

ISSN N° 2735-6094

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N° 84

Abril de 2022



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

AMANDA HURTADO CONTRERAS

ANA ALDANA SAAVEDRA

ANTONIO SEGOVIA ARANCIBIA

SANDRA LUCO CASTRO

SEBASTIÁN SALINERO ECHEVERRÍA

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.

A partir del número setenta y ocho nuestra Revista dejó de publicarse en papel, privilegiando el formato digital. Este cambio se gestó como consecuencia de la Pandemia de COVID 19 y a las consiguientes medidas de aislamiento y restricciones presupuestarias.

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 los 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.
ARTÍCULO 195 LEY DE TRÁNSITO.
OBLIGACIÓN DE DETENER LA MARCHA,
PRESTAR LA AYUDA POSIBLE Y DAR
AVISO A LA AUTORIDAD. OBLIGACIONES
COPULATIVAS

CORTE SUPREMA

página nº7

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO.
PRINCIPIO DE CORROBORACIÓN

CORTE SUPREMA

página nº18

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

ARTÍCULO

LA CONFIGURACIÓN DEL COHECHO
TRANSNACIONAL POST LEY N° 21.121

HERNÁN FERNÁNDEZ ARACENA

página nº26

UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

FALLO

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO.
VALORACIÓN DE LA PRUEBA (TRÁFICO DE
DROGAS) Y CONCURSO REAL TENENCIA
ILEGAL DE MUNICIONES Y TENENCIA
ILEGAL DE ARMA DE FUEGO

CORTE SUPREMA

página nº54

UNIDAD DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

ARTÍCULO

TRAMITACIÓN DE LAS EXTRADICIONES
ACTIVAS ANTE LAS CORTES DE
APELACIONES

DANIEL SOTO BETANCOURT

página nº66

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

ARTÍCULO

AQUIESCENCIA EN LA TORTURA Y TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES, APROXIMACIÓN A SU CONTENIDO EN ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

FRANCISCA FIGUEROA SAN MARTÍN

página nº91

UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

ARTÍCULO

CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES RELATIVAS A LOS EFECTOS JURÍDICOS PENALES DE LAS CONDENAS PRETÉRITAS COMO ADOLESCENTE DEL ADULTO SOMETIDO A UN NUEVO PROCESO PENAL

MAKARENA GONZÁLEZ ÁVILA

página nº135

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

ARTÍCULO

VIOLENCIA EN CONTRA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: EXPLOTACIÓN SEXUAL, LABORAL Y ESCLAVITUD. PROPUESTAS INTERPRETATIVAS FRENTE A ALGUNOS PROBLEMAS

TANIA GAJARDO ORELLANA

KAREN GUZMÁN VALENZUELA

CAROLINA SUAZO SCHWENCKE

página nº111

PRÓLOGO

Los ataques cometidos contra niños, niñas y adolescentes (“NNA”) están comprendidos dentro de aquellos que más nos afectan como sociedad. Noticias sobre víctimas menores de edad difícilmente dejan a alguien indiferente, movilizándolo y preocupándolo a todo nivel, incluidos organismos internacionales como nacionales, específicamente dedicados a su protección.

Tratándose de las víctimas más vulnerables, para nuestra Institución también están dentro de las preocupaciones prioritarias. En esta línea, en este número presentamos un artículo que profundiza en conductas en un ámbito particular de violencia de particulares contra NNA, específicamente, aquellas referidas a explotación sexual comercial y trata, con fines de esclavitud y trabajos forzados, proponiéndose interpretaciones penales armónicas con aquellas obligaciones que como Estado hemos asumido en su protección.

También relacionado con las obligaciones internacionales asumidas por Chile, específicamente en las Reglas de Beijing y la Convención sobre los Derechos del Niño, además de otros instrumentos internacionales, la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos revisa y analiza jurisprudencia referida a condenas previas como adolescente, de un adulto procesado por un ilícito penal.

Siguiendo en la línea de obligaciones internacionales como Estado, esta vez referidas a compromisos adquiridos a través de la Convención OCDE para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, la Unidad Especializada Anticorrupción ha desarrollado un artículo que aborda el nuevo delito de cohecho activo en nuestro Código Penal como corolario a las sucesivas fases de su seguimiento.

Por su parte, la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, presenta un artículo referido al cumplimiento de nuestra legislación de la tipificación de los delitos de tortura, apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y su debida comprensión y persecución a la luz de su desarrollo doctrinal y jurisprudencial internacional.

En otro ámbito de análisis, se incluye un artículo referido a la tramitación de extradiciones activas ante las Cortes de Apelaciones y el rol que corresponde a los Juzgados de Garantía.

Finalmente, se presentan tres fallos dictados por nuestra Corte Suprema que se pronuncian sobre la obligación de detenerse, prestar ayuda y dar aviso a la autoridad, regulada en el artículo 195 de la Ley de Tránsito; el principio de corroboración, y valoración de la prueba y concurso real en un caso de delito de tráfico ilícito de estupefacientes; y sobre la tenencia ilegal de municiones y arma de fuego.

JORGE ABBOTT CHARME

Fiscal Nacional

**MATERIAS DE INTERÉS
GENERAL**

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. ARTÍCULO 195 LEY DE TRÁNSITO. OBLIGACIONES COPULATIVAS DE DETENER LA MARCHA, PRESTAR LA AYUDA POSIBLE Y DAR AVISO A LA AUTORIDAD. DERECHO A GUARDAR SILENCIO Y A NO AUTOINCRIMINARSE

Tribunal: Corte Suprema

RESUMEN:

El artículo 195 de la Ley N° 18.290 consagra un delito de omisión propia, que sanciona a los conductores que no realicen o ejecuten las tres acciones o conductas que tipifica, en el supuesto que trata –que en el accidente del tránsito en que participe se produzcan lesiones o muerte–, esto es, “detener la marcha, prestar la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad de todo accidente en que se produzcan lesiones”.

Únicamente con la ejecución de todas ellas puede estimarse que no se han puesto en riesgo o lesionado los bienes jurídicos que se pretende resguardar mediante la sanción penal con que se amenaza su desatención, esto es, la vida y salud de los afectados en el accidente como la correcta administración de justicia mediante la determinación de su responsable, así como el estado en que este se desempeñaba en la conducción.

La calidad de imputado y, por ende, el ámbito de protección que le acompaña, como el derecho de guardar silencio, cuya omisión se denuncia por el recurso, se adquiere desde que el procedimiento se dirige en contra de una persona y más específicamente, desde que se le atribuye alguna participación en la comisión de un hecho punible. Por ello, la obligación que el artículo 176 de la Ley N°18.290 impone al conductor, al exigirle dar aviso personalmente a la autoridad policial, con la finalidad de obtener una colaboración con la acción persecutora del Estado, no se puede interpretar como una vulneración al derecho a guardar silencio, porque no tenía la calidad de imputado.

Texto Completo:

Santiago, veintidós de febrero de dos mil veintidós.

VISTOS Y OIDOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, en causa RUC 1900622017-K, RIT 240-20, por sentencia de diez de abril del año dos mil veintiuno, en procedimiento ordinario condenó a Ángel Paolo Cantillano Cabrera, a cumplir la pena de sesenta y un (61) días de reclusión menor en su grado mínimo, accesorias de suspensión de cargos y oficios públicos mientras dure la condena, además de la accesoria de suspensión de la licencia de conducir por el lapso de un año, como autor de un delito culposo de homicidio, en grado de ejecución consumado, previsto y sancionado en los artículos 492, 490 N° 1, en relación al artículo 391 N° 2, todos del Código Penal, cometido en la ciudad de Quilpué, el día 8 de junio de 2019. La misma sentencia también lo condenó a cumplir la pena de tres (3) años y un (1) día de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica, al pago de una multa de dos (2) Unidades Tributarias Mensuales y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito previsto y sancionado del artículo 195 inciso 3° de la Ley 18.290, en grado de ejecución consumado, cometido en la misma ciudad y fecha.

Se dispuso el cumplimiento efectivo de las penas impuestas, comenzando por la más grave, sin que existan abonos que considerar.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el dos de febrero en curso, oportunidad en la cual la defensa se desistió de la prueba ofrecida y aceptada, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, en lo principal, la defensa invoca la causal de nulidad del apartado a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, la que prevé la nulidad del juicio oral y la sentencia cuando se hubieren conculcado, en cualquier etapa del procedimiento, o en la misma sentencia, derechos o garantías asegurados por la Constitución Política de la República o los Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, al haberse

vulnerado los artículos 290, 298, 308, 319, 325 y 329 del Código Procesal Penal; 8.2 letra f) de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3 letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Desarrollando el motivo de su agravio denuncia como infringida la garantía del debido proceso, pues no obstante que el Tribunal desestimó la solicitud de la defensa de modificar la fecha y forma de realización de la audiencia de juicio oral, decretando en cambio que este se realizara mediante la modalidad semipresencial, dicha regulación no fue respetada. En efecto, el único testigo principal, don L.A.U., no prestó declaración en su domicilio como había sido ordenado sino en la ciudad de Santiago y en compañía de otras personas. En consecuencia, atendidas las condiciones en que se rindió la prueba, ella carece de exactitud y fiabilidad, por lo que el tribunal debió restarle valor probatorio y absolver al acusado.

Termina solicitando que se acoja el recurso y se anulen el juicio oral y la sentencia, determinando el estado que hubiere de quedar el procedimiento, y ordenar la remisión de los autos a un tribunal no inhabilitado para la realización de un nuevo juicio oral.

SEGUNDO: Que, como causal subsidiaria, el recurso invoca la establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 195 incisos segundo y tercero de la Ley 18.290, la que desarrolla en tres segmentos.

En primer lugar, explica que el tribunal consideró que los hechos que tuvo por establecidos constituían además del delito culposo de homicidio previsto y sancionado en el artículo 492 en relación a los artículos 490 N° 1 y 391 N° 2, todos del Código Penal, el delito previsto en el artículo 195, en relación con el artículo 176, ambos de la Ley 18.290, por cuanto el acusado incumplió al menos dos de las obligaciones que impone el citado artículo 195, esto es, prestar el auxilio posible a la víctima y dar aviso a la autoridad policial más próxima, lo que –en criterio del recurrente– constituye un error de derecho.

Esgrime que la Ley N° 20.770, no sólo modificó la Ley del Tránsito en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, sino también en relación a los accidentes de tránsito en que se producen lesiones o muerte, haciéndoles aplicable la obligación de detener la marcha, prestar ayuda y dar cuenta a la autoridad. Sin embargo –en su concepto– atendido el fundamento heterogéneo de la punibilidad, el tipo penal requiere de la omisión copulativa de las tres conductas, siendo insuficiente para su configuración la omisión de una de ellas. En este sentido asevera, que el acusado detuvo su marcha, se bajó del vehículo, se acercó a la víctima y solicitó que se llamara a una ambulancia, lo que alega es la forma de prestar ayuda dada la dinámica de los hechos. Por ello su representado habría realizado dos de las tres conductas exigidas y en lo que concierne a la tercera, arguye que el acusado posteriormente se entregó a Carabineros y renunció a su derecho a guardar silencio. Así las cosas, pone de relieve que al no haberse incurrido en la omisión copulativa de las tres conductas exigidas no se configura el tipo penal.

Enseguida agrega que, tampoco es posible castigar al acusado por el delito consagrado en el art. 195 de la Ley de Tránsito sin incurrir en una infracción al principio de ne bis in ídem. En efecto, afirma que quien causa un accidente en el marco de la Ley del Tránsito, ya sea provocando lesiones o la muerte y no se detiene a prestar ayuda, realiza el injusto

completo del delito de lesiones u homicidio según corresponda. Por ello, estima que el no prestar ayuda no puede ser considerado un delito autónomo sino un concurso aparente de leyes en relación de consunción de los tipos de homicidio y lesiones que absorben en su estructura al hecho de no prestar ayuda.

Finalmente, asevera que la obligación de auto-denuncia, adolece de problemas de constitucionalidad por afectar el derecho a guardar silencio del acusado.

Con esos argumentos termina solicitando la anulación de la sentencia y la dictación, de manera separada, de una de reemplazo que absuelva a su representado del delito contemplado en el artículo 195 inciso tercero de la Ley de Tránsito.

TERCERO: Que, como se advierte, la causal principal invocada por el recurso denuncia el agravio a la garantía constitucional del debido proceso, la cual está dada por no haberse desarrollado el juicio oral en la modalidad semipresencial bajo las condiciones que el mismo Tribunal estableció.

CUARTO: Que en lo referente a la garantía del debido proceso, se trata de un derecho sobre el cual existe actualmente coincidencia en que es el resultado de una larga evolución histórica e incorporado en Chile mediante el texto de la Constitución de 1980, en la que los comisionados entendieron el debido proceso como un principio que comprendía múltiples otras garantías judiciales y consideraron favorablemente la posibilidad de que su consagración cumpliera una función integradora de los derechos fundamentales. Siguiendo esa línea, se prefirió un concepto cuyas precisiones pudieran ir evolucionando de acuerdo con el tiempo y ser recogidas y puntualizadas por la jurisprudencia. Con el ingreso al ordenamiento jurídico nacional de la Convención Americana de Derechos Humanos (publicada en el Diario Oficial el 05 de enero de 1991) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (publicado con fecha 29 de abril de 1989), se reunió un extenso catálogo de garantías judiciales, que aparecen enunciadas, como tales, en dichas convenciones, descritas con precisión y especificidad. La reforma procesal penal, a propósito del derecho a un debido proceso, convirtió en función central de la judicatura asegurar el respeto de los derechos fundamentales a través de diversos sistemas de control, preventivos y correctivos, inmersos en distintas normas del Código Procesal Penal. En esta realidad normativa, resulta evidente que se impone a los jueces la utilización de los principios constitucionales como estándares a los cuales debe enfrentarse ya no sólo la legislación, sino también la conducta de los agentes de la persecución penal e, incluso, de los propios jueces.

El mensaje del Código Procesal Penal sostiene que deben explicarse los principios básicos que rigen el enjuiciamiento criminal, especificando los contenidos de la Constitución Política y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en que el eje del procedimiento está constituido por la garantía del juicio previo. “Otro de los principios generales del sistema propuesto consiste en la aplicación directa de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos relevantes en cuanto a la regulación del procedimiento penal. Esta disposición obedece a la necesidad de reforzar la noción de que el procedimiento penal se organiza a partir del desarrollo de los principios generales del ordenamiento jurídico que regulan la relación entre el Estado y los ciudadanos y que

se encuentran recogidos en esos cuerpos normativos. En este sentido, se trata de resaltar la importancia de estos principios por sobre los mecanismos procesales específicos consagrados en la ley. Los jueces deberán trabajar integrando las normas procedimentales con las de carácter constitucional e internacional, interpretando y aplicando las primeras de modo que den cumplimiento a las exigencias contenidas en las dos últimas.” (Historia de la Ley N° 19.696, mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, Biblioteca del Congreso Nacional, págs. 18-19).

Acorde con lo señalado, esta Corte ha sostenido consistentemente, en torno al debido proceso, que se trata de un derecho asegurado por la Constitución Política de la República que ordena 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, le confiere al legislador la misión de definir las condiciones de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal salvaguardia supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de resguardos que la Carta Fundamental, los tratados internacionales ratificados por Chile en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura, a vía de ejemplo, que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan impugnar las resoluciones con las que no estén conformes, en su caso que se respeten los procedimientos fijados en la ley con fidelidad a la Constitución y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas (SCS N° 6902-2012, de 6 de noviembre de 2012, N° 2747-13 de 24 de junio de 2013, N° 6250-2014, de 7 de mayo de 2014, N° 4269-19 de 25 de marzo de 2019, y N° 92059-20, de 8 de septiembre de 2020, entre otras).

QUINTO: Que en relación al agravio a la garantía del debido proceso, esta Corte ha resuelto uniformemente que su transgresión debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrobe, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso. Asimismo, se ha dicho que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso, por cuanto la nulidad que se pretende, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento. (SCS Roles N° 2866-2013, N° 4909-2013, N° 21408-2014, N° 4269-19, N° 76689-20, N° 92059-20 y N° 112392-20)

En este entendido, la declaración de nulidad requiere que sea formalmente establecida alguna actuación defectuosa que sirva de fundamento a la invalidez, pues de ésta han de derivar las consecuencias lesivas para el ejercicio de los derechos de que se trate, y que a estos efectos se entiendan vinculados al artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

SEXTO: Que, en particular, en relación al reproche efectuado por la Defensa, es del caso subrayar, que tal como ha dicho esta Corte Suprema, las argumentaciones formuladas por la asesoría letrada, tienen el carácter de genéricas, esto es, dicen relación con criterios predicables a todos los juicios de esta clase, y por ello este planteamiento que se hace,

claramente, no deriva de la realidad del juicio que nos ocupa. En este aspecto, lo único concreto que alega la defensa es que el testigo presencial L.A.U., no declaró en el juicio en los términos establecidos por el tribunal, esto es en su domicilio, argumentando que su testimonio se prestó en Santiago y en presencia de otras personas, cuestionando por esta vía la exactitud y fiabilidad de la información proporcionada por el deponente, sin precisar acabadamente como aquello habría determinado la decisión de condenar a Ángel Paolo Cantillano Cabrera atendida su trascendencia y entidad.

Como se evidencia, en esta fundamentación no se sostiene alguna vulneración de derechos o garantías constitucionales claramente identificables que hayan incidido causalmente en el resultado del juicio, de manera sustancial como lo previene la causal de nulidad empleada por la defensa. Por el contrario, según aparece del fundamento décimo segundo de la sentencia recurrida, el Tribunal haciéndose cargo de las argumentaciones de la defensa consideró que el individualizado testigo fue cuestionado por la defensa “si estaba con otras personas o si había leído su declaración, reconoció que estaba en su trabajo con personas que no conocía y que no sabían de su declaración y que había recibido su declaración por correo, la que había leído los días previos, sin que se haya vislumbrado, por ejemplo, que la haya tenido a mano; de ser así, no hubiere incurrido en las imprecisiones que le hizo ver el propio fiscal”.

En estas circunstancias no surgió dato alguno que restara mérito a sus dichos, de manera que los jueces dentro de sus facultades soberanas decidieron asignar pleno valor a tales declaraciones.

Complementando lo anterior, conviene aclarar que, la prueba rendida fue sometida al escrutinio de todos los intervinientes, así como del tribunal, bajo el respeto de los principios de bilateralidad de la audiencia, oralidad, publicidad e intermediación, de los que se colige la dualidad de posiciones, la contradicción y la igualdad de las partes; resguardos tenidos en consideración para tutelar la garantía constitucional del debido proceso, especialmente en lo referido al derecho de la defensa, en su dimensión de controlar la prueba de cargo.

Con todo valga reiterar que el reclamante no explica a esta Corte –de la manera concreta y específica exigible en un recurso de derecho estricto– cuál es la precisa garantía constitucional personal que le fue desconocida con directa influencia en la sentencia condenatoria dictada en su contra. (SCS Rol N° 59504- 20 de 22 de junio de 2020, Rol N° 104468-20 de 13 de octubre de 2020 y Rol N° 112392-20 de 3 de noviembre de 2020).

SÉPTIMO: Que, en consecuencia y por las razones antes desarrolladas, las contravenciones denunciadas carecen de sustento fáctico y de la sustancialidad que la hipótesis de nulidad en estudio exige para producir los efectos que le son propios, esto es, que sea insalvable ante el derecho al debido proceso, conforme ya se explicitó en los razonamientos que anteceden, razones por las cuales la presente causal será desestimada.

OCTAVO: Que en relación a la causal subsidiaria del recurso deducido, es del caso subrayar que la sentencia impugnada tuvo por establecidos los siguientes hechos: “El día 08 de junio de 2019, alrededor de las 17:00 horas, el imputado Ángel Paolo Cantillano Cabrera se encontraba repartiendo pan, conduciendo un vehículo color blanco, marca Suzuki, modelo Carry, año 1998, placa patente RZ.9087, quien transitando por calle Gó-

mez Carreño hacia el norte, al llegar a calle Mateo de Toro y Zambrano, El Belloto, Quilpué, enfrentó un disco “pare” existente en dicha intersección y tras realizar un viraje sin respetar dicha señalización, atropelló a la víctima M.T.V.L., quien se encontraba cruzando la calle Mateo de Toro y Zambrano en un paso de cebra. Tras esto, el imputado descendió del vehículo y al percatarse de la gravedad de la situación decidió darse a la fuga, sin prestar la ayuda posible ni dar cuenta a la autoridad. Como consecuencia de lo anterior, la víctima resultó con lesiones de tal magnitud que le causaron la muerte”.

NOVENO: Que respecto a las alegaciones que se sostienen en el primer segmento de la causal subsidiaria del recurso, la sentencia impugnada explicitó que “los hechos configuran igualmente, un delito del artículo 195, en relación con el artículo 176, ambos de la ley 18.290, en grado de ejecución consumado, por cuanto el acusado incumplió al menos dos de las obligaciones que impone la primera norma legal citada. Si bien el acusado detuvo su marcha al momento del atropello, dicha obligación es instrumental en relación con las otras dos obligaciones que pesaban sobre él como causante o partícipe del atropello, esto es, prestar el auxilio posible a la víctima y dar aviso a la autoridad policial más próxima. Respecto de la obligación de proporcionar ayuda, el acusado se limitó a acercarse a la víctima y solicitar que otros llamaran a la ambulancia, y cuando los testigos anunciaron una llamada a carabineros, huyó del lugar, razón por la que, desde el punto de vista objetivo se configura el tipo penal en examen, por cuanto las obligaciones son copulativas, lo que no implica que la figura típica exija el incumplimiento de todas las estas para su configuración, sino que por el contrario, basta que se haya incumplido alguna de las tres exigencias, para su concreción. Desde el punto de vista subjetivo, no cabe duda de que el acusado actuó con dolo directo, desde que, habiendo apreciado las consecuencias del atropello, huyó del lugar precisamente cuando terceros se aprestaban a avisar a la autoridad policial y eludió las obligaciones que pesaban sobre él. Ahora bien, en el caso en análisis, el acusado detuvo su marcha por lo que cumplió la primera obligación, pero luego, se limitó a acercarse a la víctima, pidió que llamaran una ambulancia, pero ni siquiera se cercioró de que ello fuera efectivo, ni mucho menos esperó su llegada, sino que estuvo breves momentos y huyó, sin dar aviso a la autoridad, concurriendo a carabineros, en agosto de 2019, varias semanas después del evento, y cuando ya estaba individualizado como el conductor del vehículo causante de la muerte de la víctima”.

En virtud de lo anterior el tribunal concluyó que “que sostiene que el delito del artículo 195 de la Ley de Transito exige copulativamente el incumplimiento de las tres obligaciones impuestas por el artículo 176; sin embargo, tal como lo señaló el tribunal –ya en el veredicto– lo cierto es que su exigencia por parte del legislador es copulativa, lo que se desprende de la técnica legislativa empleada que primero establece en una norma, las obligaciones a cumplirse, las que señala que “conductor que participe en los hechos estará obligado a detener su marcha, prestar la ayuda que fuese posible y dar cuenta a la autoridad policial más inmediata”, a la vez que el tipo penal se conforma con el incumplimiento de cualquiera de ellas, y esto se verifica precisamente porque el artículo 195 inciso 1º, para accidentes menores en que solo resulten daños, exigió al conductor únicamente una obligación (dar cuenta a la autoridad), mientras que en el inciso 2º, sancionó el incumplimiento de las tres exigencias, de forma tal que cualquiera de ellas hace merecedor al conductor partícipe, de la sanción impuesta. Ello es concordante con lo

explicado supra, en el sentido que en un accidente con una consecuencia de tal gravedad (lesiones graves gravísimas o la muerte), las tres obligaciones resultan relevantes para el legislador, siendo la obligación de detenerse, una obligación meramente funcional a las otras dos que exigen prestar la ayuda posible y dar aviso a la autoridad, de forma tal que el legislador cauteló por un lado, la protección de la vida o salud de la persona afectada, como también protegió la imperiosa necesidad de sacar del anonimato de que usualmente goza el conductor en la vía pública. Así, el contenido del deber de detener la marcha implica quedarse en el lugar del accidente y, desde luego, no reiniciar la marcha, vale decir, no abandonar dicho lugar. La obligación de dar cuenta a la autoridad policial, en este contexto, exige fundamentalmente esperar y tolerar la actuación del funcionario policial, en su labor de recoger la información sobre el accidente de tránsito. Ciertamente, implica también la actividad del conductor de dar información, pero el contenido de la misma se acota al suceso del accidente y a la participación de aquél en el mismo, por lo que no expone en demasía al obligado frente a los otros participantes y al Estado. La carga de deberes impuesta por el artículo 176 se vuelve abiertamente activa, solamente en la medida en que el accidente del tránsito con consecuencia de lesiones corporales da origen, a su vez, a una situación de peligro de un daño mayor a la salud o incluso para la vida de otro. Bajo este supuesto, la norma de conducta del artículo 195 inciso 2º, mediante remisión a los deberes del artículo 176, exige prestar la ayuda posible, a fin de evitar la realización de dicho peligro. Este deber de acción se legitima, en la medida en que su cumplimiento sirve a la protección de la integridad física y de la vida de otra persona. Además, el contenido de este deber se agota en prestar la “ayuda posible”, de modo que no exige asegurar la evitación del resultado adicional –de lesiones más graves o de muerte³. De esta forma es que las obligaciones copulativas por un lado, se convierten, para efectos de satisfacción del tipo penal, en aquello que en los delitos de acción serían modalidades de ejecución específica y alternativa, o, lo que es igual, un delito de actos alternativos o más propiamente de omisiones alternativas, donde el tipo prevé tres modalidades posibles de ejecución (u omisión, para ser precisos), en consonancia con las tres obligaciones legales establecidas”.

