entre ambos Estados, enmarcándose en la práctica diplomática de la reserva de dichas comunicaciones”. Ministerio de Relaciones Exteriores, Resolución exenta N°1681, de 04 de mayo de 2017.

cidirá su procedencia. En general, en esta etapa el trámite no tiene diligencias en Chile, a excepción de la circunstancia eventual de solicitar antecedentes complementarios u otra petición que puede surgir en el trámite de la extradición de acuerdo a las normas del Estado requerido. Es recurrente que, de acuerdo a lo anterior, se generen comunicaciones espontáneas por parte de la autoridad del Estado extranjero dando cuenta del estado de avance de la solicitud y de las diligencias que se van cumpliendo en miras de ejecutar el pedido de extradición.

El Ministerio de Relaciones Exteriores, en su rol de Autoridad Central, obra como canal oficial de comunicación entre Chile, como Estado requirente, y el Estado requerido. Las comunicaciones descritas son transmitidas mediante nota o mensaje a las embajadas de Chile en territorio extranjero, y luego transmitidas al Ministerio de Relaciones Exteriores quien comunica estos antecedentes a través de la Dirección de Asuntos Jurídicos a la Corte de Apelaciones respectiva y el Ministerio Público.

Dentro de los escenarios que se pueden dar en este estadio de la tramitación, existe la posibilidad de que el Estado requerido solicite de la autoridad chilena la concesión de las denominadas Garantías Diplomáticas. También conocidas como seguridades, son usuales en la práctica, especialmente con aquellos países que las consideran como un requisito interno dentro de su legislación ante la concurrencia de ciertas circunstancias, o simplemente al enfrentarse a la decisión sobre una extradición a solicitud de un Estado extranjero.

## VI. LAS GARANTÍAS O SEGURIDADES EN EL PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN ACTIVA

En el contexto del traslado de una persona de un Estado a otro, el país requerido puede solicitar al requirente ciertos compromisos para salvaguardar el respeto de las garantías del reclamado de acuerdo a las condiciones de su propia legislación o del derecho internacional de los derechos humanos. Estos acuerdos son las denominadas *Garantías diplomáticas*, también *Seguridades diplomáticas* o simplemente *seguridades*<sup>21</sup>. El concepto de garantía diplomática, como está establecido en la nota del ACNUR en la materia, “*se refiere al compromiso del país receptor de que la persona en cuestión (persona trasladada) sea tratada de acuerdo con las condiciones establecidas por el país remitente o, en términos más generales, de conformidad con sus obligaciones de derechos humanos, según el derecho internacional*”<sup>22</sup>.

La comunicación de estas solicitudes se realiza por la vía diplomática, siendo una comunicación formal de Estado a Estado a la cual se puede supeditar la concesión o no de una extradición. A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto que en cuestiones de extradición, las notas diplomáticas son el medio de comunicación estándar para la solicitud de cualquier garantía al Estado requirente que el Estado re-

21 Estos conceptos son usados en general como sinónimos, en inglés son conocidas como *diplomatic assurances* o *guarantees*. En este trabajo se utilizará el concepto de garantía diplomática y seguridad para describir indistintamente los acuerdos entre Estados en el contexto de un procedimiento de extradición, referido a compromisos solicitados como requisito para la entrega de un reclamado.

22 ACNUR, Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados, Ginebra, 2006, p. 2.

querido considere necesaria para acceder a la extradición<sup>23</sup>. Las notas diplomáticas se enmarcan en el principio de la buena fe de las relaciones internacionales entre los Estados. Este principio de la buena fe es muy importante en materia de las garantías diplomáticas, especialmente en aquellos casos que se utilizan para armonizar la protección de los derechos del requerido y el principio de máxima cooperación que rige la extradición.

Respecto a lo anterior, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que en los casos de extradición es apropiado que el Estado requirente se beneficie de la presunción de buena fe cuando haya demostrado una larga historia de respeto a la democracia, los derechos humanos y el estado de derecho<sup>24</sup>. En el mismo sentido se ha referido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha establecido al respecto que a las garantías diplomáticas en el marco de procesos de extradición, se les atribuye generalmente una presunción de buena fe, en lo que respecta a que la persona solicitada recibirá un trato o sanción acorde con las obligaciones internacionales de derechos humanos del Estado requerido<sup>25</sup>.

Las garantías diplomáticas pueden originarse en a lo menos tres diferentes escenarios que tienen lugar recurrentemente en la práctica extradicional:

1. El tratado bilateral o convención que funda la solicitud de extradición que así lo dispone;
2. La existencia de una ley interna sobre extradición o norma que así lo disponga;
3. Circunstancias excepcionales, que ameritan un esfuerzo o reforzamiento de la protección de los derechos fundamentales del requerido por parte del Estado requirente para acceder a la entrega de un individuo.

Es importante tener presente que esta no es una clasificación cerrada y solamente nos permitirá caracterizarlas y observarlas en virtud de su fuente. También se debe hacer presente que en la práctica chilena, la regla general son las garantías descritas en los números 1 y 2. La número 3 es una circunstancia excepcional que ha tomado fuerza en otras latitudes del globo y que, por sus particulares características, merece la pena ser revisada al tratar este tópico como una forma de abrir la perspectiva en lo que refiere a la práctica extradicional comparada.

### 1. Garantías solicitadas de acuerdo a un tratado de extradición

Este es uno de los escenarios más usuales. Estas cláusulas son recurrentes en los tratados bilaterales y convenciones que regulan la extradición. Este tipo de garantías se refieren a cuestiones generales de derechos humanos e imparcialidad del proceso, y las seguridades que se solicitan ponen al Estado requerido ante una decisión facultativa, supeditando conceder la extradición a la suficiencia que este les otorgue.

<sup>23</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Rapo contra Albania, Sentencia de fondo y satisfacción equitativa, de 25 de septiembre de 2012, párr. 72.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Corte Interamericana de Derechos humanos, Wong, Ho Wing contra Perú sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 30 de junio de 2015, párr. 78.



El Tratado Modelo de Extradición de la ONU<sup>26</sup> resulta ilustrativo en este sentido pues se establece en su artículo 4, letra d) relativo a los motivos para denegar facultativamente un pedido de extradición, que el Estado requirente “*garantice suficientemente, a juicio del estado requerido, que no se impondrá la pena de muerte y que, si se impone, no será ejecutada*”<sup>27</sup>. Lo mismo puede ocurrir para aquellas penas indeterminadas, como las que se refieren a la perpetuidad en abstracto.

La cláusula anterior muestra claramente las circunstancias que pueden motivar el pedido de garantías diplomáticas en función de un tratado o convención, refiriéndose a una cuestión que a su criterio se pueda asegurar con un compromiso con el otro Estado, entregando un espacio de acción que se puede cubrir con el ofrecimiento de la “suficiente seguridad” de que el escenario que se pretende evitar no ocurrirá. Esto se debe destacar, pues, el mismo tratado modelo hace una clara diferencia al hablar en el artículo 3 de aquellos *Motivos para denegar obligatoriamente la extradición*<sup>28</sup>, donde se encuentran aquellos motivos absolutos y que, en función de la protección de los derechos y garantías del requerido, implican indefectiblemente el rechazo de la solicitud de extradición. Lo anterior pues, de acceder a ella, se entraría en conflicto directo con la protección de los derechos fundamentales del requerido en materia de debido proceso, los principios generales del derecho internacional en materia de extradición o en general, aquellos principios que se pueden considerar parte del cuerpo del *ius cogens*.

Algunos ejemplos de Tratados internacionales que incluyen este tipo de cláusulas son:

- a. El tratado de extradición entre Chile y Colombia de 1929 en su artículo 15 establece: “*Si la pena señalada al delito que se imputa al delincuente fuere la de muerte, el Estado de refugio para conceder la extradición, podrá exigir la seguridad, dada por la vía diplomática, de que dicha pena, siempre que su legislación no la consigne, será conmu-*

26 La Asamblea General de las Naciones Unidas, teniendo presente la complejidad de la actividad extradicional y los desafíos que representa estableció un Tratado Modelo para que sirva como base y guía a la hora de adoptar nuevos y mejores Tratados bilaterales de extradición entre los miembros de la comunidad internacional.

27 NACIONES UNIDAS, Oficina Contra la Droga y el Delito. Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal [en línea]. Nueva York, Estados Unidos, Naciones Unidas, 2007, p. 169. Disponible en: [https://www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/Compendium\\_UN\\_Standards\\_and\\_Norms\\_CP\\_and\\_CJ\\_Spanish.pdf](https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_Spanish.pdf) [fecha de consulta: 25 de noviembre de 2021].

28 “Artículo 3. *Motivos para denegar obligatoriamente la extradición. No se concederá la extradición cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Si el Estado requerido considera que el delito por el que se solicita la extradición es de carácter político. El concepto de delito de carácter político no se extenderá a los delitos que entrañen para las Partes, en virtud de un convenio multilateral, la obligación de emprender acciones procesales cuando no concedan la extradición, ni tampoco otros delitos que las Partes hayan convenido en no considerar delitos de carácter político a efectos de la extradición. b) Si el Estado requerido tiene motivos fundados para creer que la solicitud de extradición se ha formulado con miras a procesar o castigar a una persona por causa de su raza, religión, nacionalidad, origen étnico, opiniones políticas, sexo o condición, o que la situación de esa persona puede resultar perjudicada por alguna de esas razones; c) Si el delito por el que se solicita la extradición se considera delito de conformidad con la legislación militar pero no de conformidad con la legislación penal ordinaria; d) Si el Estado requerido ha pronunciado sentencia firme sobre la persona por la comisión del delito por el que se solicita la extradición; e) Si, de conformidad con la ley de cualquiera de las Partes, la persona cuya extradición se solicita está libre de procesamiento o castigo por algún motivo, entre los que se incluyen la prescripción y la amnistía; f) Si la persona cuya extradición se solicita ha sido o va a ser objeto en el Estado requirente de torturas o trato o castigo crueles, inhumanos o degradantes, o si no ha tenido ni va a tener un proceso penal con las garantías mínimas que se establecen en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; g) Si la sentencia del Estado requirente ha sido dictada en rebeldía y no se avisó con suficiente antelación a la persona condenada de que iba a comparecer en juicio ni se le dio la oportunidad de organizar su defensa ni tiene, tuvo ni tendrá la posibilidad de participar en la revisión de la causa”. Ídem, p. 168.*

*tada por la inmediatamente inferior*<sup>29</sup>.

- b. Tratado de extradición entre Chile y México de 1993, establece en su artículo 10: “Si el delito que se imputa al reclamado es sancionado según la legislación de la Parte requirente con la pena capital o con la pena mayor al máximo establecido para la privación de la libertad en la legislación del país requerido, la extradición **no se concederá a menos que el Estado requerido obtuviera garantía previa suficiente de que no se impondrá al extraditado la pena de muerte, o la pena mayor, sino la de prisión que no exceda la máxima prescrita en la Parte requerida**”<sup>30</sup>.
- c. El artículo 10 del tratado de extradición entre Chile y el Reino de España, suscrito en el año 1995 sigue la misma línea: “Cuando los hechos que originen una solicitud de extradición estuviesen castigados con la pena de muerte o con una pena privativa de libertad a perpetuidad, ella **será concedida, sólo si la Parte requirente diese seguridades suficientes de que la persona reclamada no será ejecutada y de que la pena máxima a cumplir será la inmediatamente inferior a la privativa de libertad a perpetuidad**”<sup>31</sup>. En la misma línea, relativo al juzgamiento en ausencia o rebeldía, “Si el reclamado hubiese sido condenado en rebeldía, no se concederá la extradición si la Parte requirente no da seguridades de que en el proceso en que fue condenado se respetaron los derechos mínimos de la defensa generalmente reconocidos a cualquier persona acusada de un delito”<sup>32</sup>.
- d. Por su parte el artículo 4 N° 2 del tratado de extradición entre Chile y Corea, cambia la redacción pero mantiene el fondo de la cláusula, un compromiso suficiente del Estado requerido relativo a la materia específica de la pena de muerte: “2. Cuando el delito está castigado con la pena de muerte en virtud de la ley de la Parte Requirente, salvo que **esa parte se comprometa a que no se aplicará la pena de muerte, o a que si se dictare una sentencia de muerte, ésta no se llevará a cabo**”<sup>33</sup>. Entendemos, en este caso en el marco de una extradición, que aquel compromiso es la garantía del Estado requirente.

## 2. La ley interna del país requerido dispone la solicitud de este tipo de garantías

Existen numerosos Estados que han legislado la cooperación internacional y el trámite de la extradición, en conjunto o por separado, en leyes especiales con este solo objetivo o detalladamente en sus leyes procesales penales. Este tipo de leyes describen tendidamente los trámites que se deben seguir tanto en la extradición activa como en la pasiva, estableciendo legalmente los requisitos y pasos que se deben cumplir para la accesión en el escenario de una extradición pasiva (situación que se presenta para el Estado requerido cuando es el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile el que solicita la extradición de un ciudadano que se encuentra localizado en su territorio). Lo anterior, en el caso del silencio del Tratado de Extradición que funda la solicitud en algunas materias

29 Chile. Decreto N° 1472, Tratado de Extradición entre Chile y Colombia. Diario Oficial de 07 de enero de 1929.

30 Chile. Decreto N° 1011, Tratado de extradición entre Chile y los Estados Unidos de México. Diario Oficial de 30 de noviembre de 1993.

31 Chile. Decreto N° 31, Tratado de Extradición entre Chile y el Reino de España. Diario Oficial de 11 de abril de 1995.

32 *Ibid.* Artículo 5°.

33 Chile. Decreto 1417, Tratado de Extradición entre Chile y Corea. Dario Oficial de 23 de octubre de 1997.

o, cuando este establezca que la solicitud de extradición debe ser revisada y tramitada de acuerdo a lo establecido en la Ley del Estado requerido para dicho procedimiento en aquello que no contravenga lo establecido en el tratado<sup>34</sup>.

Este caso difiere del anterior pues es el Estado quien pone los límites unilateralmente, no encontrándose en un instrumento que hayan suscrito las partes envueltas en el trámite de una extradición.

En la especie, la Organización de la Naciones Unidas tiene una Ley Modelo de Extradición que dentro de su contenido ejemplifica este tipo de situaciones refiriéndose particularmente a las cuestiones discrecionales del ejecutivo para rechazar una extradición.

La sección 26 de la Ley Modelo de extradición de la ONU refiere al respecto:

*“Sección 26: Discreción del Ejecutivo (...)”*

*2. Sin perjuicio de las obligaciones del tratado vigente, o a falta de un tratado o acuerdo de extradición o cuando tal tratado o acuerdo se refiera a los requisitos de la legislación nacional del [país que adopta la ley], el [poder ejecutivo del país que adopta la ley] **podrá solicitarle a las autoridades competentes del Estado requirente las garantías mencionadas en las secciones 7(2), 7(3) y 12 de la presente ley o podrá someter la entrega de la persona reclamada a la condición establecida en la sección 34(1) de la presente ley**”<sup>35</sup>.*

Entre las legislaciones que han ocupado esta práctica podemos encontrar:

- a. La Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal de Argentina de 1997<sup>36</sup>, en su articulado establece variados casos en los cuales la extradición se debe, rechazar de plano o conceder supeditada a la seguridad ofrecida por el Estado reclamante, por ejemplo, en los motivos para que una extradición no proceda establece: *“Artículo 8 (...) f) El delito por el que se solicita la extradición tuviere pena de muerte en el Estado requirente y éste no diere seguridades de que no será aplicable”*. O cuando se refiere a los motivos para rechazar una extradición: *“Artículo 11 (...) d) Cuando la condena se hubiese dictado en rebeldía y el Estado requirente no diere seguridades de que el caso se reabriría para oír al condenado, permitirle el ejercicio del derecho de defensa y dictar en consecuencia una nueva sentencia; e) Si el Estado requirente no diere seguridades de que se computará el tiempo de privación de libertad que demande el trámite de extradición, como si el extraditado lo hubiese sufrido el curso del proceso que motivó el requerimiento”*. El mismo requisito se repite en el artículo 28 relativo a la extradición abreviada o consentida en cualquier parte del juicio y el artículo 51 relativo a lo mismo durante el tiempo que dure el arresto provisorio.

<sup>34</sup> Estas cláusulas son usuales en material de extradición, por ejemplo el art. VII de la Convención sobre extradición suscrita en Montevideo en 1933; el artículo 18 n. 1 del Capítulo VII del Acuerdo sobre Extradición entre los Estados parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile; Artículo V del tratado de extradición entre Chile y Ecuador; etc.

<sup>35</sup> UNOCD. Ley Modelo sobre Extradición, 2004. Sección 26 N° 2. Las secciones referenciadas en esta cita se refieren a lo siguiente: Sección 7 sobre Garantía de juicio imparcial (2) en particular sobre el procedimiento seguido en rebeldía y (3) relativo a las cortes especiales o tribunales ad hoc; Sección 12 sobre Pena de Muerte; Sección 34 relativa al Principio de Especialidad.

<sup>36</sup> Argentina. Ley N° 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal del 13 de enero de 1997.

- b. La Ley de Extradición Pasiva de España<sup>37</sup> también menciona en variadas ocasiones la posibilidad de supeditar la accesión a un pedido de extradición a la concesión de las debidas garantías del Estado requirente, por ejemplo: “*Artículo segundo (...) Si la solicitud de extradición se basa en sentencia dictada en rebeldía del reclamado, en la que éste haya sido condenado a pena que, con arreglo a la legislación española, no puede ser impuesta a quien no haya estado presente en el acto del juicio oral, se concederá la extradición condicionándola a que la representación diplomática en España del país requirente, en el plazo que se le exija, ofrezca garantías suficientes de que el reclamado será sometido a nuevo juicio en el que deberá estar presente y debidamente defendido*”. O en su artículo cuarto: “*6.º Cuando el Estado requirente no diera la garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes. 7.º Cuando el Estado requirente no hubiera dado las garantías exigidas en el párrafo 3.º del artículo segundo*”, del mismo modo: “*Artículo catorce. 1. Dentro de los quince días siguientes al período de instrucción, el Secretario judicial señalará la vista que tendrá lugar con intervención del Fiscal, del reclamado de extradición asistido, si fuera necesario, de intérprete y del Abogado defensor. En la vista podrá intervenir, y a tal efecto será citado, el representante del Estado requirente cuando así lo hubiere solicitado y el Tribunal lo acuerde atendido el principio de reciprocidad, a cuyo fin reclamará, en su caso, la garantía necesaria a través del Ministerio de Justicia*”.
- c. El caso peruano es interesante, pues dicho Estado disponía de una Ley de Cooperación Internacional y Extradiciones<sup>38</sup> que contenía este tipo de cláusulas, la cual fue derogada tácitamente por su actual Código Procesal Penal, que de todos modos establece este tipo de garantías a la hora de la decisión del tribunal relativa a una extradición pasiva. En este caso, se hace expresa mención de la solicitud de las garantías diplomáticas como parte del proceso de extradición pasiva: “*2. La Fiscalía de la Nación remite la demanda de extradición al juez que conoce del procedimiento para que califique la demanda. Si advierte que ésta adolece de algún requisito coordina con la Fiscalía de la Nación para que en un plazo no mayor de treinta (30) días de notificado el Estado requirente corrija o complete la demanda y preste las garantías necesarias de ser el caso*”<sup>39</sup>.
- d. Brasil es otro de los países que ha utilizado esta técnica en materia de extradición, particularmente la Ley N° 13.445 del año 2017<sup>40</sup> que en su artículo 96 establece un conjunto de garantías que siempre serán requeridas a la hora de examinar un pedido de extradición: “*La entrega del extraditado no se realizará sin que el Estado requirente asuma el compromiso de: I- A no someter al extraditable a*

37 España. Ley N° 4/1985 de Extradición Pasiva, de 21 de marzo de 1985.

38 Perú. Ley N° 24.710, Ley de extradición D.S. N° 044-93-JUS.

39 Artículo 521°-B.- Recepción y calificación de la demanda, N° 2. Perú. Decreto Legislativo N° 967, Código Procesal Penal de 1 de julio de 2006.

40 Brasil. Ley N° 13445 establece la Ley de Migración, de 24 de mayo de 2017.

*prisión o proceso por un hecho anterior a la solicitud de extradición; II- A computar el tiempo que la persona reclamada permanezca privada de libertad en Brasil, en razón de dicha solicitud de extradición; III- A conmutar la pena corporal, perpetua o de muerte en pena privativa de libertad, respetando el límite máximo de cumplimiento de 30 años; IV- A no entregar al extraditable, sin consentimiento de Brasil, a otro Estado que lo reclame; V- A no considerar cualquier motivo político para agravar la condena; y VI- A no someter al extraditable a tortura o a otros tratos o condenas crueles, e inhumanos o degradantes".* Relativo a esta ley, en Brasil, además de observarse la concesión de estas Garantías, el Tribunal Supremo estudia la posibilidad de que la persona solicite oficialmente la condición de refugiado al Comité Nacional para los Refugiados si considera que su extradición al Estado solicitante representa una amenaza para su integridad<sup>41</sup>.

- e. Ecuador es otro ejemplo de esta práctica, considerando en su artículo 3 de la Ley de Extradición del año 2000<sup>42</sup>, la solicitud de garantía diplomática al Estado requirente en lo relativo a la sentencia dictada en rebeldía: *"Si la solicitud de extradición se basa en sentencia dictada en rebeldía del reclamado, en la que éste haya sido condenado a pena que, con arreglo a la legislación ecuatoriana, no puede ser impuesta a quien no haya estado presente en la etapa del juicio o su equivalente, se concederá la extradición condicionándola a que la representación diplomática en el Ecuador del país requirente, en el plazo que se le señale, ofrezca garantías suficientes de que el reclamado será sometido a nuevo juicio en el que deberá estar presente con el cumplimiento de las demás garantías del debido proceso".* Para posteriormente agregar el artículo 5 que no se concederá la extradición *"8) Cuando el Estado requirente no hubiera dado las garantías exigidas en el artículo 3 de esta ley".*

### 3. Circunstancias excepcionales, garantías de entrega que se refieren a un análisis del caso particular

Cuando hablamos de circunstancias excepcionales nos referimos a cuestiones que se analizan a la luz de los dos Estados envueltos en una solicitud de extradición, y que por su singularidad o casuística no se encuentran trazados previamente en alguno de los instrumentos que sirve de sustento jurídico para la decisión de conceder o no la extradición por parte de la autoridad competente. Por lo mismo, son cuestiones suscitadas en el caso a caso y pueden referirse a peticiones tan variadas como la solicitud de garantías carcelarias; condiciones especiales del requerido como tratamientos médicos, etc.

En lo que se refiere a las solicitudes de condiciones especiales, como la continuación de un tratamiento médico, o las condiciones carcelarias, etc., entra en el plano de la discrecionalidad de cada Estado fijar los límites mínimos a la hora de acceder a un pedido de extradición por parte de su autoridad competente. En este ejercicio se deben tomar en

<sup>41</sup> NACIONES UNIDAS. Respuestas del Brasil a la lista de cuestiones relativas a su informe presentado en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 2020, p. 10.

<sup>42</sup> Ecuador. Ley N° 24 de Extradición, Registro Oficial 152 de 30 de agosto de 2000.

cuenta las diferencias entre los sistemas de cada Estado, su capacidad material para dar cumplimiento a sus obligaciones de derechos humanos y el principio de buena fe, descrito con anterioridad. Todo lo anterior, son cuestiones que responden a la completa autonomía que compete a cada Estado a la hora de decidir sobre este tipo de cuestiones, siendo los únicos límites en este sentido el respeto a los derechos y garantías del requerido y el cumplimiento de sus obligaciones internacionales con el Estado requirente en materia de extradición y derechos humanos con la comunidad internacional toda.

### 3.1 Garantías que se refieren a legitimar promesas contra la tortura o tratos inhumanos

Otra categoría que se podría agregar al listado anterior, son las garantías referidas a las dudas razonables que suscita el Estado requirente en materia de tortura y tratos inhumanos o crueles. Estas podrían considerarse la categoría más conflictiva y se han utilizado principalmente en los países del norte global<sup>43</sup>, especialmente durante las últimas dos décadas, motivadas por la persecución transfronteriza del terrorismo luego del 9/11. Han suscitado numerosas polémicas siendo sistemáticamente criticadas por las Organizaciones no Gubernamentales de Derechos Humanos<sup>44</sup>.

Lo que identifica este tipo de garantías es que no se encuentran establecidas específicamente en un tratado ni en una ley, sino que se evalúan en el caso concreto y, por lo mismo, presentan dificultades a la hora de comprender su extensión y límites. La falta de un sustento convencional o legal, además pone en duda su obligatoriedad y los mecanismos efectivos con los que el Estado solicitante de las garantías puede aplicar un control o supervisión posterior a su debido cumplimiento. El peligro que puede representar este tipo de acuerdos es que se trate de promesas vacías, o del mecanismo para “justificar” la entrega de un requerido que en condiciones normales no debería ser entregado.