DÉCIMO: Que el artículo 176 de la Ley del Tránsito dispone que “En todo accidente del tránsito en que se produzcan lesiones o muerte, el conductor que participe en los hechos estará obligado a detener su marcha, prestar la ayuda que fuese posible y dar cuenta a la autoridad policial más inmediata, entendiéndose por tal cualquier funcionario de Carabineros que estuviere próximo al lugar del hecho, para los efectos de la denuncia ante el Tribunal correspondiente”. Por su parte, el artículo 195, inciso 2º, del mismo cuerpo legal prescribe que “El incumplimiento de la obligación de detener la marcha, prestar la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad de todo accidente en que se produzcan lesiones, señalada en el artículo 176, se sancionará con la pena de presidio menor en su grado medio, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y multa de siete a diez unidades tributarias mensuales”. A su vez el inciso tercero dispone que “Si en el caso previsto en el inciso anterior las lesiones producidas fuesen de las señaladas en el número 1º del artículo 397 del Código Penal o se produjese la muerte de alguna persona, el responsable será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica, multa de once a veinte

unidades tributarias mensuales y con el comiso del vehículo con que se ha cometido el delito, sin perjuicio de los derechos del tercero propietario, que podrá hacer valer conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal. Para los efectos de determinar la pena prevista en este inciso, será aplicable lo dispuesto en los artículos 196 bis y 196 ter de esta ley. Las penas previstas en este artículo se impondrán al conductor conjuntamente con las que le correspondan por la responsabilidad que le pueda caber en el respectivo delito o cuasidelito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal”.

UNDÉCIMO: Que para resolver el asunto planteado en el recurso cabe recordar que el o los bienes jurídicos tutelados por una norma penal conforman un elemento esencial para guiar la correcta interpretación de la misma, desde que mediante la amenaza de la punición, no se busca otra cosa que, en definitiva, proteger o alejar el riesgo de lesión de ese valor o interés cautelado.

En ese orden, el artículo 195 en estudio consagra un delito de omisión propia, que sanciona a los conductores que no realicen o ejecuten las tres acciones o conductas que tipifica, en el supuesto que trata –que en el accidente del tránsito en que participe se produzcan lesiones o muerte–, esto es, “detener la marcha, prestar la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad de todo accidente en que se produzcan lesiones”, y únicamente con la ejecución de todas ellas puede estimarse que no se han puesto en riesgo o lesionado los bienes jurídicos que se pretende resguardar mediante la sanción penal con que se amenaza su desatención, esto es, la vida y salud de los afectados en el accidente como la correcta administración de justicia mediante la determinación de su responsable, así como el estado en que éste se desempeñaba en la conducción.

DUODÉCIMO: Que, aceptar lo postulado por el recurrente, –como ya ha señalado esta Corte– conllevaría que quedaría exento de sanción quien luego de causar un accidente con lesionados de gravedad, detiene la marcha y, sin dar cuenta a la autoridad, sólo observa como la víctima agoniza hasta su fallecimiento o, aquél que, después de ocasionar un accidente con lesionados de gravedad, no detiene la marcha ni presta la ayuda posible, sino que se retira a su domicilio, desde donde da cuenta a la autoridad del incidente. En ambos casos, la realización de una sola de las conductas exigidas no elimina o aminora el peligro o lesión de ambos bienes jurídicos referidos, requiriéndose para dicho fin satisfacer todas las conductas demandadas por la norma, único supuesto en el que la sanción penal no resulta justificada ni proporcional (SCS Rol N° 14955-18 de 11 de septiembre de 2018).

DECIMO TERCERO: Que en todo caso, para dirimir si se cumplieron o no las obligaciones impuestas por el artículo 176 de la Ley del Tránsito, a las que se remite el artículo 195, cabe recordar que tales aspectos de hecho fueron materia de prueba y debate en el proceso, por lo que es menester estarse a lo asentado por los jueces de la instancia al ponderar las evidencias aportadas a la litis, sin que sea dable que, para tales efectos, esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, intente una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado, porque ello quebranta de manera evidente las máximas de oralidad, inmediatez y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal, ya que implicaría que este tribunal de nulidad, única-

mente de la lectura de los testimonios “extractados” en la sentencia –como pretende el recurso–, podría dar por acreditados hechos distintos y opuestos a los que los magistrados extrajeron de esas deposiciones, no obstante que estos últimos apreciaron íntegra y directamente su rendición, incluso el examen y contra examen de los contendientes, así como hicieron las consultas necesarias para aclarar sus dudas, lo que de aceptarse, simplemente transformaría a esta Corte, en lo atinente a los hechos en que se construye esta causal de nulidad, en un tribunal de segunda instancia, y todavía más, en uno que –a diferencia del a quo– dirime lo factual en base a meras actas o registros –eso es sino el resumen de las deposiciones que hace el tribunal oral en su fallo–, lo cual, huelga explicar, resulta inaceptable.

DECIMO CUARTO: Que, así las cosas, constituyendo un hecho acreditado en la sentencia que el acusado no dio cumplimiento a todas las acciones que prescribe el artículo 176 de la Ley del Tránsito frente a un accidente en el que una persona resultó lesionada, se satisface la conducta descrita en el artículo 195, inciso 3°, del mismo cuerpo legal, motivo por el que los jueces de la instancia no han errado al así declararlo, no pudiendo, por tanto, prosperar el inicial acápite de la causal subsidiaria.

DECIMO QUINTO: Que, en cuanto a la pretendida vulneración del principio ne bis in ídem, cabe tener presente que la ley no sanciona en estas normas el hecho causante de las lesiones o la muerte ni la conducción en estado de ebriedad, bajo los efectos del alcohol o de sustancias psicotrópicas o estupefacientes, pues se trata de un tipo penal autónomo, inteligencia que surge del tenor literal del inciso final del artículo 195, que regula aquellos casos en que se produzca un concurso de delitos, en que un mismo sujeto sea responsable de la muerte, lesiones y/o manejo en estado de ebriedad y, además, por el hecho típico independiente, como en este caso, consistente solo en el incumplimiento de la obligación de detener la marcha, prestar la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad, por lo que el proceso de subsunción de los hechos a este ilícito no merece reproche de derecho alguno, pues concurren en la conducta del imputado todos los elementos del tipo penal por el que se le ha sancionado (SCS Rol N° 35715-17 de 20 de septiembre de 2017).

DECIMO SEXTO: Que, en relación al último segmento de la causal subsidiaria impetrada, por la cual se cuestiona la exigencia prescrita en el artículo 176 de la Ley de Tránsito consistente en “dar cuenta a la autoridad policial más inmediata”, por estimarla atentatoria del derecho del acusado a guardar silencio y a no autoincriminarse, es necesario tener presente que las garantías invocadas están contempladas en el artículo 7 del Código Procesal Penal, al referirse a la calidad de imputado. En efecto la norma dispone que: “Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible”.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que de acuerdo con el precepto legal precitado, la calidad de impu-

tado y, por ende, el ámbito de protección que le acompaña, como el derecho de guardar silencio, cuya omisión se denuncia por el recurso, se adquiere desde que el procedimiento se dirige en contra de una persona y más específicamente, desde que se le atribuye alguna participación en la comisión de un hecho punible.

DECIMO OCTAVO: Que, por ello la obligación que el artículo 176 de la Ley 18290 impone al conductor, al exigirle dar aviso personalmente a la autoridad policial, con la finalidad de obtener una colaboración con la acción persecutora del Estado, no se puede interpretar como una vulneración al derecho a guardar silencio porque no tenía la calidad de imputado.

DÉCIMO NOVENO: Que, de acuerdo a todo lo expresado, el recurso en análisis será rechazado.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 342 letra c) y d), 372, 373 letra a) y b) 376 y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA EL RECURSO DE NULIDAD deducido por la Defensoría Penal Pública, en representación del sentenciado Ángel Paolo Cantillano Cabrera en contra de la sentencia de diez de abril del año dos mil veintiuno, dictada en estos antecedentes RUC 1900622017-K, RIT 240-20 del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar y el juicio oral que le antecedió, los que en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito. Rol N° 28917-21

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Sra. María Teresa Letelier R., y los Ministros Suplentes Sres. Rodrigo Biel M., y Miguel Vázquez P. No firma la Ministra Sra. Letelier, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. PRINCIPIO DE CORROBORACIÓN

Tribunal: Corte Suprema

RESUMEN:

El principio de corroboración no debe ser entendido como la necesidad imperiosa de contar con un medio de prueba distinto para poder refrendar una circunstancia fáctica que ya ha sido establecida con una probanza determinada, pues ello impediría que el tribunal adquiriera su convicción sobre la base de la solidez de un único atestado coherente y sin contradicciones y se viera impedido de adoptar una decisión condenatoria sólo por constituir dicho antecedente el único incriminatorio en contra del acusado de acuerdo a la imputación de la fiscalía.

Texto Completo:

Santiago, catorce de abril de dos mil veintidós.

VISTOS:

En los antecedentes RUC N° 2001009915-4, RIT N° 113-2021, del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, se dictó sentencia el cinco de junio de dos mil veintiuno, por la que se condenó al acusado Dagoberto César Muñoz Jeldres, en calidad de autor de los delitos de robo por sorpresa de especies de propiedad de V.E.Á. y R.C.T.V. perpetrados en grado de consumado en la comuna de Santiago, los días 3 de octubre y 26 de noviembre, ambos del año 2020, a la pena única de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

En contra del referido fallo la defensa del sentenciado interpuso recurso de nulidad, el que fue conocido en la audiencia pública de quince de marzo pasado, según consta del acta levantada en su oportunidad.

CONSIDERANDO:

1°) Que el recurso de nulidad deducido por el sentenciado Muñoz Jeldres se sustenta, en primer término, en la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, esto es, “cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sen-

tencia, se hubiera infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”, respecto de los hechos ocurridos el día 3 de octubre del año 2020, por cuanto en este caso existe una falta de indicio para poder controlar a su defendido en virtud de lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal, puesto que los funcionarios policiales ven a una persona ofreciendo un teléfono celular para la venta, que se encontraba caminando por el puente La Paz de extremo norte a sur y viceversa, que intentaba sustraer especies a las personas que se encontraban circulando por ahí. Por tanto, no habría ningún antecedente que permita establecer la existencia o no de un delito o que el imputado se aprestaba a cometer uno, ya que esos funcionarios son contestes en indicar que “intentaba sustraer especies a las personas, pero que no había logrado sustraer nada” y que ofrecía a viva voz un celular a la venta, como indicios suficientes para poder controlarlo, en otras palabras, detuvieron a una persona que solamente se encontraba ejerciendo comercio ambulante y que caminaba del extremo norte a sur del puente.

Precisa que respecto de la flagrancia, ella no es ostensible, ya que el personal policial tuvo que realizar diligencias de investigación previas destinadas a la constatación de la comisión del delito de robo por sorpresa, pues en el recinto policial debió examinar el teléfono celular que portaba el imputado y llamar a un número para verificar que había sido sustraído.

Concluye solicitando se acoja el recurso, se anule el juicio oral y la sentencia condenatoria y se excluya del auto de apertura de juicio oral la totalidad de la prueba obtenida a partir de la infracción de garantías constitucionales, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral por un tribunal no inhabilitado;

2°) Que, como causal subsidiaria, se dedujo la del artículo 374, letra e) del Código Procesal Penal, esto es: “el juicio y la sentencia serán siempre anulados:... e) cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letra c), d) y e)” del Código Procesal Penal”, en particular la exigencia de la letra c) del citado precepto.

Sobre el particular, señala que esta causal se interpone respecto del hecho 2, en base a dos circunstancias evidenciadas en el fallo impugnado. En primer lugar, se alega que el vicio se sustenta en una falta de corroboración, atendido a que existen diferentes declaraciones prestadas en juicio por parte de los testigos que evidencian una forma de comisión del ilícito distinta y que entregan detalles diversos sobre la huida y detención de su defendido. En segundo lugar, este vicio de nulidad descansa en que el tribunal a quo no se pronuncia respecto de la declaración prestada en juicio por el testigo G.A.C.C..

Explica que se arribó a una sentencia condenatoria sólo teniendo en consideración el reconocimiento del imputado realizado por la víctima sobre un hecho que habría ocurrido en el sector de Meiggs, a las 18:30 horas, sin otros testigos que lo corroboren.

Añade que también declaró el funcionario de Carabineros G.C., quien entre otras diligencias revisó unas cámaras, constatando que en las filmaciones no se logra apreciar el hecho, pero el tribunal no consigna su declaración prestada en juicio y solo se refiere a él como el funcionario que ratificó la exhibición de las fotografías que fueron mostradas al testigo P.G.

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

3°) Que el hecho que se ha tenido por establecido por los sentenciadores del grado, en el motivo octavo de la sentencia que se impugna, es el siguiente:

“El día 3 de octubre de 2020 alrededor de las 18:00 horas en puente avenida La Paz con avenida Santa María de la comuna de Santiago, Dagoberto Cesar Muñoz Jeldres pasó por el costado de V.A.X.Á.E. e intempestivamente de un tirón en el bolsillo derecho de su polerón, le sustrajo el teléfono celular marca Huawei de color gris.

El día 26 de noviembre de 2020, aproximadamente a las 18:40 horas Dagoberto Cesar Muñoz Jeldres abordó en la intersección de avenida Libertador Bernardo O’Higgins con calle Meiggs, de la comuna de Santiago, a R.T.V., arrebatándole de manera intempestiva de un tirón la cadena que mantenía colgada al cuello, dándose a la fuga con dicha especie en su poder”;

4°) Que es menester señalar que en el considerando séptimo del fallo impugnado, los juzgadores del grado tuvieron presente para adoptar su decisión respecto del hecho 1, las declaraciones de los funcionarios policiales C.P.Ñ.R. y K.A.C.C., quienes dieron cuenta de manera pormenorizada del procedimiento en que intervinieron y que culminó con la detención del acusado.

En base a tales atestados, los sentenciadores de la instancia concluyeron, en el mismo motivo séptimo, que el control de identidad practicado al recurrente –que luego mutó en su detención– no constituye una infracción a lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Para fundar tal aserto, argumentaron en el referido fundamento que “... cabe considerar que los carabineros que efectuaban servicio de civil en el Puente La Paz, fueron contes-tes en señalar que observaron en el acusado, actitudes o comportamientos de carácter bizarro que describieron latamente, lo cual motivó su vigilancia. Al ser controlado, trató de venderles el teléfono celular que estaba ofreciendo, y al identificarse como carabine-ros, de inmediato reconoció el origen ilícito de dicha especie. Sin duda que al observar al imputado cuando se acercaba a la gente que transitaba, colocándose a su lado, dieron a los funcionarios policiales indicios suficientes para estimar de que al menos aquel se dis-ponía potencialmente a cometer un hecho ilícito. Esta apreciación, de los policías cobró aún más relevancia, si se toma en cuenta que por el Puente La Paz alrededor de las 18:00 horas, transita gran cantidad de personas, lo cual resulta propicio para las aglomeracio-nes y agolpamiento con las consecuencias que son fáciles de imaginar. Por otra parte, las sospechas resultaron ser ciertas, porque el teléfono que Dagoberto Muñoz estaba vendiendo en la vía pública en la suma de \$30.000, minutos antes lo había sustraído a la víctima V.E., cuando transitaba por el mismo lugar, esto es, el puente La Paz”.

Luego, la sentencia expresa que “la defensa cuestionó que los policías, realizaran di-ligencias sin dar cuenta al Ministerio Público, incurriendo en un exceso de faculta-des. Sin embargo, revisar la agenda de un celular para ubicar a su legítimo propietario,

constituyen diligencias mínimas y elementales para lo cual no se requiere dar cuenta al Ministerio Público”.

5°) Que, en lo concerniente a la infracción denunciada por el recurso de nulidad, cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República y que consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y al efecto, el artículo 19, N° 3, inciso sexto, confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas;

6°) Que, en otro orden de consideraciones, en cuanto a las facultades autónomas de actuación que la ley le entrega al personal policial, así como lo referido al respeto del debido proceso y la intimidad, esta Corte Suprema ha señalado reiteradamente que la negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja de manera sustancial dicho sistema debe ser excluido del mismo;

7°) Que en relación a las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, resulta necesario proceder a su análisis a efectos de poder determinar si ellas han sido transgredidas y, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos fundamentales del acusado, como denuncia la defensa;

8°) Que como se ha dicho en ocasiones anteriores por esta Corte, el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (Sentencias Corte Suprema Roles N° 7178-17, de 13 de abril de 2017; N° 9167-17, de 27 de abril de 2017; N° 20286-18, de 01 de octubre de 2018; N° 28.126-18, de 13 de diciembre de 2018 y N° 13.881-19, de 25 de julio de 2019).

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

las condiciones que establece la letra c) recién citada, el legislador autoriza a los funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile a efectuar diligencias autónomas de investigación.

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

9°) Que las disposiciones recién expuestas tratan, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano establecido por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado –y sometido a control jurisdiccional– en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos;

10°) Que a fin de dirimir lo planteado en la causal principal del recurso deducido por la defensa del acusado Muñoz Jeldres, es menester estarse a lo asentado por los jueces de la instancia al ponderar las evidencias aportadas a la litis, sin que sea dable que, para tales efectos, esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, intente una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado, porque ello quebranta de manera evidente las máximas de oralidad, inmediatez y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal, puesto que lo contrario implicaría que este tribunal de nulidad, únicamente de la lectura de los testimonios “extractados” en la sentencia, podría dar por acreditados hechos distintos y opuestos a los que los magistrados extrajeron de esas deposiciones, no obstante que estos últimos apreciaron íntegra y directamente su rendición, incluso el examen y contra examen de los contendientes, así como hicieron las consultas necesarias para aclarar sus dudas, lo que de aceptarse, simplemente transformaría a esta Corte, en lo atinente a los hechos en que se construye esta causal de nulidad, en un tribunal de segunda instancia, y todavía más, en uno que –a diferencia del a quo– dirime los hechos en base a meras actas o registros –eso es sino el resumen de las deposiciones que hace el tribunal oral en su fallo–, lo cual, huelga explicar, resulta inaceptable. Aclarado lo anterior, se procederá al estudio de las protestas fundantes del recurso con arreglo a los hechos que en la decisión se tienen por demostrados;

11°) Que resulta relevante para ello, señalar que la sentencia impugnada –en su motivo séptimo– consignó los presupuestos de hecho que se tuvieron como establecidos para efectos de llevar a cabo el control de identidad, consistentes en que el día de los hechos, 3 de octubre de 2020, alrededor de las 18:00 horas, los funcionarios policiales vieron al imputado transitar en el Puente La Paz de norte a sur y viceversa, ofreciendo un teléfono celular a las personas que caminaban por el lugar, tratando de introducir sus manos a los bolsillos y carteras de los transeúntes, y al acercarse también les ofrecía el teléfono, por lo que se le practicó un control de identidad, encontrando el mencionado aparato en su poder, mismo que momentos antes había sido sustraído a V.A.X.E.Á.;

12°) Que en la especie, la defensa del encartado ha cuestionado el actuar de los funcionarios policiales, toda vez que estima que éstos, al practicar un control de identidad al acusado sin que existiera indicio para ello –toda vez que lo único que realizaba era la venta de un teléfono celular–, procedieron de manera autónoma en un caso no previsto por la ley, lo que implica que todas las pruebas derivadas de tal diligencia son ilícitas, y por ende, debieron ser valoradas negativamente por los juzgadores de la instancia;

13°) Que, en primer término, tal y como lo ha sostenido esta Corte, entre otros en el pronunciamiento Rol N° 1275-2018, de 7 de marzo de 2018, resulta relevante razonar sobre el contexto fáctico que usualmente rodea a una diligencia como la de autos, porque los indicios de la probable comisión de un ilícito suelen encontrarse de forma intempestiva, situación que obliga a los policías a evaluar de inmediato la presencia de algún elemento susceptible de tal estimación y que haga procedente su actuación;

14°) Que de la revisión de los antecedentes aparece de manifiesto que el actuar de los funcionarios policiales se ajustó a derecho, toda vez que conforme se estableció, los Carabineros Ñ. y C. vieron al imputado ofreciendo un teléfono celular y así también que trataba de introducir sus manos a los bolsillos o carteras de los transeúntes, constituyendo tales hechos un indicio que resultaba más que suficiente –grave, de entidad– para proceder a controlar su identidad, en tanto que los mismos funcionarios apreciaron las acciones desplegadas por el imputado, esto es, comercializar el teléfono y tratar de introducir sus manos a las pertenencias de las personas que circulaban por el lugar, encontrándose habilitados los agentes policiales para practicar el control de identidad y el registro de vestimentas respecto del encartado, por así disponerlo expresamente el artículo 85 del Código Procesal Penal, descartándose, en consecuencia, la ilegalidad denunciada por la recurrente;

15°) Que, en razón de todo lo anterior, las actuaciones policiales posteriores que implicaron el hallazgo de un teléfono móvil en poder del acusado y la realización de una llamada telefónica desde el mismo a fin de determinar su origen y que permitieron contactar a su propietario, se encontraban autorizadas por el artículo 85 del Código Procesal Penal, en cuanto éste estaba siendo sometido a un control de identidad bajo el amparo de dicha norma;

16°) Que, en consecuencia, al proceder la policía del modo en que lo hizo, no transgredió en el caso concreto las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no se han vulnerado las normas legales que orientan el proceder policial como tampoco las garantías y derechos que el artículo 19° de la Constitución Política reconoce y garan-

tiza a los imputados, por lo que los jueces del tribunal oral no incurrieron en vicio alguno al aceptar con carácter de lícita la prueba de cargo obtenida por la policía en la referidas circunstancias y que fuera aportada al juicio por el Ministerio Público, de manera que no queda sino rechazar la causal principal del recurso en análisis;

17°) Que, en lo tocante a la causal subsidiaria de nulidad hecha valer por la defensa contemplada en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere omitido el requisito previsto en la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, respecto del hecho 2, es preciso señalar, en primer término, que de la sola lectura de sus fundamentos, es posible colegir que a través de su reclamo lo que se pretende es revertir una valoración no compartida por la defensa respecto de las probanzas rendidas en autos, mas no la inexistencia o la contraposición de la mismas a las reglas de la lógica como contempla la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal.

Por otra parte, y en lo tocante a la alegación relativa a la supuesta infracción del principio de la corroboración denunciada por el impugnante, conviene señalar que dicho principio no debe ser entendido –conforme se sostiene en el arbitrio– como la necesidad imperiosa de contar con un medio de prueba distinto para poder refrendar una circunstancia fáctica que ya ha sido establecida con una probanza determinada, pues ello impediría que el tribunal adquiere su convicción sobre la base de la solidez de un único atestado coherente y sin contradicciones y se viera impedido de adoptar una decisión condenatoria sólo por constituir dicho antecedente el único incriminatorio en contra del acusado de acuerdo a la imputación de la fiscalía.

En consecuencia y por las razones antes desarrolladas, la causal subsidiaria en estudio será también desestimada.

Por estas consideraciones y de acuerdo, también, a lo establecido en los artículos 372, 373 letra a), 374 letra e), 376 y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad promovido por la defensa del condenado Dagoberto César Muñoz Jeldres, en contra de la sentencia de cinco de junio de dos mil veintiuno, y en contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC N° 2001009915-4, RIT N° 113-2021, del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, los que en consecuencia, no son nulos.

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

Rol N° 39.960-2021.

Pronunciada por la Segunda Sala de esta Corte Suprema integrada por Ministros Sr. Haroldo Osvaldo Brito Cruz, Sr. Manuel Antonio Valderrama Rebolledo, Sr. Jorge Gonzalo Dahm Oyarzún, Sr. Leopoldo Andrés Llanos Sagrista, Sra. María Teresa De Jesús Letelier Ramírez. No firman el Ministro Sr. Valderrama y Ministra Sra. Letelier, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar, ambos, con permiso.

**UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN**

LA CONFIGURACIÓN DEL COHECHO TRASNACIONAL POST LEY N° 21.121

Hernán Fernández Aracena¹

“Realmente resulta difícil de creer hoy en día que, hasta 1999, según el derecho alemán se permitiera sobornar a políticos y funcionarios de otros países. Lo que es aún peor: las empresas podían incluso deducir de sus impuestos estas sumas destinadas a soborno, alegando que eran “gastos útiles”... La inevitable y lamentable consecuencia era que los habitantes más pobres de cualquier Estado en vías de desarrollo se hundían más en la miseria. Si se abría una investigación de dicho empresario corrupto, éste simplemente huía a su patria, donde su empresa y sus provechosos talentos buscaban otro país para establecerse”².

1. INTRODUCCIÓN

Las palabras de Peter Eigen, ex funcionario del Banco Mundial y uno de los fundadores de Transparency International, dan cuenta de la indignación que se producía en Europa con el avance de la globalización de los negocios, que permitía a las empresas de países desarrollados invertir en mercados de Estados en vías de desarrollo, exportando no solo mercancías y sus servicios, sino que también los actos de corrupción. Además, estas actuaciones irregulares las cometían con total impunidad, desde que de acuerdo a las reglas generales de la territorialidad de la ley, los sobornos pagados en el extranjero no eran subsumibles en un tipo penal de cohecho nacional, y por otra parte, la eficacia de los sistemas de justicia de los países subdesarrollados era muy menor para poder castigar a estos empresarios foráneos, bastando que huyeran de ese país para evitar la persecución penal, resultando las normas de extradición y cooperación internacional bastante débiles para enfrentar este fenómeno criminal.

La develación de este tipo de hechos, motivó una reacción a nivel multilateral, discutiéndose en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo

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

² EIGEN, Peter. *Las redes de la corrupción. La sociedad civil contra los abusos de poder*. 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, Editorial Planeta, 2004, p. 67.

Económicos (OCDE)³ la firma de una convención que se hiciera cargo de penalizar estas conductas, surgiendo así, a mediados de los 90, la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (en adelante la Convención OCDE)⁴.