Un número considerable de autores las han señalado, intentando explicar su naturaleza jurídica y la forma en que se relacionan con los demás mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. Se han referido del mismo modo a su carácter conflictivo, como una eventual flexibilización en la debida protección de los derechos del *extraditurus*. Se ha llegado a plantear que las garantías diplomáticas de este tipo se dan en un contexto que facilita la remoción del territorio de un Estado a un individuo, hacia un país con dudosas prácticas de protección de los derechos humanos<sup>45</sup>.

43 En América del Norte países como Estados Unidos y Canadá, han utilizado este tipo de mecanismos en causas de extradición, deportaciones y expulsiones masivas. El caso de Europa no difiere, siendo variados los países que se han valido de este tipo de seguridades, por ejemplo Inglaterra, Italia, Suecia y España entre otros. SÁNCHEZ, Angel. “Garantías Diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura”. En: *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LX, España, Boletín Oficial del Estado, 2008, págs. 11-38.

44 Ver: HUMAN RIGHTS WATCH [en línea]. Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture, 15 de abril de 2005. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/42c3bd40o.html> [fecha de consulta: 6 de enero de 2022]; AMNESTY INTERNATIONAL. Diplomatic Assurances Against Torture - Inherently Wrong, Inherently Unreliable [en línea]. Abril de 2017 [fecha de consulta: 9 de enero de 2022].

45 Por ejemplo: “Certain states resort to diplomatic assurances to facilitate and legitimise the removal of non-nationals to third states with dubious human rights records”. NOLL, Gregor. “Diplomatic Assurances and the silence of Human Rights Law”. En: *Melbourne Journal of International Law*, N°7, Melbourne, Australia, Melbourne University, 2006, p. 1; “On the face of it, the concept of diplomatic assurances presents a paradox. They are used to exact guarantees of good behaviour from

El escenario descrito, forma parte de una discusión abierta respecto al valor y la procedencia de este tipo de acuerdos entre Estados cuando la protección de los derechos mínimos del extraditabile en el Estado requirente no da certezas y se debe reforzar la relación extraditacional mediante la utilización de las garantías. Se trata de una problemática que ha tomado fuerza en otras latitudes, sin haberse replicado en Chile.

Este tipo de garantías diplomáticas relativas a un acuerdo entre los Estados, deben ser observadas siempre a la luz de los pisos mínimos de imparcialidad y debido proceso establecido en marco legal de la extradición y el derecho internacional de los derechos humanos, pues al tratarse de acuerdos sin un sustento legal o convencional, las garantías diplomáticas por sí mismas no ofrecerían suficiente sostén a la hora de asegurar efectivamente los derechos del sujeto requerido.

En atención a lo anterior, se debe comprender que si bien, estas garantías forman parte de una práctica que puede permitir reforzar o asegurar algunas cuestiones que se establecen en el marco legal de un procedimiento de extradición entre dos Estados, no pueden utilizarse como un mecanismo que salvaguarde definitivamente las obligaciones de los Estados en materia de Derechos Humanos, teniendo en cuenta lo siguiente:

1. Las garantías diplomáticas, en general, no son vinculantes pues se trata de un aseguramiento que el Estado requirente entrega al Estado requerido. Es un acto que se sustenta en gran medida en la buena fe, donde no se establecen mecanismos posteriores de revisión. Una vez entregado un individuo, el Estado que entrega pierde jurisdicción a su respecto y no existen mecanismos que pueda accionar el extraditado para estos efectos.
2. Aquellas garantías que tratan de cuestiones relativas a los derechos humanos, que no se encuentren regladas en el respectivo tratado internacional o convención de extradición, surgen necesariamente porque el Estado requirente suscita dudas comparativas sobre la protección de los derechos humanos en relación al Estado requerido.

Es importante que en el estudio del caso particular se tenga en cuenta la seriedad del peligro que representa la entrega de un ciudadano de un Estado a otro, manteniendo la armonía entre la obligación de entregar asumida por los Estados en materia de extradición con las obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos previamente adquiridas. Lo anterior, para mantener el carácter de mecanismo idóneo y suficiente de la extradición como herramienta de Cooperación Internacional, para enfrentar eficientemente la impunidad de los delitos, en un marco de protección de los derechos humanos.

---

*States that are known not to honour already established human rights obligations*”. LARSAEUS, Nina. “The Use of Diplomatic Assurances in the Prevention of Prohibited Treatment” En: *RSC Working Paper*, N°32, Oxford, Reino Unido, University of Oxford, 2006, p. 3; “En los últimos años, un creciente número de países viene recurriendo a las denominadas garantías diplomáticas con el fin de hacer posible la expulsión y/o extradición de individuos, en la mayor parte de los casos presuntos terroristas, a Estados en los que no deja de constatarse un apreciable riesgo de violación de los derechos humanos más esenciales”. SÁNCHEZ, ob. cit., p. 12.

## VII. LA TRAMITACIÓN DE LAS GARANTÍAS DIPLOMÁTICAS EN SOLICITUDES DE EXTRADICIÓN ACTIVAS DE CHILE

Con respecto a las solicitudes de extradición activa que son remitidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores para ser revisadas por diferentes Estados extranjeros, es recurrente que, se suscite una petición de estas características. Con relación a esto, en la actualidad no existe un procedimiento establecido en alguna norma o cuerpo legal para la tramitación de este tipo de requerimientos, lo que no obsta a que en la práctica se ha encontrado la forma de sobrellevar exitosamente este tipo de solicitudes del Estado requerido, en la mayoría de las ocasiones.

La solicitud de garantías diplomáticas es recibida por la Embajada o Consulado del territorio respectivo, o por el Ministerio de Relaciones Exteriores directamente de parte de la autoridad competente del Estado requerido mediante una nota diplomática. La Dirección General de Asuntos Jurídicos da curso a esta solicitud en el territorio nacional, remitiendo la comunicación formal a la autoridad competente para que se sirva de revisar la solicitud, en este punto se suscita una legítima duda: **¿A quién le corresponde dar estas garantías?**

Esta es una pregunta que no tiene una respuesta legal en nuestro ordenamiento, pero se puede interpretar de la naturaleza de nuestro modelo extradicional. Como se ha establecido previamente, la extradición es una institución compleja, en cuya tramitación intervienen organismos tanto de naturaleza judicial, como administrativos. No obstante lo anterior, el tratamiento legal que posee, ha establecido que la decisión relativa a la extradición siempre es judicial.

A la luz de lo anterior, se puede interpretar que los tribunales competentes para conocer las causas de extradición, también serán competentes para conocer sus cuestiones accesorias. De acuerdo a esto, tocaría a la Corte de Apelaciones respectiva, como el órgano que en definitiva accede a solicitar una extradición, resolver lo tocante a las garantías diplomáticas en la práctica. Según esto el tribunal que solicita mediante resolución fundada la extradición a las autoridades extranjeras, deberá pronunciarse en los términos solicitados por el Estado requerido, tomando en consideración nuestra legislación interna, el tratado de extradición aplicable y el resto de fuentes del derecho que fueren aplicables a su decisión. Así lo ha estimado la Dirección General de Asuntos Jurídicos, pues comunica directamente estos antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva para que resuelva lo que resulte pertinente.

En este contexto, las Cortes han considerado que hay cuestiones que no pueden ser resueltas por el Tribunal en sí, y requieren de la observancia de otros organismos, por ejemplo Gendarmería de Chile, en aquellos casos que las solicitudes se refieran a los elementos administrativos del cumplimiento de las penas y el Ministerio Público, en lo relativo a la prognosis de la pena, cuando la seguridad se refiera a un límite o *quantum* máximo de condena que puede recibir un requerido si es trasladado a Chile.

Ha ocurrido también, que en materia de garantías diplomáticas el Ministerio de Relaciones Exteriores, en su rol de Autoridad Central, ha concedido las garantías solicitadas por el Estado requerido, especialmente en contextos de pedidos de suma urgencia re-



lativos a cuestiones que no requieren un especial pronunciamiento judicial y pueden ser fácilmente interpretadas a la luz de nuestra legislación interna, de las obligaciones internacionales adquiridas por Chile en materia de protección de los derechos humanos, la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos, etc. Esta situación es de todos modos llamativa, porque después de todo, el rol del Ministerio de Relaciones Exteriores no está establecido más allá de actuar como el órgano administrativo y diplomático que sirve como canal de comunicación formal entre los Estados y la Corte de Apelaciones que solicita la extradición por resolución fundada. Esto denota el carácter especial y complejo que reviste a la institución de la extradición.

Luego de estas apreciaciones, es el turno de analizar las resoluciones y decisiones que efectivamente han resuelto los tribunales chilenos en la materia y que contribuyen a esclarecer un poco más a quien corresponde otorgar una garantía y en qué términos lo han hecho.

### Corte de Apelaciones

La Corte de Apelaciones recibe de parte de la Cancillería las solicitudes de garantías diplomáticas para que sean resueltas y devueltas a esta autoridad para su remisión al Estado requerido. Del mismo modo transmite la información al Ministerio Público para que observe su cumplimiento como órgano interesado en obtener la extradición y referirse al respecto en la medida de ser necesario.

La jurisprudencia actual no es especialmente armónica y a pesar de que existen pedidos idénticos, al tratarse por ejemplo de las garantías solicitadas por la autoridad brasileña relativas al Art 96 de su Ley N° 13445<sup>46</sup>, las diferentes Cortes han tomado decisiones diversas, han ordenado al Juzgado de Garantía que se pronuncie al respecto. En otros casos se han declarado incompetentes comunicando sobre el pedido de garantías a otros organismos o autoridades, obrando como un canal de comunicación con la Cancillería.

Algunos ejemplos de garantías que se han solicitado y han sido resueltos recientemente por las autoridades chilenas:

**1. Alemania, Garantías Carcelarias:** En causa de extradición Rol N° 2707-2020 Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel seguida contra un ciudadano chileno-italiano localizado en territorio alemán durante 2019. La autoridad alemana solicitó garantías relativas a la condición carcelaria del requerido al llegar a territorio chileno en los siguientes términos:

*“Las autoridades competentes alemanas solicitan la garantía, que el alojamiento y el demás diseño de las condiciones de detención en la prisión, a la cual el perseguido será alojado después de su entrega, estén en conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950 y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de*

<sup>46</sup> Como se trata de garantías fundadas en una ley interna, en la práctica, es tratada como un trámite más a la hora de solicitar una extradición activa a Brasil, teniéndose claro desde un principio que una vez recibido el pedido en territorio de dicho Estado, transcurrirán un par de meses para que su solicitud de garantías sea remitida como un oficio de DIJUR a la Corte de Apelaciones respectiva y al Ministerio Público.

*los reclusos de 12 de febrero de 1987 y el perseguido no corra riesgo de un tratamiento inhumano o humillante en el sentido del Art. 3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950*<sup>47</sup>. Además de lo anterior se solicitaba conocer a qué recinto penitenciario iba a ser trasladado el requerido al llegar a territorio chileno y las condiciones precisas a que se vería enfrentado.

En este contexto la Corte de Apelaciones, en atención a lo dispuesto en los artículos 1 y 6<sup>48</sup> del Decreto Ley N° 2859 que fija la Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería se declaró incompetente en la materia y ordenó se remitan los antecedentes al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para abordar las solicitudes de la autoridad alemana. Se dio curso a una tramitación administrativa de la solicitud que culminó satisfactoriamente pues el Director General de Gendarmería de Chile informó a Cancillería que existían las condiciones materiales para dar cumplimiento a lo solicitado.

Estos antecedentes fueron comunicados formalmente a la Embajada de Chile en Alemania adjuntando oficios N° 293 de la Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel de fecha 25 de junio de 2021 y N° 946 del Director Nacional de Gendarmería de Chile que daban cuenta que en al menos en dos centros penitenciarios se podría cumplir con las condiciones carcelarias solicitadas.

Alemania accedió al pedido de extradición una vez recibidas estas garantías otorgadas directamente por las autoridades del Gobierno de Chile.

**2. Argentina, Garantías de tratamiento médico:** En causa de extradición Rol N° 1083-2010 Itma. Corte de Apelaciones de Temuco, seguida contra un ciudadano chileno localizado en territorio argentino. El Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio y Culto, se dirigió a la Embajada de Chile en Argentina comunicando que de acuerdo a lo establecido en su Ley N° 24.767, había resuelto conceder la extradición del ciudadano requerido. No obstante lo anterior, para su entrega la autoridad argentina solicitó se concedan las debidas seguridades de que se brindará tratamiento para el avanzado cáncer de próstata que atravesaba el requerido<sup>49</sup>.

En esta oportunidad, al igual que el caso anterior, la Corte de Apelaciones, haciéndose cargo de la solicitud del Estado requerido razonó que en nuestro sistema la ejecución de la pena es encomendada a los órganos administrativos, en este caso Gendarmería de Chile, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que, por resolución de las autoridades competentes, fueron detenidas o privadas de

47 Nota Verbal N° 506-531.00/64105/CHL contenida en Oficio Público DIGEJUR N° 2413 dirigido a la Secretaría Criminal de la Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel de 17 de noviembre de 2020.

48 Artículos referidos a las atribuciones del Director Nacional de Gendarmería, entre las que se cuentan dirigir y administrar el servicio, planificar, coordinar y controlar el funcionamiento de la Institución conforme a las políticas fijadas por el Gobierno, etc.

49 Nota NO-2021-37073457-APN-DAJI#MRE contenida en el Oficio Público DIGEJUR N°3887, dirigido a la Itma. Corte de Apelaciones de Temuco de 06 de mayo de 2021.

libertad, de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile. Al respecto, mediante oficio N° 3267-2021 comunicó a la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, que de acuerdo a nuestra legislación y en particular al contenido del Decreto Supremo del Ministerio de Justicia N° 518 de 1998 relativo a los aspectos de la administración penitenciaria ejercida por el Servicio de Gendarmería de Chile la atención médica se encuentra garantizada para cualquier recluso, siendo un derecho recibir el respectivo tratamiento médico.

Esta información fue suficiente garantía y la autoridad argentina accedió a la entrega del requerido con posterioridad a recibir esta comunicación por parte de Cancillería.

**3. Brasil, solicitud de las garantías del Art. 96 de la Ley N° 13.445:** Este es un pedido de garantías genérico que se recibe de la autoridad brasileña dando cumplimiento a sus disposiciones internas en la materia. Se usará como ejemplo Causa Rol N° 1022-2021 de la Iltma Corte de Apelaciones de Santiago, cuya solicitud de garantías se expresa al siguiente tenor: *“Al respecto, las autoridades requeridas han solicitado que el Estado de Chile se comprometa expresamente a las exigencias previstas en el Artículo 96 de la Ley N°13.45/217, esto es:*

- *A no someter a la persona reclamada a prisión o proceso por un hecho anterior a la solicitud de extradición antes individualizada;*
- *A computar el tiempo que la persona reclamada permanezca privada de libertad en Brasil en razón de dicha solicitud de extradición;*
- *A no imponerle a la persona reclamada una pena perpetua o de muerte o que exceda el límite máximo de cumplimiento de treinta años de contemplado en la ley brasileña;*
- *A no entregar a la persona reclamada, sin consentimiento de Brasil, a otro Estado que la reclame;*
- *A no considerar cualquier motivo político para agravar la condena que eventualmente se le imponga a la persona reclamada; y*
- *A no someter a la persona reclamada a tortura o a otros tratos o condenas crueles, inhumanos o degradantes”<sup>50</sup>.*

En este tipo de solicitudes de garantías diplomáticas, como la tercera descrita en la lista, ocurre que los tribunales chilenos no pueden realizar un compromiso sin base legal relativo a una pena futura<sup>51</sup>, especialmente porque el análisis de la pena aplicable en el pedido de extradición es realizado en abstracto. Por lo anterior, ha correspondido al Ministerio Público, como persecutor penal exclusivo, declarar al respecto, mediante oficio, informando que no se solicitará una pena superior al lími-

<sup>50</sup> Oficio Público DIGEJUR N° 3600 dirigido a la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 27 de abril de 2021.

<sup>51</sup> En este sentido una solicitud de extradición para juzgamiento puede referirse o no sobre un delito que lleva aparejada una pena superior a 30 años. En el caso de que el delito invocado no contemple en su arco de penalidad una pena de esa duración, podría la Corte de Apelaciones garantizar directamente, en base a la normativa chilena en la materia. El problema se presenta especialmente en el escenario que el delito contemple un arco de penalidad cuyo límite sea superior a los 30 años.

te impuesto por el Estado requerido, haciendo uso de sus facultades exclusivas relativas a la conducción de la investigación penal. De este modo, se ha resuelto esta cuestión por el fiscal de la causa o el Fiscal Regional, quien remite un oficio dirigido a la Secretaría de la Corte de Apelaciones respectiva comunicando que “se hace presente que el Ministerio Público no solicitará a su respecto una pena superior a la de 30 años de privación de libertad”<sup>52</sup>, el cual además sirve como impulso procesal para que la Corte de Apelaciones respectiva resuelva las solicitudes de Brasil, por lo general de la siguiente forma:

*“2°.- Conforme lo que establece la referida disposición, la República Federativa del Brasil exige varios puntos y sobre los cuales corresponde responder lo que sigue:*

*2.1.- No someter al extraditado a prisión o enjuiciamiento de hecho antes de la solicitud de extradición; a) Al respecto, cabe indicar que ello dice relación con una obligación internacional y que en nuestro país está reconocida en diferentes Tratados vigentes, los cuales están ratificados por nuestra legislación y conforman, además, uno de los Principios Generales del Derecho Internacional sobre la materia. En el caso concreto, se encuentra consagrada en el artículo 14 del Acuerdo sobre extradición entre los Estados del Mercosur, Bolivia y Chile, de tal suerte que se garantiza lo requerido puesto que ello no se contrapone con ninguna normativa interna.*

*2.2.- Calcular el tiempo de prisión impuesto en Brasil por extradición; b) En este punto, se precisa que el artículo 348 del Código Procesal Penal Chileno, establece que, en caso de expedirse una sentencia condenatoria, el Tribunal deberá precisar el tiempo que servirá de abono a la pena corporal que se le imponga al condenado, sin embargo, para ello se deberán remitir todos los antecedentes que permitan determinar el tiempo que el sujeto estuvo privado de libertad con fines de extradición, siendo necesario que las autoridades brasileñas entreguen dichos datos para que sean ponderados por el Juez de la instancia, siempre que sea del caso.*

*2.3.- Conmutar la pena corporal, perpetua o de muerte en privación de libertad, respetando el límite máximo de cumplimiento de 30 (treinta) años; c) Sobre este punto, cabe mencionar que el Ministerio Público ha señalado que, respecto del extraditado (...) no solicitará una pena superior a 30 años de privación de libertad.*

*2.4.- No entregar el extraditado, sin el consentimiento de Brasil, a otro Estado que lo requiera; d) En este aspecto, se indica que esta es una garantía que también se encuentra en Tratados vigentes para nuestro país y conforma parte de los Principios Generales del Derecho Internacional, estando recogido en el artículo 15 del Acuerdo sobre extradición entre los Estados del Mercosur, Bolivia y Chile, norma que regula la re - extradición a un tercer Estado de la persona extraditada, sin embargo, para ello se requerirá la autorización previa del Estado requerido, es decir, de la República Federativa del Brasil.*

*2.5.- No considerar ninguna razón política para agravar la pena, y; e) En este extremo, se comunica que ello no es un antecedente que, en nuestro ordenamiento jurídico*

<sup>52</sup> Sirven como ejemplo a esta práctica las sentencias descritas en notas 53 y 55.

*nacional pueda ser considerado para esos fines, de allí que se puede asegurar que esa condición no será tomada en cuenta al momento de determinar una eventual sanción penal por el delito por el que se encuentra formalizado (...), y;*

*2.6.- No someter al extraditado a tortura u otro trato o castigo cruel, inhumano o degradante. f) Finalmente, cabe señalar que esas conductas están proscritas por el Derecho Internacional, tanto a nivel de instrumentos internacionales, como a nivel de costumbre internacional general o ius cogens. En consecuencia, se trata de una prohibición universal e inderogable para los Estados y, en nuestro caso, es la propia Constitución Política de Chile, en el inciso final del artículo 19 N° 1, la que establece: "... se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo..." Así las cosas, es posible garantizar al Estado solicitante lo que se viene exigiendo. Conforme a lo expresa, téngase por cumplido lo requerido por la República Federativa del Brasil y, en consecuencia, a través de los organismos competentes, extiéndanse las comunicaciones correspondientes"<sup>53</sup>.*

Esta resolución u otras muy similares en contenido y la forma<sup>54</sup> en que se abordan las garantías solicitadas por la autoridad brasileña, han sido suficiente sustento para que se acceda a los pedidos de extradición en dicho país<sup>55</sup>.

**4. Perú, Garantía del cómputo de plazo de privación de libertad en el trámite de extradición:** En este caso la autoridad peruana comunica a Cancillería que concede extradición seguida contra ciudadano peruano en causa Rol N° 99-2021 Iltma Corte de Apelaciones de San Miguel. La solicitud se expresa en los siguientes términos: *"Asimismo se ha dispuesto que previo a la entrega del requerido, el Estado requirente deberá dar las seguridades que se le computará el tiempo de privación de libertad que ha demandado el trámite de extradición en la República del Perú, en tal sentido, se solicita que la garantía sea remitida dentro del plazo de 30 días, que se contará a partir de la presente comunicación oficial, conforme a lo establecido en el artículo 521-B.2 del Código Procesal Penal Peruano"*<sup>56</sup>.

A este respecto la Corte de Apelaciones de San Miguel contestó a la autoridad peruana en los siguientes términos: *"Por recibidos los antecedentes. Comuníquese a la Cancillería que corresponde al Estado remitir fijar las condiciones bajo las cuales se concede la extradición, acorde a los principios internacionales acerca de la materia y*

<sup>53</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 06 de julio de 2021, Rol N° 1022-2021.

<sup>54</sup> No obstante se puede considerar que esta ha sido la fórmula que más se ha replicado en cuanto a garantías relativas al artículo 96 de la ley brasileña, han existido otras soluciones, por ejemplo: En causa de extradición seguida ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, dicha Corte decidió remitir los antecedentes al Juzgado de Garantía respectivo que resolvió lo relativo a las garantías en una extensa resolución abordando tendidamente cada una de las cuestiones solicitadas en resolución Rol Penal N° 609-2021, de 18 de octubre de 2021; Otro caso particular se encuentra en la Corte de Apelaciones de Antofagasta que previendo la eventual solicitud de Brasil relativa a garantías diplomáticas citó a las partes a audiencia para discutir su concesión, resolviendo la cuestión en sentencia que complementa su decisión de acceder a la solicitud de extradición. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 23 de diciembre de 2021, Rol N° 1291-2021.

<sup>55</sup> Por ejemplo, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 13 de julio de 2018, Rol N° 275-2016; Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de diciembre de 2021, Rol N°1497-2021.

<sup>56</sup> Nota RE (OCJ) N° 6-4/52 contenida en el Oficio Público DIGEJUR N°13883, dirigido a la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel de 23 de diciembre de 2021.

*los tratados internacionales vigentes*<sup>57</sup>. Manifestando que a su juicio las condiciones del Estado requerido se pueden extender hasta estas cuestiones, aceptando de este modo la garantía.

Como se puede observar luego de revisar algunas solicitudes, el panorama actual demuestra que esta es una cuestión que aún no se encuentra resuelta por parte de las diferentes Cortes. No hay una jurisprudencia uniforme y las decisiones son producto de un examen casuístico que toma en cuenta la legislación interna y los principios del derecho internacional vigentes en la materia buscando asegurar suficientemente lo solicitado por el Estado requerido. En este sentido podría ser útil que nuestra legislación considere estos aspectos en materia de extradición, a fin de que se pueda entregar mayor grado de certeza en lo relativo a este tipo de solicitudes en el contexto de una extradición activa.

En relación a lo anterior, actualmente se encuentra en trámite un proyecto de ley dirigido a modernizar la institución de la extradición, donde se pretende completar nuestra normativa interna modificando para estos efectos el Código Procesal Penal y el Código de Procedimiento Penal, en él se abordan algunas de las cuestiones que se han discutido a lo largo de este trabajo y que se revisarán a continuación.

## VIII. PROYECTO DE LEY DEL EJECUTIVO PARA REFORMAR EL PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN ACTIVA – ALGUNAS SOLUCIONES AL PANORAMA ACTUAL

Identificando la necesidad de abordar la materia relativa a la extradición y las adversidades que puede suscitar su tramitación práctica, su Excelencia el Presidente de la República mediante mensaje N° 069-367, dirigido a la Honorable Cámara de Diputados, de fecha 27 de mayo de 2019 inició la tramitación de un Proyecto de Ley que perfecciona los procedimientos penales en materia de extradición<sup>58</sup>.

En su mensaje el Ejecutivo aborda el relevante carácter de la extradición como un mecanismo de cooperación internacional entre los Estados a fin de hacer efectiva la Jurisdicción que se puede ver limitada producto del principio de territorialidad. Del mismo modo refiere que los fenómenos de la globalización y el desarrollo del multiculturalismo, así como han fortalecido la integración de los países y el robustecimiento de los lazos entre las personas de naciones diversas, también han generado una serie de problemáticas que deben ser abordadas por las regulaciones nacionales e internacionales a fin de que ofrezcan respuestas adecuadas a las mismas. Siguiendo la misma línea, se declara que la extradición necesita una revisión exhaustiva a fin de perfeccionar la regulación de la misma. Si bien es cierto, se podría considerar que nuestro sistema extradicional no es tan antiguo, es importante señalar que el Nuevo Código Procesal Penal no hizo otra cosa que ajustar el tratamiento para que guardase coherencia y armonía con la nueva estructura acusatoria del proceso penal.

<sup>57</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, 24 de diciembre de 2021, Rol N° 99-2021.

<sup>58</sup> Boletín N° 12664-o, Mensaje N° 367 S.E. Presidente de la República. 2019. Actualmente se encuentra en su segundo trámite constitucional.

Finalmente, refiere que la revisión es necesaria, no solamente desde la perspectiva formal, sino que la experiencia práctica ha demostrado que los procedimientos nacionales de extradición deben tomar en cuenta una serie de exigencias que al no estar suficientemente reguladas, han obstaculizado e inclusive dirigido a la denegación de solicitudes de extradición, por cuestiones netamente procesales.

En este punto es donde toma especial relevancia la actualización al procedimiento de extradición, puesto que las garantías o seguridades son justamente de aquellas materias que pueden materializar una denegación producto de la falta de legislación y mecanismos para abordarlos como se ha observado durante el desarrollo de este trabajo, cuestión que tuvo en cuenta el Ejecutivo en su proyecto que aborda al menos dos de las garantías más solicitadas por los Estados requeridos en la práctica extradicional chilena de los últimos años, estas son:

1. La incorporación en el derecho interno de la salvaguarda de no imponer una pena superior a la máxima provista por el Estado requerido<sup>59</sup>, y
2. El reconocimiento legal de la seguridad de abono en caso de privación de libertad por medida cautelar o de detención previa<sup>60</sup>.

59 “Artículo 438.- *Salvaguarda de no aplicar una pena superior a la máxima prevista en el Estado requerido. Si el Estado requerido exigiere el otorgamiento de la salvaguarda de no aplicar una pena superior a la máxima prevista por su propia legislación para el delito por el cual se solicita la extradición, como requisito para conceder la solicitud, o para proceder a la entrega de la persona cuya solicitud de extradición hubiere sido concedida, se podrá solicitar dicha salvaguarda a la Corte de Apelaciones competente.*

*Cuando fuere necesario solicitar la salvaguarda establecida en este artículo, el ministerio público o el querellante solicitará audiencia a la Corte de Apelaciones para tales efectos, la que se tramitará conforme a las reglas del artículo 433, en lo que fuere procedente.*

*La Corte otorgará la salvaguarda de no aplicar una pena superior a la máxima prevista en el Estado requerido cuando diere por acreditados los siguientes requisitos: a) Que el Estado requerido tiene establecida una pena máxima imponible, de conformidad con su ordenamiento jurídico. b) Que el Estado requerido exige la salvaguarda de no aplicar una pena superior a la máxima prevista en su ordenamiento jurídico, para efectos de conceder la extradición o para proceder a la entrega de la persona cuya solicitud de extradición hubiere sido concedida. c) Adicionalmente, cuando se tratare de un procedimiento de extradición con fines de ejecución de condena, se deberá acreditar que existe sentencia definitiva firme condenatoria dictada por un tribunal chileno, que impone una pena o varias penas privativas de libertad respecto de quien se pide la extradición, que superan la pena máxima imponible, de conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado requerido.*

*Cuando la Corte diere lugar a la salvaguarda, dictará resolución declarando que se deberán entender cumplidas todas las penas impuestas una vez transcurrido el plazo de duración de la pena máxima imponible según el ordenamiento jurídico del Estado requerido, contado desde el inicio del cumplimiento de las mismas en Chile. La resolución firme de la Corte tendrá mérito suficiente para que el Ministerio de Relaciones Exteriores pueda comunicar la concesión de la salvaguarda ante las autoridades del Estado requerido, como también para los efectos que durante la ejecución de la pena esta resolución producirá.*

*Una vez transcurrido el plazo declarado por la Corte de Apelaciones, la resolución de que trata el inciso anterior tendrá mérito suficiente para solicitar al tribunal competente que tenga por cumplidas las penas impuestas al condenado a la fecha en que dicha resolución hubiere quedado firme.*

*La resolución que conceda la salvaguarda de que trata este artículo quedará sin efecto por el solo ministerio de la ley, si el Estado requerido denegase la extradición o si denegase la entrega”. Cámara de Diputados, Boletín N° 12664-07. Mensaje N° 367 S.E. Presidente de la República. 2019.*

60 “Artículo 438 bis.- *Seguridad de abono del tiempo de privación de libertad por medida cautelar o detención previa en el Estado requerido. Si el Estado requerido exigiere la seguridad de que se abonará a la pena impuesta el tiempo que la persona a extraditar estuvo privada de libertad en dicho Estado, en virtud de una medida cautelar o una orden de detención previa, por los mismos hechos por los cuales se conceda la extradición, se podrá solicitar por el ministerio público o el querellante dicha seguridad a la Corte de Apelaciones competente.*

*La solicitud deberá presentarse por escrito, acompañando los antecedentes que den cuenta de la exigencia del Estado reque-*

De la lectura de los artículos 438 y 438 *bis* es interesante considerar las siguientes cuestiones: Primeramente, que la actualización jurídica en materia de estas garantías presenta un carácter reactivo, toda vez que la situación se plantea en el escenario que un Estado requerido las solicite, estableciendo mecanismos legales para poder cumplir con estas exigencias, pero no regla la eventual solicitud del Estado de Chile en la materia a la hora de revisar una extradición pasiva, lo cual hubiese sido atractivo, especialmente en materia de protección de derechos humanos cuando el Estado requirente posea una cultura diversa a la de Chile en esta materia.

En segundo lugar, aparece como una solución que viene a mejorar la tramitación actual resolviendo algunas cuestiones que no tenían hasta ahora una respuesta legal, por ejemplo entregando claridad de que cuando se susciten este tipo de solicitudes, es competencia de las Cortes de Apelaciones respectivas, resolverlas. Del mismo modo atribuye una nueva responsabilidad al Ministerio Público pues en ambos escenarios, corresponde a este organismo la diligencia de solicitar audiencia para que se revise la solicitud, cuestión que aparece un trámite extra que se pudiese evitar, toda vez que la comunicación oficial de estas solicitudes no es recibida por parte del Ministerio Público, sino que por el Ministerio de Relaciones Exteriores como organismo que por excelencia ostenta esta función, siendo más sencillo que sea la Cancillería la que comunique esta solicitud directamente a la Corte de Apelaciones respectiva y esta de ser necesario ordene la concurrencia de las partes interesadas para su discusión en audiencia.

Finalmente, es comprensible que no se consideren otras salvaguardas o garantías pues como se ha explicado con anterioridad, estas se encuentran a juicio de la autoridad chilena, resueltas a través de los instrumentos internacionales suscritos y que se encuentran vigentes en materia de derechos humanos los cuales son vinculantes y plenamente aplicables en este tipo de circunstancias.

## IX. CONSIDERACIONES FINALES

La extradición ha sido regulada y tratada principalmente como un procedimiento judicial, pero dentro de su tramitación existen numerosos elementos administrativos y diplomáticos que la definen y caracterizan como una institución más compleja cuya legislación no se encuentra lo suficientemente desarrollada en algunos de sus aspectos prácticos.

En el presente artículo se analizaron estas circunstancias poniendo especial atención al carácter administrativo-diplomático que define la extradición en Chile, el rol que cumple el Ministerio de Relaciones Exteriores y lo relativo a las garantías diplomáticas, describiendo su concurrencia, fuentes y contenido.

---

*rado de otorgar la seguridad señalada en el inciso precedente.*

*La Corte de Apelaciones resolverá de plano en conformidad al mérito de los antecedentes. Concedida la solicitud, la Corte dictará resolución declarando que el abono del tiempo de privación de libertad por medida cautelar o detención previa en el Estado requerido, por los mismos hechos por los cuales se hubiere solicitado la extradición, se encuentra reconocido en el artículo 438 ter del Código Procesal Penal, y que el cálculo del tiempo de abono a la pena impuesta a la persona a extraditar corresponderá al juez competente, en conformidad a las reglas de esta disposición. La Corte remitirá al Ministerio de Relaciones Exteriores la resolución firme y las normas legales pertinentes, sirviendo estos instrumentos de título suficiente para que dicho Ministerio comunique la seguridad de abono del tiempo de privación de libertad por medida cautelar o detención previa ante las autoridades del Estado requerido". Boletín N° 12664-07. Mensaje N° 367 S.E. Presidente de la República. 2019.*



La extradición debido a su carácter internacional implica que los Estados se relacionen, no solamente a través de los tratados internacionales vigentes en la materia, sino que a través de sus usos y costumbres. De este modo, se pueden encontrar diferencias notorias entre los Estados en cuanto a su regulación en la materia, lo que puede derivar en trámites o pasos que no se condicen con lo establecido en la legislación chilena para la misma etapa procesal.

En ese contexto, las garantías diplomáticas se han presentado como un mecanismo facultativo de refuerzo de la protección de las obligaciones en derechos humanos del Estado requerido, y en función de las cuales se decide sobre acceder o denegar un pedido de extradición. Estas garantías también se pueden presentar como un trámite obligatorio de acuerdo a la legislación del Estado requerido.

Se ha observado que estas garantías no son un fenómeno extraño en la práctica extradicional, pero que a pesar de ello, suscitan complicaciones a la hora de su decisión, principalmente por la falta de regulación al respecto. Por lo mismo, este trámite se presenta como un desafío que dilata más de lo necesario la decisión del Estado requerido pudiendo incluso culminar con el rechazo de la solicitud de extradición al no poder asegurar debidamente lo solicitado.

En el caso chileno, se ha resuelto que el órgano encargado de resolver estas cuestiones es la Corte de Apelaciones respectiva, en la medida que fuere necesaria una declaración judicial.

De la revisión de sentencias en la especie se desprende que no existe una jurisprudencia armónica en la materia y que las diferentes Cortes de Apelaciones han asumido esta responsabilidad analizando las solicitudes de garantías diplomáticas de manera casuística, sin zanjar completamente cual es el trámite que se debe seguir o los fundamentos que se deben ofrecer para su solución, no obstante lo anterior, se ha logrado asegurar con relativo éxito lo solicitado por parte de los Estados requeridos quienes han accedido a las extradiciones que fueron objeto de estas solicitudes.

Finalmente, en el escenario descrito en el presente artículo, el Proyecto de Ley presentado por el Ejecutivo se exhibe como una oportunidad para profundizar en la regulación de estas solicitudes, fortaleciendo las reglas de la tramitación de la extradición activa, entregando certeza jurídica en al menos dos de las garantías diplomáticas más comunes.

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

# EL NUEVO TIPO PENAL DE ABUSO SEXUAL POR SORPRESA Y EL ABUSO SEXUAL CON LA CIRCUNSTANCIA DE APROVECHAMIENTO DE LA INCAPACIDAD PARA OponERSE DE LA VÍCTIMA

Sebastián Aguilera Vasconcellos<sup>1</sup>

## RESUMEN

El presente trabajo analiza el tipo penal de abuso sexual por sorpresa del artículo 366 inciso final del Código Penal, para determinar y esclarecer las cuestiones concursales que podrían caer entre este y otros delitos sexuales del Código Penal chileno, especialmente respecto del delito de abuso sexual del artículo 366 inciso primero, cuando concurre la circunstancia de la violación de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima.

---

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

## I. INTRODUCCIÓN

El 3 de mayo de 2019 entró en vigencia en Chile la Ley N° 21.153, que modificó el Código Penal, incorporando los delitos de acoso sexual en espacios públicos (o “callejero”) en el artículo 434 ter y el de abuso sexual por sorpresa en el artículo 366 inciso final, además de tipificar el delito de captación y difusión de imágenes en lugares públicos del artículo 161-C.

Dentro de los objetivos declarados por los legisladores para la incorporación de estos nuevos tipos penales estaba la necesidad de establecer una legislación que pusiera especial atención en quienes se ven más expuestos a la violencia sexual: las mujeres, adolescentes y niñas. En ese sentido, el “proyecto considera los tratados internacionales suscritos por Chile, como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), y va de la mano con iniciativas más recientes a cargo de las Naciones Unidas, que tienen por objetivo crear ciudades y espacios públicos más seguros para niños y niñas”<sup>2</sup>.

A la par de la redacción de esta y otras normas que ponen en el centro a las víctimas de la violencia sexual y a la ausencia de consentimiento como núcleo de la ilicitud de la conducta, la doctrina y jurisprudencia chilena han venido realizando esfuerzos por ir dotando de contenido a la circunstancia del actual artículo 361 N° 2 del Código Penal, que sanciona la violación –y los abusos sexuales en virtud del artículo 366 N° 1 del Código Penal–, cuando el autor se aproveche de la incapacidad de la víctima para oponerse, recogiendo aquí una serie de hipótesis fácticas donde la víctima en definitiva no ha consentido en el acto sexual. En ese sentido, ya existían fallos que comprendían en esta circunstancia casos de abusos sexuales realizados de manera intempestiva o sorpresiva<sup>3</sup>.

Ese desarrollo doctrinal y jurisprudencial, en virtud del cual han sido condenadas personas por los delitos de abuso sexual del artículo 366 inciso primero del Código Penal<sup>4</sup>, parece entrar en conflicto con el nuevo tipo penal de abuso sexual por sorpresa introducido en el inciso final del mismo artículo, de menor penalidad que el primero y que expresamente introduce la sorpresa como elemento del tipo. Ello ha traído consigo cuestionamientos sobre la posibilidad de interpretar acometimientos sorpresivos de una manera más favorable al imputado<sup>5</sup>, y que contrario al espíritu de la norma introducida el 2019, se termine sancionando con una menor pena hechos que con anterioridad se podían castigar con mayor severidad.

Por lo anterior, parece necesario en primer lugar, estudiar los nuevos tipos penales de acoso sexual callejero y abuso sexual por sorpresa, de manera integral, comprendiendo

2 Historia de la Ley N° 21.153, p. 5, disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7660/>

3 Aunque no abundante, existe jurisprudencia en este sentido, ver sentencias del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, 17 de agosto de 2018, RUC N° 1700643662-5, RIT N° 209-2018 y del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, 7 de noviembre de 2014, RUC N° 1101284863-5, RIT N° 54-2014.

4 Consolidado mediante fallo de la Corte Suprema, 11 de octubre de 2018, Rol N° 16676-2018.

5 ZAMORA, Francisca. “Alcance del artículo 361 N° 2 del Código Penal: incapacidad psicológica para oponerse”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLVII, 2° Semestre, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2021, p. 268.

el sentido y la finalidad de su introducción en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, brindar mayor protección a mujeres y niños y niñas víctimas de violencia de género, para luego describir brevemente el desarrollo que ha tenido desde el año 2010 hasta la fecha la circunstancia de incapacidad de la víctima para oponerse, y finalmente analizar las distintas cuestiones concursales que pueden suscitarse ante actos sexuales sorprendidos, y entregar una propuesta de interpretación conforme al sistema internacional de derechos humanos, y en particular, conforme a la obligación del Estado de Chile de prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género en contra de las mujeres.

## II. VIOLENCIA SEXUAL COMO MANIFESTACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La violencia de género o violencia basada en el género, es un término empleado para designar todo tipo de daño, ya sea físico, psíquico o sexual, cometido en contra de una persona, que resulte de las desigualdades de poder que se basan en los roles de género<sup>6</sup>. Asimismo, la violencia de género en contra de la mujer es comúnmente entendida como la violencia dirigida en contra de las mujeres por el solo hecho de ser mujeres o que las afecta de manera desproporcionada<sup>7</sup>.

La violencia sexual de género contra las mujeres es una forma específica de violencia que se caracteriza porque “las víctimas son sometidas a procesos de victimización perfilados sexualmente por hombres que se creen con poder sobre ellas para tenerlas controladas”<sup>8</sup>.

Detrás de la violencia sexual contra las mujeres está la idea de la objetualización<sup>9</sup> (*objectification*) de estas por parte de los hombres, que implica entre otras cosas, que pueden ser tratadas como meros objetos funcionales, instrumentalizándose sus cuerpos para la satisfacción sexual de los hombres<sup>10</sup>, negando en definitiva su completa autonomía y subjetividad<sup>11</sup>.

Esto se traduce típicamente en que sea ignorada la capacidad de las mujeres para consentir, siendo tratadas como cosas cuyas decisiones realmente no importan en pos de la gratificación masculina, y al mismo tiempo, esta forma de violencia considera irrelevan-

6 En este sentido, SEPÚLVEDA, Ivonne y SOVINO, Maurizio. “Violencia de género e investigación penal: deberes y desafíos para el Ministerio Público”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público de Chile, págs. 125-171, p. 141.

7 En detalle sobre el concepto de violencia de género, ver POGGI, Francesca. “Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el derecho”. En: *DOXA*, N° 42, Alicante, España, Universidad de Alicante, págs. 285-307.

8 ACALE, María. *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*. Madrid, España, Reus, 2019. p. 19.

9 En Chile, ver MAÑALICH, Juan Pablo. “La violación como delito de propia mano”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLVIII, N° 4, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2016, p. 39.

10 COX, Juan Pablo. “Entre la revolución y la ilusión. La regulación jurídico-penal del sexo como campo de batalla”. En: *Política Criminal*, Vol. 13, N° 26, Chile, Universidad de Talca, 2018, p. 673-674.

11 NUSSBAUM, Martha. *Citadels of Pride: Sexual Abuse, Accountability, and Reconciliation*. Nueva York, Estados Unidos, W.W. Norton & Company, 2021, con referencias a MACKINNON, Catharine. *Sexual Harassment Of Working Women: A Case Of Sex Discrimination*. New Haven, Estados Unidos, Yale University Press, 1974.

tes las emociones y deseos de las mujeres, como si los del “macho dominante” fueran los únicos reales e importantes<sup>12</sup>. En ese sentido, este tipo de violencia interfiere con el disfrute del derecho de las mujeres víctimas al desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual sin intromisiones ajenas no deseadas, en igualdad de oportunidades que sus agresores<sup>13</sup>.

Uno de los mecanismos a través de los que se reafirma la dominación masculina y la objetualización de las mujeres es mediante el ejercicio de prácticas de violencia simbólica que se traducen, entre otras formas, en la limitación de los espacios y las actividades permitidas para las mujeres. En este sentido, “las mujeres quedan circunscritas al espacio privado y se definen como pasivas, débiles, objetos de deseo y satisfacción sexual; inversamente, el hombre, es caracterizado como activo, fuerte, agresor y conquistador, soberano de lo público”<sup>14</sup>. En este espacio público dominado por lo masculino, la mujer queda reducida a un cuerpo en territorio ajeno, que puede ser observado, tocado, del cual se pueden emitir opiniones<sup>15</sup>.

De este modo, cuando salen al espacio público, no comportándose de acuerdo a los mandatos, roles y estereotipos del orden patriarcal, son agredidas mediante conductas constitutivas, entre otras, de violencia sexual<sup>16</sup>, que es lo que ocurre tratándose de la violencia sexual constitutiva de acoso sexual callejero.

Actualmente existe un *corpus iuris* de normas dentro del sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos sobre derechos de las mujeres, en particular sobre el derecho a una vida libre de violencia y acceso a la justicia que obligan al Estado de Chile a adoptar medidas para erradicar y sancionar la violencia de género, incluida la violencia sexual.

En ese sentido, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) obliga a los Estados en su artículo 5° a “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”<sup>17</sup>.

Por su parte, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Pará) reconoce en su artículo 2° a la violencia sexual como una manifestación de la violencia en contra de la mujer, comprendiendo todo acto ya sea

<sup>12</sup> Ibid., p. 30.

<sup>13</sup> ACALE, *ob. cit.*, p. 27.

<sup>14</sup> ARANCIBIA, Javiera, BILLI, Marco, GUERRERO, María José. “¡Tu ‘piropo’ me violenta! Hacia una definición de acoso sexual callejero como forma de violencia de género”. En: *Revista Punto Género*, N° 7, Chile, Universidad de Chile, 2019, p. 116.

<sup>15</sup> Ibid., p. 117.

<sup>16</sup> SEPÚLVEDA y SOVINO, *ob. cit.*, p. 141.

<sup>17</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas (1979), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Documento ONU 1249 UNTS 13. Esta convención fue promulgada por Chile en el año 1989 (Decreto n° 789 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 27 de octubre de 1989, publicado en el Diario Oficial el 9 de diciembre del mismo año).

en el espacio público o privado, que comprende, entre otros, “la violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual”, obligándose el Estado de Chile en virtud del artículo 7° letra c) del mismo cuerpo normativo a “incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”<sup>18</sup>.

Asimismo, el Comité de la CEDAW ha recomendado a los Estados adoptar medidas legislativas para velar porque todas las formas de violencia por razón de género contra la mujer, incluida la sexual, sean tipificadas como delito, reconociendo como una forma de violencia sexual el acoso u hostigamiento sexual<sup>19</sup>.

### III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PROYECTO DE LEY QUE SANCIONÓ EL ACOSO SEXUAL CALLEJERO

Bajo estas premisas, y en base a las obligaciones que ha suscrito el Estado de Chile, es que el año 2019 nuestro legislador decidió avanzar en la sanción de conductas constitutivas de violencia sexual de género que excluyen a las mujeres del espacio público, como son el acoso sexual callejero, el abuso sexual por sorpresa y la captación y/o difusión de imágenes íntimas en el espacio público, a pesar de una importante resistencia de la dogmática penal que se arrastraba desde el siglo pasado<sup>20</sup>.

Como ha sostenido Santibáñez, estas modificaciones constituyen un importante punto de partida para la configuración del consentimiento como elemento esencial en los delitos sexuales, por la expresa mención de este elemento tanto en la falta de acoso sexual del artículo 494 ter<sup>21</sup> como en el abuso sexual por sorpresa del artículo 366 inciso final<sup>22</sup>. Así, al bastar la ausencia de consentimiento en el tipo penal menos grave y que está a la base de los delitos sexuales y de aplicación supletoria al resto de los delitos, “con mayor razón debiese ocurrir lo mismo respecto de las hipótesis más graves como son los tipos penales de abuso sexual, violación y estupro”<sup>23</sup>.

18 Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (1994), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. Esta convención fue promulgada por Chile en el año 1998 (Decreto n° 1.640 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 23 de septiembre de 1998, publicado en el Diario Oficial el 11 de noviembre del mismo año).

19 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1992), Recomendación General N° 19: La violencia contra la mujer. Documento ONU A/47/38; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2017), Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19. Documento ONU CEDAW/C/GC/35.

20 GUZMÁN DALBORA, José. “Noción, punibilidad y crítica del denominado acoso sexual”. En: VERDUGO, Mario y HERNÁNDEZ, Diego. *Doctrinas esenciales Gaceta Jurídica*. Santiago, Chile, Legal Publishing, 2011, págs. 967-980 y DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel. “¿Criminalizar el acoso sexual?”. En: VERDUGO, Mario y HERNÁNDEZ, Diego. *Doctrinas esenciales Gaceta Jurídica*. Santiago, Chile, Legal Publishing, 2011, págs. 591-593.

21 El artículo 494 ter sanciona al que “realizare, en lugares públicos o de libre acceso público, y sin mediar el consentimiento de la víctima, un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente hostil o humillante”.

22 Que sanciona al que abusa cuando este “consistiere en el empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima”.

23 SANTIBÁÑEZ, María Elena. “El consentimiento en los delitos sexuales y su reconocimiento en la legislación chilena: una

Originalmente, el proyecto de ley tenía como principal objetivo sancionar el acoso sexual callejero, ante la insuficiencia de la legislación hasta ese momento, donde estas conductas se intentaban reconducir al delito de ofensas al pudor o a las buenas costumbres del artículo 373 del Código Penal<sup>24</sup>. Dentro de las formas que adoptaba el acoso se reconocían los comentarios sexuales o piropos, la obtención de fotografías sin consentimiento, la persecución, el exhibicionismo, acercamientos, roces o la masturbación en público.