Chile se sumó a esta tendencia internacional tras firmar y ratificar la Convención OCDE⁵, cumpliendo con la principal obligación de ese tratado al incorporar al Código Penal un nuevo delito de cohecho activo, mediante la Ley N° 19.829⁶, en el artículo 250 bis A, así como, la definición de “Funcionario Público Extranjero” en el artículo 250 bis B.

Esta Convención OCDE contempla un mecanismo de revisión permanente, consistente en una serie de evaluaciones que tienen por objetivo conocer el grado de cumplimiento de las disposiciones a las que los Estados Parte se han comprometido respetar. Este seguimiento es realizado en varias fases⁷, y en el caso de Chile, a partir de ellas, se han debido realizar diversas modificaciones legales motivadas por las observaciones y sugerencias de reformas a los efectos de cumplir adecuadamente con las exigencias de este acuerdo internacional.

En lo penal, ello ha significado que el tipo de cohecho a funcionario público extranjero introducido en el año 2002 ha sido reformado en dos oportunidades: En 2009 mediante la Ley N° 20.341 “*que introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos en contra de la Administración Pública*”⁸ y luego, en 2018 con la Ley N° 21.121 que “*modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción*”⁹.

3 La Organización para la Cooperación Económica Europea (OEEC, por sus siglas en inglés), que se formó en 1947 para administrar la ayuda estadounidense y canadiense del Plan Marshall para la reconstrucción de Europa después de la II Guerra Mundial, se transformó en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) el 30 de septiembre de 1961, cuando entra en vigor la convención que se había firmado en París el 14 de diciembre de 1960 por veinte países, mayoritariamente europeos, además de Estados Unidos y Canadá. Información disponible en: <https://www.oecd.org/60-years/> [fecha de consulta: 03 de enero de 2022].

4 Los Estados parte de la OCDE adoptaron la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales con fecha 17 de diciembre de 1997, que entró en vigencia internacional a contar del 15 de febrero de 1999.

5 La Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales fue promulgada en Chile mediante Decreto N° 496 de 10 de octubre de 2001, del Ministerio de Relaciones Exteriores, y publicada en el Diario Oficial de 30 de enero de 2002.

6 La Ley N° 19.829 fue publicada en el Diario Oficial del 08 de octubre de 2002.

7 En el caso de Chile, estas recomendaciones fueron realizadas primeramente en el informe de evaluación de Fase 1, adoptado por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales (WGB, por sus siglas en inglés) de la OCDE el 24 de agosto de 2004. Luego, el 11 de octubre de 2007, el WGB adoptó el informe de evaluación de Fase 2. Posteriormente, y dados los incumplimientos y pocos avances demostrados por nuestro país, el WGB determinó realizar instancias adicionales de evaluación a través de las denominadas Fase 1 bis y Fase 1 ter, durante los meses de octubre y diciembre de 2009 respectivamente. Algunos años después nuestro país fue objeto de una nueva ronda de evaluación, adoptándose el informe de evaluación de la Fase 3 el 13 de marzo de 2014. Finalmente, el informe de evaluación de la Fase 4 fue adoptado el 13 de diciembre de 2018. Todos los informes de evaluación de Chile, desde 1999 a la fecha, se encuentran disponibles en: <https://www.oecd.org/chile/chile-oecdanti-briberyconvention.htm>.

8 Ley N° 20.341 publicada en el Diario Oficial del 22 de abril de 2009.

9 Ley N° 21.121 publicada en el Diario Oficial del 20 de noviembre de 2018.

La Ley N° 20.341 creó dentro del Título V del Libro II del Código Penal un nuevo párrafo, el “9 bis”, dedicado exclusivamente al cohecho a funcionarios públicos extranjeros, tipificando el delito en un nuevo artículo 251 bis y la definición de funcionario público extranjero en el artículo 251 ter. En tanto que la Ley N° 21.121 no solo aumentó las penas del ilícito, sino que cambió diversos aspectos del tipo penal.

Aunque habíamos tenido oportunidad de comentar los elementos de este delito tras las reformas realizadas en el 2009¹⁰, hemos decidido volver a referirnos a esta materia atendidos los importantes cambios introducidos en 2018 y teniendo presente además que se ha dictado la primera sentencia condenatoria por este ilícito¹¹ en un caso conocido como “Fragatas”, de modo que revisaremos nuevamente las principales características del cohecho transnacional vigente en nuestro país.

2. LOS ESTÁNDARES DE LA CONVENCIÓN DE LA OCDE

En el preámbulo de la Convención OCDE se destaca que “*el cohecho es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluido el comercio y las inversiones, que da origen a serias complicaciones de carácter moral y político, mina el buen gobierno y el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales*”, poniendo de relieve la gravedad del fenómeno de la corrupción y en especial, del cohecho transnacional, con miras a la afectación de la debida competencia internacional, necesaria para que funcione el mercado en un mundo cada día más globalizado.

Por esa razón la OCDE hace una invitación para combatir este flagelo “*considerando que todos los países comparten la responsabilidad de combatir el cohecho en transacciones comerciales internacionales*”¹², mediante la suscripción de esta Convención, cuyo objetivo principal es la de tipificar como delito el cohecho a un funcionario público extranjero en el contexto de una transacción internacional.

Lo que se busca al crear este delito transnacional es poder obtener una sanción para el “empresario” de un determinado país, que realiza una inversión en el extranjero, o que participa de una licitación internacional, y que está dispuesto a entregar un “soborno” o “coima” para los efectos de adjudicarse esa licitación o mantener un contrato anterior, o bien, para asegurarse cualquier negociación o para obtener una ventaja indebida en el contexto de una transacción internacional, castigo que será aplicado por el país de origen de este empresario corruptor generando entonces, casi siempre, un caso de

¹⁰ FERNÁNDEZ ARACENA, Hernán. “Análisis del delito de cohecho transnacional”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 45, Santiago, Chile, Ministerio Público, diciembre de 2010.

¹¹ La Excm. Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad de la defensa del condenado Víctor Lizárraga Arias con fecha 17 de diciembre de 2018, Rol IC N° 94.972-16, dejando a firme la sentencia definitiva del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de 18 de noviembre de 2016, en RUC 070091359-0, RIT 60-2016, que condenó al acusado a cinco penas de 41 días de prisión en su grado máximo, a cinco penas de multa de \$600.000 cada una, y a la pena única de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos temporales de 7 años y 1 día, como autor de cinco delitos reiterados de cohecho contemplados en el artículo 250 bis A) del Código Penal.

¹² Preámbulo de la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (en adelante, Convención OCDE).

extraterritorialidad de la ley penal, dado que la “negociación” que se busca castigar normalmente sucedió en un país extranjero. De allí la denominación que hacemos de este delito como cohecho activo trasnacional.

En esa perspectiva, se entiende que la Convención OCDE establezca la obligación a los Estados Partes para que implementen jurisdicción extraterritorial para conocer de estos delitos, precisamente, porque el delito se consuma o se fragua más allá de las fronteras del país del sobornante¹³.

En tanto que la sanción al funcionario público extranjero queda entonces entregada al sistema judicial del país en el cual se realizó el negocio o transacción internacional, lo que en el caso de Chile debiera ajustarse a los tipos penales de cohecho pasivo de los artículos 248, 248 bis o 249 del Código Penal.

En tanto que “funcionario público extranjero” es comprendido por la Convención OCDE como *“toda persona que detente un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluyendo para un organismo público o empresa de servicio público; y cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”*¹⁴.

Los contornos que debiera tener el delito de cohecho trasnacional son fijados en la misma Convención OCDE cuando identifica la conducta a tipificar por cada Estado Parte señalando que se debiera castigar *“el hecho de que cualquier persona intencionalmente ofrezca, prometa u otorgue cualquier ventaja pecuniaria o de otra índole –sea en forma directa o a través de intermediarios– a un funcionario público extranjero, en beneficio de éste o de un tercero, a fin de que tal funcionario público, en el ejercicio de sus deberes oficiales, actúe o se abstenga de actuar y con ello obtenga o mantenga cualquier negocio u otra ventaja indebida, en la realización de transacciones internacionales”*¹⁵.

De allí, es posible colegir que el sujeto activo puede ser cualquier persona, no siendo entonces un delito cualificado o reservado a que su comisión la haga por ejemplo un funcionario público. Ahora, el sujeto activo debe cometer la conducta reprochada de forma dolosa, dada la referencia a la palabra *“intencionalmente”*, y puede actuar directamente o mediante intermediarios.

¹³ El artículo 4 de la Convención OCDE dispone:

“Jurisdicción

1. Cada Parte adoptará las medidas necesarias para establecer jurisdicción sobre el cohecho a un funcionario público extranjero cuando el delito sea cometido, parcial o totalmente, dentro de su territorio.

2. Cada Parte que tenga jurisdicción para enjuiciar a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero adoptará las medidas necesarias para establecer jurisdicción sobre el cohecho a funcionarios públicos extranjeros, de acuerdo con los mismos principios.

3. Cuando más de una Parte tenga jurisdicción sobre un presunto acto delictual descrito en esta Convención, las Partes involucradas deberán, a petición de una de ellas, consultarse entre sí para determinar la jurisdicción más apropiada para enjuiciar el delito.

4. Cada Parte revisará si el fundamento actual de su jurisdicción es eficaz para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros y, si no lo fuere, adoptará las medidas que correspondan”.

¹⁴ Artículo 1 punto 4 letra a) de la Convención OCDE.

¹⁵ Artículo 1 punto 1 de la Convención OCDE.

En cuanto a los verbos rectores, alude a tres situaciones, ofrecer, prometer u otorgar un soborno a un funcionario público extranjero.

En cuanto al objeto material del delito, el “*soborno*”, puede consistir en dinero o en otro tipo de beneficio de cualquier naturaleza, desde que la Convención OCDE alude a una “*ventaja pecuniaria o de otra índole*” lo que se abre a un ofrecimiento o promesa de beneficios de naturaleza distinta a la económica, como podrían ser aquellos de tipo honorífico o sexual.

La Convención OCDE señala la posibilidad que estos beneficios se ofrezcan, prometan u otorguen directamente al funcionario extranjero, o bien, por interpósita persona que intermedie entre el sujeto activo y el pasivo. Además, el destinatario del beneficio pudiera ser el mismo funcionario, sin que obste a que el beneficio se entregue a un tercero. Todo ello, con miras a evitar lagunas de punibilidad en contra de quienes incurran en este tipo de conductas.

La finalidad de este cohecho trasnacional es obtener que un funcionario público extranjero en el ejercicio de sus deberes oficiales actúe o se abstenga de actuar y con ello se obtenga un determinado resultado a favor del sobornante.

Ahora bien, la Convención OCDE añade una referencia a las actuaciones u omisiones del funcionario cuando indica que “c. *“actuar o abstenerse de actuar en el ejercicio de los deberes oficiales” incluye cualquier uso del cargo de funcionario público, quede o no comprendido dentro de las atribuciones otorgadas a tal funcionario*”¹⁶.

Esta frase de la Convención OCDE apunta al debate que ha existido en Chile respecto al concepto de “*actos propios de su cargo*” del artículo 248 del Código Penal, en las que han primado en doctrina una tesis restringida¹⁷, discusión que pudiera llevarse también al cohecho trasnacional, pudiendo existir una discordancia entre el texto nacional con el instrumento internacional, pues este pareciera optar por un concepto amplio de los deberes del funcionario al abarcar incluso actos que podrían estar fuera de la órbita de su competencia, sobre lo que volveremos más adelante.

Finalmente, la Convención OCDE alude a que el soborno debe buscar un objetivo, cual es obtener o mantener cualquier negocio o ventaja indebida en el contexto de una transacción internacional, entendiendo como aquellas actividades vinculadas a una inversión o a cualquier forma de contratación en la que participe un funcionario público extranjero. Con ello queda fuera del alcance de este instrumento internacional, por ejemplo, el pago de sobornos que haga un turista extranjero a un policía durante una fiscalización rutinaria de tránsito o el ofrecimiento de una “*coima*” a un agente de fronteras o de una aduana para ingresar irregularmente una persona o mercadería a un

¹⁶ Artículo 1 punto 4 letra c) de la Convención OCDE.

¹⁷ Ver en OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “Aproximación al delito de cohecho”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 5, Chile, Universidad de Chile, 2005, págs. 100 y 101, quien ha dicho que “*en Chile sólo la concepción restrictiva resulta defendible, atendida la regulación del cohecho contenida en nuestro Código Penal, cuyas disposiciones pertinentes aluden a actos propios del cargo. No puede sostenerse seriamente que sean actos propios del cargo de un funcionario aquellos que no pertenezcan a la competencia de éste, pero cuya realización pueda verse facilitada por su calidad de tal*”. También en el mismo sentido RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Delitos contra la función pública*. Segunda edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, págs. 337 y 338.

determinado país, atendido que en ambos casos no hay un intercambio civil o comercial entre las partes, sino que se trata de actividades de control estatal en las que si ocurre un ofrecimiento de dinero para que se incumplan los deberes funcionarios ello sería punible bajo la figura de cohecho doméstico de cada país.

Otro punto de interés a destacar en la Convención OCDE, se refiere a que los Estados Parte deberán adoptar las medidas necesarias para castigar este delito con penas efectivas, proporcionales y disuasivas en contra de la persona natural que comete el delito, las que deben ser comparables con el castigo del cohecho doméstico y deben ser de una entidad que permitan la asistencia legal mutua y la extradición¹⁸. También, se debe establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por la corrupción de un agente público extranjero, o al menos, velar por que estas estén sujetas a sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas de carácter no penal¹⁹.

Finalmente, se debe contar con plazos de prescripción²⁰ suficientes para investigar el delito, teniendo especialmente en cuenta las dificultades probatorias que puede ocasionar una investigación de carácter extraterritorial. Además, obliga la Convención OCDE a establecer sanciones para delitos conexos como el lavado de activos²¹, y el establecimiento de normas contables financieras que garanticen la transparencia de esa información²², así como a facilitar la cooperación internacional²³ y la extradición en caso de ser necesario²⁴.

Un documento complementario a tener presente son los “Comentarios Sobre la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”²⁵, que realizan algunas explicaciones adicionales respecto a las disposiciones de la Convención OCDE. Entre ellas, nos interesa destacar que se entiende que el delito a tipificar en cada Estado Parte debe ser autónomo en cada país sin que sea necesario integrarlo con el derecho del país extranjero²⁶. Se agrega que configuraría el delito, incluso en aquellos casos que se paga un soborno para una determinada licitación internacional, independientemente que la empresa fuera la mejor calificada para adjudicarse el negocio²⁷. Otro tema de interés es el de los pagos de

18 Artículo 3 punto 1 de la Convención OCDE.

19 Artículos 2 y 3 punto 2 de la Convención OCDE.

20 Artículo 6 de la Convención OCDE.

21 Artículo 7 de la Convención OCDE.

22 Artículo 8 de la Convención OCDE.

23 Artículo 9 de la Convención OCDE.

24 Artículo 10 de la Convención OCDE.

25 Comentarios a la Convención adoptados el 21 de noviembre de 1997 [en línea]. Disponible en: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf [fecha de consulta: 17 de enero de 2022].

26 Comentarios a la Convención, ob. cit., numeral 3, en referencia al párrafo 1 del artículo 1: “...una ley que defina el delito en términos de pagos ‘para inducir el incumplimiento del deber de un servidor’ podría cumplir la norma siempre que se entendiera que todo servidor público tuviera el deber de ejercer su juicio o criterio de manera imparcial y ésta fuera una definición ‘autónoma’ que no requiera comprobación de la ley del país de un servidor en particular”.

27 Comentarios a la Convención, ob. cit., numeral 4, en referencia al párrafo 1 del artículo 1: “Es un delito dentro del significado del párrafo 1 sobornar para obtener o quedarse con negocios o con otras ventajas indebidas, ya sea que la

facilitación que veremos más adelante a propósito del objeto material del delito.

Como se dijo, estos estándares son permanentemente evaluados por la OCDE dado el mecanismo de seguimiento establecido en la Convención OCDE²⁸, creándose un grupo de trabajo para velar y promover el cumplimiento de las obligaciones establecidas en ella (en adelante, WGB, por sus siglas en inglés). Este monitoreo permite entender en parte las modificaciones que Chile hizo en el año 2009 al tipo penal de cohecho transnacional, tras las críticas que recibió la redacción del delito del año 2002, precisamente por no cumplir con los estándares de la Convención OCDE. La reforma del año 2018, en cambio, está motivada más por una decisión de los poderes colegisladores que por exigencias de la OCDE, por lo que resta por analizar si los elementos actuales de la configuración del delito cumplen o no con las obligaciones de la Convención, sobre lo que profundizaremos a continuación.

3. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE COHECHO ACTIVO A FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO

El texto actual del delito, tras la modificación de la Ley N° 21.121, es el siguiente:

“Artículo 251 bis. El que, con el propósito de obtener o mantener para sí o para un tercero cualquier negocio o ventaja en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales o de una actividad económica desempeñada en el extranjero, ofreciere, prometiére, diere o consintiere en dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico o de otra naturaleza en provecho de éste o de un tercero, en razón del cargo del funcionario, o para que omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado, un acto propio de su cargo o 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 multa del duplo al cuádruplo del beneficio ofrecido, prometido, dado o solicitado, e inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales.

Los bienes recibidos por el funcionario público caerán siempre en comiso”.

Cabe resaltar que este delito se encuentra actualmente ubicado dentro del Título V del Libro II del Código Penal en un nuevo párrafo que fue creado en el año 2009²⁹, el párrafo “9 bis”, dedicado exclusivamente al cohecho a funcionarios públicos extranjeros.

La creación del párrafo 9 bis fue una buena decisión del legislador, dado que antes el delito estaba ubicado en el párrafo del cohecho doméstico, ilícito con el cual, si bien comparten varios elementos comunes, hay una diferencia respecto al bien jurídico protegido. En el cohecho a un funcionario nacional el bien jurídico protegido es concebido mayoritariamente como “el correcto servicio que la Administración presta

compañía interesada fuera o no el licitante mejor calificado; o de lo contrario, una compañía a la que se le hubiera adjudicado debidamente el negocio”.

²⁸ Artículo 12 de la Convención OCDE.

²⁹ Incorporado por la Ley N° 20.341 antes citada.

a los ciudadanos”³⁰ y en un segundo plano, el principio de probidad³¹. En cambio, en el cohecho trasnacional, lo que se intenta resguardar, como veremos en seguida, es la libre competencia en el ámbito de las transacciones internacionales. Esta divergencia, ameritaba un tratamiento en párrafos diferenciados que se logró con la reforma de la Ley N° 20.341.

3.1 Bien jurídico protegido

Para delimitar cuál es el bien jurídico que se tutela en el cohecho trasnacional, es importante volver a destacar que entre los fundamentos de la Convención OCDE se señala que *“el cohecho es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluido el comercio y las inversiones, que da origen a serias complicaciones de carácter moral y político, mina el buen Gobierno y desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales”*³².

De allí que lo relevante para la norma comentada y para la referida Convención OCDE, es el alto costo económico o impacto social que provoca el soborno de funcionarios para obtener importantes contratos comerciales de carácter internacional, de modo que tiene un marcado enfoque económico y que se justifica en un contexto de *“un sistema de mercado progresivamente globalizado”* que tiende a *“proteger la posición de los competidores frente a quienes se valen de la corrupción para abusar de una posición dominante en el ámbito internacional”*³³. Otros autores han indicado que *“la protección del correcto funcionamiento del tráfico económico y comercial internacional ha de interpretarse como la protección a una competencia justa y honesta”*³⁴.

Pareciera entonces que se quiere salvaguardar con este delito el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales, que se traduce en concreto con una afectación a la libre competencia, la cual es básica para el buen funcionamiento del mercado, y que se ve alterada cuando alguien soborna a un funcionario que interviene, por ejemplo, en un acto de contratación pública internacional, adquiriendo una ventaja ilícita sobre sus competidores, alterando los precios, y provocando que la elección del proveedor del servicio no se realice por criterios técnicos que permitan elegir la mejor oferta, sino

30 OLIVER CALDERÓN, Guillermo en *“Aproximación al delito de cohecho”*, ob.cit., p.95. En el mismo sentido, GARCÍA PALOMINOS. *“(In)compatibilidad del financiamiento ilegal de la actividad parlamentaria con el delito de cohecho”* [en línea]. En: *Revista Política Criminal*, Vol. 14, N° 27, julio 2019, p. 129. Disponible en: <https://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/05/Vol14N27A5.pdf> [fecha de consulta: 17 de enero de 2022]; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. 3ª Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2015, Tomo II, p. 273.

31 En este sentido, CONTRERAS ALFARO, Luis Humberto. *“Sobre algunos aspectos penales de la corrupción de funcionarios públicos: La iniciativa del funcionario en el cohecho pasivo”*. En: *Revista de Derecho*, Año 2, N° 1, Chile, Consejo de Defensa del Estado, agosto 2001, p. 170.

32 Ver en el Preámbulo de la Convención OCDE.

33 FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia, España, Tirant Lo Blanch, año 2003, p. 80.

34 LÓPEZ DE LEMOS, Ana Parés. *“Pluriofensividad de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales: corrupción y cohecho”* [en línea]. En: *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, Volumen 20 Núm. 1, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 177. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/57532> [fecha de consulta: 24 de enero de 2022].

que se ven influidos por el pago de una “coima”. En palabras de una autora española, lo dicho podría resumirse en que el bien jurídico protegido en el cohecho transnacional “*es el correcto funcionamiento del tráfico comercial y económico internacional, dentro del orden socioeconómico y en su vertiente de las condiciones de la libre competencia*”³⁵.

En ese sentido ha reflexionado la doctrina nacional cuando han señalado que el bien jurídico protegido por este tipo penal sería “*el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales*”³⁶, lo cual fue recogido en el fallo de la Excm. Corte Suprema que dejó a firme la primera condena por este delito y que además descartó al “*recto funcionamiento de la Administración Pública*”³⁷ como factor de protección penal.

Apuntando a la misma idea giró la discusión parlamentaria del proyecto que dio origen a la Ley N° 20.341 cuando se justificó la creación de un nuevo párrafo dedicado exclusivamente al cohecho a funcionarios públicos extranjeros, dado que “*aunque todos los delitos de cohecho tienen como denominador común la corrupción, el bien jurídico protegido en los tipos que penan la conducta de un funcionario público extranjero por actos ejecutados en el ejercicio de su cargo son las transacciones comerciales internacionales y no la Administración Pública, que es protegida en la tipificación de los delitos de funcionarios públicos chilenos*”³⁸.

En nuestra opinión, este ilícito no busca proteger el buen y correcto desempeño de la Administración de un Estado en particular, pues el castigo de esta figura penal se restringe a algunas actividades específicas que pueden realizar los funcionarios públicos extranjeros –aquellas vinculadas con una transacción internacional– y no a todo su actuar funcionario, reproche que además queda entregado a la legislación de su propio país y por lo tanto no queda cubierto por el delito del artículo 251 bis, de modo que ni la probidad ni el correcto funcionamiento de la administración pueden ser factores a considerar como valores sujetos a la protección penal³⁹.

A nuestro juicio, basado fundamentalmente en el origen y fundamento de la Convención OCDE, el bien jurídico protegido por este delito es el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales, concretizado en la protección de la libre e igualitaria competencia en el ámbito de las transacciones internacionales.

35 LÓPEZ DE LEMOS, Ana Parés, en “*Pluriofensividad...*”, ob. cit., p. 179.

36 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, “*Delitos contra la función pública*”, ob. cit., p. 356.

37 Considerando decimoséptimo, sentencia Excm. Corte Suprema, Rol N° 94.972-16 antes citado, que textualmente indica: “*Décimo séptimo: Que, en primer término, conviene recordar que el bien jurídico que se pretende cautelar con el delito del artículo 250 bis A) del Código Penal “es el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales” –y no el recto funcionamiento de la Administración Pública–...*”.

38 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de 6 de enero de 2009, recaído en el proyecto de ley que introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la administración pública, Boletín N° 5.725-07, en Historia de la Ley N° 20.341 [en línea], Biblioteca del Congreso Nacional, p. 50. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4760/> [fecha de consulta: 24 de enero de 2022].

39 En contra de lo planteado, el ex Fiscal Nacional Guillermo PIEDRABUENA en Oficio N°1356 de 09 de octubre de 2007, que ya no se encuentra vigente, relativo a los aspectos relevantes de la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, señalaba que estaríamos frente a un delito pluriofensivo que también puede afectar “*el correcto desempeño de los funcionarios públicos extranjeros*”, dado que estos quedaban sujetos a una sanción penal “*de acuerdo a la legislación de sus propios países*”.

3.2 Sujetos activo y pasivo

Conforme a la dinámica de este delito, el sujeto activo debiera tratarse de una persona interesada en concretar un negocio internacional y que para asegurarlo incurre en la conducta sancionada en el artículo 251 bis del Código Penal. En tanto que el sujeto pasivo, en principio, se trata de aquella persona a quien se le ofrece un “soborno”, y que en este ilícito es un funcionario público extranjero.

En el mensaje que dio origen a la Ley N° 19.829 se consignó que, en armonía con la Convención OCDE, el tipo penal que se proponía se refería solo al cohecho activo, es decir, se castigaba solo al “sobornante”, dejándose la punición del Funcionario Público Extranjero a su propio ordenamiento jurídico⁴⁰.

Respecto al sujeto activo, se utiliza la expresión “*el que*”, de forma que el sobornante puede ser cualquier persona, particular o incluso un funcionario público. Dada la trascendencia internacional del delito, pareciera en principio poco probable que un funcionario público chileno pudiera estar en posición de sobornar a un funcionario público extranjero en el contexto de una transacción internacional. Ahora bien, hay ciertas empresas públicas, cuyos funcionarios son considerados empleados públicos a los efectos penales⁴¹, que han estado realizando inversiones en el extranjero, o que tienen filiales constituidas en el exterior donde desarrollan sus negocios, y que por lo tanto, tienen relaciones económicas en otros países en donde deberán tener necesario contacto con funcionarios extranjeros, en cuyo caso, podría ser imaginable el riesgo de pago de un soborno para obtener o mantener un negocio transnacional, pudiendo ser estos empleados públicos de una empresa estatal chilena posibles sujetos activos del delito.