Bajo esta lógica, se pensó en principio tipificar una modalidad agravada del acoso sexual que involucrara un contacto físico de carácter sexual, a diferencia de otras conductas que implicaban solo acercamientos, gestos o meras verbalizaciones<sup>25</sup>. Esta modalidad es lo que comúnmente se conoce como acoso sexual –callejero– por *contacto corporal*, y que incluye conductas como los “agarrones” en pechos o glúteos, “manoseos” y/o roces con el pene en esas mismas partes del cuerpo de la víctima, entre otros contactos corporales que impliquen la falta de consentimiento de quien sufre el hecho<sup>26</sup>.

Sin embargo, en su segundo trámite legislativo en el Senado, el texto de esta modalidad de contacto físico incorporó como uno de sus elementos del tipo el empleo de sorpresa, mutando la figura desde un tipo agravado de acoso sexual callejero, a una modalidad específica del delito de abuso sexual del artículo 366 del Código Penal.

Por lo mismo, y aunque el espíritu original del legislador haya sido regular aquí una modalidad del acoso sexual *callejero* que implicara el contacto físico con la afectada, finalmente su redacción excluyó toda referencia a un espacio determinado, como sí ocurre con la falta de acoso sexual callejero prevista y sancionada en el artículo 494 ter del Código Penal<sup>27</sup>.

Esto levantó inmediatamente la atención de algunos penalistas que dieron su opinión durante la tramitación de la ley, como María Elena Santibáñez, quien señaló que:

“las indicaciones que exigen modalidades de comisión consistentes en proceder por sorpresa, (...) o utilizando otras maniobras que no supongan consentimiento de la víctima se encuentran comprendidas en el aprove-

---

mirada comparada, un planteamiento crítico y una propuesta de lege ferenda”. En: MAYER, Laura y VARGAS, Tatiana (Eds.). *Mujeres en las Ciencias Penales. Una mirada desde el contexto jurídico chileno en las primeras décadas del siglo XXI*. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2020, p. 425.

24 Que sanciona a los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código, a la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

25 Historia de la Ley N° 21.153, p. 7: “Asimismo se estableció que el delito de acoso sexual callejero consistente en actos que involucren el contacto físico de carácter sexual, será sancionado con presidio menor en su grado mínimo, sin perjuicio de poder aumentarse en un grado esta pena, mediando las circunstancias detalladas en el proyecto”.

26 BAEZA, Belén. *Acoso sexual callejero por contacto corporal: relevancia de su tipificación en comparación con el delito de abuso sexual*. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2019, p. 22.

27 En el mismo sentido se ha referido nuestra jurisprudencia, al señalar que “aunque la génesis de la ley 21.153 fue la de erradicar el acoso y abuso sexual callejero, lo cierto es que examinada la historia de la ley, el Senado introdujo este inciso para ampliar el campo de protección de los abordamientos sexuales repentinos, no circunscribiéndolos sólo al antedicho acoso callejero, sino a toda conducta de abuso sexual efectuada por sorpresa”, sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, 6 de octubre de 2021, RUC N° 2010048608-4, RIT N° 282-2021, considerando décimo.



chamiento de la incapacidad de la víctima para oponerse, contenido en el numeral 2° del artículo 361 del Código Penal, relativo al delito de violación. En consecuencia, afirmó que ello permitiría aplicar la figura residual que propone el proyecto, en *desmedro* de los tipos penales de mayor gravedad que contempla el Código criminal, afectando el propósito que persigue la iniciativa”<sup>28</sup>.

De este modo, ya desde sus primeros esbozos, el abuso sexual por sorpresa fue cuestionado por ir en desmedro del desarrollo que se había venido produciendo del aprovechamiento de la incapacidad de la víctima comprendido en la circunstancia del delito de violación.

En contra de esta postura se pronunció una representante del Observatorio Contra el Acoso Callejero (OCAC), quien señaló que “la jurisprudencia reciente no ha acogido la modalidad de agresión sexual consistente en la incapacidad para oponerse de la víctima” respaldado con una “serie de casos de acoso callejero en que se han iniciado los respectivos procedimientos penales por ofensas al pudor y las buenas costumbres y no como un acto contra la libertad sexual de la víctima”, haciendo necesaria la incorporación de esta modalidad específica de abuso sexual para evitar cambios en los criterios jurisprudenciales<sup>29</sup>. En el mismo sentido, Fabiola Girao señaló que “el establecimiento de la sorpresa, como elemento propio del tipo, resuelve las falencias que se han detectado en la sanción del abuso sexual propio, en los términos contenidos en el artículo 366 del Código Penal”<sup>30</sup>.

Efectivamente, tal como fue señalado por la representante de OCAC, muchas de estas conductas sorpresivas eran perseguidas y en algunos casos sancionadas como el delito de ultrajes públicos del artículo 373 del Código Penal, que establece un tipo penal residual, castigando con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio a quienes de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres, pero exigiendo hechos de grave escándalo o trascendencia. Asimismo, en otros casos era reconducido el castigo a la falta de ofensas al pudor del artículo 495 N° 5 que establece una pena de multa de 1 UTM al que públicamente ofendiere el pudor con acciones o dichos deshonestos.

Así por ejemplo, se había logrado castigar como ofensas al pudor del artículo 373 del Código Penal al que “se abalanza sobre la [víctima] tomándola con fuerza y agarrándole un seno con sus manos, para luego tirarle el sostén”<sup>31</sup>, o al que “de manera sorpresiva procedió a tocar los glúteos, y los senos de la víctima, para posteriormente huir del lugar en dirección desconocida”<sup>32</sup>.

Sin embargo, esta solución era problemática por dos aspectos. Primero, pues el tipo penal de ofensas al pudor exige que la conducta genere un “grave escándalo o trascen-

28 Historia de la Ley N° 21.153, p. 106.

29 Historia de la Ley N° 21.153, p. 109.

30 Historia de la Ley N° 21.153, p. 118.

31 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 4 de octubre de 2014, Rol N° 130-2014.

32 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, 26 de abril de 2014, RUC N° 1300520077-0, RIT N° 54-2014.

dencia”, dejando fuera todas las conductas realizadas de manera subrepticia en contra de la víctima, que es precisamente lo que se pretendía legislar mediante el castigo de este tipo de abuso<sup>33</sup>. Y segundo, porque la mayoría de la doctrina ha estimado que tipos penales no buscan proteger la libertad/indemnidad sexual de las víctimas, sino que la moralidad o el pudor público<sup>34</sup>, siendo descartada la configuración del tipo penal si no existe una colectividad que contemple el hecho “indecoroso”<sup>35</sup>.

De ahí que sobre este punto, vale reconocer la existencia de una efectiva laguna de punibilidad respecto de todas aquellas conductas que no reunían todos los elementos del tipo penal de abuso sexual, ya sea por la menor gravedad de la conducta o por no existir un aprovechamiento propiamente tal; y porque tampoco quedaban cubiertas mediante el injusto del delito de ofensas al pudor, ya sea porque no se generaba un grave escándalo o porque, a pesar de quedar gravemente afectada la víctima y lesionada en su libertad/indemnidad sexual, no existía una afectación material al pudor o a la moral de la sociedad en su conjunto.

En definitiva, el actual artículo 366 inciso final vino a suplir dicha laguna, estableciendo una modalidad del delito de abuso sexual y no de acoso sexual callejero, sancionando con “la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en el empleo de *sorpresa* u otra maniobra que no suponga *consentimiento* de la víctima, siempre que ésta sea mayor de catorce años”.

Así, hoy se sancionan bajo esta norma conductas como las señaladas anteriormente a título de ofensas al pudor, como aquella del sujeto que en reiteradas oportunidades abordó de manera sorpresiva a víctimas en la vía pública, efectuando “tocaciones lascivas con sus manos en la zona genital y glúteos, huyendo luego rápidamente del lugar en un automóvil”<sup>36</sup>.

## IV. ABUSO SEXUAL POR SORPRESA

### 1. Acción sexual distinta del acceso carnal

Al constituir en definitiva una modalidad del abuso sexual, este debe entenderse conforme al sentido del art. 366 inciso primero, esto es, como el comportamiento del “que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal”, acción sexual que a su vez es caracterizada en el art. 366 ter del mismo Código Penal, como “cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”.

33 En ese sentido, la jurisprudencia chilena exige que al menos una persona haya observado la conducta del imputado para su reproche penal, Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de junio de 2016, Rol N° 1502-2016.

34 Ver desde un punto de vista crítico, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos sexuales*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 347.

35 SILVA, Cynthia y LLAJA, Jeanette. “La tipificación de los delitos contra la libertad sexual en Sudamérica”. En: DI CORLETO, Julieta (Ed.). *Género y justicia penal*. Buenos Aires, Argentina, Didot, 2017, págs. 143-179, p. 143.

36 Sentencia del Juzgado de Garantía de La Serena, 23 de mayo de 2020, RUC N° 1900823498-4, RIT N° 6201-2019.

No corresponde aquí discutir en general sobre cuáles conductas tendrán la significación sexual y relevancia<sup>37</sup> requerida por el tipo penal de abuso sexual, sin perjuicio que la incorporación de los actos sorpresivos ha abierto espacios de discusión para comprender aquí conductas de contacto físico de menor gravedad que antes no eran consideradas relevantes por la doctrina mayoritaria, como en el caso de besos u otros tocamientos menos invasivos<sup>38</sup>.

Algunos autores nacionales, previo a la reforma del 2019, señalaban que si bien las tocamientos intempestivos o sorpresivos podían entenderse comprendidas dentro del artículo 361 N° 2, en algunas situaciones debe discutirse “si lo intempestivo reduce la relevancia”<sup>39</sup>. Santibáñez parece apuntar en un sentido similar, al señalar que “la única manera de mantener una interpretación armoniosa de los delitos sexuales, tomando en consideración además la historia de la ley, es entender que las hipótesis a que hace referencia la disposición son de menor gravedad”<sup>40</sup>.

Como ya señalamos, la finalidad que se tuvo a la vista durante su tramitación parlamentaria fue que originalmente esta figura comprendiera una modalidad con contacto físico de la falta de acoso sexual callejero, para sancionar conductas abusivas que antes eran solo perseguibles por ofensas al pudor, y en definitiva configurar un delito que comprendiera casos excepcionales y de *menor gravedad* que el resto de los abusos del art. 366.

Un antecedente que puede servir a este punto de vista es lo que ha ocurrido en Alemania, donde el nuevo delito de acoso sexual del §184i StGB requiere que el actor toque el cuerpo de otra persona de una “manera sexualmente determinada” y que por consiguiente ofenda a la víctima. A propósito de esta modificación, la doctrina alemana ha discutido sobre el alcance de esta tocación sexualizada capaz de ofender a la víctima, que pone en el centro de la discusión la gravedad de la conducta.

En ese país se ha propuesto evaluar este tipo de contactos corporales menos invasivos conforme a la teoría del “comportamiento socialmente adecuado” (*Sozialüblichkeit*), evaluando objetivamente la connotación sexual del contacto físico<sup>41</sup>. Por lo tanto, la conducta debe superar un determinado estándar para ser considerada típica: si es que la conducta en particular es solo socialmente aceptable en el contexto de una relación íntima de pareja, por ejemplo, el tocar los pechos o genitales, o los besos en la boca o el cuello. Si el contacto corporal es común entre amigos/as u otros conocidos, como besos en la mejilla, abrazos, colocar el brazo en el hombro o sostener las manos, no debería ser considerado como sexualmente determinado, aun si el actor actuó con la intención de comenzar una interacción sexual<sup>42</sup>.

37 RAMÍREZ, María Cecilia. “Delito de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”. En: *Política Criminal*, N° 3, Chile, Universidad de Talca, 2006, págs. 7 y sgtes.

38 ABOSO, Gustavo. *Derecho penal sexual*. Montevideo, Uruguay, B. de F., 2014, p. 166.

39 WINTER, Jaime. *Delitos contra la indemnidad sexual*. Santiago, Chile, DER, 2018, p. 42.

40 SANTIBÁÑEZ, *ob. cit.*, p. 432.

41 CORREA, Beatriz y RENZIKOWSKI, Joachim. “El concepto de «acto de naturaleza sexual» en el derecho penal”. En: *InDret*, N° 1/2020, España, Universitat Pompeu Fabra, 2021, p. 150.

42 HÖRNLE, Tatjana. “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”. En: *German Law Journal*, Vol. 18,

En definitiva, sin perjuicio de tener que reunir la significación sexual y la relevancia propia del abuso sexual, cabría considerar acá conductas de menor gravedad por su modalidad de ataque, que tradicionalmente la doctrina ha sido renuente a considerar como constitutivas del delito de abuso sexual<sup>43</sup>.

## 2. Empleo de sorpresa u otra maniobra que suponga ausencia de consentimiento

La incorporación de la sorpresa como una circunstancia expresamente considerada como ausencia de consentimiento de la víctima no es una novedad a nivel comparado, especialmente en la legislación europea. En Alemania, la reforma del año 2016 introdujo un modelo de “no-means-no” en el §177 del StGB<sup>44</sup>, que homologa la falta de consentimiento a supuestos en los que el autor abusa de un momento de *sorpresa*<sup>45</sup>. Asimismo, Francia desde el año 2010 define la agresión sexual en el artículo 222.22 del Código Penal como todo acto sexual cometido con violencia, coerción, amenaza o *sorpresa*<sup>46</sup>. Finalmente, conforme al artículo 375 del Código Penal de Bélgica se entiende que no hay consentimiento si el delito se comete con violencia, coacción, amenaza, *sorpresa* o engaño, o se ha conseguido por la enfermedad o deterioro físico o mental de la víctima<sup>47</sup>. Por su parte en nuestro continente, también se ha entendido que son punibles los actos sexuales donde la víctima no puede consentir libremente en razón del efecto sorpresivo que utiliza el autor, como en el caso de Argentina<sup>48</sup>.

En relación a este elemento, la Real Academia de la Lengua Española define sorpresa como la acción y efecto de sorprender a otro, lo que a su vez está definido como “pillar desprevenido” a alguien<sup>49</sup>. En los pocos casos en que nuestros tribunales de justicia han tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta forma de ataque, han señalado que la sorpresa debe referirse a la forma de consumación del acto, y que debe reunir determinadas calidades: “furtividad, intempestividad y brevedad”<sup>50</sup>, que debe efectuarse “en forma intempestiva con desconcierto de la afectada”<sup>51</sup>, o que debe ser una acción “imprevista, rapaz y oportunista”<sup>52</sup>.

N° 6, Alemania, Goethe University Frankfurt, 2019, p. 1327.

43 En ese sentido, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos sexuales*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 253.

44 COX, *ob. cit.* n° 10, p. 663; en detalle HÖRNLE, *ob. cit.* n° 37.

45 ACALE, *ob. cit.*, p. 190.

46 *Ibid.*, p. 191.

47 *Ibid.*, p. 187.

48 ABOSO, *ob. cit.*, p. 168.

49 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. Disponible en: <<https://dle.rae.es>> [fecha de consulta: 17 de marzo de 2022].

50 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, 13 de febrero de 2020, RUC N° 1701081207-0, RIT N° 152-2019, considerando duodécimo.

51 Sentencia del Juzgado de Garantía de La Serena, 23 de mayo de 2020, RUC N° 1900823498-4, RIT N° 6201-2019, considerando octavo.

52 Sentencia del TOP de Antofagasta, 6 de octubre de 2021, RUC N° 2010048608-4, RIT N° 282-2021, considerando décimo.

En definitiva, mediante la incorporación de este tipo penal se viene a reconocer expresamente la sorpresa como mecanismo de ataque constitutivo de abuso sexual, además de incorporar por primera vez en el catálogo de delitos sexuales la voz “consentimiento”, destacándolo como el elemento central sobre el cual depende el castigo de la violencia sexual en personas mayores de 14 años de edad<sup>53</sup>. Como bien afirma Cox, esta tendencia de expansión regulativa debe valorarse como respetuosa con “una agenda encaminada a brindar una mayor cobertura protectora de la autonomía sexual principalmente de las mujeres”<sup>54</sup>, y que en definitiva va en el camino correcto de completar los déficit o lagunas de punibilidad, en el sentido de dar protección penal a las víctimas en todas las hipótesis de ausencia de consentimiento y así satisfacer estándares internacionales, “principalmente en cuanto al deber del Estado de erradicar toda forma de violencia en contra de los grupos más afectados por estos delitos”<sup>55</sup>.

## V. APROVECHAMIENTO DE LA INCAPACIDAD PARA OponERSE

Como ha sido señalado por parte de la doctrina, si bien el sistema de delitos sexuales toma como base la ausencia de consentimiento, esta es una condición necesaria<sup>56</sup> pero no suficiente de la tipicidad de las conductas, pues “es imprescindible que esa falta de anuencia se canalice en alguno de los específicos medios y circunstancias comisivas contempladas en cualquiera de los tres numerales del artículo 361 del Código Penal”<sup>57</sup>.

De ahí que las principales discusiones que se dan en relación al catálogo de delitos sexuales, especialmente sobre la violación y los abusos sexuales, giren en torno a la interpretación de cada una de estas circunstancias, y que se hayan concentrado esfuerzos legislativos en mejorar y perfeccionar su redacción.

Un ejemplo de ello es la reforma introducida el año 2010 mediante la Ley N° 20.480, que modificó la circunstancia segunda del artículo 361 del Código Penal, eliminando la voz resistencia, que era entendida tradicionalmente por la doctrina como una referencia a la imposibilidad de oponer una resistencia física, excluyendo otro tipo de causas<sup>58</sup>.

Hoy se entiende entonces la incapacidad para oponerse como “un medio de comisión de los delitos de violación y abusos sexuales, consistente en un aprovechamiento por parte del sujeto activo de condiciones físicas o psíquicas que disminuyen la concreta posibilidad de autodeterminación del sujeto pasivo en la esfera sexual”<sup>59</sup>.

53 Sobre el consentimiento, ver GUZMÁN, Karen. “El consentimiento de la víctima en los delitos contra libertad sexual”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 56, Chile, Ministerio Público de Chile, 2015, págs. 131-145.

54 COX, Juan Pablo. “El nomen iuris “violación” como demanda reivindicativa. Notas sobre la necesidad de reconocimiento de la agencia sexual de las mujeres”. En: *Ius et Praxis*, Vol. 25, N° 3, Chile, Universidad de Talca, 2019, p. 674.

55 SANTIBAÑEZ, *ob. cit.*, p. 425.

56 HÖRNLE, Tatjana. “Violación como relaciones sexuales no consentidas”. En: *En Letra: Derecho Penal*, Año VI, N° 10, Argentina, Asociación Civil Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2020, p. 198.

57 AGUSTINA, José y PANYELLA-CARBO, María-Neus. “Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas”. En: *Política Criminal*, Vol. 15, N° 30, Chile, Universidad de Talca, 2020, p. 545.

58 Con la salvedad de lo señalado por GARRIDO, Mario. *Derecho Penal Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, Tomo III, págs. 285-286.

59 OXMAN, Nicolás. “La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales”. En: *Política Criminal*, Vol.

Este cambio normativo lleva a que se estime que la actual redacción permite subsumir un sinnúmero de casos que “anulen o impidan que la víctima pueda prestar su voluntad de forma libre, incluyendo situaciones de incapacidad tanto de orden físico, como psíquico o psicológico, o de una circunstancia o situación fáctica del momento”<sup>60</sup>. De este modo, la doctrina actual ha intentado avanzar en señalar que se da cabida a las mismas situaciones de incapacidad física para oponer resistencia, pero también a situaciones que antes no era posible reconducir de manera clara a este delito<sup>61</sup>. En parte esto ha sido recogido por la Corte Suprema<sup>62</sup>, que ha señalado que esta hipótesis recoge todos aquellos casos en que la víctima ha expresado la voluntad contraria al acto sexual, pero por *alguna* razón fáctica no puede asentir o negar, ni tampoco oponerse.

Dentro de esta casuística, Oxman comprende el acto sexual por *sorpresa* dentro de la incapacidad física para oponerse, “en la medida que se trata de acciones que restan toda capacidad de respuesta física y de previsión de medios de oposición además de ser ejecutadas en total ausencia de consentimiento”. Conforme a esta tesis, aquí se comprenden casos como el “del agresor que se abalanzó súbitamente sobre la espalda de una mujer, para besarle el cuello mientras tocaba sus nalgas y pechos”, o el del “supuesto del facultativo que durante un examen ginecológico accede carnalmente “por sorpresa” a una mujer que no pudo verle por estar tumbada sobre una camilla en posición para la práctica de un examen vaginal, detrás de una manta quirúrgica que los separaba”<sup>63</sup>.

Sovino y Huerta en el mismo sentido, también reconocen aquí las conductas sexuales cometidas por sorpresa, que impiden a la víctima cualquier oposición física al ataque, debido a lo inesperada y furtiva de la acción. La falta de consentimiento respecto al acto es evidente. Aquí se incorporan “las conductas ejecutadas en la vía y transporte público, y las cometidas por personas vinculadas al área de la salud (enfermeras/os, matronas/es, doctoras/es, tecnólogos/os médicos/as, entre otras/os)”<sup>64</sup>.

En razón de lo anterior, naturalmente cobran sentido las preocupaciones de parte de la doctrina que se hizo presente en la tramitación parlamentaria de la Ley N° 21.153, en atención a que esta nueva regulación podría ir en contra a su objetivo, cual es brindar mayor protección a las mujeres víctimas de violencia sexual, pues se castigarían con una pena más baja conductas que actualmente era posible sancionar con una pena más alta y comprensiva de la ausencia de consentimiento de la víctima.

10, N° 19, Chile, Universidad de Talca, 2015, p. 100.

60 AGUILAR, Cristián. *Delitos Sexuales. Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming, Doctrina y Jurisprudencia*. 3ª ed., Santiago, Chile, Metropolitana, 2015, p. 44.

61 MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal chileno Parte Especial*. 4ª ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2021, p. 196.

62 Sentencia de la Corte Suprema, 11 de octubre de 2018, Rol N° 16676-2018, considerando quinto.

63 OXMAN, *ob. cit.*, p. 102.

64 SOVINO, Maurizio y HUERTA, Sofía. “Los alcances de la circunstancia comisiva de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima en los delitos contra la libertad / indemnidad sexual”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 77, Chile, Ministerio Público de Chile, 2019, p. 91.

Por ejemplo, para Balmaceda, toda esta “elucubración dogmática” ha quedado totalmente zanjada debido a la Ley N° 21.153, que incorporó el abuso sexual por sorpresa, desplazando totalmente la posibilidad de castigarlo conforme a la circunstancia del artículo 361 N° 2 del Código Penal<sup>65</sup>.

En lo que sigue entonces, se analizarán algunas de las propuestas elaboradas por la doctrina y jurisprudencia nacional, analizando además la posibilidad de resolución del conflicto mediante el estudio de los criterios o principios que sirven para resolver los concursos aparentes.

## VI. CUESTIONES CONCURSALES

Sovino y Huerta avanzaron y dieron criterios diferenciadores entre la conducta subsumida en el nuevo delito de abuso sexual por sorpresa y el anterior abuso con aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima. Él y ella postulan que se debe diferenciar entre aquellas conductas meramente cometidas de forma intempestiva o furtiva, de aquellas cometidas de esa misma forma, pero además aprovechándose el autor de una situación de vulnerabilidad de la víctima.

En el primer caso se debe apreciar el nuevo delito de abuso sexual por sorpresa, mientras que en el segundo, donde se encuentran los actos intempestivos ejecutados en el ámbito de salud, de la educación, por personas vinculadas al acompañamiento espiritual de las víctimas, u otros contextos similares, será posible apreciar más bien el abuso del artículo 366 inciso primero en relación a la circunstancia ya estudiada<sup>66</sup>.

En tanto, Santibáñez indica que la única forma de mantener una estructura armónica en el catálogo de los delitos sexuales es entender que las hipótesis del art. 366 inciso final se refieren a conductas sorpresivas “de ejecución *instantánea* en *lugares de alta afluencia de público* como medios de transporte, calles y eventos masivos”, sin que exista una circunstancia adicional de tipo contextual, física o situacional que coloque a la víctima en una posición de especial vulnerabilidad que le impida oponerse<sup>67</sup>.

En sentido similar, se ha dicho que para delimitar unos abusos sexuales de otros se debe atender al *contexto* y a la *gradualidad* con la que se cometió el ilícito<sup>68</sup>, como en el caso del sujeto que no solo emplea elementos sorpresivos, sino que se aprovecha de estar realizando un masaje (con consentimiento de la víctima), para de manera intempestiva realizar tocaciones en los pechos y los genitales de la víctima<sup>69</sup>.

En ese sentido, lo que diferenciaría a uno y otro tipo penal dice relación con la existencia de un contexto adicional entre el agresor y la víctima, en virtud del cual este podría expresar un “aprovechamiento” en los términos de la circunstancia del art. 361 N° 2.

65 BALMACEDA, Gustavo. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. 4ª edición, Santiago, Chile, Librotecnia, 2021, Tomo I, p. 335.

66 SOVINO y HUERTA, *ob. cit.*, págs. 93 y 94.

67 SANTIBÁÑEZ, *ob. cit.*, p. 432.

68 ZAMORA, *ob. cit.*, p. 267.

69 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, 25 de noviembre de 2020, Rol N° 862-2020.

De lo que hemos venido señalando entonces, ante un comportamiento en el que se realice un acto sexual distinto al acceso carnal mediante sorpresa, podemos estar en presencia de un concurso aparente o concurso de leyes entre los tipos penales de los artículos 366 inciso primero, en relación a la circunstancia de la violación del art. 361 n° 2, y del artículo 366 inciso final, donde solo uno de estos tipos penales debería ser aplicable al hecho para no vulnerar así los principios de *non bis in idem* o de insignificancia<sup>70</sup>.

En relación a este conflicto de normas, hay quienes sostienen la tesis de la *aplicabilidad*, según la cual ante la concurrencia de los presupuestos de procedencia de varios tipos penales se deben reconocer ambas conductas sin desplazar ninguno de los tipos<sup>71</sup>, debiendo resolverse en definitiva el conflicto en la determinación de la pena, referido a la aplicación de las normas de sanción<sup>72</sup>.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria sostiene que esto no se trata de un problema concursal propiamente tal, sino que de un concurso impropio –o aparente como indica su denominación–, existiendo en realidad un problema de interpretación de la ley que se debe resolver conforme a los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad<sup>73</sup>.

Lo primero es analizar la aplicación del principio de *especialidad*, que opera cuando un tipo penal presenta todos los elementos de otro y solo se distingue de este en que además contiene como mínimo otro ulterior elemento más especial. En ese sentido podría entenderse absorbido el abuso sexual del artículo 366 inciso final, pues la incapacidad para oponerse no solo requiere el empleo de la sorpresa, sino que un aprovechamiento por parte del sujeto activo de este mecanismo. En este caso sin embargo, como se requiere que una de las conductas describa el mismo presupuesto que la otra de manera de contener en su descripción todos los elementos típicos de la otra<sup>74</sup>, creemos no es posible aplicar de manera clara el principio de especialidad. Más que una relación de este tipo, nos encontramos ante modalidades diversas de la conducta abusiva.

Una segunda opción es entender que el delito de abuso sexual por sorpresa del artículo 366 inciso final solo es aplicable de forma subsidiaria<sup>75</sup>, es decir, solo reclamaría vigencia

70 Sobre el fundamento de la necesidad de establecer reglas para los casos de concurso aparente de leyes penales, ver en detalle MATUS, Jean Pierre. “La teoría del concurso aparente de leyes penales y el “resurgimiento” de la ley en principio desplazada”. En: *Revista de derecho* (Coquimbo), N° 9, Chile, Coquimbo, Universidad Católica del Norte, 2002, p. 30.

71 En detalle MALDONADO, Francisco. “Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales”. En: *Política Criminal*, Vol. 15, N° 30, Chile, Universidad de Talca, 2020, p. 500 y sgtes.

72 MALDONADO, Francisco. “Unidad de acción, unidad de hecho y unidad de delito en el concurso de delitos”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 47, N° 3, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2020, p. 737. En la práctica como veremos, seguir una tesis u otra en el caso analizado nos llevará a resultados similares, por el desplazamiento de una de las normas de sanción.

73 ARTAZA, Osvaldo, MENDOZA, Ricardo y ROJAS, Luciano. “La consunción como regla de preferencia en el marco del concurso aparente de leyes”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 59, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2019, p. 4.

74 SALINERO, Sebastián. “El concurso de delitos en la práctica de la judicatura chilena. Una aproximación empírica desde el estudio de casos simulados”. En: *Política Criminal*, Vol. 16, N° 31, Chile, Universidad de Talca, 2021, p. 37.

75 WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner y SATZGER, Helmut. *Derecho Penal Parte General* (Trad. Raúl Pariona). 46ª ed., Lima, Perú, Instituto Pacífico, 2018, p. 552.



para el caso en que no sea posible castigar a título de abuso sexual del art. 366 inciso primero por alguna de las circunstancias del artículo 361, por estar sancionado este último con mayor pena<sup>76</sup>.

A diferencia de la redacción de la falta de acoso sexual callejero del artículo 494 ter, donde se dispone expresamente que su aplicación depende de que la conducta no constituya una falta o delito al que se imponga una pena más grave, el legislador no optó por incorporar en el delito de abuso sexual por sorpresa una cláusula de subsidiariedad formal, que obligue al juez a desplazar la aplicación de esta figura ante la verificación de circunstancias de la violación o del estupro.

Por lo mismo, habrá que verificar si estamos en un supuesto de subsidiariedad material o tácita, que debe inferirse de la idea básica del concurso de leyes según la cual un injusto penal no requiere una punición separada si ya es abarcado completamente o de manera suficiente por otro precepto aplicable. Aquí se deben aceptar los casos en que, en principio, el tipo penal desplazado interviene de modo menos intenso en los bienes jurídicos tutelados que el delito principal<sup>77</sup>.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia nacional, que ha descrito al tipo penal del art. 366 inciso final como una “figura residual que tuvo por objeto sancionar aquellos actos de significancia y relevancia que afecten la libertad sexual”, descartando su aplicación ante la concurrencia de la circunstancia del art. 361 n° 2 en el caso<sup>78</sup>.

Finalmente, hay que analizar si es aplicable entonces la regla de la *consunción*, útil en los casos donde un tipo penal no está necesariamente contenido en otro, pero sin embargo, coinciden regular o usualmente en su comisión<sup>79</sup>, siendo abarcado y consumido por la forma delictiva más grave<sup>80</sup>. En este sentido, la consunción como regla aplica en los casos en que el hecho pueda ser subsumido en más de un tipo penal, “pero uno de estos represente completamente el desvalor del hecho”, debiendo el tribunal reconocer un concurso aparente, aplicando externamente exclusivamente tal tipo penal –el que “consume” al resto”–<sup>81</sup>.

Como señala Bustos, este ejercicio no solo supone un problema de interpretación, sino que requiere un juicio valorativo respecto de la situación concreta, en el sentido de determinar si los hechos pueden incluirse en un solo tipo legal que abarque el real disvalor de la conducta<sup>82</sup>.

76 ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. 1ª ed., Cizur Menor, España, Thomson Reuters, 2014, Tomo II, p. 1003.

77 HILGENDORF, Eric y VALERIUS, Brian. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc, 2017, p. 323.

78 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, 24 de abril de 2021, RUC N° 2000001128-3, RIT N° 2-2021, considerando séptimo, donde se condenó al acusado por efectuar roces con la lengua en la zona genital de una mujer mientras se encontraba dormida.

79 Ibid., 324.

80 WESSELS, BEULKE y SATZGER, *ob. cit.*, p. 553.

81 ARTAZA, MENDOZA y ROJAS, *ob. cit.*, p. 166.

82 BUSTOS, Juan. *Obras Completas*. 2ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, Tomo I, p. 394.

Esta última estrategia creemos permite diferenciar de mejor manera en qué casos castigar la conducta sorpresiva a título de abuso sexual con la circunstancia de la violación y cuando en cambio subsumirla bajo el abuso sexual por sorpresa del artículo 366 inciso tercero. Así, existiendo en el caso concreto una situación o contexto previo que es aprovechado por el sujeto para realizar maniobras de manera intempestiva, dicho aprovechamiento supone una mayor gravedad de la conducta, en razón de la posición desigual en la que se encuentra la víctima respecto del sujeto del delito, como puede ocurrir en el caso de los profesionales de la salud que se aprovechan del contexto que les facilita la realización de exámenes médicos, o el de quien aprovecha que está practicando un masaje a otra persona para abusar sexualmente de esta mediante maniobras intempestivas. Esta solución, creemos permite visibilizar la mayor gravedad asociada a la pena, y es coherente con la propuesta de los autores nacionales en la materia<sup>83</sup>.

Esta forma de entender la concurrencia de los tipos penales, no solo permitiría dotar de sistematicidad al conjunto de delitos sexuales regulados en nuestro ordenamiento jurídico, sino que además iría en el sentido correcto de brindar mayor protección a mujeres víctimas de violencia de género, sancionando conductas que antes estaban recogidas de manera arcaica, y así satisfacer los compromisos del Estado de Chile en la materia.

Así, en ningún caso se debería optar por recalificar hechos cometidos aprovechando la situación de la víctima por la sola presencia de actos sorpresivos o intempestivos a la figura del artículo 366 del Código Penal, sino que este tipo penal lo que pretende regular es precisamente aquellas situaciones fácticas que con anterioridad a su entrada en vigencia quedaban impunes, como cuando no existe el aprovechamiento de una situación buscada por el sujeto, ni era posible castigar por ofensas al pudor debido a las limitaciones y debilidades de dicho tipo penal.

## CONCLUSIONES

La violencia de género sexual en contra de las mujeres se traduce entre otras cosas, en su objetualización y negación de su autonomía y personalidad, en su exclusión del espacio público y el ejercicio de violencia sexual cuando esta infringe el mandato social. Ello se manifiesta entre otras conductas, en el ejercicio de actos abusivos ya sea constitutivos de acoso, como el grito de comentarios sobre su cuerpo en la vía pública, hasta el contacto físico sexual mediante el empleo de maniobras sorpresivas sin el consentimiento de ellas.

Ante esta realidad, y la obligación del Estado de Chile de erradicar y sancionar la violencia de género en virtud del sistema universal e interamericano de derechos humanos, es que se han ido incorporando normas penales que buscan paliar el déficit legislativo que dejan en la impunidad el ejercicio de violencia sexual en razón de género.

En definitiva, la incorporación de la figura del delito de abuso sexual por sorpresa del artículo 366 inciso final ha venido a colmar una laguna de punibilidad en que una serie de conductas quedaban impunes o eran castigadas a través de un tipo penal subsidiario y arcaico, como son las ofensas al pudor y los ultrajes a las buenas costumbres.

<sup>83</sup> MATUS y RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 196.

Que en paralelo, la dogmática penal chilena ha ido entendiendo la ausencia de consentimiento como el elemento esencial, más no suficiente, para el castigo de las conductas de violación y abusos sexuales. Ello ha permitido que tanto doctrina como jurisprudencia hayan avanzado en comprender en la circunstancia del aprovechamiento de la incapacidad de la víctima para oponerse la posibilidad de castigar aquí los abusos sexuales cometidos mediante sorpresa, desarrollo que puede ser puesto en aprietos ante la modificación legal del año 2019.

Sin embargo, los tipos penales deben ser aplicados de manera sistemática y conforme a su finalidad de brindar mayor protección a las mujeres víctimas de violencia sexual y reconocer su autonomía sexual. Por lo mismo, en base a la regla de la consunción, debe preferirse la aplicación del abuso sexual del artículo 366 inciso primero en relación a la circunstancia de la violación del artículo 361 n°2 del Código Penal, cuando no solo se emplee la sorpresa como mecanismo para agredir sexualmente a la víctima, sino que además se aproveche de un contexto fáctico o relacional, que justifique la mayor gravedad de dicha conducta.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABOSO, Gustavo. *Derecho penal sexual*. Montevideo, Uruguay, B. de F., 2014.
- ACALE, María. *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*. Madrid, España, Reus, 2019.
- AGUILAR, Cristián. *Delitos sexuales, Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming doctrina y jurisprudencia*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2015.
- AGUSTINA, José R., PANYELLA-CARBÓ, María-Neus. “Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas”. En: *Política criminal*, Vol. 15, N° 30, Chile, Universidad de Talca, 2015, págs. 526–581.
- ARANCIBIA, Javiera; BILLI, Marco; y GUERRERO, María José. “¡Tu “piropo” me violenta! Hacia una definición de acoso sexual callejero como forma de violencia de género”. En: *Revista Punto Género*, N° 7, Chile, Universidad de Chile, 2017, págs. 112–137.
- ARTAZA, Osvaldo; MENDOZA, Ricardo y ROJAS, Luciano. “La consunción como regla de preferencia en el marco del concurso aparente de leyes”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 59, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2019, págs. 110–139.
- BAEZA, Belén. *Acoso sexual callejero por contacto corporal: relevancia de su tipificación en comparación con el delito de abuso sexual*. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2019.
- BALMACEDA, Gustavo. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. 4ª edición, Santiago, Chile, Librotecnia, 2021, Tomo I.
- BUSTOS, Juan. *Obras Completas*. 2ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, Tomo I.
- CORREA, Beatriz y RENZIKOWSKI, Joachim. “El concepto de «acto de naturaleza sexual» en el derecho penal”. En: *InDret*, N° 1/2020, España, Universitat Pompeu Fabra, 2021.
- COX, Juan Pablo. “Entre la revolución y la ilusión. La regulación jurídico-penal del sexo como campo de batalla”. En: *Política criminal*, Vol. 13, N° 26, Chile, Universidad de Talca, 2018, págs. 657–681.
- COX, Juan Pablo. “El nomen iuris “violación” como demanda reivindicativa. Notas sobre la necesidad de reconocimiento de la agencia sexual de las mujeres”. En: *Ius et Praxis*, Vol. 25, N° 3, Chile, Universidad de Talca, 2019, págs. 307–332.
- DE RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel. “¿Criminalizar el acoso sexual?”. En: VERDUGO, Mario y HERNÁNDEZ, Domingo (eds.), *Doctrinas esenciales Gaceta Jurídica*. Santiago, Chile, Legal Publishing Chile, 2011, págs. 591–593.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte Especial*. 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- GUZMÁN DÁLBORA, José. “Noción, punibilidad y crítica del denominado acoso sexual”. En: VERDUGO, Mario y HERNÁNDEZ, Domingo (eds.), *Doctrinas esenciales Gaceta Jurídica*. Santiago, Chile, Legal Publishing Chile, 2011, págs. 967–980.
- GUZMÁN, Karen. “El consentimiento de la víctima en los delitos contra libertad sexual”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 56, Santiago, Chile, Ministerio Público de Chile, 2015, págs. 131–145.
- HILGENDORF, Eric y VALERIUS, Brian. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc, 2017.
- HÖRNLE, Tatjana. “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”. En: *German Law Journal*, Vol. 18, N° 6, Alemania, Goethe University Frankfurt, 2019, págs. 1309–1330.
- HÖRNLE, Tatjana. “Violación como relaciones sexuales no consentidas”. En: *En Letra: Derecho Penal*, Año VI, N° 10, Argentina, Asociación Civil Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2020, págs. 197–217.

MACKINNON, Catharine. *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*. New Haven, Estados Unidos, Yale University Press, 1979.

MALDONADO, Francisco. “Unidad de acción, unidad de hecho y unidad de delito en el concurso de delitos”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 47, N° 3, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2020, págs. 733–755.

MALDONADO, Francisco. “Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales”. En: *Política criminal*, Vol. 15, N° 30, Chile, Universidad de Talca, 2020, págs. 493–525.

MAÑALICH, Juan Pablo. “La violación como delito de propia mano”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLIII, N° 4, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2016, págs. 39–50.

MAÑALICH, Juan Pablo. “El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles”. En: CÁRDENAS, Claudia y FERDMAN, Niedmann (eds.). *El Derecho Penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*. Santiago, Chile, Legal Publishing, 2016, págs. 501–547.

MATUS, Jean Pierre. “La teoría del concurso aparente de leyes penales y el “resurgimiento” de la ley en principio desplazada”. En: *Revista de derecho* (Coquimbo), N° 9, Chile, Coquimbo, Universidad Católica del Norte, 2002, págs. 27–68.

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal chileno Parte Especial*. 4ª ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2021.

NUSSBAUM, Martha. *Citadels of Pride: Sexual Abuse, Accountability, and Reconciliation*. New York, Estados Unidos, W. W. Norton & Company, 2021.

OXMAN, Nicolás. “La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales”. En: *Política criminal*, Vol. 10, N° 19, Chile, Universidad de Talca, 2015, págs. 92–118.

POGGI, Francesca. “Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el derecho”. En: *DOXA*, N° 42, Alicante, España, Universidad de Alicante, págs. 285–307.

RAMÍREZ, María Cecilia. “Delito de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”. En: *Política Criminal*, N° 3, Chile, Universidad de Talca, 2007, págs. 1–13.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos sexuales*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2014.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. 1ª ed., Cizur Menor, España, Thomson Reuters, 2014, Tomo II.

SALINERO, Sebastián. “El concurso de delitos en la práctica de la judicatura chilena. Una aproximación empírica desde el estudio de casos simulados”. En: *Política criminal*, Vol. 16, N° 31, Chile, Universidad de Talca, 2021, págs. 30–61.

SANTIBÁÑEZ, María Elena. “El consentimiento en los delitos sexuales y su reconocimiento en la legislación chilena: una mirada comparada, un planteamiento crítico y una propuesta de lege ferenda”. En: MAYER, Laura y VARGAS, Tatiana (eds.). *Mujeres en las Ciencias Penales. Una mirada desde el contexto jurídico chileno en las primeras décadas del siglo XXI*. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2020, págs. 403–447.

SEPÚLVEDA, Ivonne y SOVINO, Maurizio. “Violencia de género e investigación penal: deberes y desafíos para el Ministerio Público”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público de Chile, págs. 125–171.

SILVA, Cynthia y LLAJA, Jeanette. “La tipificación de los delitos contra la libertad sexual en Sudamérica”. En: DI CORLETO, Julieta (Ed.). *Género y justicia penal*. Buenos Aires, Argentina, Didot, 2017, págs. 143–179.

SOVINO, Maurizio y HUERTA, Sofía. “Los alcances de la circunstancia comisiva de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima en los delitos contra la libertad / indemnidad sexual”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 77, Santiago, Chile, Ministerio Público de Chile, 2019, págs. 83–116.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner y SATZGER, Helmut. *Derecho Penal Parte General* (Trad. Raúl Pariona). 46ª ed., Lima, Perú, Instituto Pacífico, 2018.

WINTER, Jaime. *Delitos contra la indemnidad sexual*. Santiago, Chile, DER, 2018.

ZAMORA, Francisca. "Alcance del artículo 361 N° 2 del Código Penal: incapacidad psicológica para oponerse". En: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLVII, 2° Semestre, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2021, págs. 259-270.

## JURISPRUDENCIA

### Corte Suprema

Corte Suprema, 11 de octubre de 2018, Rol N° 16676-2018.

### Cortes de Apelaciones

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 4 de octubre de 2014, Rol N° 130-2014.

Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de junio de 2016, Rol N° 1502-2016.

Corte de Apelaciones de Temuco, 25 de noviembre de 2020, Rol N° 862-2020.

### Tribunales de Juicio Oral en lo Penal

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, 6 de octubre de 2021, RUC N° 2010048608-4, RIT N° 282-2021.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, 7 de noviembre de 2014, RUC N° 1101284863-5, RIT N° 54-2014.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, 26 de abril de 2014, RUC N° 1300520077-0, RIT N° 54-2014.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, 17 de agosto de 2018, RUC N° 1700643662-5, RIT N° 209-2018.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, 13 de febrero de 2020, RUC N° 1701081207-0, RIT N° 152-2019.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, 24 de abril de 2021, RUC N° 2000001128-3, Rol N° 2-2021.

## JUZGADOS DE GARANTÍA

Juzgado de Garantía de La Serena, 23 de mayo de 2020, RUC N° 1900823498-4, RIT N° 6201-2019.

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

# EL COMISO Y LA PRESCRIPCIÓN

Nataly Muñoz Ulloa<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

Desde el texto primitivo del Código Penal del año 1874, el comiso ha formado parte de las penas accesorias a crímenes y simples delitos, contempladas en el artículo 21, respecto del cual no se ha formulado definición legal alguna, más allá del contenido indicado en el artículo 31, que lo caracteriza como *la pérdida de los efectos que de él provengan [del delito] y de los instrumentos con que se ejecutó*.

Conforme la práctica jurídica ha evolucionado desde un modelo de derecho penal tradicional a uno moderno o de la globalización, se han introducido nuevas figuras de comiso tendientes fundamentalmente a utilizarlo como herramienta contra el crimen organizado, tales como el comiso de ganancias<sup>2</sup>, el comiso ampliado<sup>3,4</sup> o el comiso sin condena<sup>5</sup>. Así, las 40 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) señalan que “Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una

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

<sup>2</sup> Comiso de las ventajas patrimoniales conseguidas a través del delito. MANZANARES SAMANIEGO. “La pena de Comiso en el proyecto de código penal” [en línea]. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Madrid, España, 1981. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1981-20061300652](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1981-20061300652) [fecha de consulta: 12 de abril de 2022].

<sup>3</sup> La capacidad de decomisar activos que superan los ingresos directos de un delito. Es decir no solo de los activos asociados con el delito concreto, sino de los activos adicionales que, según el órgano jurisdiccional, sean producto de otros delitos similares. SANTANDER ABRIL, Gilmar Giovanni. *La Emancipación del Comiso del Proceso Penal: Su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de Comiso Ampliado; “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”*. Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos, 2017. P. 117.

<sup>4</sup> Art. 127.1, párrafo 2 del Código Penal Español “El tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista o de un delito de terrorismo”.

<sup>5</sup> Se entiende por comiso sin condena, aquel que puede decretarse aun cuando no se imponga pena a alguna persona, por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse esta extinguido, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita. Ejemplo de aquello lo constituye el artículo 127.4 del Código Penal Español, introducido por la LO 15/2003.



condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales”<sup>6</sup>.

Las Convenciones Internacionales suscritas por Chile, entre ellas principalmente la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Viena 1988)<sup>7</sup>, la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, conocida como Convención de Palermo (año 2000)<sup>8</sup> y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida 2003)<sup>9</sup> han instado a avanzar en el mismo sentido, previendo la posibilidad de privar del dominio de ciertos bienes cuando no se ha logrado probar su origen lícito, sin la necesidad de una sentencia condenatoria firme.

En lo que a Chile se refiere, el comiso no ha sufrido grandes cambios desde la época de dictación del Código. Su innovación más notable recae en la Ley 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes, que incluye expresamente el comiso que por disposición del artículo 33 de la Ley 19.913, resulta aplicable a las hipótesis de lavado de activos y el comiso de bienes por valor equivalente, incorporado por la Ley 20.818 de 18 de febrero de 2015, en el artículo 37 de la Ley 19.913.

Sin embargo, ninguna de estas adecuaciones se ha abocado a formular una definición orgánica del comiso que permita determinar sus elementos y características y por tanto las consecuencias que de aquello se derivan. Así, por ejemplo, una lectura general de las disposiciones reguladoras del comiso no pareciera dar una respuesta evidente de si, en tanto pena, es posible que esta prescriba.

El presente artículo se ocupará específicamente de la imprescriptibilidad del comiso, teniendo como trasfondo la regulación nacional, las Convenciones Internacionales ratificadas por Chile y que se encuentren vigentes y la doctrina comparada, en aquello que resulte compatible con la legislación interna a fin de poder dilucidar si la imprescriptibilidad se aplica o no a esta institución.

---

6 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) [en línea]. Disponible en: [https://www.estrategiaantilavado.cl/upload/repo/RecomendacionesGAFIDic2020\\_5025.pdf](https://www.estrategiaantilavado.cl/upload/repo/RecomendacionesGAFIDic2020_5025.pdf)

7 Promulgada con fecha 31 de mayo de 1990, mediante Decreto Supremo 543 y publicada el 20 de agosto de 1990.

8 Promulgada con fecha 20 de diciembre de 2004, mediante Decreto Supremo 342 y publicada el 16 de febrero de 2005.

9 Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, promulgada en Chile el 23 de noviembre de 2003 y publicada el 30 de enero de 2007, en virtud de Decreto Supremo 375 [en línea]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=257958>.

## II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE COMISO

Desde un punto de vista positivo, en nuestra legislación el comiso encuentra su regulación general en los artículos 21<sup>10</sup> y 31<sup>11</sup> del Código Penal; y en lo particular, ha quedado entregado a lo que a su respecto estipula cada ley especial; en lo que nos compete, la Ley 19.913<sup>12</sup> y la Ley 20.000<sup>13</sup> a la cual la primera se remite.