La Convención OCDE plantea que el sujeto activo puede actuar de manera directa contactando personalmente al funcionario extranjero o bien puede actuar mediante intermediarios. Las evaluaciones hechas a Chile plantean dudas de si se cumpliría con ese estándar, desde que no se contempla explícitamente en el tipo penal la referencia a los “*palos blancos*” como sí se realiza por ejemplo, en el delito de negociaciones incompatibles o en el de exacción ilegal, cuando se usa la expresión “*indirectamente*”⁴². Nuestro país

40 Mensaje N° 54-345 de S.E. el Presidente de la República con el cual inicia un proyecto de ley que adecua la legislación interna para implementar en Chile la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, y modifica el tipo penal de cohecho activo, de 11 de octubre de 2001; Boletín N° 2828-07; en Historia de la Ley N° 19.829 [en línea], Biblioteca del Congreso Nacional, págs. 3 y sgtes. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5910/> [fecha de consulta: 24 de enero de 2022].

41 En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia respecto de CODELCO en sentencia del Quinto Juzgado del Crimen de Santiago, de 18 de agosto de 1999, Rol N° 144.665-3, confirmada por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 16 de octubre de 2003 en Rol N° 56.136-99, y cuyos recursos de casación fueron rechazados por la Excma. Corte Suprema con fecha 16 de octubre de 2006 en Rol N° 5419-03. Respecto al BANCO DEL ESTADO existen sentencias señalando que son empleados públicos a los efectos penales, publicada en Revista Fallos del Mes, N° 43, junio 1962, p. 114. En el caso de ENAP, en sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 24 de marzo de 2009, en autos Rol N° 649-08.

42 El artículo 240 del Código Penal dispone, en lo pertinente: “Será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa de la mitad al tanto del valor del interés que hubiere tomado en el negocio: 1° El empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en razón de su cargo...”. En tanto, el artículo 241 del mismo Código dispone: “El empleado público que directa o indirectamente exigiere mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico 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...”.

ha contestado que existe un régimen general de responsabilidad contemplado en los artículos 15 a 17 del Código Penal, que permite castigar la inducción, la autoría mediata, la complicidad o el encubrimiento, que serían formas de intervención delictiva de terceros, que sería plenamente aplicable al cohecho transnacional y que por lo tanto, permitirían entender cumplido el estándar de la Convención OCDE. Los evaluadores mantuvieron la duda en Fase 2⁴³ y acordaron mantener un seguimiento en la evolución jurisprudencial del tema.

En relación al funcionario público extranjero, el artículo 251 ter del Código Penal⁴⁴ nos entrega una definición en la que es posible advertir que el Legislador tomó la opción de realizar una conceptualización de carácter amplio, ya que dentro de las diversas categorías contempladas en el artículo es posible considerar a una serie de autoridades de los tres poderes tradicionales del Estado, sin importar el cargo que desempeñen, o si fueron electos o designados, ni sin ser determinante la institución en la que trabajen, en la medida que desempeñen una función pública para un país extranjero, incluyendo no solo entidades propiamente estatales, sino también incluye otras de distinta naturaleza como son las organizaciones públicas internacionales.

Esta amplitud del concepto ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia, cuando ha dicho lo siguiente respecto de la frase “cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero”: “Con la señalada redacción –que, valga destacar, se mantiene después de la Ley N° 20.341, e incluso tras la Ley N° 21.121 de 20 de noviembre de 2018–, la norma clara y expresamente **abre el abanico de posibles sujetos pasivos del cohecho** a toda persona, tenga o no un nombramiento o designación formal bajo el rito administrativo del país respectivo, precisamente atendiendo que, dada la diversidad de naciones con los cuales Chile tiene relaciones diplomáticas y comerciales, podría el país extranjero ni siquiera contemplar la formalización de esa relación con el funcionario mediante algún decreto o resolución administrativa a la usanza del derecho administrativo local”. Continúa este fallo señalando que en el artículo 251 ter es posible darse cuenta “del propósito del legislador de abrazar en esta norma como sujetos pasivos del ofrecimiento del beneficio económico –o activos de la solicitud del beneficio–, a cualquier persona que, por el ejercicio de una función pública para un país extranjero u organización pública internacional, esté en posición de incidir en el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales”⁴⁵.

43 En el comentario después del párrafo 146 del informe de evaluación de Fase 2 se señaló: “The lead examiners recommend that the Working Group follow up with regard to the coverage of bribery through intermediaries, including unwitting intermediaries” (Traducción libre: “Los evaluadores principales recomiendan que el Grupo de Trabajo haga seguimiento respecto de la cobertura del soborno a través de intermediarios, incluidos los intermediarios involuntarios”).

44 Artículo 251 ter del Código Penal: “Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa pública. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.

45 Ambas citas del considerando vigesimosegundo de la sentencia de la Excma. Corte Suprema en Rol N° 94.972-16 antes mencionado.

El actual artículo 251 ter no fue modificado por la Ley N° 21.121, pero sí por la Ley N° 20.341 del año 2009, que no solo le cambió la numeración del antiguo artículo 250 bis B, sino que se modificó una de las hipótesis que contemplaba. La norma señalaba originalmente que podía ser un funcionario público extranjero cualquier persona que ejerciera una función pública para un país extranjero, incluyendo aquellos que trabajaren en “*una empresa de servicio público*”.

Este concepto de empresa de “*servicio*” público fue objeto de observaciones por parte de la OCDE, al estimarlo muy restrictivo, ya que en su opinión no podía comprender a todas las empresas públicas de un país, como pudiere ser CODELCO u otra empresa pública similar en que pudiera discutirse si su actividad es de “*servicio público*” o en la que se estaba frente a una actividad netamente productiva⁴⁶.

Ante ello, el Poder Ejecutivo decidió modificar el concepto eliminando la palabra “*servicio*”, de modo que solo quedare la expresión “*empresa pública*” en el artículo 251 ter. En la Cámara de Diputados los representantes del Ejecutivo, explicando tal modificación, señalaron que no se “*pretendía otra cosa más que ampliar el concepto, por cuanto las expresiones “empresa de servicio público” resultaban muy restrictivas. Agregaron que los comentarios de la Convención entendían por “empresa pública” cualquier empresa, independiente de su régimen jurídico, sobre la cual uno o más gobiernos pueden ejercer directa o indirectamente su dominio, es decir, se la concibe internacionalmente en un sentido mucho más amplio*”⁴⁷.

3.3 Actuación del funcionario público extranjero

La nueva redacción del artículo 251 bis incorporada por la Ley N° 21.121 ha venido a modificar las referencias que existían de la actuación que se buscaba obtener del funcionario extranjero de parte del sobornante.

En la versión original y en la del año 2009, el tipo penal aludía de manera genérica a estas funciones en la frase que se refería a que el pago del soborno al sujeto pasivo se hacía “*para que realice una acción o incurra en una omisión*”. Complementaba lo anterior el cambio realizado por la Ley N° 20.341 en cuanto a considerar hipótesis de actuaciones ya realizadas por el empleado público extranjero, al agregar la frase “*por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas*”, sin que ello cambiara la amplitud de las actuaciones que se pudiera realizar para obtener o mantener un negocio o ventaja indebida en el contexto de una transacción internacional. Durante la tramitación del año 2002 se tuvo en vista esta amplia redacción, precisamente, para “*evitar las dificultades que resultarían de calificar indiferente, prohibido o punible el comportamiento del funcionario*”

⁴⁶ Ello desde el punto de vista de la “*doble incriminación*”, porque si seguimos la dinámica del delito, en el caso que un funcionario de CODELCO hubiere sido contactado ilícitamente, por ejemplo, por un empresario europeo para ganarse una licitación en Chile, la definición de funcionario público extranjero que interesaba era aquella establecida en el ordenamiento jurídico europeo y no en el chileno, pues para nuestro país ese empleado de la cuprífera cometería cohecho pasivo “*doméstico*” y, por lo tanto, para determinar si el imputado es o no empleado público, deberá acudir al concepto contemplado en el artículo 260 del Código Penal y no al del artículo 251 ter.

⁴⁷ En Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de fecha 06 de agosto de 2008, recaído en el proyecto de ley que introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la administración pública, Boletín N° 5725-07, en Historia de la Ley N° 20.341, ob. cit., p. 26.

*público extranjero sobornado conforme al derecho del país del funcionario, así como de las arbitrariedades que resultarían de su calificación conforme al derecho chileno*⁴⁸.

En otras palabras, el pago del soborno buscaba que el funcionario extranjero colaborara con el sujeto activo para obtener o mantener un negocio (o una ventaja) quien podía realizar alguna actuación concreta para lograr ese fin, como sería asignar una licitación o decidir contratar con el sobornante. También podía tratarse de una omisión, como no ejercer las acciones de cumplimiento que emanan de un contrato con el Estado extranjero ante eventuales inobservancias del sobornante, y si bien, ese contexto permite concluir que tales actuaciones debían estar vinculadas a las labores o funciones oficiales del sujeto pasivo, el tipo penal no tenía referencias explícitas a ellas, siendo coherentes con la Convención OCDE, que como vimos tiene una norma explícita vinculada al ejercicio de los deberes cuando indica que se incluye *“cualquier uso del cargo de funcionario público, quede o no comprendido dentro de las atribuciones otorgadas a tal funcionario”*⁴⁹, optando por un concepto amplio de los deberes del funcionario al abarcar incluso actos relacionados con su trabajo en un determinado servicio público que podrían estar fuera de la órbita de su competencia específica.

El tipo penal fue modificado en 2018 cuando se añadió la frase que implica que el soborno se realiza *“en razón del cargo del funcionario, o para que omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado, un acto propio de su cargo o con infracción a los deberes de su cargo”*, parafraseando a la redacción de los delitos de cohecho pasivo doméstico, y contradiciendo explícitamente lo debatido en 2002, levantando un tema que probablemente será observado por la OCDE en relación a un posible incumplimiento de las obligaciones de la Convención OCDE.

Este cambio fue realizado durante la tramitación parlamentaria de la Ley N° 21.121, pues no venía desde un inicio en el proyecto de ley, sino que comenzó a fraguarse en el segundo trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, cuando por indicaciones del Ejecutivo se resuelve incorporar esta redacción: *“para que omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado, una acción en el ejercicio de sus funciones”* innovando en explicitar que la actuación del funcionario extranjero debía estar relacionada con el ejercicio de sus funciones.

La modificación se fundamentó en la idea de cumplir con las obligaciones emanadas de la Convención OCDE, señalando en este punto específico que se intenta incluir *“dentro de las formas de comisión, casos en que el soborno ha sido dado u ofrecido para inducir a un funcionario para cumplir con su deber, o bien, cuando ha sido dado u ofrecido, por ejemplo, por la empresa mejor calificada o que podría haber obtenido el negocio sin el soborno, los que eventualmente podrían quedar fuera con la redacción actual”*⁵⁰.

48 En informe de Comisión de Constitución del Senado, de fecha 26 de agosto de 2002, en Historia de la Ley N° 19.829, ob. cit., p. 34.

49 Artículo 1 punto 4 letra c) de la Convención OCDE.

50 Redacción incluida en el Oficio N° 097-365 de fecha 18 de julio de 2017, de S. E. la Presidenta de la República, *“Formula indicación sustitutiva al proyecto de ley que modifica el Código Penal en lo relativo a los delitos de cohecho y soborno, aumentando las penas, tipifica los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal; y la Ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo*

Ese punto fue observado por la Fiscalía como se puede apreciar en el informe de la Comisión de la Cámara de Diputados en cuanto se criticó *“la referencia a que el cohecho se produzca en el contexto del ejercicio de las funciones del funcionario público extranjero, porque complejiza el tipo penal al agregar un elemento normativo extra, requiriéndose el apoyo de la fiscalía extranjera para probarlo. Sobre el punto, agregó que iría en contra de los estándares de la OCDE, que indican que los delitos deben ser autónomos de la otra jurisdicción. Asimismo, genera la duda interpretativa de cuáles conductas se están incriminando, ya que solo habla ‘en el ejercicio de sus funciones’ sin hacer referencia a las otras hipótesis del cohecho doméstico, situación que, a su juicio, se resuelve mejor en la norma del Senado que en la indicación”*⁵¹. Pese a ello, la Comisión aprobó la indicación, siguiendo al profesor Gonzalo Medina⁵².

Ahora bien, la redacción final surgió por una indicación del Poder Ejecutivo durante la comisión mixta, no existiendo constancia en el informe respectivo de las razones de la variación realizada, aunque pareciera por las frases que se agregaron que hay correlaciones con el cohecho por la función del artículo 248 del Código Penal al mencionar a un soborno *“en relación del cargo del funcionario”*, al cohecho pasivo del artículo 248 al indicar que se ejecute u omita *“un acto propio de su cargo”*, y finalmente, al tipo del artículo 248 bis, al señalar un acto cometido con *“infracción a los deberes del cargo”*, con lo que se superaba una de las críticas formuladas por el Ministerio Público, pues de esta forma se incluyeron referencias a todas las hipótesis de cohecho doméstico, amplitud que cumpliría con el estándar de la OCDE de tener castigos equivalentes entre funcionarios nacionales e internacionales, así como cubrir de manera amplia las actuaciones que pudiera realizar el funcionario público extranjero.

Aunque con esta redacción aprobada por la Ley N° 21.121, mantenemos las críticas realizadas durante su tramitación, porque estos elementos normativos obligarán en una investigación por este delito a tener que probar que el funcionario público extranjero recibió un soborno en relación a deberes extrapenales establecidos por el ordenamiento jurídico de su país y, por lo tanto, se deberá analizar su responsabilidad por fiscales de Chile estudiando derecho administrativo extranjero, a los efectos de determinar si su actuación se ajustó a un acto propio del cargo, a uno con infracción a los deberes del cargo, o bien, que recibió un soborno solamente en relación al cargo que ostenta.

y delitos de cohecho que indica (Boletín N° 10.739-07)”; en Historia de la Ley N° 21.121 [en línea], Biblioteca del Congreso Nacional, p. 81. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/7597/> [fecha de consulta: 24 de enero de 2022].

⁵¹ Opinión del suscrito en calidad de Director (S) de la UNAC, tal como se dejó constancia en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, de 04 de octubre de 2017, en Historia de la Ley N° 21.121, ob. cit., p. 91.

⁵² En Historia de la Ley N° 21.121, ob. cit., Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, de fecha 04 de octubre de 2017, p. 92; el profesor Gonzalo Medina expuso que discrepaba con el Ministerio Público *“respecto a la sugerencia de eliminar la expresión ‘en el ejercicio de las funciones’ porque disequipara la estructura del delito de cohecho a funcionario público nacional al de funcionario público extranjero, en circunstancias que todo lo que se ha tratado de hacer es que tengan un mismo tratamiento. Agregó que la tendencia internacional es a restringir el ámbito de responsabilidad del funcionario en el contexto del desempeño del cargo para el que ha sido nombrado”* agregando que consideraba *“que la norma está suficientemente armada y que dentro de ella caben las acciones u omisiones que sean en el ejercicio, en contra y en abuso de las funciones, sin notar algún vacío de impunidad”*.

Ello va a encontrar, probablemente, críticas de la OCDE en el sentido que el delito debe ser autónomo⁵³ y bastarse a sí mismo, y no debiera estar vinculado a derecho extranjero, consecuencias bastante posibles con la actual regulación, dado que necesariamente se deberá conocer esa normativa administrativa extranjera para afinar la imputación penal por este delito, y teniendo presente además, que pudiera existir una contradicción con el amplio concepto de la Convención OCDE en relación a la vinculación que debe existir con las labores del funcionario extranjero.

3.4 Verbos rectores

El tipo penal contemplaba originalmente dos verbos rectores, “ofrecer dar” y “consentir en dar”, dejando fuera el “prometer” y el “dar” que estaban señalados expresamente en la Convención OCDE. Esta decisión del legislador valió fuertes críticas por parte de la OCDE en sus informes de Fases 1 y 2. Las razones que se esgrimían para no haber incluido los verbos rectores omitidos, aludían al hecho que ofrecer y prometer serían sinónimos, y que en el “dar” existía una oferta tácita, fundamentos que ante el claro tenor literal de la Convención no pudieron convencer a la OCDE⁵⁴.

53 En el párrafo 57 del informe de evaluación de Fase 4 se señaló: “In Phase 3, prosecutors in the Serlog case stated that proof of the bribed recipient’s status as an official under foreign law was essential to securing a conviction. In other words, the definition of a foreign public official was not autonomous, contrary to Art. 1(4) of the Convention”. (Traducción libre: “En la Fase 3 los fiscales del caso Serlog declararon que la prueba de la calidad de funcionario público del receptor del soborno bajo la legislación extranjera había sido esencial para asegurar una sentencia condenatoria. En otras palabras, la definición de funcionario público extranjero no era autónoma, contrario a lo sostenido en el artículo 1(4) de la Convención”. Así entonces, atendido que Chile sostenía que para acreditar la calidad de funcionario extranjero era necesario acudir a una legislación extranjera, con lo que se atentaba contra el estándar de la Convención OCDE vinculado a la autonomía del derecho extranjero que debiera tener el delito y sus elementos, el WGB realizó la siguiente recomendación: “The lead examiners welcome the enactment of Law 21 121 which addresses some of the issues concerning Chile’s foreign bribery offence. They recommend that Chile take steps to ensure that prosecutors and judges apply the autonomous definition of a foreign public official under Chilean law”. (Traducción libre: “Los evaluadores principales celebran la dictación de la Ley 21 121, que aborda algunos de los aspectos relativos al delito de cohecho transnacional en Chile. Recomiendan que Chile adopte medidas para garantizar que fiscales y jueces apliquen la definición autónoma de funcionario público extranjero de conformidad con la legislación chilena”).

54 En el párrafo 11 del informe de evaluación de Fase 1 se señaló: “Article 250 bis A does not refer to a person who “promises” or “gives” a bribe as stated in article 1.1 of the Convention. The Chilean authorities state that the act of “promising” or “giving” a bribe is not necessary because the mere “offer” of a bribe is an offence under Chilean law. Further, Chile explains that a promise and/or a gift can be inferred from the act of offering a bribe. Inversely, an offer can be inferred from the act of promising or giving a bribe. However, there is no case law at present which supports this interpretation. In addition, because the Chilean authorities appear to concede that the acts of promising, offering and giving are not simultaneous, the construction of article 250 bis A which looks solely to the “offer” of a bribe could be problematic in the case where an offer was made before the entry into force of the implementing legislation but the bribe was given after the effective date”. (Traducción libre: “El artículo 250 bis A no se refiere a la persona que “promete” o “da” un soborno tal como está establecido en el artículo 1.1 de la Convención. Las autoridades chilenas manifiestan que el acto de “prometer” o “dar” un soborno no es necesario porque la mera “oferta” de un soborno es delito bajo la ley chilena. Asimismo, Chile explica que una promesa y/o un regalo pueden inferirse del acto de ofrecer un soborno. A la inversa, una oferta puede inferirse del acto de prometer o dar un soborno. Sin embargo, no existe actualmente ninguna jurisprudencia que respalde esta interpretación. Adicionalmente, dado que las autoridades chilenas parecen admitir que los actos de prometer, ofrecer y dar no son simultáneos, la interpretación del artículo 250 bis A, que considera únicamente la “oferta” de un soborno, podría ser problemática en el caso que se hiciera un ofrecimiento antes de la entrada en vigor de la legislación de implementación de la Convención OCDE, pero el soborno se hubiera dado después de la fecha de dicha entrada en vigor”). Esta observación del WGB se tradujo en la siguiente recomendación: “The Working Group took note of the explanation given by Chile, but expressed concern that in the absence of case law, the offence may not cover the mere act of giving a bribe. The Working Group recommends that the Chilean authorities take remedial action in this respect”. (Traducción libre: “El Grupo de Trabajo tomó nota de la explicación dada por Chile, pero expresó su preocupación por el hecho de que, en ausencia de jurisprudencia, el delito puede no abarcar el mero acto de dar un soborno. El Grupo de Trabajo recomienda que las autoridades chilenas tomen medidas correctivas a este respecto”).

La resistencia de Chile duró solo un par de años, hasta que la Ley N° 20.341 vino a incorporar al tipo penal los verbos rectores “*prometer*” y “*dar*”.

El Diccionario de la Real Academia Española (en adelante, Diccionario de la RAE) define “**ofrecer**” en su primera acepción como “*comprometerse a dar, hacer o decir algo*”⁵⁵. En este caso, como primera hipótesis de comisión, lo que se “*ofrece dar*” es un beneficio económico o de otra naturaleza con un objetivo preciso, cual es, el obtener o mantener un negocio o ventaja en una transacción internacional.

Al igual que en los delitos de cohecho a funcionarios públicos nacionales, hay un adelantamiento de penalidad, cuando se sancionan como consumados hechos que podrían estimarse actos preparatorios o una conspiración, porque el delito se perfecciona con el solo ofrecimiento de una “*coima*” o “*soborno*”⁵⁶, sin que sea necesario para entender consumado el delito que el funcionario extranjero acepte el ofrecimiento y actúe en consecuencia. Ahora bien, el tema puede ser probatorio, respecto a la mayor dificultad que implica acreditar la existencia de una oferta sin que exista por ejemplo una entrega del dinero, o una actuación con infracción a los deberes del cargo, aspectos que harían más tangible el hecho punible, lo que no obsta, insisto, a que este verbo rector implica que el mero ofrecimiento ilícito conlleva la consumación del delito.

La segunda hipótesis de comisión es el “**consentir en dar**”. El Diccionario de la RAE define “*consentir*” como “*permitir algo o condescender en que se haga*”⁵⁷. En este tipo penal se “*consiente en dar*” un beneficio económico o de otra naturaleza, con el mismo objetivo antes explicado, esto es, para obtener o mantener un negocio o ventaja en una transacción internacional. El “*consentir en dar*” es una reacción del particular a un requerimiento previo de parte de un funcionario público extranjero, lo que llevó al legislador a establecer originalmente una diferencia de penalidad, estimando más grave que una persona tomara la iniciativa de sobornar a un funcionario público extranjero a que cediera a la presión del mismo⁵⁸, por lo que concedió en el inciso segundo del artículo 250 bis A una pena menor para esta hipótesis. Sin embargo, el WGB criticó esta diferencia⁵⁹,

55 En Diccionario de la RAE [en línea]. Disponible en: <https://dle.rae.es/ofrecer?m=form> [fecha de consulta: 12 de enero de 2022].

56 Sobre ello, en sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 04 de agosto de 2004, Rol N° 218.549, se dijo que “*al adelantarse el momento de consumación de los delitos de cohecho, el legislador realiza un acto excepcional y por demás criticado por la doctrina, como es configurar un delito de peligro abstracto, en que en verdad no interesa si se amenazó realmente el bien jurídico, sino que se considera por la ley que la acción es en sí peligrosa*” (considerando vigesimonoveno). En Doctrina, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, en Delitos contra la función pública, ob. cit., p. 353, indican que “*el cohecho es un delito de mera actividad, toda vez 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*”. En tanto que MATUS y RAMÍREZ, en “Lecciones...”, ob. cit., p. 505, sostienen que “*al limitar la ley las conductas punibles a meras declaraciones de intenciones, de nuevo nos encontramos aquí con el castigo de lo que en la redacción anterior del Código constituían simples proposiciones y conspiraciones impunes*”.

57 En Diccionario de la RAE [en línea]. Disponible en: <https://dle.rae.es/consentir?m=form> [fecha de consulta: 12 de enero de 2022].

58 Ver Discusión en Sala, Sesión 12° de la Cámara de Diputados, de 03 de julio de 2002, en Historia de la Ley N° 19.829, ob. cit., p. 19.

59 En el párrafo 63 del informe de evaluación de Fase 3 se señaló: “*The Working Group has voiced several concerns over this provision. Alleged bribers of foreign public officials will frequently, if not invariably, claim solicitation to benefit from*

manifestando que la defensa del imputado siempre sostendría que su cliente fue objeto de una presión del funcionario extranjero y por lo tanto, que sería castigado siempre en forma más benigna, teniendo presente que quien podría descartar este hecho tendría que ser el funcionario público quien probablemente no tendría ningún incentivo para colaborar con una fiscalía de otro país o no estaría disponible, todo lo cual se traduciría en que Chile no cumpliría con el estándar de la Convención de sancionar estas conductas con penas “efectivas, proporcionales y disuasivas”.

Por esa razón, el legislador tuvo que cambiar la pena en relación a este verbo rector, primero, en la Ley N° 20.341 subiendo el “techo” de la pena incorporando un grado a la misma⁶⁰, lo cual resultaba poco eficaz atendida la fuerte tendencia jurisprudencial a aplicar las penas en su mínimo, y por ello, nuevamente, en 2018, la Ley N° 21.121 vino a modificar la sanción, esta vez, equiparando el castigo a todas las hipótesis del delito⁶¹ eliminando el inciso segundo original del ilícito, lo que permitirá superar la observación de la OCDE, mas no las críticas de la doctrina que estimaban pertinente esta diferencia⁶².