<sup>10</sup> Art 21: *Penas comunes a las tres clases anteriores.*

*Multa.*

*Pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito.*

<sup>11</sup> ART. 31. *Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito.*

<sup>12</sup> Artículo 33.- *Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, serán aplicables respecto de los delitos establecidos en los artículos 27 y 28, todas las normas de la ley N° 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y substancias psicotrópicas, y las que contenga cualquier otra ley que la sustituya o modifique, que se refieran a las siguientes materias:*

*c) Medidas cautelares e incautaciones: posibilidad de disponer medidas cautelares sin comunicación previa al afectado, objetos susceptibles de incautación y comiso y destino de los bienes incautados o del producto de los mismos, y*

*Artículo 36.- Los bienes incautados o el producto de los decomisados en investigaciones por lavado de activos podrán ser destinados, en los términos que establecen los artículos 40 y 46 de la ley N° 20.000, en todo o parte, a la persecución de dicho ilícito.*

*Artículo 37.- Durante la investigación de los delitos contemplados en los artículos 27 y 28 de esta ley, en aquellos casos en que como consecuencia de actos u omisiones del imputado no pudiera decretarse la incautación o alguna medida cautelar real sobre los bienes que sean objeto o producto de los mismos, el tribunal con competencia en lo penal que corresponda podrá decretar, a solicitud del fiscal y mediante resolución fundada, la incautación o alguna de las medidas cautelares reales establecidas en la ley, sobre otros bienes que sean de propiedad del imputado por un valor equivalente a aquel relacionado con los delitos, con excepción de aquellos que declara inembargables el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil.*

*Asimismo, ante una solicitud de autoridad competente extranjera, realizada en virtud de un requerimiento de asistencia penal internacional por alguno de los delitos señalados en el inciso anterior, se podrá decretar, en los mismos términos expresados en el inciso precedente, la incautación o medidas cautelares reales de bienes por un valor equivalente a aquellos relacionados con el delito investigado.*

*En el evento de dictarse sentencia condenatoria, y no habiéndose incautado o cautelado bienes relacionados con el delito sino sólo aquellos de un valor equivalente, el tribunal con competencia en lo penal que corresponda podrá, en la misma sentencia, decretar el comiso de aquellos bienes incautados o cautelados de conformidad a lo establecido en el inciso primero.*

<sup>13</sup> Artículo 45.- *Sin perjuicio de las reglas generales, caerán especialmente en comiso los bienes raíces; los muebles, tales como vehículos motorizados terrestres, naves y aeronaves, dinero, efectos de comercio y valores mobiliarios; y, en general, todo otro instrumento que haya servido o hubiere estado destinado a la comisión de cualquiera de los delitos penados en esta ley; los efectos que de ellos provengan y las utilidades que hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, o las transformaciones que hubieren experimentado, como, asimismo, todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas del destino u origen de los mismos.*

*Igual sanción se aplicará respecto de las sustancias señaladas en el inciso primero del artículo 2°, y de las materias primas, elementos, materiales, equipos e instrumentos usados o destinados a ser utilizados, en cualquier forma, para cometer alguno de los delitos sancionados en esta ley.*

*Artículo 46.- Los bienes decomisados en conformidad a esta ley serán enajenados en subasta pública por la Dirección General del Crédito Prendario, la que podrá, además, ordenar su destrucción, si carecieren de valor.*

*El producto de la enajenación de los bienes y valores decomisados y los dineros en tal situación ingresarán a un fondo especial del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, con el objetivo de ser utilizados en programas de prevención del consumo de drogas, tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción. Un reglamento establecerá la forma de distribución de los fondos, así como los mecanismos que garanticen la transparencia de los actos tendientes a su traspaso.*

*Igual aplicación se dará al monto de las multas impuestas en esta ley y al precio de la subasta de las especies de que hace mención el artículo 470 del Código Procesal Penal. Se exceptúan de esta disposición las armas de fuego y demás elementos a que se refiere la ley N° 17.798, sobre Control de Armas.*

*El tribunal deberá informar al Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol sobre los bienes que hubieran sido declarados en comiso, así como de las multas impuestas en conformidad con esta ley, dentro de los quince días hábiles a la fecha en que la sentencia que así lo decreta haya quedado ejecutoriada.*

*En lo no contemplado en esta ley, regirán las reglas generales contenidas en el Párrafo 2° del Título VIII del Libro Cuarto del Código Procesal Penal.*

*El Fondo a que se refiere este artículo será el continuador del Fondo establecido en el artículo 28 de la ley N° 19.366.*

Apegándonos al texto del legislador y tomando como referencia la definición entregada por Patricia Vargas, desarrollada más adelante, podríamos preliminarmente definir el comiso como una “pena accesoria, que consiste en la pérdida, por parte del condenado, de los efectos provenientes del delito, de los instrumentos con que se ejecutó y en determinados casos, de las utilidades que hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, o las transformaciones que hubieren experimentado”.

Sin embargo, teniendo a la vista el objetivo de este trabajo es evidente que la definición proporcionada y basada exclusivamente en el tenor literal de los artículos reguladores, no basta para dar respuesta a la interrogante de la prescriptibilidad. No se pronuncia la definición positiva sobre elementos tan necesarios como por ejemplo la naturaleza de la pérdida o el momento a partir del cual produce sus efectos.

La regulación inorgánica a que se ha hecho referencia ha dado lugar a que en la doctrina nacional los autores hayan dedicado pocas líneas al desarrollo general de esta institución, así por ejemplo, en los manuales de derecho en que se describe latamente la teoría de la pena y su aplicación, no se dedica más que un par de líneas a aquella que ha sido definida por el propio legislador como una pena accesoria<sup>14</sup>.

No obstante lo anterior, es posible encontrar algunas referencias doctrinarias vinculadas a las modificaciones que ha introducido en esta materia la Ley 20.000. En este sentido, por ejemplo, Luz María Puente ABA, sin elaborar una definición o concepto general de comiso, aborda algunas de sus características mediante un ejercicio comparativo entre la legislación española y nuestra regulación nacional<sup>15</sup>.

La jurisprudencia ha sido igual de esquiva al momento desarrollar el contenido y características de la pena de comiso al momento de imponerla, el hito más importante en la materia lo constituye el denominado caso Riggs<sup>16</sup>, pero que no aborda la problemática desarrollada en este trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta indiscutible que el comiso tiene entre nosotros naturaleza jurídica de pena, por razones de texto, ya que así lo indica el artículo 21 del Código Penal, y sobre todo porque su aplicación está subordinada al principio de culpabilidad exigiendo la imposición de una sentencia condenatoria para que produzca sus efectos, a diferencia de otras legislaciones en las que se contempla el denominado “comiso sin condena”<sup>17</sup> o incluso el denominado “comiso ampliado”, sin perjuicio que el proyecto de ley de delitos económicos, actualmente en tramitación en el congreso, contempla la incorporación de la primera figura<sup>18</sup>.

14 CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005; ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, Tomo II; GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, Tomo I;

15 PUENTE ABA, Luz. “El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena” [en línea]. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, España, 2006, 10: 849-870 ISSN: 1138-039X. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/2479> [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2021].

16 Corte Suprema, 24 de agosto de 2018, Rol 38490-17.

17 Por ejemplo, el Código Penal Español, en sus artículos 127 y sgtes.

18 Boletín N°13204-07 refundido con Boletín N°13205-07.

En atención a lo anterior surge la necesidad de mirar hacia el plano internacional, tanto en la regulación de los tratados internacionales, como en doctrina comparada, para desentrañar el concepto de comiso, su naturaleza y prescriptibilidad.

## 2.1 Perspectiva Internacional

Desde hace por lo menos dos décadas, las Convenciones Internacionales han reconocido en el comiso una herramienta eficaz contra la persecución de la delincuencia transnacional<sup>19-20 21</sup>, instando a los países suscriptores a extender su comprensión, alcanzando no solo los efectos e instrumentos del delito (Comiso tradicional u ordinario), sino también las ganancias derivadas de aquel, bienes por equivalencia, bienes mezclados e incluso, conminando a los Estados miembros a invertir el peso de la prueba en estas materias<sup>22</sup>.

En este sentido, la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Viena 1998) define el decomiso como *“la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente”*<sup>23</sup> y por bienes *“los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”*<sup>24</sup>.

19 Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Art. 5: Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto.

20 Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Art. 12: Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención.

21 Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, art. 31 N° 2: Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de 26 cualquier bien a que se haga referencia en el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso. 4. Cuando ese producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, éstos serán objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo. 5. Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación. 6. Los ingresos u otros beneficios derivados de ese producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido dicho producto o de bienes con los que se haya entremezclado ese producto del delito también serán objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito. 8. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos.

22 Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Art. 12 n° 7: Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

23 Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Art. 1: Salvo indicación expresa en contrario, o que el contexto haga necesaria otra interpretación, las siguientes definiciones se aplicarán en todo el texto de la presente Convención: f) Por “decomiso” se entiende la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente.

24 p) Por “producto” se entiende los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3; q) Por “bienes” se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

La Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, conocida como Convención de Palermo (año 2000)<sup>25</sup>, en su artículo 2 letra g, señala que se entiende por decomiso *“la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente”*<sup>26</sup>.

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, conocida como Convención de Mérida (2003) en su artículo 2 letra g) indica que por *“decomiso” se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente*<sup>27</sup>.

No conforme con lo anterior, el derecho internacional en general ha tendido a la ampliación de los límites del comiso a través de figuras que no dependen de una condena penal, abriendo así un espacio propicio para discutir con mayor holgura su naturaleza jurídica, fundamento y fines.

Particular atención ha dedicado a esta materia el Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de la OEA, reconociendo al comiso como una herramienta fundamental dentro del combate al lavado de activos desde el sistema judicial, tal como aparece en el libro destinado a la materia publicado el año 2017<sup>28</sup>.

Al decir de Gilmar Santander<sup>29</sup> no existe un consenso sobre la posición exacta del comiso dentro del mundo normativo, siendo distintas las posturas jurídicas que se han adoptado al respecto, que lo ubican como una pena accesoria, una consecuencia civil, una sanción, o una consecuencia accesoria, entre otras, sin perjuicio de lo cual lo define como un *“instituto de derecho penal sustancial mediante el cual, los bienes vinculados con un delito, ya sea por razón de su origen o destinación delictiva, pasan a poder del Estado a título de pena o consecuencia jurídica, mediante una decisión definitiva de carácter jurisdiccional”*.

En ese sentido, el comiso ha sido abordado en el mundo, entre otras, como pena, medida de seguridad y consecuencia accesoria, lo que conlleva características, efectos y consecuencias diversas al materializarse cada una de ellas.

En nuestro país, el legislador decidió considerarlo una pena, decantándose por un sistema de afectación mixta basada en la imputación penal, valorando fundamentos que dicen relación con el origen o destinación ilícita de los bienes (real), como aquellos vinculados a la responsabilidad o compromiso penal (personal).

25 Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Palermo, año 2000, depositada ante el Secretario General de Naciones Unidas el 29 de noviembre de 2014, y publicada en Chile el 16 de febrero de 2005.

26 Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Artículo 2. Definiciones: Para los fines de la presente Convención: g) Por “decomiso” se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente”.

27 Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, promulgada en Chile el 23 de noviembre de 2003 y publicada el 30 de enero de 2007, en virtud de Decreto Supremo 375 [en línea]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=257958>.

28 SANTANDER ABRIL, Gilmar Giovanny. *La Emancipación del Comiso del Proceso Penal: Su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de Comiso Ampliado; “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”*. Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos, 2017.

29 SANTANDER ABRIL, ob. cit., p. 20.

En ese escenario, Gilmar Santander lo define como el “*instituto de derecho penal sustancial que lo declara un juez penal sustentado en la declaratoria previa de responsabilidad penal del titular; y, de acuerdo con el objeto sobre el cual recae (bienes y derechos), se le reconoce también el cumplimiento de una función disuasiva o preventiva*”<sup>30</sup>.

## 2.2 Perspectiva Nacional

Tomando como base que para el derecho internacional, vinculante para Chile a través de las Convenciones de Palermo y Viena, el comiso consistiría en “*la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente*”, lo que corresponde entonces es desentrañar las características de esa privación de manera que resulte coherente con nuestro derecho interno.

Al hablar de privación definitiva se alude al cambio de titular de un determinado derecho que pesa sobre el bien. Se trata de un cambio de relación jurídica que se entabla con respecto a ese bien, en el cual el titular pasa a ser el Estado, en perjuicio de su titular anterior.

La propiedad constituye uno de los derechos fundamentales especialmente resguardados y regulados en nuestro ordenamiento jurídico, es así como encontramos consagración constitucional tanto de sus atributos, como de sus limitaciones en el artículo 19 n° 24 de la CPR, que de manera enfática señala que: “*Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental*”.

Si bien en Chile el comiso es considerado una pena y por tanto su regulación forma parte del derecho penal sustantivo, lo cierto es que sus efectos recaen sobre bienes cuya naturaleza, características y efectos son abordados por el derecho civil, por tanto, es ineludible su consideración si se tiene presente que el ordenamiento jurídico es uno en su conjunto, debiendo existir congruencia en sus diversas manifestaciones.

Volviendo al texto constitucional, a pesar de lo extenso del contenido del art. 19 N° 24, la regulación del derecho de propiedad no se agota en él y podemos encontrar una mención relacionada con el tema que nos convoca, en el Art. 19 N° 7, que al respecto señala:

*“g) No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas”.*

La confiscación y el comiso suelen confundirse, pero se trata de instituciones distintas. La confiscación implica la pérdida de todos los bienes del condenado y está expresamente prohibida, con excepción de las asociaciones ilícitas. En cambio, el comiso consiste en la privación de bienes determinados y está expresamente permitido por la Constitución, constituyendo así, un modo de extinguir el dominio con rango constitucional.

<sup>30</sup> SANTANDER ABRIL, ob. cit., p. 40.

De esta forma, aquella privación a que hacen referencias las Convenciones de Palermo y Viena, interpretadas a la luz de nuestra Carta Fundamental, llevan necesariamente a concluir que el comiso es una forma de extinción del derecho de propiedad sobre determinados bienes (corporales o incorporales) respecto del condenado, a favor del Estado, el que mediante la misma institución adquiere el dominio de aquellos bienes. Es decir, la declaración de comiso formulada por autoridad competente opera como modo de extinguir el dominio por una parte y como modo de adquirirlo por otra.

### III. PERFECCIONAMIENTO DEL COMISO

Reconociendo en el comiso una pena privativa del derecho de propiedad, naturalmente cabe preguntarse: ¿Desde cuándo opera esta extinción del dominio?

Las Convenciones de Viena y de Palermo son enfáticas en señalar que la privación de la propiedad es de carácter **definitivo**. Conforme a la Real Academia de la Lengua Española “definitivo” significa: *Que decide, resuelve o concluye*. Es decir, la etimología de la palabra utilizada por las convenciones pareciera desde ya orientarnos a asumir que es la declaración de comiso en sí misma, la que provoca la pérdida del derecho de dominio, operando ipso iure.

Por otra parte, una interpretación sistemática de la Convención de Palermo nos permite llegar a la misma conclusión, puesto que esta contempla en un acápite distinto el destino que se debe dar a los bienes decomisados<sup>31</sup>, entregando esta determinación a la legislación interna de cada país, reconociendo de esta forma, una distinción entre lo que entiende por comiso en sí mismo (que no requeriría un acto distinto para su perfeccionamiento, más allá de su decreto) y por otra parte, los actos que deben ejecutarse para dar a los bienes decomisados el destino previsto en la ley.

En doctrina comparada, sin perjuicio de las diferencias motivadas por la naturaleza diversa que se ha dado al comiso, las convenciones citadas y otros documentos internacionales propios del derecho europeo, han llevado a los autores a una conclusión similar:

Para Silvina Bancigalupo, “*el comiso es la confiscación de una cosa que proviene de un delito o ha sido utilizada para su ejecución, privando de ella a su titular o detentador, para ser adjudicada al Estado*”<sup>32</sup>.

Para Luquin, “*consiste en la pérdida del dominio de bienes determinados como efecto sustantivo penal, **inmediato y definitivo**. Se trata de una pena que consiste en la pérdida de bienes*”<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Art. 14 n° 1: Los Estados Parte dispondrán del producto del delito o de los bienes que hayan decomisado con arreglo al artículo 12 o al párrafo 1 del artículo 13 de la presente Convención de conformidad con su derecho interno y sus procedimientos administrativos.

<sup>32</sup> BANCIGALUPO, Silvina. *Ganancias Ilícitas y Derecho Penal*. Madrid, España, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces S.A., 2002, p. 80.

<sup>33</sup> LUQUIN, Ernesto. “*Repensando el Ius Puniendi*”, *Universitas Vitae Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero*. 1ª edición, Salamanca, España, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007; citando a Aguado Correa, Teresa. *El comiso*. Madrid, España, Edersa, 2000, p. 445.

Para Patricia Vargas, se trata de “*la pérdida del dominio como efecto sustantivo penal, inmediato y definitivo, así como el correlativo cambio de titularidad de los efectos, instrumentos y ganancias, que tiene lugar ipso iure*”<sup>34</sup>.

Para Manzanares Samaniego, “*al enfatizar el vocablo pérdida, el legislador reconoce que esta figura se mueve en el ámbito de los derechos reales pues no produce un crédito (como sucede con la multa), sino la pérdida del dominio con efecto definitivo*”<sup>35</sup>, *la transmisión directa de la propiedad del bien a favor del Estado*<sup>36</sup>, *esto sin perjuicio del destino que se le asigne posteriormente*”.

En cuanto al momento en que el efecto del comiso se produce, el mismo autor sostiene que este se concreta con la firmeza de la sentencia en la cual se dispone esta consecuencia accesoria<sup>37</sup>.

En el mismo sentido y de manera más expresa, Choclán Montalvo sostiene que el comiso es una causa de expropiación, porque desde la firmeza de la sentencia que lo decreta, se pierde legalmente la propiedad. Por su parte, el carácter definitivo de la pérdida es lo que distingue al comiso de efectos e instrumentos del secuestro<sup>38</sup>.

En España, el comiso se encuentra regulado en el Título VI del Libro I, art. 127 y sptes. del Código Penal, como una de las consecuencias accesorias a la pena<sup>39</sup>. A diferencia

34 VARGAS G., Patricia, citando a Aguado Correa, Teresa. *El Comiso del Patrimonio Criminal*. Tesis Doctoral. Salamanca, España, Universidad de Salamanca, facultad de derecho, Departamento de Derecho Público General, Programa Problemas actuales de derecho penal, dogmática penal y perspectiva político criminal, 2012, p. 21. Para Manzanares Samaniego es redundante acentuar el carácter definitivo de la transmisión que se da con el comiso, pues versa sobre un derecho real de dominio. MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español*. Tras la Ley Orgánica 8/1983, ob. cit., p. 251.

35 VARGAS, ob. cit., p. 229; citando a MANZANARES SAMANIEGO, “Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal”. En: *Documentación Jurídica*. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, p. 249; MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español*, p. 252; MANZANARES SAMANIEGO, *El Comiso y la Caucción en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal*, p. 8; MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. Comentarios y jurisprudencia, Tomo I, Parte General, p. 923.

36 VARGAS G., ob. cit., p. 229; citando a MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de comiso*, p. 74; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “La pena de multa.” En: *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Madrid, La Ley-Actualidad, S.A., 1996, Tomo 2, Doctrina, p. 1535.

37 VARGAS G., ob. cit., p. 234; citando a MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de comiso*, MANZANARES SAMANIEGO, “La pena de comiso en el proyecto de Código Penal”. En: *ADPCP*, ob. cit., p. 632. En otra obra Manzanares Samaniego indica que la legislación alemana, en concreto, en el §74 e) del Código Penal, se prevé que el Estado adquiere la propiedad de la cosa o del derecho decomisado al producirse la firmeza de la resolución, lo anterior dejando a salvo los derechos de tercero (con excepción de los supuestos especiales, entre los que están los objetos peligrosos del §74.II.2). Hasta el momento de la firmeza, opera una prohibición de enajenación que favorece al Estado, de conformidad con el 136 BGB. MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros”.

38 CHOCLÁN MONTALVO, ob. cit., p. 67.

39 Art. 127

1. *Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.*

2. *En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.*



de nuestra regulación nacional, el comiso español, aunque ha sido discutido, pareciera poseer una naturaleza jurídica sui generis, que no logra identificarse ni con la pena, ni con una medida de seguridad propiamente tal. Así, para Choclan Montalvo, no se trataría de una pena, pues no es un instrumento de reacción frente a la culpabilidad por el hecho y no cumple con las características de las medidas de seguridad que constituyen una reacción frente a la peligrosidad del autor del delito<sup>40</sup>.

En el mismo sentido, Manzanares Samaniego afirma que, si la pena se concibe como un “castigo que ha de guardar proporción con la gravedad del hecho cometido, se está reafirmando un principio elemental, pero inaplicable al comiso, porque se tropieza con el obstáculo insalvable de la individualización”, agregando que “el comiso se aviene mal con el presupuesto de culpabilidad”<sup>41</sup>. A su vez, afirma que “no constituye medida de seguridad en sentido estricto, porque no tiende a corregir al delincuente, a eliminarlo o a quitarle las posibilidades de delinquir”<sup>42</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, las diferencias existentes entre una y otra figura no modifican el efecto sustancial de la institución, que siempre está orientada a la privación de determinados bienes, sino por el contrario, el derecho español mediante la dictación del Código Penal de 1995, deja de considerar el comiso como una pena y pasa a llamarle consecuencia accesoria, con el fin de facilitar su aplicación, que tratándose de una pena se ve mermada o limitada por las exigencias propias del proceso penal y sus garantías fundamentales<sup>43</sup> entre las cuales se encuentra la culpabilidad, la proporcionalidad y la exigencia de atribución de responsabilidad como presupuesto necesario para imposición de una condena, alcanzando incluso la posibilidad de decretar el comiso sobre bienes de terceros no responsables. Esta afirmación, por supuesto, no supone la carencia absoluta de garantías fundamentales aplicables al comiso en tanto consecuencia accesoria, puesto que su aplicación conlleva necesariamente el respeto al principio de legalidad, la presunción de inocencia<sup>44</sup>, el derecho a defensa, fundamentación de la sentencia, entre otros.

De lo anterior es posible colegir, que las consideraciones tomadas en cuenta por la doctrina española al señalar que el efecto del comiso opera desde la dictación de la sentencia, son plenamente aplicables a nuestra regulación nacional.

3. *Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.*

40 CHOCLÁN MONTALVO, ob. cit., p. 28.

41 MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La pena de comiso en el proyecto de Código Penal” [en línea]. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Boletín Oficial del Estado, Gobiernos de España, 1981, p. 614. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-1981-20061300652](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1981-20061300652).

42 MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, ob. cit., p.616.

43 ROIG TORRES, Margarita. “La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española” [en línea]. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 2015. Disponible en: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/3028>

44 Algunos han cuestionado la efectiva observancia de esta garantía, en el Código Penal Español, art. 127.1 párrafo 2, que establece una presunción legal de bienes provenientes de una actividad delictiva cuando exista desproporcionalidad entre el patrimonio total de acusado y los ingresos legalmente obtenidos. Sostienen que se produciría una inversión de la carga probatoria.

#### IV. PARTICULAR SITUACIÓN DEL COMISO DE GANANCIAS

Un punto en común entre la legislación chilena y española está dado por la falta de distinción en el tratamiento del comiso que afecta por una parte a los instrumentos y efectos del delito; y por otra a la ventaja patrimonial derivada del hecho punible<sup>45</sup>. No ocurre lo mismo en Alemania, en que se prevén dos consecuencias distintas en función del bien aprehendido. Por una parte, el comiso (Verfall) priva de las ganancias patrimoniales obtenidas por el delito o derivadas del mismo, y por otra, la confiscación (Einziehung) de los objetos que son el producto o que han sido empleados en su preparación o ejecución. Ambas figuras están reguladas en el Título VII, junto a las sanciones contra la propiedad y pertenecen, con las medidas de mejora y seguridad, a las denominadas «medidas», previstas en el §11.1º StGB.

Desde un punto de vista teleológico también se pueden establecer diferencias entre el comiso de instrumentos y efectos y el comiso de ganancias. El fundamento del comiso de efectos e instrumentos se encuentra en la peligrosidad objetiva que los bienes decomisados pudieran provocar una nueva lesión al bien jurídico<sup>46</sup>; en tanto que el comiso de ganancias o beneficios encuentra su fundamento en que el delito no es un título legítimo para generar riqueza de forma jurídicamente reconocida, por lo que no es posible admitir un incremento patrimonial mediante la comisión de delitos<sup>47</sup>.

Esta distinción en el fundamento del comiso de ganancias acarrea una importante observación sobre el título en virtud del cual se priva de la cosa al condenado, puesto que al no consistir el delito un modo (legal) de adquirir el dominio, el autor o partícipe de la infracción nunca tendrá en realidad un derecho de propiedad sobre esas ganancias, puesto que el Código Civil indica que los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno.

Al respecto Choclán Montalvo sostiene que *“sobre la ganancia no es posible constituir una relación jurídica de dominio, por lo que, en ese caso, no es que los bienes se adjudiquen al Estado, sino que son ope legis del Estado, pues sobre los beneficios ilícitos, o sobre sus transformaciones, no puede invocar el acusado un derecho de propiedad, sólo una posesión natural”*<sup>48</sup>.

Por lo anterior, a pesar de las apariencias de titularidad, en realidad no hay un derecho subjetivo sobre los bienes por parte del condenado por lo que la adquisición que efectúa el Estado no es derivativa (pérdida de derechos y su traslación al Estado, como se señaló pretéritamente) sino originaria. En síntesis, con la adquisición de los bienes por parte del Estado en virtud de la declaración de comiso, solo se está revirtiendo una situación patrimonial ilícita que no lesiona los derechos del autor o partícipe de la infracción, pues no se puede lesionar un derecho que no se tiene.

45 CHOCLÁN MONTALVO, ob. cit., p. 39.

46 GARCÍA CAVERO, Percy. “El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad católica del Perú*, N° 81, Lima, Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año 2018, p. 115.

47 GARCÍA CAVERO, ob. cit., p. 117.

48 CHOCLÁN MONTALVO. *El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas*. En: ZARAGOZA AGUADO, Javier (Dir.). *Estudios de Derecho Judicial (ejemplar dedicado a Prevención y represión del blanqueo de capitales)*. Madrid, España, Consejo General del Poder Judicial, N° 28, 2000, p. 346.

## V. PRESCRIPCIÓN

El Derecho Penal tiene su origen en el poder punitivo del Estado que se manifiesta a través de la actividad encaminada a determinar la comisión de un delito y los responsables del mismo. La prescripción es por tanto, la cesación de la potestad punitiva del Estado al transcurrir un período de tiempo fijado por la ley<sup>49</sup>.

En materia de prescripción penal, se distingue la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena, cuyos fundamentos son distintos. No abordaremos la prescripción de la acción penal, puesto que no repercute en el objetivo de este trabajo<sup>50</sup>. En tanto, la prescripción de la pena se ha definido como “la renuncia del estado de la potestad de realizar, después de un cierto transcurso de tiempo, la pretensión punitiva derivada del delito y reconocida legítima por una sentencia”<sup>51</sup>.

El fundamento de la prescripción del delito y de la pena, son diferentes, así, de acuerdo a Díez Ripollés, el fundamento de la prescripción del delito se puede considerar que tiene una triple vertiente, de diferente relevancia: El principio de necesidad de declaración de responsabilidad e imposición de pena, los principios constitucionales de seguridad jurídica y de derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y el derecho constitucional de defensa<sup>52</sup>.

La prescripción de la pena, por su parte, a nuestro entender, no responde exactamente a los mismos fundamentos, sino más bien al principio de necesidad de ejecución de la pena, junto con los principios constitucionales de seguridad jurídica y de derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. La ejecución de la pena puede no ser necesaria porque esta ya no satisface debidamente las funciones preventivo-generales o preventivo-especiales. En tanto, los principios de seguridad jurídica y de derecho a un proceso sin dilaciones indebidas atienden al hecho que el retraso en la ejecución de la pena repercute notablemente sobre el contenido aflictivo de esta y en segundo lugar, porque la pena pendiente de ejecución impide al condenado desarrollar sin obstáculos su proyecto existencial o sus planes vitales en la medida que estos, como es muy frecuente, se vean afectados por ella<sup>53</sup>.

Con respecto al rol jurídico que posee la prescripción, la doctrina está dividida en orden a considerarla un instituto de carácter material, procesal o mixto<sup>54</sup>, sin embargo los autores son contestes en señalar que la declaración de prescripción no hace desaparecer el delito, ni le resta al hecho el carácter de antijurídico, sino por el contrario, solo se yergue como un impedimento para el poder punitivo de hacer cumplir la sanción impuesta. En el mismo sentido, aunque sin mayor desarrollo, es posible encontrar un pronuncia-

49 YUSEF SOTOMAYOR, Gonzalo. *La Prescripción Penal*. 3ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 16.

50 Para ver más en detalle: BALMACEDA HOYOS, Gustavo. “La prescripción en el Derecho penal chileno”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLIII, N° 1, Santiago, editorial Thompson Reuters, 2016, págs. 107 – 130.

51 YUSEF SOTOMAYOR, citando a MANZINI, Vincenzo, ob. cit., p. 138.

52 Díez RIPOLLÉS, José Luis. “Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena”. En: *Revista para el análisis del derecho* [en línea], Barcelona, España, 2008, p. 4. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2014/10/528.pdf>

53 Díez RIPOLLÉS, ob. cit., págs. 4-5.

54 YUSEF SOTOMAYOR. ob. cit., p. 61.

miento de la Corte Suprema, que conociendo de un recurso de casación en el fondo en 1962, señalaba que la extinción de la responsabilidad derivada de la prescripción no hace cambiar la naturaleza al hecho, que sigue siendo delictuoso<sup>55</sup>.

La prescripción como causa de exclusión de la pena, no opera de pleno derecho, requiere su declaración por el tribunal, la que puede realizarse de oficio por este, aun cuando el imputado o acusado no la alegue, con tal que se halle presente en el juicio, conforme al artículo 102 del Código Penal.

Al decir de Yusef, la institución de la prescripción no se aplica a todas las penas, solo a aquellas privativas de libertad y pecuniarias, pues en estas la sentencia constituye un título para ponerlas en vigor, por lo que su eficacia existe en virtud de su ejecución. En cambio las penas que producen sus efectos independientemente de todo otro acto, como la privación de ciertos derechos y ciertas incapacidades jurídicas, no prescriben<sup>56</sup>.

En virtud de lo expuesto, estimamos que el comiso es de aquellas penas privativas de derechos a la cual no es posible aplicar la prescripción, por ser contraria a su naturaleza, ya que la sentencia que lo declara produce efectos ipso iure, privando del dominio al afectado sin que sea necesario un acto distinto de aquella para su ejecución.

Cuestión distinta son los actos e inscripciones que el Estado está obligado a ejecutar para la efectiva destinación de esos bienes a los fines determinados por la ley, lo cual podría llegar a incidir, quizás, para efectos de publicidad y eventual oponibilidad a terceros, pero en ningún caso esta ausencia de “destinación” podría dar lugar a un nuevo modo de extinguir el dominio esta vez afectando al fisco en favor de los condenados, porque entonces conllevaría naturalmente la pregunta: ¿Bajo qué nuevo título y modo adquirirían los imputados que ya perdieron el dominio ipso iure? Como ya se señaló, la Constitución Política de la República en su art. 19 N° 24 señala expresamente que será la ley la que determine los modos de adquirir el dominio, por tanto, no es posible crear ni judicial ni administrativamente, otra forma distinta de aquellas expresamente contempladas en la ley. No existe en nuestra legislación ningún título ni modo de adquirir el dominio, que permita a los condenados volver a adquirir el dominio de los bienes que perdieron por la declaración de comiso.

En este punto resulta relevante tener en consideración la situación de los bienes inmuebles, cuya sujeción al sistema registral, podría llevar a pensar que la inscripción constituye un requisito para la materialización del Comiso. Sin embargo, no adherimos a esta posición. El Código Civil exige la inscripción de los bienes raíces en el registro de propiedad del conservador de bienes raíces como requisito de la tradición, adhiriendo al modelo francés de adquisición de la propiedad mediante la dualidad título-modo. Sin embargo, la tradición no constituye el único modo de adquirir inmuebles y el art. 588 del Código Civil, a pesar de sus aspiraciones de taxatividad, no contempla todos los modos de adquirir el dominio. La propia ley puede hacer las veces tanto de título como de modo de adquirir<sup>57</sup>, afirmación que encuentra su mejor ejemplo en el Decreto

55 Corte Suprema, 25 de septiembre de 1962. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LIX, 2ª parte, sec. 4º, p. 199.

56 YUSEF SOTOMAYOR, ob. cit., p. 140.

57 PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Los bienes. La propiedad y otros Derechos Reales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de

ley 2186, que aprueba el procedimiento de expropiaciones. En el citado cuerpo legal se contempla la inscripción como mecanismo de publicidad y oponibilidad, pero no como tradición. Un escenario similar es el que se produce con la declaración de Comiso de instrumentos o efectos del delito, que incluso es tratado por algunos autores como una forma de expropiación<sup>58</sup>. A su vez, si los bienes inmuebles objeto de comiso, constituyen ganancias ilícitas, se ha sostenido por algunos autores que sobre aquellos no ha existido un derecho de dominio a favor de acusado, sino solo una posesión material<sup>59</sup>.

Contribuye al argumento anterior, el texto de Ante proyecto de Código Penal del año 2018, que luego de definir el comiso en los art. 127 y 128<sup>60</sup> establece en el art. 129: *“Realización de activos sujetos a comiso y destinación de los bienes. La imposición de comiso sobre bienes o activos obliga a realizar los bienes. En caso de que los bienes o activos decomisados sean dinero o derechos a sumas de dinero, los fondos correspondientes deberán ser transferidos al fisco. El comiso de inmuebles o de bienes de propiedad registral conlleva la facultad de realizar aquellas inscripciones necesarias para ejecutar eficazmente el bien decomisado”*.

Al hacer referencia a la ejecución de los bienes decomisados, se considera la ejecución de los bienes como realización de los mismos, distinguiendo claramente al “comiso” de la “facultad de realización”, sirviendo el primero como antecedente necesario de la segunda en tantos hechos y actos diferentes.

En síntesis, tratándose de bienes inmuebles declarados en comiso, la inscripción no constituye modo de adquirir, sino solo un requisito de publicidad.

En materia de plazos de prescripción, los términos de la prescripción de la pena, conforme al artículo 97 de nuestro Código Penal<sup>61</sup>, se determinan en función de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada, distinguiendo entre presidio perpetuo, crímenes, simples delitos y faltas y el cómputo del plazo se puede iniciar, de acuerdo al artículo 98, desde la fecha de la sentencia de término o desde el quebrantamiento de la condena, si esta hubiese empezado a cumplirse.

---

Chile, 2010, p. 86: *“Los modos de adquirir el dominio están establecidos en la ley y, por el carácter institucional de la materia de propiedad, no pueden tenerse como tales sino los que el texto legal menciona (entre nosotros la C. Pol, así lo dispone expresamente en el art. 19 N° 24). Los enumera el art. 588. A ellos debe agregarse la propia ley (por ej. Se adquieren por ley el usufructo legal del marido sobre los bienes de la mujer, y el del padre sobre los bienes del hijo: la jurisprudencia ha resuelto que en la expropiación la ley constituye título y modo de adquirir el bien expropiado)”*.

58 CHOCLÁN MONTALVO, ob. cit., p. 67.

59 CHOCLÁN MONTALVO. *El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas*. En: ZARAGOZA AGUADO, Javier (Dir.). *Estudios de Derecho Judicial (ejemplar dedicado a Prevención y represión del blanqueo de capitales)*. Madrid, España, Consejo General del Poder Judicial, N° 28, 2000, p. 346.

60 Art. 127. Comiso de instrumentos y efectos. Por el comiso de instrumentos y efectos se priva a una persona de la propiedad sobre las cosas que hubieren sido usadas como instrumentos en la perpetración del hecho o que hubieren sido obtenidas o producidas a través de su perpetración, y se la transfiere al fisco.

Art. 128. Comiso de ganancias. Por el comiso de ganancias se priva a una persona de la propiedad sobre activos patrimoniales cuyo valor corresponde a la cuantía de las ganancias obtenidas a través del hecho, y se los transfiere al fisco.

61 Art. 97 Las penas impuestas por sentencia ejecutoria prescriben:

La de presidio, reclusión y relegación perpetuas, en quince años.

Las demás penas de crímenes, en diez años.

Las penas de simple delito, en cinco años.

Las de falta, en seis meses.

Acorde con lo anterior resulta el hecho que el legislador no ha previsto para el comiso un plazo de prescripción, por el contrario, tal como se señaló, el artículo 97 exige que se caracterice como crimen, simple delito o falta la pena que se impone para determinar el plazo de prescripción que le es aplicable.

Pareciera ser que sistemática y exegéticamente es más razonable concluir que si el legislador no estableció un plazo expreso de prescripción, es porque la naturaleza misma de la pena en cuestión no permite que se cumplan los requisitos de esta.

A mayor abundamiento, desde un punto de vista teleológico lo anterior resulta plenamente concordante con uno de los fundamentos históricos de la prescripción de la pena, que dice relación con la presunción que el condenado “se ha rehabilitado”, por lo que no resultaría necesaria la imposición de la pena desde el punto de vista preventivo general ni especial. En el fondo, al decir de Manzini, la prescripción no conlleva la “revocación de la condena o la pena”, sino la renuncia del Estado a perseguir la ejecución de la misma, por una pérdida de interés en aquello.

Sin embargo, el comiso está fundamentado ya sea en la peligrosidad de los bienes tratándose del comiso de efectos o instrumentos; o en la corrección de situaciones patrimoniales ilícitas sobre la base del principio general de que nadie debe enriquecerse mediante hechos antijurídicos y por el evidente menoscabo al orden jurídico económico que producen las ganancias ilícitas. Ese fin no dice relación con el comportamiento del condenado, sino con la existencia y utilización de los bienes en sí mismos, por lo que malamente podría concurrir a su respecto el fundamento de la prescripción.

De esta forma, si damos por sentado que las penas consisten en la privación de determinados derechos, necesariamente debemos concluir que el comiso consiste en la privación del derecho de propiedad sobre los bienes en los que recae, que de acuerdo con la Convención de Palermo se produce en el momento de su decreto por el tribunal. Es decir, en materia de ejecución de penas, la ejecución del comiso comienza y acaba en la dictación de la sentencia y está sometido a la suerte que esta siga, ya sea si adquiere el carácter de firme o ejecutoriada o si se revoca mediante el sistema recursivo, no existiendo, por tanto, la oportunidad que se materialicen los requisitos de la prescripción.

### **Problema de la disposición de bienes de origen ilícito**

Como se sostuvo precedentemente, la declaración de prescripción de la pena, no priva al hecho objeto de aquella de su antijuridicidad, por el contrario, la propia existencia de la pena implica que el hecho típico y antijurídico fue debidamente probado ante un juez de la república, que en virtud de un proceso legalmente tramitado impuso el comiso al condenado.

Si sostuviéramos que el comiso de bienes es susceptible de prescripción, conllevaría la restitución a los condenados, de bienes cuyo origen ya fue declarado ilícito por una sentencia previa, permitiendo su utilización con conocimiento de su ilicitud, lo que podría constituir la hipótesis de Lavado de Activos prevista en el artículo 27 de la Ley 19.913<sup>62</sup>.

62 Artículo 27.- Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:

a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen,

## VII. CONCLUSIONES FINALES

- I. Entre nosotros, de modo general, el comiso es una pena accesoria que priva del dominio de determinados bienes al condenado, adjudicándolos al Estado, el cual adquiere ipso iure y con el solo mérito de la declaración del tribunal, el derecho de dominio del bien decomisado. Incluso, tratándose del comiso de ganancias ilícitas, alguna doctrina considera que el condenado nunca tuvo el dominio de aquellas, sino solo una posesión natural.
- II. No es posible aplicar la institución de la prescripción a la pena de comiso, puesto que su ejecución no requiere de un acto del Estado distinto de la sola declaración, produciendo efectos desde su dictación. La sentencia en este caso, no constituye solo un título que habilite para exigir el cumplimiento de una obligación, como ocurre con la pena de multa o con las penas privativas de libertad. Por el contrario, al decretarse el comiso se produce de pleno derecho la extinción del derecho de propiedad que los imputados tenían sobre los bienes declarados en comiso, operando a su vez, esta misma declaración como modo de adquirir a favor del fisco. Esta declaración solo queda sujeta al destino de la sentencia que la emite, de acuerdo a sistema recursivo imperante.

---

directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N° 17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N° 18.045, sobre mercado de valores; en el inciso primero del artículo 39 y en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N° 3, del Ministerio de Hacienda, de 1997, ley General de Bancos; en el artículo 168 en relación con el artículo 178, N° 1, ambos del decreto con fuerza de ley N° 30, del Ministerio de Hacienda, de 2005, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 213, del Ministerio de Hacienda, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas; en el inciso segundo del artículo 81 de la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual; en los artículos 59 y 64 de la ley N° 18.840, orgánica constitucional del Banco Central de Chile; en el párrafo tercero del número 4° del artículo 97 del Código Tributario; en los párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V y 10 del Título VI, todos del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 141, 142, 366 quinquies, 367, 374 bis, 411 bis, 411 ter, 411 quáter, 411 quinquies, y los artículos 468 y 470, numerales 1°, 8 y 11, en relación al inciso final del artículo 467 del Código Penal; el artículo 7 de la ley N° 20.009, o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.

b) El que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito.

Se aplicará la misma pena a las conductas descritas en este artículo si los bienes provienen de un hecho realizado en el extranjero, que sea punible en su lugar de comisión y en Chile constituya alguno de los delitos señalados en la letra a) precedente.

Para los efectos de este artículo, se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos.

Si el autor de alguna de las conductas descritas en las letras a) o b) no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena privativa de libertad que corresponda de acuerdo al inciso primero o final de este artículo será rebajada en dos grados.

La circunstancia de que el origen de los bienes aludidos sea un hecho típico y antijurídico de los señalados en la letra a) del inciso primero no requerirá sentencia condenatoria previa, y podrá establecerse en el mismo proceso que se substancie para juzgar el delito tipificado en este artículo.

Si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurrir, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a ésta.

En todo caso, la pena privativa de libertad aplicable en los casos de las letras a) y b) no podrá exceder de la pena mayor que la ley asigna al autor del crimen o simple delito del cual provienen los bienes objeto del delito contemplado en este artículo, sin perjuicio de las multas y penas accesorias que correspondan en conformidad a la ley.

- III. No podría darse respecto del comiso, el requisito fundamental de transcurso del tiempo, con inactividad del Estado en la ejecución de la pena, puesto que esta ya se encuentra ejecutada desde el momento mismo de su dictación.
- IV. El legislador no ha previsto un plazo de prescripción para el comiso y no puede aplicarse por analogía alguno de los previstos en la ley ni aquel asociado a la pena principal, puesto que el artículo 97 del Código Penal fija los términos de prescripción autónomamente para cada pena, de acuerdo a la naturaleza de las mismas.
- V. Finalmente, hay que señalar, que los autores y la Corte Suprema son contestes en señalar que la declaración de prescripción no priva al hecho de su carácter antijurídico, por lo que si por decisión del tribunal se accediera a decretar la prescripción de la pena de comiso, permitiría su utilización por parte de los condenados con conocimiento de la ilicitud de su origen, lo que podría constituir la hipótesis de Lavado de Activos prevista en el artículo 27 de la Ley 19.913.



## BIBLIOGRAFÍA

- BALMACEDA HOYOS, Gustavo. “La prescripción en el Derecho penal chileno”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLIII, N° 1, Santiago, editorial Thompson Reuters, 2016.
- BANCIGALUPO, Silvina. *Ganancias Ilícitas y Derecho Penal*. Madrid, España, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2002.
- BERMEJO, Mateo. “Decomiso de las ganancias ilícitas en el Código Penal español. Análisis histórico y conceptual”. En: *LATIN AMERICAN LEGAL STUDIES* [en línea], Santiago, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.15691/0719-9112Vol4a2>
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal, comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid, España, Editorial Dykinson, 2001.
- CHOCLÁN MONTALVO. *El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas*. En: ZARAGOZA AGUADO, Javier (Dir.). *Estudios de Derecho Judicial (ejemplar dedicado a Prevención y represión del blanqueo de capitales)*. Madrid, España, Consejo General del Poder Judicial, N° 28, 2000.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena” [en línea]. En: *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, España, 2008, p. 4. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2014/10/528.pdf>
- GARCÍA CAVERO, Percy. “El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 81, Lima, Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018.
- LUQUIN, Ernesto. “*Repensando el lus Puniendi*”, *Universitas Vitae Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero*. 1ª edición, Salamanca, España, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007; citando a AGUADO CORREA, Teresa. *El comiso*, Madrid, España, Edersa, 2000.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La pena de comiso en el proyecto de Código Penal” [en línea]. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Boletín Oficial del Estado, Gobiernos de España, 1981, p. 614. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-1981-20061300652](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1981-20061300652).
- PUENTE ABA, Luz. “El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena” [en línea]. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, España, 2006, 10: 849-870 ISSN: 1138-039X. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/2479>.
- ROIG TORRES, Margarita. “La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española” [en línea]. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 2015. Disponible en: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/3028>
- SANTANDER ABRIL, Gilmar Giovanni. *La Emancipación del Comiso del Proceso Penal: Su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de Comiso Ampliado; “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”*. Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos, 2017, p. 20.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Los bienes. La propiedad y otros Derechos Reales*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 86.
- VARGAS G., Patricia. *El Comiso del Patrimonio Criminal*. Tesis Doctoral. Salamanca, España, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público General, Programa Problemas actuales de derecho penal, dogmática penal y perspectiva político criminal, 2012.
- YUSEF SOTOMAYOR, Gonzalo. *La Prescripción Penal*. 3ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

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

# CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES RELEVANTES SOBRE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN CAUSAS DE HOMICIDIOS

Makarena González Ávila<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

La legítima defensa es una de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal y se encuentra consagrada en los artículos 10 N° 4, 10 N° 5 y 10 N° 6 del Código Penal. Cury ha señalado que *“obra en legítima defensa quien ejecuta una acción típica, racionalmente necesaria, para repeler o impedir una agresión ilegítima, no provocada por él y dirigida en contra de su persona o derechos o los de un tercero”*<sup>2</sup>.

Si bien el legislador contempla la legítima defensa propia, legítima defensa del cónyuge o parientes, legítima defensa de terceros extraños y legítima defensa privilegiada, este artículo se limitará a analizar los requisitos contemplados expresamente en el artículo 10 N° 4 para la legítima defensa propia. No obstante, lo expuesto en este trabajo se puede hacer extensivo a las otras hipótesis, en lo que resulte pertinente.

Para que opere, es menester que se cumplan copulativamente tres condiciones: i) agresión ilegítima, ii) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, iii) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Ninguno de los elementos enunciados se encuentra definido por el legislador, por lo que corresponde al sentenciador determinar la concurrencia de ellos en el caso concreto sometido a su decisión.

---

<sup>1</sup> Abogada de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

<sup>2</sup> CURY, Enrique. *Derecho Penal: parte general*. 3ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, p. 372.

Ahora bien, particular importancia reviste la aplicación de esta eximente de responsabilidad criminal en aquellos casos en los que el sujeto, para repeler la agresión, comete un homicidio. Esto se debe, principalmente, a que la vida es considerada uno de los bienes jurídicos de mayor trascendencia en nuestra sociedad. Además, son especialmente complejas por cuanto el sentenciador tiene la difícil tarea de interpretar si, en el caso concreto, concurren copulativamente los tres elementos que señala el artículo 10 N° 4 del Código Penal. No obstante existen causas en que la concurrencia de estos elementos es más sencilla de determinar, en la mayoría de los casos se generan dificultades, principalmente tratándose de los requisitos contemplados en las letras a) y b) de la disposición legal en comento.

El presente artículo tiene por objeto dar a conocer el sentido y alcance que le han otorgado tanto la doctrina como la jurisprudencia a cada uno de los elementos que configuran la legítima defensa, y algunas consideraciones relevantes que se deben tener presente al momento de determinar si en un caso de homicidio puede aplicarse esta eximente de responsabilidad criminal. Para esto, se revisará brevemente la opinión de reconocidos autores en esta materia. En segundo lugar, se efectuará una revisión de fallos de los tribunales superiores de justicia, en causas de homicidios, con la finalidad de dar a conocer el razonamiento de los sentenciadores en torno a la procedencia de la legítima defensa.

## II. REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA PROPIA

### a) La agresión ilegítima

La agresión ilegítima es el requisito sine qua non de la legítima defensa, de tal manera que su inconcurrencia acarrea la imposibilidad de alegar la misma sea como eximente o como atenuante incompleta. Si bien el Código Penal no lo menciona expresamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en señalar que además de ilegítima, la agresión debe ser real, actual o inminente.

La agresión se ha entendido en un sentido amplio, y se puede definir como aquella conducta humana que lesiona o pone en peligro un bien jurídico. Que sea real significa que debe existir, es actual cuando se está produciendo en el momento (lo que implica que no sea futura ni anterior) e inminente cuando es evidente que su realización es próxima.

Sobre el elemento “ilegítimo” de la conducta, es preciso adelantar que bajo dicha acepción no se hace referencia a la concurrencia de una conducta típica, antijurídica y culpable; sino a un quebrantamiento del derecho en el más amplio sentido, como una forma de manifestación de lo injusto en sentido natural, entendido como conducta ausente de derecho con afectación al derecho de otro. Bajo dicha concepción, la legítima defensa operaría como el derecho del agredido para vencer frente a lo injusto del agresor<sup>3</sup>. En el mismo sentido se pronuncia Etcheberry, quien señala que “esta agresión además debe ser ilegítima, esto es, “contraria al derecho en general, aunque no necesariamente

<sup>3</sup> BERNER, Albert Friedrich. *La teoría de la legítima defensa*. Buenos Aires, Editorial B de F, 2020, págs. 77-78; 80-81.

constitutiva de delito ni, mucho menos, culpable. No se exige que la agresión sea típica; puede tratarse de una acción ilícita solo civilmente. Mucho menos se exige que se trate de una agresión culpable: se puede defender legítimamente una persona contra el ataque del loco, del niño, del que obedece órdenes, del que erróneamente cree no estar agrediendo o tener derecho para ello, etc.”<sup>4</sup>.