El tercer verbo rector es “**prometer**”, incorporado en el año 2009, que es definido por la RAE como “obligarse a hacer, decir o dar algo”⁶³. Al compararlo con el concepto común de “ofrecer” vemos que la divergencia es mínima, pues para “ofrecer” se usa la palabra “comprometerse a”, y en “prometer” se utiliza el “obligarse a”. La diferencia de conceptos se ratifica como bastante tenue cuando vemos que “compromiso” se define por la RAE como “obligación contraída”⁶⁴, de forma que pareciera ser que oferta y promesa fueren sinónimos.

the lower sanctions. Disproving this claim may be difficult for prosecutors because –unlike in domestic bribery cases– the foreign official will often be unavailable (Phase 2 Report para. 144). (Traducción libre: “El Grupo de Trabajo ha expresado diversas inquietudes acerca de esta disposición. Los presuntos sobornantes de funcionarios públicos extranjeros alegarán con frecuencia, si no invariablemente, haber “consentido en dar” para beneficiarse de las sanciones más bajas. Refutar esta alegación podría ser difícil para los fiscales porque, a diferencia de los casos de soborno doméstico o nacional, el funcionario extranjero a menudo no estará disponible (Informe de evaluación de Fase 2, párrafo 144)”. Por lo anterior, en el comentario después del párrafo 69 del informe de evaluación de Fase 3 se señaló: “The lead examiners remain concerned that Chile has not eliminated mandatory sentence reductions for solicited foreign bribery and “media prescripción”. They reiterate Phase 2 Recommendation 6(b) that Chile eliminate these mandatory reductions of sanctions for foreign bribery”. (Traducción libre: “Los evaluadores principales siguen preocupados de que Chile no haya eliminado las reducciones obligatorias de penas por soborno extranjero solicitado y por la “media prescripción”. Reiteran la Recomendación 6(b) de la Fase 2 para que Chile elimine estas reducciones obligatorias de las sanciones por soborno extranjero.”).

60 La pena privativa de libertad por “consentir en dar” pasó de “reclusión menor en su grado mínimo” a “reclusión menor en su grado mínimo a medio” por la modificación efectuada por la Ley N° 20.341.

61 La pena privativa de libertad establecida por la Ley N° 21.121 es la de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo.

62 En este sentido OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “Juicio crítico sobre las últimas modificaciones legales al delito de cohecho (Ley N° 21.121)” [en línea]. En: *Revista Política Criminal*, Volumen 16 N° 32, Diciembre 2021, p. 786, disponible en: <https://politicrim.com/wp-content/uploads/2021/12/Vol16N32A10.pdf> [fecha de consulta: 12 de enero de 2022], quien indica: “El fundamento de esta diferencia penológica era razonable y radicaba en que se estimaba más grave la primera hipótesis que la segunda, ya que en esta última el destinatario de la petición del funcionario extranjero más bien cede ante una presión”.

63 En Diccionario de la RAE [en línea]. Disponible en: <https://dle.rae.es/prometer?m=form> [fecha de consulta: 12 de enero de 2022].

64 En Diccionario de la RAE [en línea]. Disponible en: <https://dle.rae.es/compromiso?m=form> [fecha de consulta: 12 de enero de 2022].

En palabras del profesor Oliver *“no parece que dicho verbo rector (prometer) aluda a una conducta distinta de ofrecer el beneficio. Es cierto que la mencionada Convención internacional utiliza ambas fórmulas lingüísticas en forma alternativa, lo que invita a pensar que se trata de comportamientos diversos, pero el sentido natural y obvio de dichas palabras, según su uso general, demuestra que, en realidad la conducta es la misma”*⁶⁵.

Lo anterior se ratifica en la historia de la Ley N° 20.341, desde que la inclusión de este verbo rector viene dada fundamentalmente, como se anticipó, con el hecho de cumplir con el estándar de la Convención OCDE que tenía tres claros verbos rectores: Ofrecer, prometer y dar.

Al igual que en el *“ofrecer”*, dada la estructura de los delitos de cohecho en nuestro código punitivo, no resulta necesaria la bilateralidad, esto es, que exista una aceptación de la contraparte, bastando con la mera *“promesa”* de dar un *“soborno”* o *“coima”* para consumir el ilícito en comento.

Finalmente, encontramos el verbo *“dar”* definido por el Diccionario de la RAE como *“donar”, “entregar” “conceder, otorgar”*. Su inclusión obedece a observaciones efectuadas en las evaluaciones de Chile, con el fin que se pudieran abarcar situaciones, a juicio de los evaluadores, de dudosa inclusión en el antiguo tipo del 250 bis A, como podía ser el caso de un empresario chileno que fuere a las oficinas del empleado público extranjero y sin mayor conversación dejaré sobre su escritorio un maletín lleno de dinero en efectivo y luego se retirare, teniendo pendiente ese funcionario extranjero una decisión sobre una transacción internacional que involucrara al particular.

Se sostuvo, y con fundamentos, que ese ejemplo, podía perfectamente ser considerada una *“oferta tácita”* y por tanto, ser capturada su antijuridicidad por el verbo rector *“ofrecer dar”*, en el entendido que existe además un adelantamiento de la punibilidad. Pero esa explicación no fue suficiente, atendida la falta de una investigación en que ello hubiere sido sostenido y la falta de un fallo judicial que estableciera esa jurisprudencia, lo que motivó la decisión del Poder Ejecutivo de incluir expresamente el verbo *“dar”* en el tipo penal comentado.

Lo favorable de su inclusión es impedir dejar alguna laguna de punibilidad respecto a una alegación que postulara que la conducta de *“dar”* tuviera un contenido fáctico diferente del *“ofrecer”* y que no estuviera cubierta por el delito, postura que ya no podría prosperar al ser ambos verbos rectores del delito. La misma decisión se adoptó respecto del cohecho activo doméstico al incorporar la Ley N° 21.121 el verbo *“dar”* al artículo 250 del Código Penal, despejando algunas dudas manifestadas por la doctrina⁶⁶.

65 OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “Incoherencias y vacíos en la regulación del delito de cohecho”. En: *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 9, Año 3, Chile, Universidad de Los Andes, Thompson Reuters, 2012, p. 38.

66 En este sentido OLIVER CALDERÓN, Guillermo en “Juicio crítico...”, ob. cit., p. 783, cuando indica *“puede afirmarse que la inclusión del verbo dar, que en el tipo de soborno efectuó la Ley N° 21.121, cubre conductas que no se encontraban comprendidas, por lo que la reciente modificación legal ha venido a llenar un vacío en esta materia... Una cosa distinta es que, antes de esta ley, en cualquier causa penal por soborno, la comprobación de un comportamiento consistente en dar un beneficio a un funcionario, haya podido servir para inferir su previo ofrecimiento o la acción de haber consentido en darlo, únicas conductas del particular que eran típicas para efectos de este delito”*.

3.5 Objeto material

Siguiendo las recomendaciones de la OCDE, la Ley N° 20.341 amplió la naturaleza del beneficio o “coima” o “soborno”, el que dejó de ser netamente económico, pudiendo consistir también en un beneficio de otra naturaleza distinta, como algo honorífico, sexual, u de otra índole, creándose una pena pecuniaria aplicable en estos casos⁶⁷.

En lo que respecta al valor o la cuantía del beneficio de carácter económico o de otra naturaleza que se ofrece dar (o se da, se promete o que se consiente en dar), los Comentarios a la Convención OCDE establecen que “Constituye también delito, independientemente de, entre otras cosas, el valor del beneficio” de forma que la cuantía sería en principio indiferente para la configuración del delito. Para la doctrina, lo importante es que la contraprestación ilícita debe tener capacidad objetiva de corromper, dado que como se ha dicho “*todo apunta a que este tipo penal está pensado para aquellos casos en los que las sumas implicadas sean verdaderamente “relevantes”*”⁶⁸.

De allí que un monto pequeño de dinero ofrecido a un funcionario público extranjero podría entenderse que no configura el delito desde que no tiene la capacidad de desviar sus funciones y provocar que el sobornante obtenga o mantenga un negocio internacional. Basados en esta misma orientación pareciera que discurren los comentarios de la Convención OCDE cuando señalan que “*Los pequeños pagos de “facilitación” no constituyen pagos efectuados “para obtener o retener negocios u otra ventaja indebida” en el sentido del párrafo 1 y, en consecuencia, tampoco constituyen un delito...*”⁶⁹ sugiriendo que se pudiera abordar este fenómeno por medios como el apoyo a los programas de buena gobernanza, dado que su penalización “*no parece una acción complementaria práctica o efectiva*”.

Las nuevas reglas sobre regalos, donativos oficiales y protocolares, introducidas por la Ley N° 21.121 al Código Penal en su artículo 251 sexies, pareciera que se orientan en similar sentido⁷⁰.

Esta norma establece que en los casos de cohecho pasivo a funcionario nacional, de soborno activo, y de cohecho a funcionario público extranjero, el “*aceptar, dar u ofrecer*”

67 La extensión de la multa puede ir de 100 a 1000 UTM.

68 DIAZ MAROTO y VILLAREJO, Julio. “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del código penal español” [en línea]. En: *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N° 74, mayo-agosto 2008, p. 212. Disponible en: <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/354/280> [fecha de consulta: 19 de enero de 2022].

69 Comentarios a la Convención, ob. cit., numeral 9, en referencia al párrafo 1 del artículo 1: “*Los ‘pagos de facilitación’ no constituyen pagos hechos para ‘obtener o quedarse con negocios o con otra ventaja indebida’ dentro del significado del párrafo 1 y, por consiguiente, tampoco son un delito. Esos pagos que en algunos países se hacen para inducir a los servidores públicos a cumplir con sus funciones, como expedir licencias o permisos, en general son ilegales en el país extranjero en cuestión. Los demás países pueden y deben atacar este fenómeno corrosivo mediante otros recursos, como el apoyo a los programas de buena gobernanza. Sin embargo, la tipificación como delito por parte de otros países no parece una medida complementaria práctica ni eficaz*”.

70 El artículo 251 sexies del Código Penal dispone: “*No será constitutivo de los delitos contemplados en los artículos 248, 250, incisos segundo y tercero, y 251 bis aceptar, dar u ofrecer donativos oficiales o protocolares, o aquellos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación.*

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

donativos oficiales o protocolares, o aquellos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación” no será constitutivo de los citados delitos.

El inciso segundo de la norma específica que, en los casos de cohecho trasnacional, esta regla no se aplicará si lo ofrecido, prometido, dado o consentido en dar, se realizó con miras a que el funcionario extranjero infringiera los deberes de su cargo, la cual es la hipótesis más grave de la afectación a la función pública extranjera. A contrario sensu, si el beneficio económico de escaso valor se realizó en razón del cargo del funcionario extranjero, o para que este omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado, un acto propio de su cargo, en esos casos, la norma señala que no se configuraría el delito.

Ahora, el artículo 251 sexies obliga a conocer que se incluye dentro de este tipo de donativos o regalos de escaso valor económico.

El Fiscal Nacional del Ministerio Público ha adelantado opinión sobre estos conceptos, señalando que se considerarán como donativo oficial o protocolar *“aquellos regalos que se reciben o entregan por detentar un cargo o función pública, y que se hacen en el marco de las relaciones interinstitucionales de dos o más organismos o servicios públicos (en un sentido amplio)”*. En tanto, que se entenderá por donativos protocolares *“aquellos que se reciben o entregan como parte de los ceremoniales diplomáticos o internacionales establecidos por la costumbre”*.

Finalmente, respecto al regalo que autoriza la costumbre como manifestación de cortesía y buena educación, se trataría de *“aquéllos que se entiende parte de los usos sociales, como los que se entregan con motivo del cumpleaños de una persona o de alguna celebración reconocida en la comunidad”* los cuales en todo caso, deben ser de un escaso valor comercial, y por lo tanto, debemos estar en *“presencia de un bien de poca estimación económica y, si bien resulta complejo fijar un límite exacto, debe efectuarse el análisis de si existe o no un delito de cohecho caso a caso, y dependiendo de la situación concreta”*⁷¹.

3.6 Finalidades de la conducta

El beneficio económico o de otra naturaleza que se ofrece dar (se da, se promete o se consiente en dar) al funcionario público extranjero debe tener el propósito de obtener o mantener para sí o para un tercero cualquier negocio o ventaja en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales o de una actividad económica desempeñada en el extranjero.

Estas finalidades vinculadas al pago de las *“coimas”* han tenido variaciones en el tiempo, desde que su configuración inicial fue modificada tanto por la Ley N° 20.341 como por la Ley N° 21.121. La redacción original restringía el propósito del delito a obtener o mantener cualquier negocio o ventaja en el ámbito de *“las transacciones comerciales internacionales”*, lo cual fue criticado por la OCDE dado que dejaba fuera aquellos

⁷¹ Todas las referencias son del Oficio FN N° 472/2020 de 29 de julio de 2020, que es la *“Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de corrupción”* del punto I. 5.4., conceptos que se mantienen en la actual instrucción vigente establecida por Oficio FN N° 278/2022 de 8 de abril de 2022.

negocios de carácter civil, que podían ser igualmente reprochables⁷².

Por ello, en el año 2009 existió en el Parlamento una clara voluntad de ampliar este ámbito, y se eliminó la palabra “comerciales” y se antepuso “cualesquiera”, dejando una redacción más abierta que obviamente implica una cobertura o espectro mayor de actividades en las cuales, de darse un “soborno”, podría existir una investigación y condena por este delito.

Otra modificación que introduce la Ley N° 20.341 teniendo en consideración las evaluaciones efectuadas por la OCDE fue el agregar la palabra “indebida” como calificante de la palabra “ventaja”. Se argumentó ante la Comisión de la Cámara de Diputados que “de acuerdo a la Convención, se trataba de que quien efectuara el cohecho, buscara la obtención de una ventaja indebida, característica que el tipo penal descrito en el inciso primero no reflejaba con claridad”⁷³.

En el mismo sentido, se sostuvo en la misma Comisión una explicación con referencia a los criterios de la OCDE señalando que “la ventaja perseguida debería ser una ventaja indebida porque hoy día el tipo penal del artículo 250 bis A, que se refiere al funcionario público extranjero, menciona sólo la expresión ventaja. Lo que propuso la OCDE en este caso, es que la ventaja tuviera muy claro el ámbito del injusto, es decir, el carácter de antijurídico de la conducta y por eso incorporaron el concepto de indebida”⁷⁴.

En el Senado, se explicó por el Ministro Secretario General de la Presidencia de la época, José Antonio Viera-Gallo, que: “En segundo lugar, el nuevo tipo sanciona sólo la obtención de ventajas que sean indebidas, porque parte de la base de que la legislación de los distintos países puede contemplar ventajas debidas, lícitas o legales, caso en el cual no hay delito”⁷⁵.

Todas estas explicaciones pierden hoy sentido, desde que la Ley N° 21.121 eliminó la referencia a lo indebido de las ventajas, volviendo a la situación pre 2009 sobre el concepto de ventaja.

Revisada la historia de la Ley N° 21.121, aparece que el cambio fue propuesto por el profesor Héctor Hernández, pues a su juicio la norma vigente era “una formulación oscura” que parecía ser una “traducción literal del Convenio de la OCDE”. En su concepto, la frase “transacciones internacionales” se podía entender en un sentido natural y obvio

72 La discusión giró en torno a la amplitud del término “transacciones comerciales”, tal como se reconoce en el párrafo 24 del informe de evaluación de Fase 1bis: “The amendment results from the discussion between Chile and the lead examiners at the preliminary meetings for Phase 1 on the scope of the word “business”: the question was to know whether the word “business” would be as broad as the word “transaction”. After a thorough discussion on the matter, Chile decided to amend the offence in order to include all kinds of international transactions (i.e. not only those of a commercial nature)”. (Traducción libre: “La modificación es el resultado del debate entre Chile y los evaluadores principales en las reuniones preliminares de la Fase 1 sobre el alcance de la palabra “comerciales”: la cuestión era saber si la palabra “comerciales” sería tan amplia como la palabra “transacción”. Después de un exhaustivo debate sobre la cuestión, Chile decidió modificar el delito para incluir todo tipo de transacciones internacionales (es decir, no sólo las de carácter comercial)”.

73 En Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de 06 de agosto de 2008, en Historia de la Ley N° 20.341, ob. cit., p. 13.

74 Opinión de la representante del Ministerio de Justicia, la abogada Nelly Salvo, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en Historia de la Ley N° 20.341, ob. cit., p. 20.

75 En informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en Historia de la Ley N° 20.341, ob. cit., p. 50.

como referida al ámbito del comercio internacional, lo que dejaba fuera “*el caso que si interesa, que típicamente tiene lugar cuando capitales nacionales se instalan en otro país e invierten allí obteniendo permisos o autorizaciones mediante coimas*”. Por ello, el profesor sostiene que parece mejor “*referirse a la obtención de ventajas en el contexto de una relación económica internacional o de una actividad económica desempeñada en el extranjero*”⁷⁶.

La propuesta fue aceptada por el Poder Ejecutivo y la incorporó en la indicación sustitutiva argumentando, siguiendo al profesor Hernández, que se amplía el “*ámbito de aplicación del delito a “una actividad económica desempeñada en el extranjero”*”. Esta redacción incluiría casos, que típicamente la figura y la Convención buscan sancionar, como la obtención de permisos o autorizaciones, mediante la oferta promesa, entrega o aceptación de beneficios, para la instalación de capitales nacionales en otro país. Este caso no aparece claramente en la redacción actual de la norma, la que hace referencia solo a las “*transacciones internacionales*”, que aluden más bien a transacciones dentro del comercio internacional”⁷⁷.

La nueva redacción efectivamente amplía el ámbito de aplicación del delito, todo dentro del contexto de negocios internacionales, lo que pareciera ser cubre las preocupaciones de la OCDE.

Estos elementos normativos, mirados desde una perspectiva subjetiva, implican necesariamente que el autor debe cometer este ilícito con dolo directo, algo que reconoce la Excm. Corte Suprema en el Caso Fragatas cuando indica “*que el texto de esa disposición expresa que el ofrecimiento de dar un beneficio económico se hace “con miras” a la obtención o mantención de un negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, expresión que, amén de excluir la realización culposa de la conducta, constituye una exigencia de dolo directo (Ossandón/Rodríguez, ob. cit., p. 359), de todo lo cual se colige, que los beneficios económicos que el autor ofrece dar al funcionario público extranjero están subjetivamente conectados a un negocio o ventaja en el ámbito concreto de alguna transacción comercial internacional, cualquiera ésta sea, que se pretende obtener o mantener*”⁷⁸.

3.7 Penalidad

La Convención OCDE en su artículo 3º establece una serie de estándares que debieran ser cumplidos por los Estados Parte en relación a las sanciones por el delito de cohecho a funcionario público extranjero. Entre otras, se señala la obligación de castigarlo con penas criminales que sean “*efectivas, proporcionales y disuasivas*”. Asimismo, que el rango de sanciones sea comparable con las penas del cohecho nacional.

Agrega la Convención OCDE, respecto a las personas naturales, que las sanciones privativas de libertad deben permitir la cooperación internacional y la extradición, y

76 Opinión del profesor Héctor Hernández Basualto, en Historia de la Ley N° 21.121, ob. cit., en Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 07 de julio de 2016, p. 20.

77 En indicación sustitutiva plasmada en Oficio N° 097-365 de 18 de julio de 2017, en Historia de la Ley N° 21.121, ob. cit., p. 80.

78 En considerando decimoséptimo de la sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 94.972-16 antes citado.

debiendo imponer sanciones civiles o administrativas complementarias.

De las evaluaciones efectuadas a Chile, surgieron dudas respecto de si las penas establecidas en el artículo 250 bis A eran efectivas, proporcionales y disuasivas, y si permitirían la extradición⁷⁹. Por ello, la Ley N° 20.341 aumentó la penalidad, al elevar el rango mínimo de la sanción al sobornante que tomó la iniciativa de cohechar, la que comenzaría en 541 días de reclusión menor en su grado medio, modificando el inciso primero del antiguo artículo 250 bis A del Código Penal. Sin embargo, no se modificó el inciso segundo del tipo, que establecía el castigo al sobornante que “*consintió en dar*” un beneficio económico o de otra naturaleza a un funcionario extranjero, conducta que el legislador chileno siempre ha considerado de menor reprochabilidad que la de aquel que toma la iniciativa corruptora, lo que se tradujo en que se mantuvo el castigo de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, lo que no permitía superar las observaciones formuladas por el WGB.

Ahora, la Ley N° 21.121 realizó una consistente alza en las penas de los delitos de corrupción, con lo que se hizo cargo de una de las principales debilidades que teníamos en estas materias, como eran los bajísimos castigos que podían imponerse a los autores de este tipo de delitos. En materia de cohecho a funcionario público extranjero, el Poder Ejecutivo adoptó una decisión respecto al que “*consiente en dar*” que se tradujo en la eliminación de la “*distinción entre quienes ofrecen, prometen o dan, de aquellos que consienten en dar, sancionando todas estas conductas con igual pena*”⁸⁰, con lo cual superará la crítica realizada a ese aspecto por la OCDE.

Las penas actualmente van desde un “*piso*” de reclusión menor en su grado máximo, a un techo de reclusión mayor en su grado mínimo, lo cual permite sostener que se trata de penas efectivas, proporcionales y disuasivas.

La pena pecuniaria también se elevó quedando en una multa del duplo al cuádruplo del beneficio ofrecido, prometido, dado o solicitado, en el caso de tratarse de una “*coima*” de naturaleza económica, y para las de “*otra naturaleza*” se impone una multa entre cien a mil unidades tributarias mensuales (un equivalente aproximado entre \$8.000 a \$80.000 dólares⁸¹).

La norma también establece sanciones privativas de derechos, como es la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo.

79 La duda con la extradición activa pasa por lo dispuesto en el artículo 431 del Código Procesal Penal, en cuanto establece como requisito que el delito debe tener una pena abstracta equivalente a “*una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año*”, de modo que las penas de presidio menor en su grado mínimo que inician en 61 días, podrían no hacer procedente la extradición.

80 En indicación sustitutiva plasmada en Oficio N° 097-365 de fecha 18 de julio de 2017, en Historia de la Ley N° 21.121, ob. cit., p. 82.

81 Cálculos realizados teniendo presente el valor de una unidad tributaria mensual (UTM), que en marzo de 2022 ascendió a \$55.537 pesos chilenos, y un valor del dólar de \$694 pesos chilenos.

4. APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO

Las diversas modificaciones que ha sufrido el tipo penal del cohecho a funcionario público extranjero podrían confundir a los intérpretes y a los operadores del sistema penal, respecto de cuál es la norma aplicable a un caso concreto y de si corresponde acogerse a una ultractividad de la ley o bien a una retroactividad de una supuesta ley más favorable al imputado.

Sobre esta materia, el fallo de la Excma. Corte Suprema en el Caso Fragatas da luces que nos permiten orientar nuestra interpretación. La defensa sostuvo que la Ley N° 20.341 había derogado el artículo 250 bis A, aplicable por la fecha de ocurrencia de los hechos, y que por lo tanto, habiendo el legislador despenalizado la conducta debía acogerse entonces su recurso de nulidad, por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, al cometerse un error de derecho en la sentencia del Tribunal Oral al sancionar a su cliente por este delito derogado, pidiendo la realización de un nuevo juicio oral para ser absuelto en este, soslayando el recurrente que la Ley N° 20.341 había creado el artículo 251 bis que mantiene el castigo para el cohecho trasnacional.

La Excma. Corte sostuvo que *“no constituye una excepción al principio de retroactividad de la ley más benigna la derogación aparente o meramente formal de una disposición penal, que continúa rigiendo materialmente”*, lo que sucede en este caso en que sobrevive en la norma del artículo 251 bis gran parte de lo tipificado en el artículo 250 bis A. Continúa el fallo dando ejemplos y señalando que *“puede ocurrir, entre otros casos, porque materialmente, el hecho punible mantenga su carácter de tal en otra norma distinta de la derogada, como en el caso de la derogación formal de una norma penal mediante una ley que contiene entre sus disposiciones otra norma que sanciona el mismo hecho punible que ha sido aparentemente dejado sin sanción. En este caso, para dar valor ultractivo a esta clase de normas, esta Corte Suprema (en fallos de 13 de agosto de 1987 y 17 de junio de 1991) ha exigido que la disposición nueva y la derogada sean enteramente semejantes o idénticas (Politoff, Sergio y Matus, Jean Pierre. “Comentario Preliminar al art. 18 Aplicación temporal de la ley penal”. En Texto y Comentario del Código Penal Chileno. T. I. Ed. Jurídica de Chile, 1a ed., 2003, pp. 268 y 269)”*⁸². El análisis entonces debería llevar a comparar las normas para ver si son semejantes o idénticas.

En ese contexto nuestro máximo tribunal manifiesta que *“carece de asidero sostener que el legislador, con la oración “Deróganse los artículos 250 bis A y 250 bis B” del N° 6 del Artículo Único de la Ley N° 20.341, haya buscado dejar sin sanción penal, por aplicación del efecto retroactivo de la ley penal posterior más favorable consagrado en el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal, las conductas subsumidas en dichos preceptos cometidas con anterioridad al 16 de abril de 2009 –fecha de promulgación de la Ley N° 20.341–, para a renglón seguido, en el N° 7 del mismo Artículo Único, establecer una norma –251 bis– que sanciona las mismas conductas –y agrega otras– cometidas a contar del 22 del mismo mes y año –fecha de publicación de la Ley N° 20.341– y eleva las sanciones para los autores”*⁸³. Por ello, concluye que *“la sanción de las mismas conductas, y otras, junto a la agravación de las*

⁸² Ambas citas del considerando decimotercero de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 94.972-16 antes citado.

⁸³ En considerando decimotercero de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 94.972-16 antes citado.

penas con que se castigan, obsta ya para afirmar que la Ley N° 20.341 “exima” el hecho fijado en la sentencia “de toda pena o le aplique una menos rigurosa”, como requiere el inciso 2° del artículo 18 del Código Penal, para arreglar a la nueva normativa su juzgamiento”⁸⁴.

Refuerza el análisis de la Excma. Corte la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.341, en donde queda claro que no se buscó “*abrogar la sanción de esta conducta, sino muy por el contrario, pues mediante tales ajustes se persiguió dar cumplimiento a las observaciones realizadas por el Grupo de Trabajo de la OCDE que, como se lee en la citada Indicación Sustitutiva “son indispensables para que nuestro país pueda cumplir con las obligaciones internacionales contraídas al suscribir la Convención de la OCDE para combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”*”.

Por esas razones, concluye la sentencia indicando que “*De ese modo, si bien la tramitación en el Parlamento condujo a derogar formalmente los artículos 250 bis A) y 250 bis B), ello sólo tuvo por objeto regular las materias que tratan de manera íntegra en las nuevas disposiciones 251 bis y 251 ter y, si bien habría sido esperable –a fin de evitar cuestionamientos como los que aquí se levantan–, una disposición transitoria similar a la que contiene la Ley N° 21.121, tal omisión no es determinante para excluir una solución de continuidad entre el reproche y punición de las conductas subsumidas bajo el anterior artículo 250 bis A) bajo el posterior 251 bis, sino, a lo más, evidencia una deficiente técnica legislativa al intentar ordenar los preceptos que comprende el párrafo 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal”⁸⁵.*

En esta última reflexión, el Tribunal Supremo se refiere de soslayo a la Ley N° 21.121, observando favorablemente la existencia de un artículo transitorio en el cual regula expresamente los efectos de la ley en el tiempo, en cuanto indica que “*Las modificaciones de esta ley sólo se aplicarán a los hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, las disposiciones legales que son modificadas por esta ley seguirán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos cometidos con anterioridad a su publicación*”.

Así, la ley explicita el principio de irretroactividad de la ley penal, en cuanto ella no es aplicable entonces para hechos cometidos con anterioridad y, además, alude al principio de ultractividad, en cuanto dispone que las normas que se modifican permanezcan vigentes para los hechos cometidos con anterioridad a la publicación de la ley.

El fallo en comento, avala la continuidad típica del delito de cohecho transnacional, pese ahora, a las modificaciones de la Ley N° 21.121. En palabras de la Excma. Corte se “*confirma la constante y creciente voluntad del legislador contemporáneo de punir las conductas reprochadas al acusado, que en la Ley N° 21.121, “Que modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción”, publicada el 20 de noviembre de 2018, si bien en el N° 16 de su artículo 21 sustituye el artículo 251 bis del Código Penal, lo hace por un texto que comprende las conductas que se venían sancionando tanto*

⁸⁴ En considerando decimocuarto de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 94.972-16 antes citado.

⁸⁵ En considerando decimocuarto de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 94.972-16 antes citado.

después, como antes de la Ley N° 20.341, agregando ahora otras y nuevamente agravando su sanción –motivo este último por el que no resulta pertinente examinar su aplicación a los hechos sub judice–”⁸⁶.

Tal como lo sostiene la Excm. Corte, las nuevas penas son más altas que las antes establecidas de modo que no resulta posible una aplicación retroactiva de la Ley N° 21.121 porque no son más favorables al imputado, y también está claro al revisar la historia de esa ley, que las reformas se han hecho para dar cumplimiento a las observaciones de la OCDE realizadas en el contexto de la evaluación al cumplimiento de su Convención⁸⁷.

5. COMENTARIOS FINALES

Está claro que ha sido difícil implementar en Chile la Convención OCDE contra el cohecho a funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales, desde que hemos visto como la regulación de la principal obligación de ese tratado internacional, el establecimiento del delito, ha pasado ya tres veces por el Congreso Nacional, y aunque cada ley ha hecho su aporte para cumplir con las observaciones realizadas por dicho organismo, pareciera ser que el resultado no ha sido óptimo, porque vislumbramos que nuevas críticas podrían surgir al tipo configurado por la última de estas normas, la Ley N° 21.121, por ejemplo, respecto a la autonomía del tipo penal respecto del derecho extranjero o al no contemplar el adverbio “*indebida*” respecto a las ventajas, pues estas definiciones podrían ser consideradas como nuevos incumplimientos a la Convención OCDE.

La primera condena en Chile por un caso en que se investigó un delito de cohecho transnacional ha sido relevante, desde que muestra por una parte el compromiso de nuestro país con hacer aplicable la Convención OCDE, y por otra, porque hemos tenido ocasión de conocer la interpretación que el máximo Tribunal del país tiene del delito en diversos aspectos que hemos destacado, como el referido al concepto de bien jurídico protegido, los aspectos subjetivos del tipo, y la aplicación de la ley penal en el tiempo. Esto último es de especial relevancia considerando las reformas introducidas en el 2009 y 2018.

Aunque no hemos profundizado sobre aspectos investigativos de este delito⁸⁸, quiero resaltar que una reforma legal muy importante fue la realizada por la Ley N° 20.371 que, al

⁸⁶ En considerando decimocuarto de la sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 94.972-16 antes citado.

⁸⁷ Ello es posible de apreciar en la indicación sustitutiva plasmada en el Oficio N° 097-365 de fecha 18 de julio de 2017, en Historia de la Ley N° 21.121, ob. cit., p. 81, en donde se indica “*f) Se modifica el delito de cohecho a funcionario público extranjero, en conformidad a los estándares que hoy se han ido imponiendo en el contexto de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. En este sentido, la indicación sustitutiva adecúa el tipo penal a las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre Cohecho de la OCDE (WGB, por sus siglas en inglés), eliminando la distinción entre quienes ofrecen, prometen o dan, de aquellos que consienten en dar, sancionando todas estas conductas con igual pena. Además, se aumentan las penas de multas contempladas en la regulación actual y se establece claramente la aplicación de la pena de comiso a los bienes recibidos por el empleado público. Todas estas modificaciones permiten dar cumplimiento a las recomendaciones de las OCDE, en cuanto imponer penas más altas y disuasivas*”.

⁸⁸ Sobre diligencias de investigación profundiza la “*Guía de apoyo jurídico y análisis para investigaciones relativas al delito de soborno transnacional*” de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, del Ministerio Público [en línea]. Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/biblioteca/estudios.do> [fecha de consulta: 03 de enero de 2022].

establecer en el Código Orgánico de Tribunales la jurisdicción extraterritorial⁸⁹, ha dado una posibilidad real de investigar un caso de cohecho a funcionario público extranjero, lo que antes estaba prácticamente restringido a casos de “laboratorio”, pues de acuerdo a la dinámica en como ocurren los negocios internacionales, la consumación del hecho punible podría ocurrir fuera de nuestras fronteras y por lo tanto, se hacía necesario contar con esta ampliación de la jurisdicción.

Otro tema sobre el cual no me he referido es la responsabilidad de las personas jurídicas que emana de la comisión de un delito de cohecho transnacional, de acuerdo a la normativa de la Ley N° 20.393. Solo quisiera destacar que la Ley N° 21.121 incluyó dentro de las penas de crímenes a este tipo penal, lo que en la práctica se traduce que podría ser aplicable la pena de disolución a la empresa en cuyo interior se haya podido cometer un delito del artículo 251 bis del Código Penal⁹⁰.

Por todo lo comentado, es evidente que una investigación de estas características es bastante compleja, comenzando por tener que acreditar los diferentes elementos normativos que el artículo 251 bis exige y, siguiendo con la necesidad de obtener información en un Estado extranjero, debiendo recurrir a las herramientas de cooperación internacional, afrontando las demoras que ello ocasione, especialmente, si el otro país no es miembro de la OCDE, y teniendo presente que la investigación puede abarcar tanto a personas naturales como a las personas jurídicas.

Tras las últimas adecuaciones al tipo penal, debiera poder consolidarse la interpretación del delito, para permitir sancionar a aquellos chilenos y sus empresas, que con sus malas prácticas corporativas, por ejemplo, autorizan a sus empleados a que puedan pagar un soborno o no les impiden hacerlo si se ven enfrentados a una solicitud de un funcionario público extranjero, en el contexto de obtener resultados beneficiosos para su empresa, como sería el ganarse una licitación internacional u obtener un permiso en el extranjero, mediando el pago de “coimas”, actuaciones que afectan el normal desarrollo del comercio internacional y que son considerados como actos de corrupción. Por esa razón, aplicar la ley y sancionar estas conductas colocará a Chile a la vanguardia internacional en la lucha en contra de la corrupción.

89 El artículo 6 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales dispone (el destacado es nuestro): “*Quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican:* 2°) *La malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, el cohecho, cometidos por funcionarios públicos chilenos o por extranjeros al servicio de la República y el cohecho a funcionarios públicos extranjeros, cuando sea cometido por un chileno o por una persona que tenga residencia habitual en Chile;*”.

90 Ello, al modificar el inciso segundo del artículo 15 de la Ley N° 20.393, al señalar que (el destacado es nuestro): “*A los delitos contemplados en los artículos 136, 139, 139 bis y 139 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en el artículo 27 de la Ley N° 19.913 y en los artículos 250, incisos cuarto y quinto, 251 bis y 470, numeral 11, párrafo tercero, del Código Penal, les serán aplicables las penas de crímenes, según lo dispuesto en el artículo precedente...*”.

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

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. VALORACIÓN DE LA PRUEBA (TRÁFICO DE DROGAS) Y CONCURSO REAL TENENCIA ILEGAL DE MUNICIONES Y TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO

Tribunal: Corte Suprema

RESUMEN:

La Defensa argumenta ausencia de fundamentación en el fallo del tribunal del fondo, subrayando una inconsistencia en lo resolutivo.

En el considerando décimo sexto la Corte Suprema declara que la circunstancia de no compartir los recurrentes las conclusiones del tribunal en cuanto a la fundamentación, es decir, la valoración de la prueba producida, no supone automáticamente su impugnación por esta vía, en donde se ha denunciado por las defensas un insuficiente e inconsistente análisis de la prueba rendida, extremos que no concurren pues quedó demostrado que las pruebas fueron efectivamente consideradas y adecuadamente valoradas, satisfaciendo los fundamentos de claridad, congruencia, armonía y lógica en los razonamientos que deben observar los fallos.

Asimismo, la Defensa alega improcedente la calificación de los hechos, relativos a infracciones a la ley de control de armas, de tenencia ilegal de arma de fuego, considerando que este debió subsumirse en el delito de tenencia ilegal de arma de fuego.

Sobre este fundamento de nulidad la Corte Suprema en el considerando décimo noveno expresa que, en la especie, si bien es cierto que la caja contenedora de 50 municiones incautadas en poder del acusado, son de calibre 22 –al igual que el arma de fuego marca CZ modelo 513 que poseía una munición de calibre 22 en su recámara y un cargador 5 municiones del mismo calibre–, no es posible considerarla como una parte accesorio del arma incautada –como pretende la defensa– atendido que la caja además de ser encontrada en

un lugar diverso del inmueble contenía un número de municiones que supera con creces la capacidad del cargador de la misma, de manera que aquella conducta por sí sola satisface el tipo penal descrito en el fundamento que antecede, al crear un riesgo para un número indeterminado de personas, por ser los cartuchos idóneos para ser disparados, siendo procedente la aplicación de una pena separada por su tenencia.

Texto Completo:

Santiago, tres de mayo de dos mil veintidós.

VISTOS:

En esta causa RUC 1900415006-9, RIT 197-2021, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, por sentencia de veintiséis de septiembre del año pasado, dispuso en su parte resolutive lo siguiente:

1.- Que se absuelva a **Alba Beatriz Olguín Acevedo** de los cargos que le fueren formulados por el Ministerio Público como autora de los delitos de tráfico ilícito de droga, previsto y sancionado en el artículo 3° y 1° de la Ley N° 20.000; de tenencia ilegal de arma de fuego previsto y sancionado en el artículo 9 inciso 1° en relación al artículo 2 letra b) de la Ley de Control de Armas N°17.798 y; de tenencia ilegal de municiones previsto y sancionado en el artículo 9 inciso 2° en relación al artículo 2 letra c) de la Ley de Control de Armas N° 17.798, y se la condena a la pena de sesenta y un días (61 DIAS) de presidio menor en su grado mínimo, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autora del delito consumado de maltrato de obra a funcionario de la Policía de Investigaciones de Chile (PDI) previsto y sancionado en el artículo 17 bis N° 4 del Decreto Ley N° 2.460 Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, cometido con fecha 18 de marzo de 2020, en la comuna de San Vicente de Tagua Tagua, sanción que se le tuvo por cumplida con el tiempo que estuvo privada de libertad.

2.- Que se condena a **Ángel Luciano Jofre Astorga** a las penas de cinco años y un día (5 años 1 día) de presidio mayor en su grado mínimo, multa de cuarenta unidades tributarias mensuales, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito consumado de Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacentes o Psicotrópicas, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación al artículo 1° de la Ley 20.000; de tres años y un día (3 años 1 día) de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena como autor del delito consumado de tenencia ilegal de arma de fuego, prescrito y sancionado en el artículo 9 inciso 1° en relación con el artículo 2° letra b) de la Ley 17.798 sobre Control de Armas, y quinientos cuarenta y un días (541 días) de presidio menor en su grado medio, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, por su responsabilidad en calidad de autor del delito consumado de tenencia ilegal de municiones, prescrito y sancionado en el artículo 9 inciso 2° en relación con el artículo 2° letra c) de la Ley 17.798 sobre Control de Armas, ilícitos todos cometidos el día 18 de marzo de 2020, en la comuna de San Vicente de Tagua Tagua.

3.- Que se absuelve a **Armando Antonio Herrera Rodríguez** del cargo de ser autor del delito consumado de tenencia ilegal de municiones previsto y sancionado en el artículo 9 inciso 2° en relación al artículo 2 letra c) de la Ley de Control de Armas N° 17.798 y se lo condena a las penas de quinientos cuarenta y un días (541) de presidio menor en su grado medio, multa de veinte unidades tributarias mensuales, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena como autor del delito consumado de cultivo de especies vegetales del género cannabis, previsto y sancionado en el artículo 8° de la Ley N° 20.000 y a tres años y un día (3 años 1 día) de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito consumado de tenencia ilegal de arma de fuego, prescrito y sancionado en el artículo 9 inciso 1° en relación con el artículo 2° letra b) de la Ley 17.798 sobre Control de Armas, hechos que fueron cometidos el día 19 de marzo de 2020 en la comuna de San Vicente de Tagua Tagua.

4.- Que se absuelve a **José Manuel Herrera Rodríguez**, del cargo de ser autor del delito consumado de microtráfico ilícito de droga, previsto y sancionado en el artículo 1° y 4° de la Ley N° 20.000 y lo condena a las penas de tres años y un día (3 años 1 día) de presidio menor en su grado máximo accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito consumado de tenencia ilegal de arma de fuego, prescrito y sancionado en el artículo 9 inciso 1° en relación con el artículo 2° letra b) de la Ley 17.798 sobre Control de Armas y a quinientos cuarenta y un días (541 días) de presidio menor en su grado medio, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de tenencia ilegal de municiones, prescrito y sancionado en el artículo 9 inciso 2° en relación con el artículo 2° letra c) de la Ley 17.798 sobre Control de Armas, hechos cometidos el día 19 de marzo de 2020, en la comuna de San Vicente de Tagua Tagua.

Se ordena que los sentenciados José Manuel Herrera Rodríguez, Armando Antonio Herrera Rodríguez, y Ángel Luciano Jofré Astorga, deberán cumplir efectivamente las penas privativas de libertad impuestas, reconociéndoles para dicho efecto los abonos que precisa.

5.- Que se condena a los sentenciados al pago de las costas de la causa.

Las defensas de los acusados Armando Antonio Herrera Rodríguez y Ángel Luciano Jofré Astorga, dedujeron recursos de nulidad contra dicha sentencia, los que fueron admitidos a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el trece de abril pasado, oportunidad en que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 358 inciso segundo del Código Procesal Penal, se declaró abandonado el arbitrio deducido en favor de Armando Antonio Herrera Rodríguez y la defensa de Ángel Luciano Jofré Astorga se desistió de la prueba ofrecida y aceptada por esta Corte, para demostrar los supuestos de hecho de la causal principal esgrimida, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que como causal principal la defensa de Ángel Luciano Jofré Astorga, hizo valer aquella contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, *“cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

Para fundar la causal antes aludida, el impugnante refiere como infringidos los artículos 7 y 19 números 2, 3 y 5 de la Constitución Política de la República, en relación a los artículos 205, 206, 208, 212, 214 y 216, todas disposiciones del Código Procesal Penal; artículos 5.1, 8.1, 11.2 Y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículos 2.1, 2.2, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Desarrollando los motivos de su agravio afirma que las especies encontradas al acusado Jofré Astorga, emanan de un allanamiento efectuado al margen de la ley. Explica que los funcionarios policiales solicitaron una orden de entrada y registro respecto del inmueble ubicado en la parcela 163 del sector Alto Patagua, El Tambo, de la comuna de San Vicente. No obstante lo anterior, dicho lugar corresponde a un retazo de terreno en cuyo interior existen diversas viviendas, todas con identidades y números diversos, por lo que dicha actuación no cumple con los requisitos previstos en los artículos 205 y siguientes del Código Procesal Penal, que señalan que la orden debe indicar *“el o los edificios o lugares que deben ser registrados”*, de manera que ante la falta de precisión, la diligencia realizada por los funcionarios policiales se encuentra viciada, violentándose con ello la garantía del debido proceso.

Al concluir solicita que se anule el juicio oral y la sentencia condenatoria dictada, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrase una nueva audiencia de juicio oral por un tribunal no inhabilitado.

SEGUNDO: Que como primera causal subsidiaria se ha incoado, por la misma defensa, la contemplada en el artículo 374 e) del Código Procesal Penal, esto es, *“cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)”*.

Para fundar la causal en comento, el recurrente sostiene que el tribunal en su fundamento trigésimo primero tuvo por configurado que *“el acusado Ángel Luciano Jofré Astorga al momento que se registró su domicilio, ubicado en parcela 163 del sector Alto Patagua, El Tambo de la comuna de San Vicente, por parte de los funcionarios de la PDI Carlos Prieto y Fabio Pereira, se encontró en diferentes partes de la casa del acusado marihuana a granel, en proceso de secado, que según indicó el mismo funcionario señor Pereira tuvo un peso de 3 kilos 378 gramos”*, encuadrando su conducta en la descrita en los artículos 1 y 3 de la Ley 20.000 y desestimando la del artículo 8° del mismo cuerpo legal, que fue propuesta por la defensa, para lo cual consideró que *“no hay constancia que la droga decomisada fuera de la plantación”*, no obstante, que los mismos sentenciadores tuvieron por configurado que la sustancia incautada la tenía con Armando Herrera, quien fue condenado por este último delito. Afirma que lo anterior constituye una inconsistencia insalvable que evidencia una ausencia manifiesta de fundamentación de lo decidido.

Finaliza solicitando la anulación de la sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, y ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

TERCERO: Que, como segunda causal subsidiaria la defensa de Jofré Astorga, esgrimió la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por una errónea aplicación del artículo 9 inciso segundo, en relación con el artículo 2°, de la Ley 17.798.

Sobre el particular señala que al tratarse de una figura de peligro abstracto, el Tribunal debió haber analizado la antijuridicidad de los tipos penales, señalando que la tenencia de un arma sin municiones o de una munición sin arma no puede afectar bien jurídico alguno, dada su complementariedad. Indica que las municiones incautadas a su representado correspondían a un arma de 22 milímetros, por lo que sólo eran partes accesorias de la que le fue incautada. Por ello estima improcedente que aquel hecho diera origen a un injusto separado, el que debió haber sido subsumido en el delito de tenencia ilegal de arma de fuego por el cual fue condenado.

Finaliza solicitando que se invalide sólo la sentencia y se dicte, sin nueva audiencia pero, separadamente, una sentencia de reemplazo que absuelva a su representado del cargo de ser autor del delito de tenencia ilegal de municiones.

CUARTO: Que la sentencia impugnada en su motivo décimo tercero tuvo por acreditado los siguientes hechos:

“Que en abril de 2019 la Policía de Investigaciones producto de una denuncia anónima efectuada al teléfono denuncia seguro, tomó conocimiento que un sujeto de nombre Luciano, contextura mediana, que dedicaba a la comisión de delitos de microtráfico, tanto de marihuana procesada, así como también de clorhidrato cocaína, actividades ilícitas que se estarían llevando a cabo en Alto Patagua, sector el Tambo de la comuna de San Vicente de T.T., que dicho actuar se desarrollaría todos los días de la semana entre las 22:00 horas y las 01:30 de la madrugada, que el sujeto andaba en una camioneta placa patente única SW 45-00 y que harían uso de armas. Que despachada la orden de investigar a la brigada antinarcoóticos de la PDI ésta procedió a realizar vigilancias discretas en el sector y determinó que se realizaban actividades ilícitas en la Parcela 163, sector el Tambo, de la comuna de San Vicente, que en esa dirección existían varios inmuebles, identificándose a la persona del denunciado, el acusado Ángel Luciano Jofré Astorga.

Que mediante interceptaciones autorizadas al teléfono de Ángel Jofré se pudo determinar mediante las escuchas telefónicas realizadas que Ángel Luciano Jofré Astorga junto Armando Antonio Herrera Rodríguez asociados se dedicaban a la plantación, cultivo y cosecha de marihuana en un predio del mismo sector El Tambo.

Que se solicitaron al Juzgado de Garantía de San Vicente las debidas órdenes de entrada y registro a los domicilios de los acusados para ser ejecutadas por la policía de investigaciones que tuvieron los siguientes resultados:

1.- Con fecha 18 de marzo de 2020 en horas de la tarde se ingresó al domicilio de Ángel Luciano Jofré Astorga por parte de personal de la policía de investigaciones, inmueble

ubicado en el interior de la Parcela N° 163, sector el Tambo, al registro, se encontró en la parte posterior de la vivienda, al costado norte del patio, sobre una carretilla, una planta de género cannabis sativa de aproximadamente unos 50 centímetros de altura con sumidades floridas. Luego, al interior de una segunda carretilla que estaba ubicada al costado de la señalada anteriormente, fue hallada una sustancia vegetal dubitada como alucinógeno que sometida a la prueba de campo arrojó coloración positiva la presencia de marihuana y en la parte posterior del patio cercano a unos los arbustos que se encontraban en el lugar, amarrado a un alambre, una caja de cartón de zapatos, la cual mantenía en su interior una sustancia vegetal dubitada como cannabis sativa, que sometida a la prueba de rigor, arrojó coloración positiva la presencia de THC. Además, en uno de los arbustos señalados precedentemente, fueron hallados una canasta de mimbre, dos frascos de vidrio contenedores ambos de sustancia vegetal que resultó positivo a la presencia de marihuana en proceso de secado, así como también una bolsa verde con la leyenda Falabella, una sustancia del mismo género y tipo, como también balanza digital de color blanco, la cual fue incautada. El total de marihuana encontrada en proceso de secado fue de 3 kilos 378 gramos.

2.- Al registro del domicilio se encontró en el interior de la pieza principal utilizada por Jofré Astorga, sobre un ropero ubicado a un costado de la cama, un arma de fuego tipo rifle, de marca CZ modelo 513 Farmer, sin número de serie visible, por cuanto éste se encontraba borrado y con mira telescópica, arma que se encontraba apta para el disparo y que poseía una munición de calibre .22 en su recámara y un cargador así mismo con 5 municiones calibre 22 largo. Posteriormente, y en la cocina del referido domicilio, detrás del refrigerador, sobre una tabla apoyada, se encontró una caja contenedora de 50 municiones de calibre 22 largo, todas ellas sin percutir, no teniendo el imputados permiso de la autoridad respectiva para la tenencia de arma de fuego, así como también para la tenencia de las municiones encontradas.

3.- Se incautó el teléfono celular marca Samsung de color negro de Jofré Astorga.

4.- Con relación a Alba Beatriz Olguín Acevedo quien fue detenida junto a su pareja Ángel Luciano Jofré Astorga en el allanamiento, mientras era trasladada hasta el cuartel de la policía de investigaciones, al interior del carro policial, sentada en el asiento trasero durante el trayecto de la ruta 5 Sur, intentó pasar los grilletes de seguridad por el cuello al inspector Prieto de la PDI, quien se encontraba de copiloto en dicho vehículo y delante de ella, con clara intención de lesionarlo, siendo reducida, resultando el inspector Prieto con lesiones de carácter leve según constatación de lesiones del servicio de atención de urgencia N° 4 de la comuna de Rancagua.

5.- El día 19 de marzo de 2020, a eso de las 00:02 horas, mediante una orden verbal otorgada por el Juez de Turno del Tribunal de Garantía de San Vicente, se procedió al allanamiento del domicilio de Armando Herrera Rodríguez, ubicada en Alto Patagua 163, sector el Tambo, de la comuna de San Vicente, al registro de este, en una de las habitaciones se Hernan Carlos Gonzalez Muñoz encontró una carabina marca Mahely, modelo M11, número de serie 16062, que al ser consultada por la propiedad de dicha arma el imputado Armando Herrera Rodríguez, señaló libremente que era de su propiedad, sin contar con permiso que justificara su tenencia. Siguiendo con el registro del domicilio de este impu-

tado se encontró un teléfono celular marca ZTE de color negro y la suma de 53.000 pesos en dinero de baja denominación, dinero que fue debidamente incautado.

6.- El mismo día 19 de marzo de 2020, a la misma hora indicada anteriormente personal de la PDI allanó el domicilio de José Herrera Rodríguez, ubicado también al interior de Alto Patagua N° 163, de la comuna de San Vicente y al registro se encontró una mochila de color negro que estaba en la pieza matrimonial la cual en su interior mantenía 8 municiones calibre 12, sin percutir; 3 municiones calibre 16 sin percutir; 2 municiones calibre 9 sin percutir; 32 municiones calibre 22 largo sin percutir y posteriormente bajo la cama matrimonial se encontró una escopeta marca Maverick modelo 88 calibre 12, la que tenía su número de serie borrado. Además, en la misma habitación y al interior de un zapato, fue hallado e incautado una bolsa de nylon contenedora de una sustancia vegetal que era cannabis con un peso de 18 gramos.