No obstante la amplitud del concepto de agresión, la jurisprudencia ha resuelto que el simple acercamiento de la víctima al imputado no puede ser calificado como agresión. Así por ejemplo, es posible mencionar la sentencia de la **Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua**, en la causa **Rol N° 788-2018**, en la que se deduce recurso de nulidad por el Ministerio Público en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua que condenó al acusado como autor del delito de homicidio simple, aplicando la eximente de legítima defensa incompleta. Los sentenciadores indican que “el simple altercado, del que ni siquiera se precisa su dinámica, como el mero acercamiento de la víctima al acusado, del que tampoco se concluye una intención positiva o negativa, no pueden servir de apoyo o fundamento material para estimar concurrente el elemento esencial de la legítima defensa, que como sabemos exige una «conducta humana objetivamente idónea para lesionar o poner en peligro un interés ajeno jurídicamente protegido» (Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, pág. 215)”<sup>5</sup>. En esta causa, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua acogió el recurso de nulidad, por considerar que la sentencia del tribunal a quo efectivamente incurrió en una infracción al principio de razón suficiente, al dar por acreditada la agresión ilegítima que supone la referida eximente, sin que exista un sustento probatorio ni un razonamiento judicial acorde.

Por su parte, el fallo de la **Excelentísima Corte Suprema** en causa **Rol N° 10364-2019**, se refiere al carácter de actual o inminente que debe tener la agresión. En esta causa, la defensa del condenado recurre de nulidad en contra de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Valparaíso que condenó a su representado por el delito de homicidio simple, por denegar el fallo la eximente de responsabilidad de legítima defensa contenida en el artículo 10 N°4 y 10 N°6 del Código Penal, por entender que no existió agresión ilegítima de parte de la víctima al acusado.

La Excelentísima Corte Suprema rechaza el recurso deducido, por considerar que no concurre este requisito esencial de la legítima defensa. Señala que “se entiende como actual la agresión que objetivamente existe, con independencia de si es conocida o no por los intervinientes y perdura mientras subsisten los arrestos ofensivos del agresor y, se considera como «inminente» la agresión lógicamente previsible, pudiendo ejercerse la defensa sin esperar el daño previsible, si hay indicios evidentes de su proximidad”<sup>6</sup>. En este sentido, estima que no es posible afirmar que el ataque efectuado por el imputado haya sido defensivo frente a una agresión actual o inminente, ya que este se produce cuando la víctima no se encontraba agrediendo al imputado, ni se disponía o preparaba

4 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal Parte General*. 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo I, p. 253.

5 Considerando sexto.

6 Considerando duodécimo.

para agredirlo, sino que, hallándose ya en la vía pública se dirigía camino a su domicilio, momento en el que sale de su hogar el acusado y ataca «por detrás» a la víctima.

Una interpretación similar efectúa la **Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta** en el fallo dictado en la causa **Rol N° 170-2021**. En este caso, el defensor dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Calama, que condenó al imputado como autor del delito de homicidio simple, desechando la concurrencia del presupuesto esencial de agresión ilegítima actual o inminente en la legítima defensa. En dicha causa, los sentenciadores separaron los hechos ocurridos en dos momentos. Un primer momento dice relación con la discusión ocurrida dentro del inmueble donde vivía el acusado, en que se estableció la concurrencia de una agresión ilegítima por parte de la víctima, quien había requerido servicios sexuales a la coacusada y pareja del acusado, quien, al negarse a un servicio sexual adicional, molestó a la víctima, quien exigió la devolución del dinero, negándose a retirarse del lugar. En ese instante se produce un forcejeo entre el acusado y la víctima, quien se abalanzó sobre el primero, cesando el ataque solo por los golpes con que la coacusada lo auxilió. Un segundo momento se genera cuando el acusado logró ponerse de pie, reducir a la víctima y expulsarlo de su domicilio. La discusión continúa fuera del inmueble, frente a lo cual el acusado ingresa al domicilio, sale con un palo y agredió mortalmente a la víctima.

En esta causa, los sentenciadores estiman que no concurren los requisitos de actualidad e inminencia necesarios para acreditar la legítima defensa. Señalan que “cuando el acusado ingresó a su domicilio, podía haber cerrado la puerta, acción que había puesto fin a cualquier altercado, agresión o intención de ataque de parte de la posterior víctima contra el victimario, pues ya no había actualidad en el sentido que la agresión ilegítima se estuviera produciendo, como tampoco inminencia ya que, al estar dentro de su domicilio cualquier intento de ataque del ofendido no habría tenido resultados, misma situación que colocaba a González Jiménez en posición de poner en conocimiento de la autoridad policial los acontecimientos para que aquellos legalmente facultados se hicieran cargo de cualquier ilícito que pudiera haber intentado el ofendido; sin embargo, no lo hizo sino que dio paso a un segundo momento en el desencadenamiento de los sucesos, pues en vez de quedarse en el domicilio cerrando la puerta, tomó un palo, volvió a salir y golpeó mortalmente a la víctima, lo que implica que en esta última conducta ya no había una agresión ni menos ilegítima porque el encausado había dominado al ofendido y lo había sacado del inmueble, por ende, ya estaba neutralizado; lo que racionalmente lleva a deducir que no había actualidad en la agresión porque ya había cesado, tampoco había inminencia porque al estar la víctima ya en la calle no había riesgo de un nuevo acometimiento...”<sup>7</sup>.

Si bien en estas sentencias es posible apreciar que se aplica de manera estricta el requisito de la actualidad e inminencia, existe un caso en que, gracias a la aplicación de la perspectiva de género, este criterio se interpreta con mayor amplitud. Se trata del fallo de la **Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta** en la causa **Rol N° 648-2021**, el cual se define el concepto de agresión, y además se refiere a los criterios de actualidad

---

<sup>7</sup> Considerando séptimo.

e inminencia de esta. En esta causa, la defensa dedujo un recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta que condenó a la imputada por el delito de homicidio simple frustrado cometido en contra de su pareja, sin considerar la eximente de responsabilidad penal del artículo 10 N° 4 del Código Penal. La imputada había sufrido de manera permanente agresiones y malos tratos por parte de la víctima, y el día de los hechos había sido agredida físicamente en instantes previos –dos a tres horas antes– al ataque que cometió en contra de la víctima.

La sentencia del tribunal a quo realizó un análisis de cada uno de los requisitos que deben concurrir para que se configure la legítima defensa, y si bien reconocen la existencia de violencia de género, señalan que el requisito de agresión ilegítima no obedece a la existencia de un “estado continuo de agresión”, sino que exige inminencia. Además, rechazan para la configuración de este elemento la agresión de que fue objeto la acusada dos o tres horas antes de los hechos, argumentando los jueces que el actuar de la víctima de haber golpeado previamente a la acusada es una agresión ilegítima, pero esta no es ni actual ni inminente, sino que obedeció a una decisión de tomar la justicia por su propia mano.

Respecto al concepto de agresión, la sentencia del tribunal de alzada señala que “es una conducta humana objetivamente idónea para lesionar o poner en peligro un interés ajeno jurídicamente protegido; la que además es ilegítima cuando resulta ser contraria al derecho en general, aunque no necesariamente constitutiva de delito ni, mucho menos, culpable”<sup>8</sup> y agrega que “la agresión que justifica la defensa, no sólo puede consistir en una lesión efectiva, sino que también puede consistir en poner en peligro un bien jurídico”<sup>9</sup>.

Por otra parte, en relación con la actualidad e inminencia, expresan que “la inminencia de la agresión puede también establecerse y fundamentarse, en los casos de “agresión incesante”, cuando el estado de maltrato subsiste a una acción determinada o inicial, como ocurre generalmente con las mujeres agredidas por sus parejas, ya sea o no en el contexto de violencia intrafamiliar, puesto que la reiteración en el tiempo de las agresiones se verifican también en situaciones afectivas de menor permanencia, como ocurre por ejemplo en el pololeo...”<sup>10</sup> y agrega que “puede afirmarse que tratándose de maltratos y agresiones habituales, se configura un estado antijurídico de violencia inminente en contra de la mujer, siendo procedente a su respecto apreciar la existencia de una agresión incesante, una agresión latente, capaz de configurar el requisito de actualidad en la legítima defensa”<sup>11</sup>.

Este fallo es relevante por cuanto se resuelve la legítima defensa con perspectiva de género, y considera que la agresión latente también cumple con las condiciones de actualidad o inminencia. Respecto al cumplimiento de este requisito, se tiene en

---

8 Considerando noveno.

9 *Ibíd.*

10 Considerando décimo.

11 *Ibíd.*

consideración que, para una mujer que ha sufrido maltrato habitual, es difícil determinar el momento preciso en que debe reaccionar defensivamente, considerando su situación de vulnerabilidad y que debe tomar una decisión rápida para salvaguardar su vida e integridad física. Por todas estas consideraciones, se acogió el recurso de nulidad, y se dictó sentencia de reemplazo por la cual se absolvió a la acusada.

En conclusión, es posible señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia acogen un concepto amplio de agresión, y que esta además de ilegítima, debe cumplir con los requisitos de realidad, actualidad o inminencia. Sin embargo, la amplitud del concepto no significa que cualquier conducta humana que quebranta el derecho pueda ser calificada como agresión ilegítima, ya que esta debe, atendiendo las circunstancias particulares del caso concreto, tener la entidad suficiente como para lesionar o poner en peligro un interés ajeno jurídicamente protegido.

Por otro lado, los elementos de actualidad o inminencia son los que podrían generar mayores dificultades a la hora de determinar si se cumple con el primero de los requisitos de la legítima defensa, puesto que depende de las circunstancias particulares en las que se desarrolla la dinámica defensiva. No obstante, y como ya se vio, existen casos en que a pesar de no ser tan evidente el cumplimiento de este requisito, la existencia de un estado de agresión latente también permite dar por acreditada la actualidad o inminencia.

#### **b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla**

Este requisito dice relación con que el medio empleado para repeler la agresión haya sido el racionalmente necesario, esto es, que considerando las circunstancias particulares del sujeto y de la situación en la que se encuentra, este no disponga de otro medio menos lesivo para defenderse exitosamente. En este punto, se debe precisar que el sujeto no está obligado a utilizar un medio menos enérgico si considera que es dudoso el logro de su defensa. Por otro lado, tampoco se debe entender que la ley exige una proporcionalidad matemática entre los medios de que dispone del agresor y los medios utilizados por el defensor.

Wilenmann menciona un punto importante que dice relación con el papel del juez al momento de determinar si en una determinada circunstancia se configura o no la legítima defensa. Señala que “de acuerdo con la opinión mayoritaria tanto hispanoparlante como alemana, la necesidad de una acción en una situación de legítima defensa debe ser juzgada desde una perspectiva *ex ante*. Ello quiere decir que el juez no debe incorporar elementos que no eran conocidos por el autor (o un tercero en su posición, cuando se precisa que debe ser juzgado desde una perspectiva objetiva *ex ante*) al momento del hecho al determinar si la acción era idónea y necesaria para impedir la agresión, sino solo el conocimiento a ese momento disponible, haciendo, sin embargo, uso de estándares generales de racionalidad. De este modo, no sería relevante que la acción haya sido en los hechos inidónea para repeler la agresión o que hayan existido medios menos lesivos para repelerlas en caso de que el conocimiento necesario para realizar ese juicio no haya estado a disposición del agente en legítima defensa”<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> WILENMANN, Javier. *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*. Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 300.



El autor, en relación con los medios de que dispone el defensor, expresa que “si un medio ofrece en una medida relevante mayores probabilidades de éxito que otro, la existencia de un medio alternativo más inseguro no excluye la necesidad del primer medio. De este modo, si el medio A (por ejemplo, utilización de arma de fuego) llevaba con seguridad rayana en la certeza al éxito defensivo y, en cambio, el medio B (por ejemplo, uso de arma blanca) solo improbablemente permitía defenderse, no se exige que el agredido haga uso del medio B”<sup>13</sup>. Y continúa señalando que “si un medio permite evitar un daño relevante que no se evitaría con un medio alternativo, entonces debe considerarse que el primero es un medio necesario”<sup>14</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia, la **Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta** en la sentenciada dictada en la **causa Rol N° 409-2019** también se refirió al sentido y alcance del segundo requisito de la legítima defensa. En dicha causa, se interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, que condenó a la imputada como autora del delito de parricidio, sin considerar la eximente de responsabilidad penal de legítima defensa. Esta decisión se basó principalmente en que, dadas las condiciones y circunstancias acreditadas, el arma utilizada no constituía un medio racional empleado. En cuanto a la dinámica de los hechos, el conviviente de la imputada la agredió verbal y físicamente, a raíz de lo cual la encausada para repeler el ataque sacó un cuchillo que se encontraba guardado en un mueble, para luego con él inferirle un corte en el brazo derecho a la víctima, seguida de una puñalada en el abdomen que le provocó la muerte días más tarde.

En este caso, los sentenciadores estiman que es necesario ponderar la racionalidad y necesidad del medio empleado atendiendo a las circunstancias concretas en que se desarrollan los hechos, por lo que el juzgador debe situarse en el lugar del sujeto que se defendió. Así, señalan que “debe ponderarse a partir del derecho natural de defensa en la situación particular con el objeto de repeler inmediatamente la agresión ilegítima de manera que no es posible exigirle a la imputada que acudiera a otros medios dada la situación de inmediatez en la agresión ilegítima ya establecida por los jueces de mérito y que se complementaba en su intensidad con la historia de agresiones anteriores”<sup>15</sup>. Agregan que “es imprescindible apreciar en cada caso concreto la verdadera necesidad del medio empleado y que la racionalidad se ha de graduar no solo por las armas empleadas, sino por la situación de inminente y grave peligro en que se encuentre la vida o la integridad personal del agredido”<sup>16</sup>.

Por otro lado, en cuanto a los medios de que dispone el agresor y los medios utilizados por el defensor, el fallo expresa que “la ley no requiere que entre el ataque y la defensa haya identidad ni siquiera semejanzas de medios, puesto que si así fuera se subordinaría el ejercicio de la defensa a condiciones fortuitas y que lo harían ilusorio en la mayoría de los casos, sino que basta para que el medio sea racional que lo justifiquen la necesidad

---

<sup>13</sup> WILENMANN, ob. cit., p. 312.

<sup>14</sup> WILENMANN, ob. cit., p. 312.

<sup>15</sup> Considerando octavo.

<sup>16</sup> Considerando noveno.

del momento y la intensidad del ataque en relación con el peligro que corre la integridad personal de quien se defiende ... no exige la absoluta necesidad del medio empleado, sino que requiere tan solo que racionalmente se encuentre necesitado el acometido de utilizar el medio que empleó en vista de la forma o importancia de la acometida”<sup>17</sup>.

Finalmente, especialmente interesante es el análisis que hace la sentencia de la **Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta**, dictada en la causa **Rol N° 648-2021**, a la que ya se hizo mención con ocasión del requisito de agresión ilegítima. En dicho fallo, en el que se aplicó la perspectiva de género, los sentenciadores señalan que “es necesario atender a la realidad en que se encuentra inserta la mujer víctima de violencia, puesto que en tales casos escapar del lugar o una llamada a la policía, resulta muchas veces inefectiva o se limita a posponer un episodio violento que tarde o temprano sucederá, incluso aumentando la ira del agresor”<sup>18</sup>. Esto es especialmente relevante, por cuanto se reconoce que, a pesar de que existían otros medios objetivamente menos gravosos de los cuales pudo hacer uso la acusada, la utilización del arma blanca cumple con el requisito de racionalidad. Así, expresan que “en el caso de autos, estimamos que la utilización del cuchillo que empleó la acusada para defenderse de su agresor, guarda la proporcionalidad que exige la ley, toda vez que atendida la dinámica de los hechos, la acusada no tuvo más más alternativa que acudir a dicho medio, necesariamente gravoso para poder tener una defensa exitosa, ya que ‘racionalidad’ del medio no debe ser interpretado como proporcionalidad, puesto que atendido el historial de violencia que sufrió la acusada, de no haber utilizado el arma indicada, jamás habría estado en condiciones de defenderse adecuadamente, por lo que ponderando las reales circunstancias en las que se desarrolló la defensa, se concluye que el requisito de racionalidad del medio empleado para impedir la agresión sí se verifica”.

Otro punto importante al cual hace referencia este fallo y que se debe tener presente al analizar la necesidad racional del medio empleado, dice relación con que “la legítima defensa no es de naturaleza subsidiaria, de modo tal que cuando se considera el requisito de la necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión, no significa que corresponde defenderse solo en el caso de que no cuente con otra alternativa para evitar el atropello, pues siempre se puede huir o renunciar aquello que motiva la agresión pero hacerlo es ceder ante la coacción, y a esto no se está obligado, pues precisamente la legítima defensa consiste en repeler la agresión, no evitarla”<sup>19</sup>.

A modo de síntesis, es posible señalar que para determinar si en el caso concreto concurre la racionalidad del medio empleado, se deben tener en consideración varias cuestiones. En primer lugar, el juzgador debe necesariamente ponerse en el lugar del que se defiende, vale decir, posicionarse en las circunstancias concretas que rodearon la dinámica defensiva. Por otro lado, no obstante se ha establecido que se debe utilizar el medio menos lesivo para la defensa, se debe tener en consideración que si este medio no permite impedir la agresión con éxito, nada obsta a que la utilización de un medio

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Considerando décimo tercero.

<sup>19</sup> *Ibid.*

más gravoso también permita la configuración de una legítima defensa. Finalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que la proporcionalidad exigida al comparar los medios utilizados por el defensor y el agresor, no es matemática.

### c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende

Esto significa que la agresión no debe haber sido provocada por la persona que realiza el acto defensivo. No obstante, se requiere además que esta provocación sea suficiente, vale decir, adecuada para motivar la agresión.

Si bien el legislador no ha definido lo que se entiende por “provocación”, es posible afirmar que esta consiste en una conducta apta para inducir a que otro agreda. Náquira por su parte señala que “esta puede ser entendida como toda acción u omisión voluntaria que, desde la perspectiva de un hombre medio y conforme a los patrones socioculturales imperantes, aparezca como objetivamente idónea para molestar, irritar, enfadar a una persona y, eventualmente, para motivarla a protagonizar una agresión (Cerezo; Cousiño; Bustos). Normalmente, la conducta provocadora supone una finalidad de molestar o de hacer enojar a la persona a quien se provoca, razón por la que no existe acuerdo unánime en la doctrina para estimar si una conducta involuntaria podría configurar una auténtica provocación”<sup>20</sup>.

En el mismo sentido, Cousiño expresa que “el significado jurídico del término provocar no puede ser diferente de las dos acepciones que le atribuye el léxico; de “excitar, irritar, inducir a otro para que ejecute una cosa” e “irritar o estimular a uno con palabras u obras para que se enoje”, puesto que son, precisamente, estas actitudes las que mueven al agresor para emprender una agresión antijurídica”<sup>21</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia, la **Excelentísima Corte Suprema**, en la sentencia de reemplazo dictada en la causa **Rol N° 6646-2005** se refiere a este elemento. En este caso, la defensa del acusado interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo, con el objeto de obtener sentencia de reemplazo por la cual se declarase que asistía al agresor, que había sido condenado como autor de homicidio simple, la circunstancia eximente de responsabilidad penal contemplada en el artículo 10 N° 4 del Código Penal. En cuanto a la dinámica de los hechos, se estableció que un grupo de sujetos ingresó al local comercial del acusado con el objeto de hurtar diversas especies. El acusado se percató de esta situación, por lo que sale corriendo para perseguirlos, disparando dos veces al aire cuando los sujetos huían, con el objeto que dejaran las especies sustraídas. Sin embargo, se volcó hacia él una turba de personas que comenzó a lanzarle piedras, motivo por el cual se tuvo que devolver, corriendo, a su local comercial. En el trayecto, uno de los jóvenes lo golpeó en el pecho y lo tiró al suelo de espaldas, y junto a otras personas comenzaron a golpearlo, momento en el que el joven extrajo un arma blanca con el fin de agredirlo. “Para evitar esta agresión, el acusado extrajo una pistola y le disparó en la muñeca a la víctima, atravesando de esta manera su antebrazo, para luego entrar en su estómago, causándole la muerte.”

<sup>20</sup> NÁQUIRA, Jaime. *Derecho Penal Chileno Parte General*. 2ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2015, Tomo I, págs. 354-355.

<sup>21</sup> COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal Chileno. Parte general*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, Tomo II, p. 287.

El máximo tribunal, razona en torno si al hecho de que el acusado disparara dos veces al aire con el objeto de disuadir a los sujetos que habían ingresado a su local comercial a cometer un hurto, constituye una provocación o no, indicando “que en estas circunstancias, no resulta posible estimar que la actitud del acusado, en cuanto salió en persecución de quienes habían sustraído especies de su negocio, haya podido constituir una provocación suficiente, toda vez que su reacción atendió al ilícito del que fue objeto y sin que conste que haya incurrido en algún exceso, especialmente porque el vecino que declaró con reserva de identidad y que corría junto a él, señaló que hizo disparos al aire para tratar de disuadir a los malhechores y que abandonaran sus especies”<sup>22</sup>. Agrega que, “no hay prueba de que haya hecho disparos contra las personas, porque como ya se dijo anteriormente, las versiones de quienes afirman que el reo avanzaba disparando contra la gente, o que disparó de frente al occiso, o bien, que lo hizo estando aquél en el suelo, no solo no resultan verosímiles, sino que tampoco fueron probadas y, en la última parte, ya fueron descartadas por medio de pruebas periciales. Con lo dicho, se tiene por descartado que el acusado haya provocado la agresión de que fue objeto y que ahora se analiza”<sup>23</sup>.

Por otro lado, es posible mencionar el fallo de la **Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia**, en la causa **Rol N° 20-2017**. En este caso, la defensa interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, por la que se condenó al imputado como autor de un delito de homicidio. Dicho fallo, teniendo en consideración los hechos establecidos por el tribunal a quo, rechaza el recurso de nulidad y estima que existió una provocación suficiente por parte del acusado hacia la víctima. En cuanto a la dinámica de los hechos, quedó establecido que dos sujetos ingresaron al local comercial del padre del acusado con el fin de comprar cigarrillos, produciéndose una disputa con el dueño que atendía, al no querer recibirles monedas. Ante ello, el acusado, al escuchar la discusión fue al negocio y amenazó con un machete a quienes insultaban a su padre, para posteriormente perseguirlos en la calle y cuando la víctima quiso volver a entrar, el acusado fue a buscar al mesón de este local un revólver con el que le disparó a corta distancia, causándole la muerte. Si bien es posible concluir que los hechos son más o menos similares a los que se mencionaron anteriormente en la causa Rol N° 6646-2005 de la Excelentísima Corte Suprema, la diferencia es que en el presente caso, se determinó que el acusado no estaba siendo objeto de ninguna agresión ilegítima por parte de la víctima en el momento en que tomó el arma de fuego y apunta hacia las personas que se encontraban afuera del local comercial.

Los sentenciadores, en relación con la falta de provocación suficiente, señalan que “luego de haber salido el acusado portando un machete en persecución de las personas que habían entrado al local comercial de su padre, regresa, toma el arma de fuego, abre las puertas abatibles del lugar, apunta hacia fuera y, como se aprecia en el video de la cámara de seguridad de dicho local, esta acción del acusado provoca que las personas que estaban afuera de éste, comenzaran a lanzar palos y piedras, habiendo, entonces una provocación por parte del acusado hacia la víctima, que al pensar que el arma era a

<sup>22</sup> Considerando tercero.

<sup>23</sup> *Ibid.*

fogueo, como lo creían sus acompañantes, lo enfrenta, diciendo “dispara, dispara” y es en ese instante que el imputado lo hace, disparando”<sup>24</sup>.

En conclusión, se observa que la configuración de este tercer requisito de la legítima defensa no genera tantas dificultades, a diferencia de los dos primeros. Lo relevante entonces es determinar si, en la dinámica en que se desarrollan los hechos, la conducta es objetivamente idónea para molestar o irritar a la persona que se está provocando, por lo que se puede concluir que la provocación debe tener cierta entidad. Por otro lado, como ya se vio, existen situaciones en las que no obstante pareciera que se está en presencia de una provocación, si esta en realidad se trata de una reacción a la agresión ilegítima que está sufriendo el defensor, no puede ser calificada como tal.

---

<sup>24</sup> Considerando quinto.