Que en resumen, la marihuana o cannabis incautada en este ilícito fue: 57 plantas del género Cannabis con una altura aproximada de 50 centímetros a 1 metro y 2 metros; un saco de nylon de color rojo con una sustancia vegetal que dio un peso de 3 kilos 378 gramos; un saco de lona de color verde contenedora de sustancia vegetal que dio positivo a THC con un peso de 1 kilo 752 gramos; una planta del género Cannabis sativa de una altura de 50 centímetros; sustancia vegetal en proceso de secado de color verde granel, que dio un peso de 112 gramos y 1 milígramo; una caja de zapatos contenedora de una sustancia vegetal que dio un peso de 315 gramos 8 miligramos; un frasco de vidrio con tapa blanca con 60 gramos de sustancia vegetal que dio positivo a marihuana; un frasco de vidrio con marihuana en su interior de un peso de 102 gramos y 1 milígramo y una bolsa de papel de color verde con un peso de 2 kilos 688 gramos”.

QUINTO: Que, en relación a la causal principal de invalidación, se advierte que las afectaciones que acusa la defensa dicen relación con la recolección de evidencia que se tacha de ilícita, inmersa, según su parecer, en un allanamiento realizado fuera de los presupuestos establecidos por la ley, para su posterior incorporación y valoración en el juicio oral. En particular se cuestiona que la autorización judicial otorgada a las policías para poder llevar a cabo la entrada y registro en el domicilio del acusado Jofré Astorga no cumplía los requisitos previstos en los artículos 205 y siguientes del Código Procesal Penal, por falta de precisión de o los inmuebles a allanar, diligencias policiales de cuya intervención arranca, de modo trascendental, la imputación delictiva contra del mencionado condenado.

SEXTO: Que, en lo concerniente a la infracción denunciada precedentemente 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 es-

cuchados, 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.

SÉPTIMO: Que, en otro orden de consideraciones, en cuanto a las facultades autónomas de actuación que la ley le entrega al personal policial, así como en lo referido al respeto y protección de la vida privada en relación con la entrada al inmueble donde se practicó la detención de la recurrente y la obtención de evidencias, esta Corte Suprema ya ha señalado que la negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja de manera sustancial dicho sistema debe ser excluido del mismo.

OCTAVO: Que en relación a los cuestionamientos levantados en la causal en estudio, los jueces expresaron en el fundamento cuadragésimo octavo “con fecha 19 de marzo de 2020 por don Víctor Ruiz Huerta, Juez del Juzgado de Garantía de San Vicente de Tagua Tagua, se dejó constancia que siendo las 00.02 horas el fiscal Claudio Riobó se comunicó telefónicamente y le solicitó una orden de entrada y registro por infracción al artículo 1 y 3 de la Ley 20.000 para 3 domicilios ubicados al interior de la parcela 163 sector El Tambo de la comuna de San Vicente. Se dejó constancia también que fundamento su petición y el juez indicó en su certificado considerando lo informado y que se trataba de una diligencia urgente en que la inmediata autorización era indispensable para el éxito de la diligencia, se autorizó verbalmente la orden de entrada y registro al domicilio singularizado, diligenciada por personal de la PDI de Rancagua”.

En el mismo sentido y, complementando lo anterior el tribunal en su fundamento quincuagésimo quinto desestimó las alegaciones de la defensa concluyendo “que su casa fue individualizada claramente por el personal policial durante la investigación por lo que no habría infracción a los artículos 204, 205 y 206 ya que el domicilio fue específico y de hecho no se entró a otros domicilios que no fueran el de él y los otros acusados”.

NOVENO: Que a fin de dirimir lo planteado por el recurrente, desde que las circunstancias que motivaron el ingreso al domicilio de la impugnante 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, inmediación 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, únicamente con la reproducción parcial de los documentos y testimonios rendidos en el juicio –sólo de lo que interesa a la recurrente–, 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.

DÉCIMO: Que, en ese orden, conforme a los sustratos fácticos establecidos por los jueces orales, el fallo tuvo por cierto que la policía entró al domicilio del acusado Ángel Luciano Jofré Astorga, en virtud de una orden judicial válidamente otorgada por el tribunal de garantía, inmueble que según dieron cuenta los funcionarios policiales Ronald Miranda Cortés y Ronald Miranda había sido previamente individualizado como una casa de un piso, de ladrillo rojo y cierre perimetral tipo bulldog.

UNDÉCIMO: Que así entonces, los policías actuaron conforme a las facultades concedidas por la ley, previa autorización del juez de garantía y, por consiguiente, los jueces que valoraron la prueba proveniente de dichas actuaciones no afectaron los derechos referidos en el recurso, motivos por los cuales el presente capítulo de la causal del arbitrio de nulidad impetrado debe ser desestimada.

DUODÉCIMO: Que, en relación a la primera causal subsidiaria del recurso de Angel Luciano Jofré Astorga, contemplada en el artículo 374 e) del Código Procesal Penal, esto es, “*cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)*”, esta Corte ha sostenido reiteradamente que toda sentencia criminal debe razonar observando las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científico aceptado y exponer los fundamentos para fijar los hechos relativos a la decisión adoptada y aplicar el derecho. Motivar la decisión sobre los hechos significa elaborar una justificación específica acerca de lo que se trata de reconstruir en base a elementos de prueba obtenidos contradictoriamente en la litis. Tal deber apunta no sólo a hacer inteligible la decisión, sino también a asegurar un modo de actuar racional en la fijación de las premisas fácticas del fallo.

DÉCIMO TERCERO: Que la exigencia de fundamentación también es consecuencia de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 36 del Código Procesal Penal, aplicable en la especie por ser común a todo tipo de resoluciones dictadas en el juicio oral. Estas exigencias derivan de la norma constitucional del inciso 6° del N° 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República que declara: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”, entre cuyas exigencias mínimas está la de fundamentación. De allí que el incumplimiento de dichas reglas autoriza la anulación, pues importa la causal del artículo 374, letra e), en concordancia con los artículos 342, letra c), y 297, todos del Código Procesal Penal.

DÉCIMO CUARTO: Que precisado lo anterior, cabe destacar que según se lee del fundamento trigésimo primero de la sentencia recurrida esta tuvo por establecido que el encartado Ángel Jofré Astorga incurrió en el delito de tráfico ilícito de drogas, atendido que “se probó que junto con la plantación, también tenía droga en su domicilio, a granel, en proceso de secado, lo que es reconocido por el acusado en su declaración. Esta tenencia o posesión de marihuana en su domicilio configura el contenido del verbo rector que tipifica el delito de tráfico de drogas, lo que está determinado porque la droga que se poseía estaba a granel como se dijo, en proceso de secado, o sea, estaba siendo preparada para su consumo, comercialización y distribución a terceros. Esto porque la droga fue encontrada en distintos envases, de vidrio, bolsas o cajas, lo que lleva a concluir que estaban en distintas etapas de procesamiento lo que permite al traficante disponer de ella con independencia del lugar en que se hubiese cultivado. En este caso, la cadena productiva

por parte de este acusado iba desde sembrar, cultivar y cosechar, para luego trasladar a su domicilio el producto y procesarlo para llevar la droga a granel que permite su distribución y comercialización, lo que se enmarca en el verbo rector de poseer propio del tráfico que tipifica el artículo 3 con relación al artículo 1° de la ley 20.000. Por último, la cantidad de droga encontrada a granel o en proceso para ser consumida en el domicilio del acusado, 3 kilos 378 gramos, también es indiciario de la intención de poseer para comercializar”. Producto de lo anterior, los sentenciadores concluyeron que “la marihuana encontrada en su domicilio si bien podría estimarse que provenía de la plantación que ha reconocido, el estado en que esta se encontraba, esto es, a granel y almacenada en bolsas y frascos, así como también la cantidad de 3 kilos 378 gramos y el hecho de haber sido trasladada hasta su domicilio llevan a concluir que se trata de un tráfico por tenencia de droga procesada”.

DÉCIMO QUINTO: Que lo antes relacionado permite concluir que en el fallo se consiguen los medios de prueba, su ponderación y las conclusiones que fluyen de ellos, como asimismo los hechos que con tales antecedentes se han tenido por probados y las consideraciones que al efecto han tenido presente los jueces, todo lo cual permite perfectamente reproducir el razonamiento conforme al cual arribaron a la decisión adoptada y que se contiene en sus conclusiones.

En ese orden de ideas, cabe señalar que la sentencia cuestionada explica los argumentos que conducen a adoptar su decisión de condena, conforme a las reglas de la sana crítica, conteniendo una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados en lo pertinente al tráfico ilícito de estupefacientes, así como la ponderación que se hizo de cada uno de los medios de prueba, adoptando las conclusiones de acuerdo a lo que dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal.

DÉCIMO SEXTO: Por ello, la circunstancia de no compartir los recurrentes las conclusiones del tribunal en cuanto a la fundamentación, es decir, la valoración de la prueba producida, no supone automáticamente su impugnación por esta vía, en donde se ha denunciado por las defensas una insuficiente e inconsistente análisis de la prueba rendida, extremos que no concurren pues quedó demostrado que las pruebas fueron efectivamente consideradas y adecuadamente valoradas, satisfaciendo 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., pág. 156, año 1928). sin contradecir aquellos parámetros, lo que permite rechazar los recursos por la causal prevista en el artículo 374 letra e) del mismo cuerpo legal.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en relación a la segunda causal subsidiaria del recurso propuesto por la defensa de Ángel Jofré Astorga, útil resulta reiterar que la sentencia recurrida tuvo por establecido que “en el interior de la pieza principal utilizada por Jofré Astorga, sobre un ropero ubicado a un costado de la cama, un arma de fuego tipo rifle, de marca CZ modelo 513 Farmer, sin número de serie visible, por cuanto éste se encontraba borrado y con mira telescópica, arma que se encontraba apta para el disparo y que poseía una munición de calibre .22 en su recámara y un cargador así mismo con 5 municiones calibre 22 largo. Posteriormente, y en la cocina del referido domicilio, detrás del refrigerador, sobre una tabla apoyada, se encontró una caja contenedora de 50 municiones de calibre

22 largo”.

DÉCIMO OCTAVO: Que, para un adecuado entendimiento de lo que debe resolverse es conveniente recordar que el delito de tenencia ilegal de municiones previsto y sancionado en el artículo 9 inciso 2° en relación al artículo 2 letra c) de la Ley de Control de Armas N° 17.798 se trata de una figura de peligro abstracto, que dará lugar a una antijuricidad material en la medida que se refiera a conductas que afecten bienes jurídicos relevantes.

DÉCIMO NOVENO: Que, en la especie, si bien es cierto que la caja contenedora de 50 municiones incautadas en poder del acusado Jofré Astorga, son de calibre 22 –al igual que el arma de fuego marca CZ modelo 513 que poseía una munición de calibre .22 en su recámara y un cargador 5 municiones del mismo calibre–, no es posible considerarla como una parte accesorio del arma incautada –como pretende la defensa– atendido que la caja además de ser encontrada en un lugar diverso del inmueble contenía un número de municiones que supera con creces la capacidad del cargador de la misma, de manera que aquella conducta por sí sola satisface el tipo penal descrito en el fundamento que antecede, al crear un riesgo para un número indeterminado de personas, por ser los cartuchos idóneos para ser disparados, siendo procedente la aplicación de una pena separada por su tenencia.

Por otra parte la jurisprudencia invocada por la defensa en apoyo de su tesis, además, de producir los efectos que establece el Art.3 del Código Civil; tampoco resulta atingente por referirse a un contexto fáctico diverso al de autos.

VIGÉSIMO: Que, conforme a lo que se viene razonando el arbitrio en examen será desestimado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Ángel Luciano Jofré Astorga, contra la sentencia dictada con fecha veintiséis de septiembre del año pasado y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1900415006-9, RIT 197-2021, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, los que, por ende, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Abuauad.

Rol N° 78858-21.

**UNIDAD
DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL
Y EXTRADICIONES**

TRAMITACIÓN DE LAS EXTRADICIONES ACTIVAS ANTE LAS CORTES DE APELACIONES

Daniel Soto Betancourt¹

INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Penal regula la tramitación de la etapa correspondiente a la extradición activa en su Título VI, párrafo 1°, artículos 431 al 439. En este título encontramos las normas procedimentales que regulan la extradición ante el Juzgado de Garantía y en la Corte de Apelaciones respectiva, quien, conociendo en única instancia, se pronuncia sobre la procedencia de la extradición. De esta forma, el Código Procesal Penal establece dos fases judiciales en la tramitación de este procedimiento².

En la práctica, esta distinción entre las dos etapas judiciales del procedimiento de extradición, ha generado algunas dificultades al momento de determinar cuál es el rol que les corresponde a los Juzgados de Garantía y a las Cortes de Apelaciones. Así, podemos ver en distintas resoluciones y fallos que, tanto los litigantes como las Cortes de Apelaciones, tienden a resolver con el estándar de una apelación a una medida cautelar. De este modo, las Cortes conocen como si tratara de un recurso y revisan nuevamente lo que ya se ha establecido por el Juzgado de Garantía.

Este problema puede deberse al tenor del artículo 432 del Código Procesal Penal que regula la tramitación ante el Juez de Garantía, estableciendo la necesidad de: formalizar al imputado ausente; acreditar la concurrencia de los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal; y declarar procedente pedir, en el país extranjero, la prisión preventiva y otra medida cautelar personal respecto del imputado.

Como se puede apreciar a primera vista, pareciera ser similar a una audiencia de formalización de la investigación con determinación de medidas cautelares, cuya resolución es apelable. Sin embargo, debemos preguntarnos, ¿se deben acreditar los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal para decretar una medida cautelar? O, ¿dicho

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

² SOTO BETANCOURT, Daniel. "El procedimiento de extradición ante la legislación chilena y su tramitación ante los juzgados de garantía". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2017, p. 94.

pronunciamiento tiene una finalidad distinta?, ¿es una audiencia de formalización de la investigación en los mismos términos del artículo 229 del Código Procesal Penal o corresponde a una institución con una finalidad distinta?

A este análisis, debemos incorporar lo que dispone el artículo 63 del Código Orgánico de Tribunales: “ Las Cortes de Apelaciones conocerán:

1° En única instancia:

d) De la extradición activa”.

Teniendo presente las normas antes indicadas, los elementos probatorios que deben acreditarse y que las Cortes conocen en única instancia, surge entonces la interrogante sobre qué es lo que debe resolver la Corte de Apelaciones. En efecto el artículo 433 del Código Procesal Penal³ no regula en detalle la tramitación ante las Cortes de Apelaciones, ni tampoco establece con precisión los requisitos que se deben cumplir para que los tribunales de alzada concedan la extradición, a diferencia de la regulación del procedimiento en los Juzgados de Garantía⁴.

El objetivo de este artículo es poder precisar los elementos que deben analizar las Cortes de Apelaciones en su rol como segunda fase judicial del procedimiento de extradición y determinar si les corresponde, o no, revisar las resoluciones del Juzgado de Garantía, ya sea en todo o parte de ellas.

RESOLUCIÓN DEL JUZGADO DE GARANTÍA

Para poder comprender de mejor forma la pregunta que pretende abordar este artículo, analizaremos brevemente los elementos que debe analizar el Juzgado de Garantía al momento de resolver la petición en la audiencia de extradición que se encuentra regulada en el artículo 432 del Código Procesal Penal, el cual dispone:

“Tramitación ante el juez de garantía. Se podrá formalizar la investigación respecto del imputado ausente, el que será representado en la audiencia respectiva por un defensor penal público, si no contare con defensor particular. Al término de la audiencia, previo debate, el juez de garantía accederá a la solicitud de extradición si estimare que en la especie concurren los requisitos del artículo 140. Si el juez de garantía diere lugar a la solicitud de extradición a petición del fiscal o del querellante, declarará la procedencia de pedir, en el país extranjero, la prisión preventiva u otra medida cautelar personal respecto del imputado, en caso de que se cumplan las condiciones que permitirían decretar en Chile la medida respectiva. Para que el juez eleve los antecedentes a la Corte de Apelaciones, será necesario que conste en el procedimiento el país y lugar en que el imputado se encontrare en la actualidad”.

³ “Artículo 433.- Audiencia ante la Corte de Apelaciones. Recibidos los antecedentes por la Corte de Apelaciones, ésta fijará una audiencia para fecha próxima, a la cual citará al ministerio público, al querellante, si éste hubiere solicitado la extradición y al defensor del imputado. La audiencia, que tendrá lugar con los litigantes que asistieren y que no se podrá suspender a petición de éstos, se iniciará con una relación pública de los antecedentes que motivaren la solicitud; luego, se concederá la palabra al fiscal, en su caso al querellante y al defensor”.

⁴ SOTO BETANCOURT, “El procedimiento de extradición ante la legislación chilena y su tramitación ante los juzgados de garantía”, ob. cit., págs. 95-96.

Del texto del articulado, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 433 del Código Procesal Penal sobre la audiencia ante la Corte de Apelaciones, esta norma detalla con precisión los puntos que deben ventilarse ante el Juzgado de Garantía. Así podemos identificar los siguientes:

- 1.- Formalización en ausencia;
- 2.- Concurrencia de los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal;
- 3.- Declarar la procedencia de pedir, en el país extranjero, la prisión preventiva u otra medida cautelar personal;
- 4.- Que conste en el procedimiento el país y lugar donde se encuentra el imputado;
- 5.- Si acoge la solicitud por cumplirse los requisitos anteriormente indicados, resuelve elevar los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva.

Si bien todos estos elementos fueron tratados previamente en otro artículo de este autor⁵, haremos una breve referencia a cada uno de ellos para poder comprender de mejor forma el rol de las Cortes de Apelaciones en un procedimiento de extradición.

1.- Formalización en ausencia

Es una institución distinta a la formalización de la investigación, cuya regulación se encuentra en diferentes normas y persigue otros objetivos.

En efecto, el artículo 229 del Código Procesal Penal define la formalización de la investigación como una comunicación que el fiscal hace al imputado sobre los hechos que se investigan en su contra y devienen los efectos contemplados en el artículo 233 del Código Procesal Penal, los que no se producen al momento de formalizar en ausencia⁶.

Por su parte la formalización en ausencia tiene su fundamento jurídico en el artículo 432 del Código Procesal Penal que sostiene que “se podrá formalizar al imputado ausente”. Dicha norma no especifica el objetivo de esta actuación, sin embargo, de acuerdo a la Historia de la Ley del Código Procesal Penal, y sin existir mayor discusión sobre este punto, dentro del Segundo Informe de la Comisión de Constitución se establece: “*Es dable consignar que, en el caso de la extradición activa, se permite formalizar la investigación en contra del imputado ausente para el efecto de pedir su extradición*”. Allí es donde encontramos el objetivo de esta diligencia, que es fijar los hechos por los cuales se está pidiendo la extradición, como garantía para el imputado ausente y para dar seguridad al Estado requerido sobre hechos por los cuales se solicita la extradición, todo ello de la mano del principio de especialidad⁷.

⁵ SOTO BETANCOURT, “*El procedimiento de extradición ante la legislación chilena y su tramitación ante los juzgados de garantía*”, ob. cit.

⁶ Sobre este punto profundizamos en Idem, págs. 103 y sgtes.

⁷ Este principio se funda en que una vez concedida la extradición de una persona por parte del Estado requerido, el Estado requirente no puede juzgarla por otro delito cometido con anterioridad a la extradición y que no estuviere comprendido dentro del pedido formal realizado por los canales oficiales. Idem, págs. 99 y sgtes. Ver también: CÁRDENAS, Claudia. “La extradición Pasiva en Chile”. En: *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2009*, N° 7, Santiago de Chile, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Octubre 2010, págs.- 7-8.

2.- Concurrencia de los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal

Sobre este punto, la norma es clara al sostener: “*el juez de garantía accederá a la solicitud de extradición si estimare que en la especie concurren los requisitos del artículo 140*”, dicho de otra forma, el Juez de Garantía accederá a dicha solicitud si se cumple el estándar que fija el artículo 140 del Código Procesal Penal, esto en especial, determinando si existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito y permitan presumir fundadamente la participación del imputado. En definitiva, el legislador establece un control de jurisdiccionalidad al momento de solicitar la extradición⁸.

3.- Declarar la procedencia de pedir, en el país extranjero, la prisión preventiva u otra medida cautelar personal

De la mano con el requisito anterior, el Juzgado de Garantía debe declarar la procedencia de pedirle al Estado requerido alguna medida cautelar, mientras se tramita el procedimiento de extradición pasiva en dicho país.

En esta parte de la resolución judicial, es importante comprender que el Juzgado de Garantía en su resolución si bien da por acreditados los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal, no decreta la prisión preventiva del imputado ausente, sino que realiza un control de jurisdiccionalidad y justifica que existen antecedentes serios para solicitar la extradición al otro Estado⁹.

Si las partes entienden que el Juzgado de Garantía ha decretado una medida cautelar, los alegatos y fundamentaciones irán en la línea de una apelación de cautelares y no en los distintos aspectos que deben acreditarse ante las Cortes de Apelaciones.

4.- Que conste en el procedimiento el país y lugar donde se encuentra el imputado

Podemos sostener que la jurisprudencia ha entendido que esta exigencia se cumple con la ubicación georeferencial en términos generales, toda vez que es necesario considerar la situación en la que se encuentra la persona requerida, quien está prófugo y justamente eludiendo la acción de la justicia, motivo por el cual es dable presumir que se mantendrá en constante movimiento¹⁰.

5.- Si acoge la solicitud por cumplirse los requisitos anteriormente indicados, resuelve elevar los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva

Finalmente la resolución que debe pronunciar el Juzgado de Garantía debe consignarse en el tenor del mismo artículo 432 del Código Procesal Penal: “*Que se declare la procedencia de pedir, en el país extranjero, la prisión preventiva u otra medida cautelar y elevar los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva*”.

⁸ Sobre este punto ver SOTO BETANCOURT, “*El procedimiento de extradición ante la legislación chilena y su tramitación ante los juzgados de garantía*”, ob. cit., págs. 116 y 117.

⁹ SOTO BETANCOURT, “*El procedimiento de extradición ante la legislación chilena y su tramitación ante los juzgados de garantía*”, ob. cit., págs. 116-117.

¹⁰ SOTO BETANCOURT, ídem, p. 119.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESOLUCIÓN DEL JUZGADO DE GARANTÍA

De acuerdo al artículo 432 del Código Procesal Penal, analizados los requisitos establecidos en esta norma, la resolución del Juez de Garantía se compone de dos partes:

- a) declarar la procedencia de pedir, en el país extranjero, la prisión preventiva u otra medida cautelar personal respecto del imputado, y
- b) Elevar los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva.

Si bien se analizan y dan por acreditados los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal, el Juez de Garantía no declara la prisión preventiva ni alguna medida cautelar en contra del imputado ausente, teniendo esta resolución un carácter meramente declarativo. Por ello, no es aplicable el estatuto jurídico de las medidas cautelares ni tampoco es apelable por dicha vía.

Luego, como segunda parte de esta resolución, el juez debe elevar los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva, ello con la finalidad de que se continúe el procedimiento en la segunda fase judicial.

Teniendo presente el contenido de esta decisión judicial, la cual acoge la solicitud de la Fiscalía sobre extradición activa, y lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Penal¹¹, podemos concluir que ella no es apelable. Esto porque la ley no lo señala expresamente y, además, tampoco pone término al juicio ni hace imposible su continuación. Por el contrario, al elevarse los antecedentes a la Corte de Apelaciones, se continúa el procedimiento en única instancia.

Habiendo identificado las partes de la resolución del Juzgado de Garantía, y al no existir norma expresa que establezca su naturaleza jurídica, podemos recurrir al artículo 435 del Código Procesal Penal, el cual dispone: “Finalizada la audiencia, **la Corte de Apelaciones resolverá en un auto fundado si debiere o no solicitarse la extradición del imputado**”.

En este sentido, si el legislador establece que la naturaleza jurídica de la resolución de la Corte de Apelaciones es un auto, podemos sostener que la resolución del Juzgado de Garantía comparte dicha naturaleza.

Para argumentar lo anterior, nos parece relevante recurrir al Código de Procedimiento Civil, que en su artículo 158 define y describe las resoluciones judiciales. Así, establece un concepto residual para los autos estableciendo que es “*la resolución que recae en un incidente no comprendido en el inciso anterior*”, es decir, resuelve un incidente sin establecer derechos permanentes para las partes. Esto trae como consecuencia que si bien el auto y la sentencia interlocutoria de primera clase resuelven incidentes, no adquiere nunca el efecto de cosa juzgada ni produce el desasimiento del tribunal, por lo que siempre son modificables¹².

11 Artículo 370.- Resoluciones apelables. Las resoluciones dictadas por el juez de garantía serán apelables en los siguientes casos: a) Cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días, y b) Cuando la ley lo señalare expresamente.

12 FIGUEROA, Juan Agustín y MORGADO, Erika. “Jurisprudencia, Competencia y Disposiciones comunes a todo procedi-

De lo anterior, surge como consecuencia, que la resolución del Juzgado de Garantía comparte la misma naturaleza jurídica que la de la Corte de Apelaciones que resuelve la solicitud de extradición. Lo que trae aparejado que al ser un auto, no produce cosa juzgada y una extradición, en el evento de ser rechazada, podrá ser solicitada nuevamente si se adjuntan nuevos antecedentes.

CONOCIMIENTO DE LA EXTRADICIÓN UNA VEZ ELEVADOS LOS AUTOS A LA CORTE DE APELACIONES RESPECTIVA

Terminada la audiencia, el Juez de Garantía resuelve elevar los antecedentes ante la Corte de Apelaciones respectiva para que se pronuncie sobre la solicitud de extradición.

Reafirmando nuestra postura que la Corte no “revisa” en apelación, ni de forma alguna, la resolución del Juzgado de Garantía, el mismo Código Orgánico de Tribunales en su artículo 63 establece que la Corte conoce de los procedimientos de extradición en única instancia. Con esto, deja claro que no constituye una segunda instancia en el proceso de extradición activa, sino más bien y como hemos definido, constituye una segunda fase judicial dentro de este procedimiento.

SEGUNDA FASE JUDICIAL EN EL PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN ACTIVA

Teniendo claro que la Corte conoce en única instancia, cabe determinar cuáles son los requisitos que deben ventilarse ante las respectivas Cortes de Apelaciones.

Como sostuvimos, a diferencia del artículo 432 del Código Procesal Penal que regula con precisión la audiencia y requisitos que deben acreditarse ante el Juzgado de Garantía, el artículo 433 del mismo cuerpo legal, dispone:

“Artículo 433.- Audiencia ante la Corte de Apelaciones. Recibidos los antecedentes por la Corte de Apelaciones, ésta fijará una audiencia para fecha próxima, a la cual citará al ministerio público, al querellante, si éste hubiere solicitado la extradición y al defensor del imputado. La audiencia, que tendrá lugar con los litigantes que asistieren y que no se podrá suspender a petición de éstos, se iniciará con una relación pública de los antecedentes que motivaren la solicitud; luego, se concederá la palabra al fiscal, en su caso al querellante y al defensor”.

Esta norma no establece los requisitos o elementos que deben resolver las Cortes, sino más bien fija cuestiones de forma o de estilo de la audiencia. Por ello, han sido las propias Cortes de Apelaciones, mediante su jurisprudencia, las que han determinado los requisitos que deben acreditarse en esta fase judicial.

Al respecto, los fallos de las Cortes han sido disímiles y no todas correctas a nuestro juicio. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Antofagasta en causa de extradición activa, Rol 217-2022 solicitada para cumplimiento de condena¹³, resuelve conceder la extradición

miento”. Colección de Tratados y Manuales. Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing, 2013, p. 205.

¹³ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 30 de marzo de 2022, Rol N°217-2022. Este fallo concede la extradición activa

requerida por la Fiscalía revisando parte de la resolución del Juzgado de Garantía:

“CUARTO: *Que en cuanto a la procedencia de la extradición activa, debe tenerse presente que se cumplen los requisitos de los artículos 431, 432 y 436 del Código Procesal Penal, pues la condenada Karen Paulina Rojo Venegas ha sido sancionada como autora del delito de fraude al Fisco a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, sin que se le otorgara pena sustitutiva alguna, de manera que corresponde abocarse a los demás requisitos, esto es, la concurrencia de los presupuestos del artículo 140 del Código Procesal Penal y la constancia en el procedimiento, del país y lugar en que el imputado se encontrare en la actualidad.*

QUINTO: *Que, de acuerdo con los antecedentes acompañados en la carpeta de investigación, especialmente del informe emitido por la Oficina Central Nacional de Interpol e informes de la Policía de Investigaciones sección extranjería consta que la condenada Karen Paulina Rojo Venegas, tomó vuelo desde Santiago con destino a Ámsterdam, Holanda, Países Bajos, el día 23 de marzo de 2022, llegando a ese destino el día 24 de este mes, sin registrar salidas del mismo a la fecha. Esta evidencia, en su valoración conjunta, aparece suficiente, en el estándar necesario para resolver la solicitud de extradición activa, conforme lo dispone el inc. final del art. 432 del Código Procesal Penal, atendido a que la información conocida permite presumir grave y directamente y así establecerlo como hecho de la causa, que actualmente la mencionada Karen Rojo Venegas se encuentra en la ciudad de Ámsterdam, en la medida que acreditado que ese era su lugar de destino, no existe elemento alguno que permita suponer que ello ha variado, no obstante las diversas diligencias policiales que se han practicado al efecto. Por cierto, cuando la ley se refiere al lugar en que se encuentra el extraditado no importa conocer un domicilio o residencia determinada, cuestión que –por cierto– haría casi inaplicable el instituto de la extradición de seguirse el nivel de prueba y determinación que ella pretende, pero, además, sin que se observe sentido alguno en exigir tal nivel de precisión. Sin perjuicio de lo dicho, **las normas dan cuenta que no es requisito determinar el lugar de residencia del extraditado, en la medida que el artículo 436 del Código Procesal Penal inciso segundo, pues si bien es un dato que debe ser incluido en la resolución que conceda la extradición, como la misma norma lo indica, siempre que sea un dato conocido, demostrando así que no reviste en el carácter de imprescindible.***

Además, y sin perjuicio de no haberse controvertido por la defensa, la existencia del delito y la participación de la imputada se encuentran acreditadas, todo con base en la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, resolución que se encuentra firme y ejecutoriada.

SEXTO: *Que conforme a lo previsto en el artículo 431 del Código Procesal Penal, para que proceda la extradición activa se requiere que se hubiere formalizado la investigación por un delito que tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año, respecto de un individuo que se encontrare en país extranjero, o bien, lo que importa en el caso sub iudice, puede requerirse con el objeto de hacer cumplir en el país una sentencia definitiva condenatoria a una pena privativa de libertad de cum-*

en contra de la imputada para el cumplimiento de la condena dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, en la causa RIT 147-2020 y RUC 1700480634-4, con fecha 18 enero de 2021, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autora del delito de fraude al fisco, sin que se le otorgaran penas sustitutivas.

plimiento efectivo superior a un año. Debe consignarse, además, que la pena impuesta no se encuentra prescrita, lo que tampoco fue sostenido por la defensa de la sentenciada.

OCTAVO: *Que, por otra parte, también es del caso considerar como fundamento normativo que hace procedente la solicitud de extradición activa, lo dispuesto en los artículos 17, 44 y demás pertinentes de la Convención de Las Naciones Unidas contra la corrupción, norma internacional que fue suscrita tanto por la República de Chile como por el Reino de los Países Bajos, siendo ambos Estados miembros, generando obligaciones recíprocas de cooperación y auxilio en la lucha contra delitos como el que justamente fue condenada la imputada, entre ellas la detención y extradición de personas para hacer efectiva su responsabilidad penal”.*

La Corte de Apelaciones en su considerando cuarto fija el alcance o requisitos que deben analizarse en esta segunda fase judicial. En efecto, la Corte sostiene: “*corresponde abocarse a los demás requisitos, esto es, la concurrencia de los presupuestos del artículo 140 del Código Procesal Penal y la constancia en el procedimiento, del país y lugar en que el imputado se encontrare en la actualidad”.*

En el considerando sexto, la Corte continúa con los requisitos que a su juicio debe pronunciarse y establece: “*Que conforme a lo previsto en el artículo 431 del Código Procesal Penal, para que proceda la extradición activa se requiere que se hubiere formalizado la investigación por un delito que tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año...”*; “*... Debe consignarse, además, que la pena impuesta no se encuentra prescrita, lo que tampoco fue sostenido por la defensa de la sentenciada”.*

Finalmente agrega en el considerando octavo: “*... lo dispuesto en los artículos 17, 44 y demás pertinentes de la Convención de Las Naciones Unidas contra la corrupción, norma internacional que fue suscrita tanto por la República de Chile como por el Reino de los Países Bajos, siendo ambos Estados miembros, generando obligaciones recíprocas de cooperación y auxilio...”.*

Teniendo presente lo razonado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, considera que en esta fase del procedimiento de extradición debe abocarse a:

- Cumplimiento de los presupuestos del artículo 140 del Código Procesal Penal;
- Constancia del país y lugar donde se encontrare el imputado;
- Que se hubiere formalizado la investigación por un delito que tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad mínima de un año;
- Que la pena impuesta no se encuentre prescrita, y
- Finalmente hace referencia a un tratado internacional suscrito por ambos países.

Siguiendo nuestra distinción de dos fases judiciales, los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal, el lugar y país y la formalización en ausencia, corresponde su análisis a los Juzgados de Garantía, ello de conformidad lo dispone el artículo 432 del citado cuerpo legal.

Respecto de la pena mínima o principio de mínima gravedad, nuestra legislación no es clara donde debe verificarse este requisito. En efecto, el artículo 431 del Código Procesal Penal, que introduce el procedimiento de extradición activa, indica que debe cumplirse con el requisito de mínima gravedad, sin explicitar si ello debe ser revisado por el Juzgado de Garantía o la Corte de Apelaciones respectiva. Recordemos que este principio implica que el delito tuviere señalado en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año (se refiere a pena en abstracto)¹⁴.

En relación a los requisitos de mínima gravedad, prescripción, así como los requisitos establecidos en los tratados internacionales sobre extradición que puedan vincular, la Corte de Apelaciones de Antofagasta considera que ellos son de su competencia.

Ahora, si bien este fallo es interesante y se pronuncia sobre aspectos muy relevantes sobre la extradición, como la interpretación que realiza sobre el lugar y país¹⁵, no compartimos todos los requisitos que establece la Corte sobre lo que debe ventilarse en esta audiencia.

Como se ha sostenido, entendemos que la extradición –al tratarse de un procedimiento especial¹⁶ y de única instancia– no corresponde que las Cortes revisen la resolución del Juzgado de Garantía, como ocurre en el fallo analizado. Consideramos que los requisitos a los cuales deben abocarse las Cortes son distintos y van en la línea de las exigencias que establecen los tratados internacionales que vinculen a los Estados o en su defecto a los Principios Generales del Derecho Internacional.

Para ello, citaremos un fallo de la Corte de Apelaciones de Iquique en causa Rol N 441-2021¹⁷ en procedimiento de extradición para solicitar al Estado Plurinacional de Bolivia, que resuelve analizar la solicitud de extradición fundando sus argumentaciones en el análisis de los requisitos establecidos en el tratado multilateral de extradición que une a ambos Estados.

En el considerando Primero, sostiene: *“Que según lo prescrito en el artículo 432 del Código Procesal Penal, como condición previa para determinar la procedencia de la extradición de un imputado, atañe al Juez de Garantía examinar la concurrencia de los requisitos que prevé el artículo 140 del mismo cuerpo legal”*.

Nos parece de relevancia destacar que la Corte razona en el sentido de que es un proce-

¹⁴ SOTO BETANCOURT, “El procedimiento de extradición ante la legislación chilena y su tramitación ante los juzgados de garantía”, ob. cit., ver principio de mínima gravedad, págs. 107-116.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 30 de marzo de 2022, Rol N°217-2022. *“Sin perjuicio de lo dicho, las normas dan cuenta que no es requisito determinar el lugar de residencia del extraditado, en la medida que el artículo 436 del Código Procesal Penal inciso segundo, pues si bien es un dato que debe ser incluido en la resolución que conceda la extradición, como la misma norma lo indica, siempre que sea un dato conocido, demostrando así que no reviste en el carácter de imprescindible”*. A pesar que nuestra interpretación es que este requisito debe ser analizado por el Juzgado de Garantía y no corresponde a las Cortes su revisión como segunda instancia, nos parece relevante este razonamiento, donde la Corte interpreta que no puede exigirse un lugar de residencia o domicilio, lo que va en línea con la naturaleza intrínseca de un procedimiento de extradición, cual es buscar un sujeto que se encuentra actualmente en fuga y difícilmente tendrá un domicilio fijo y conocido.

¹⁶ El legislador regula este procedimiento en el Libro IV sobre Procedimientos Especiales y Ejecución del Código Procesal Penal.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Iquique, 27 de octubre de 2021, Rol N 441-2021 Penal.

dimiento de única instancia y que no debe enfocarse en la revisión de la resolución del Juzgado de Garantía. En efecto, sostiene expresamente que los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal corresponden al Juez de Garantía y, de hecho, no vuelve a analizar los antecedentes que se tuvieron en consideración por el juez para darlos por acreditados.

Continúa la Corte en su considerando Quinto señalando: “*Que en cuanto a la legislación internacional sobre esta materia, la Convención sobre Extradición celebrada en Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933, ratificada por Chile y Bolivia, dispone en su artículo 1° que los Estados se obligan a entregar, según normas de la Convención, al Estado que lo requiera a los individuos que se hallen en su territorio y estén acusados o hayan sido sentenciados, siempre que concurren las siguientes circunstancias:*

- a) Que el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso que se imputa al individuo reclamado;*
- b) Que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de libertad;*
- c) Que no se trate de un delito de carácter político; y*
- d) Que la acción penal emanada del delito pesquisado no se encuentre prescrita”.*

En el mencionado fallo la Corte analizó los requisitos establecidos en el tratado multilateral de extradición de Montevideo, los cuales no se encuentran establecidos en nuestra legislación, pero que son necesarios de corroborar previo al envío de la solicitud de extradición al Estado requerido.

Así las cosas, la prescripción; pena mínima; que el delito sea extraditable y que no corresponde a delitos políticos o conexos, son requisitos que no se encuentran establecidos expresamente en el Código Procesal Penal. Sin embargo, deben cumplirse, ya que el Estado requerido no analizará si el pedido cumple con nuestra legislación nacional, sino más bien, si se cumplen los requisitos establecidos en los tratados de extradición.

De esta forma, en la segunda fase judicial del procedimiento de extradición activa, las Cortes deben analizar los requisitos establecidos en los tratados internacionales sobre extradición que vinculen a Chile con el Estado requerido. Esto podrá ser, ya sea a través de tratados bilaterales de extradición, así como multilaterales que contengan normas de extradición que puedan invocarse¹⁸.

Ahora, en aquellos casos en que no existan tratados que puedan invocarse para solicitar la extradición, las Cortes han resuelto que la solicitud debe resolverse de conformidad los Principios Generales del Derecho Internacional, por lo que en estos casos corresponderá determinar la concurrencia de ellos¹⁹.

¹⁸ En el caso de tratados multilaterales de extradición, se encuentran aquellos específicos como el Tratado de Extradición de Montevideo de 1933 y el Acuerdo Sobre Extradición Entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Chile como el Estado Plurinacional de Bolivia. Además, a falta de tratado específico de extradición, pueden usarse otros Tratados ampliamente ratificados por los Estados y que contienen normas sobre extradición, por ejemplo, la Convención de Palermo sobre Delincuencia Organizada Transnacional, Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, entre otras.

¹⁹ SOTO BETANCOURT, “*El procedimiento de extradición ante la legislación chilena y su tramitación ante los juzgados de*

Sobre este punto existe nutrida jurisprudencia de la Corte Suprema en procedimientos de extradición pasiva. Por ejemplo, en causa Rol N° 94.999-2016, en extradición pasiva requerida por la República Italiana, la Ministra Instructora concluye que al no existir tratado de extradición entre ambos Estados (a esa fecha²⁰), debíamos recurrir a los Principios Generales del Derecho, los que eran extrapolables desde el Código de Derecho Internacional Privado y la Convención de Extradición de Montevideo.

Así sostiene: *“Tercero: Que entre las Repúblicas de Italia y Chile no existe tratado bilateral sobre la materia en estudio, por lo que el presente asunto deberá resolverse de acuerdo a los principios generales de derecho internacional consagrados en las normas contenidas en el Código de Derecho Internacional Privado y la Convención sobre Extradición suscrita en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, como también las reglas y exigencias objetivas contempladas en nuestra legislación procesal penal.*

Según ha precisado la jurisprudencia, en ausencia de tratados vigentes, los principios de Derecho Internacional que deben respetarse se refieren a la existencia de doble incriminación, la mínima gravedad de la pena, jurisdicción del tribunal requirente para juzgar el hecho, existencia de delitos no prescritos, debidamente tipificados, comunes y no políticos ni conexos, requisitos a los cuales se refirió el Ministerio Público en la audiencia de rigor y cuyo cumplimiento es indiscutible en este caso, habiéndose acompañado copia legalizada de las leyes que tipifican y sancionan el delito, constatándose que se trata de conductas tipificadas como ilícitas en las legislaciones de ambos países con penas que exceden con creces el plazo mínimo de un año de privación de libertad. Se ha cumplido igualmente con la exigencia contemplada en el artículo 449, letra a) del Código Procesal Penal, en la medida que se ha establecido suficientemente la identidad del reclamado. De este modo, se tiene por cumplidos los requisitos de forma exigidos por la costumbre internacional para hacer procedente la extradición pasiva, restando sólo analizar la concurrencia de los requisitos previstos en las letras b) y c) del citado artículo 449 del Código Procesal Penal”²¹.

Por su parte, las Cortes de Apelaciones también cuentan con amplia jurisprudencia sobre lo que debe entenderse por estos principios. Como ejemplo, haremos referencia a un fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua, que se pronuncia sobre una solicitud de extradición activa a solicitar a la República Federal de Alemania. Al respecto, la Corte interpreta y fija los Principios Generales del Derecho, y sigue la línea jurisprudencial de la Corte Suprema, recurriendo al Tratado de Extradición de Montevideo y al Código de Bustamante, considerándolos como cuerpos normativos bases en esta materia.

De esta forma, la Corte sostiene:

“CUARTO: *Que, debe tenerse presente que entre Chile y Alemania no existe ningún tratado de extradición, de forma tal que la solicitud deberá ser resuelta a la luz de los principios del Derecho Internacional que regulan esta materia, entendiéndose por tales principios, las normas fundamentales aceptadas en general por la comunidad internacional y recogidas*

garantía”, ob. cit., p. 96.

²⁰ Con fecha 04 de agosto de 2017 se publicó en el Diario Oficial de Chile el Tratado de Extradición entre la República de Chile y la República Italiana.

²¹ Corte Suprema de Chile, 27 de mayo de 2017, Rol N° 94.999-2016.

en diversos tratados y convenciones.

En ese sentido, dichos principios se encuentran manifestados en el Código de Bustamante y en la Convención sobre extradición de Montevideo, suscrita en la VII Conferencia Internacional Americana, instrumento fue ratificado por Chile el 02 de Julio de 1935. Así las cosas, los principios recogidos por las convenciones precedentemente descritas, corresponden a los siguientes:

- a) *Que el Estado que formula la solicitud de extradición, tenga jurisdicción para conocer del hecho que motiva la misma;*
- b) *Que la imputación formulada al sujeto respecto de quien se solicita la extradición, revista los caracteres de delito, tanto en la legislación del país requirente como en la del Estado requerido, lo que dichas convenciones recogen con el nombre de “**principio de doble incriminación**”;*
- c) *Que la pena asignada a los hechos imputados, sea mayor a un año de privación de libertad, lo que se denomina “principio de la mínima gravedad” y que nuestra legislación recoge expresamente en el artículo 431 del Código Procesal Penal relativo a la extradición activa;*
- d) *Que esté autorizada o acordada la prisión preventiva del procesado, si no hubiere aún sentencia firme, cuestión que se encuentra establecida en el inciso segundo del artículo 432 del Código de Marras;*
- e) *Que no se trate de delitos políticos o de aquellos que les sean conexos, según la calificación del Estado requerido;*
- f) *Que la acción penal no se encuentre prescrita, conforme a las leyes del Estado requirente y requerido;*
- h) *Que la extradición no haya sido negada anteriormente por el mismo delito”²².*

Este fallo sigue la línea de los pronunciamientos de distintas Cortes a nivel nacional, estableciendo los requisitos de la extradición conforme los Principios Generales del Derecho Internacional²³. Como se puede desprender a primera vista, los tratados internacionales establecen requisitos similares y podemos resumirlos, en general, como los siguientes:

- a) Que el Estado requirente tenga jurisdicción para conocer el delito;
- b) Principio de doble incriminación;
- c) Principio de mínima gravedad;
- d) Se acompañe orden de detención nacional en contra del requerido;
- e) Que los hechos no sean constitutivos de delitos políticos ni conexos;
- f) Que la acción penal o la pena no se encuentren prescritos conforme a la legislación de ambos Estados, requirente y requerido, y

²² Corte de Apelaciones de Rancagua, 07 de enero de 2017, Rol N° 852-2016.

²³ Para ello ver otros fallos, tales como: Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de agosto de 2011, Rol Corte N° 1.667-2011; en el mismo sentido Corte Suprema, 02 de mayo de 2016, Rol N° 37.531-2015.

g) Que no haya sido denegada por los mismos hechos.

Estos son los requisitos que, a nuestro entender, deben abocarse a su conocimiento las Cortes de Apelaciones y que se contemplan de una u otra forma en los tratados de extradición. Recordemos que una vez que la Corte da por acreditados los requisitos para conceder la extradición, debe remitir lo que se puede denominar “*cuaderno o expediente de extradición*”²⁴, en el cual debe incluir copia de las normas legales que acrediten ciertos requisitos. Así deberá acompañar las normas que justifican la jurisdicción, el tipo penal y su pena, normas sobre prescripción. A continuación analizaremos los requisitos en particular:

a) Que el Estado requirente tenga jurisdicción para conocer el delito

Para cumplir este requisito debe justificarse que el Estado de Chile tiene jurisdicción para conocer los hechos por los que se solicita la extradición. De esta forma, la Corte cumpliría acompañando las normas del Código Penal, que básicamente recogen el principio de territorialidad.

Para ello recordemos lo que se entiende por este principio, el cual le otorga jurisdicción a los Estados para perseguir penalmente los delitos cometidos dentro de su territorio jurisdiccional, independiente de la nacionalidad del autor²⁵. Esto se encuentra consagrado en el artículo 5° del Código Penal que dispone:

“La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código”.

Así, todos los delitos cometidos dentro del territorio de la República de Chile, incluyendo el mar territorial y adyacente, son de su competencia y por tanto, tiene jurisdicción para conocer de ellos, investigarlos, perseguirlos y sancionarlos.

Sin embargo, la jurisdicción no solamente se otorga para conocer delitos cometidos dentro del territorio chileno, sino además, existirá competencia para conocer delitos cometidos fuera del territorio de la República, tal como lo dispone el artículo 6° del Código Penal, el cual señala:

“Los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley”.

Este artículo establece como regla general que los delitos cometidos fuera del territorio chileno, no son perseguibles por las autoridades chilenas, y por tanto, nuestro país no tiene jurisdicción para conocer de ellos, salvo, los casos establecidos por ley. Esto se refiere particularmente al Código Orgánico de Tribunales, que establece la extraterritorialidad de la ley penal y constituye una excepción al principio de la territorialidad. Al efecto, esta norma establece un catálogo de delitos que se cometen fuera del territorio chileno, pero que son de jurisdicción de Chile (ver artículo)²⁶.

24 SOTO BETANCOURT, Daniel. “La orden de detención nacional y su rol en el procedimiento de extradición activa”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 75, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2019, p. 168.

25 GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2013, Tomo I, p. 130.

26 Art. 6°. Quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la

b) Principio de doble incriminación

Este principio implica que el hecho investigado debe ser constitutivo de delito tanto en la legislación del Estado requirente, así como la del Estado requerido. Naturalmente y como sostiene la Profesora Claudia Cárdenas, que *“un Estado tendrá interés en cooperar con otro en obtener el castigo penal de una conducta sólo si esta es considerada punible por ambos. Esta idea es recogida en los tratados bilaterales, en el art. 353 del Código de Bustamante y en el art. 1 letra b) de la Convención de Montevideo”*²⁷.

Una de las principales dificultades prácticas que se presenta ante las Cortes de Apelaciones, es que muchas de ellas requieren acreditar la doble incriminación en esta instancia jurisdiccional. Ello nos parece un error, toda vez que ni la Fiscalía ni los tribunales chilenos son expertos en derecho extranjero, por lo que no es necesario probar por parte de la Fiscalía la legislación penal vigente del Estado requerido. De exigirse, ello implica una tremenda dificultad práctica, por cuanto, ¿cómo podría el fiscal obtener la legislación penal vigente a ese momento?

República que a continuación se indican:

- 1°) Los cometidos por un agente diplomático o consular de la República, en el ejercicio de sus funciones;
- 2°) La malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, el cohecho, cometidos por funcionarios públicos chilenos o por extranjeros al servicio de la República y el cohecho a funcionarios públicos extranjeros, cuando sea cometido por un chileno o por una persona que tenga residencia habitual en Chile;
- 3°) Los que van contra la soberanía o contra la seguridad exterior del Estado, perpetrados ya sea por chilenos naturales, ya por naturalizados, y los contemplados en el Párrafo 14 del Título VI del Libro II del Código Penal, cuando ellos pusieren en peligro la salud de habitantes de la República;
- 4°) Los cometidos, por chilenos o extranjeros, a bordo de un buque chileno en alta mar, o a bordo de un buque chileno de guerra surto en aguas de otra potencia;
- 5°) La falsificación del sello del Estado, de moneda nacional, de documentos de crédito del Estado, de las Municipalidades o de establecimientos públicos, cometida por chilenos, o por extranjeros que fueren habidos en el territorio de la República;
- 6°) Los cometidos por chilenos contra chilenos si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquirió;
- 7°) La piratería;
- 8°) Los comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias;
- 9°) Los sancionados por la ley 6.026 y las que la han modificado, cometidos por chilenos o por extranjeros al servicio de la República;
- 10°) Los sancionados en los artículos 366 quinquies, 367 y 367 bis N° 1, del Código Penal, cuando pusieren en peligro o lesionaren la indemnidad o la libertad sexual de algún chileno o fueren cometidos por un chileno o por una persona que tuviere residencia habitual en Chile; y el contemplado en el artículo 374 bis, inciso primero, del mismo cuerpo legal, cuando el material pornográfico objeto de la conducta hubiere sido elaborado utilizando chilenos menores de dieciocho años;
- 11°) Los sancionados en el artículo 62 del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, cuando afectaren los mercados chilenos;
- 12°) Los delitos cometidos por chilenos, que se encuentran comprendidos en los artículos 34 y 35 de la Ley que Implementa la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción y la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Biológicas (Bacteriológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción.

27 CÁRDENAS, Claudia, ob. cit., págs. 10-12.

Es por lo anterior que sostenemos que ello no debe probarse en esta etapa de la extradición. Ello porque si es concedida por la Corte, la solicitud es remitida al Estado requerido, quien comienza un procedimiento de extradición pasiva. Para su análisis, el otro Estado tendrá en su poder el cuaderno o expediente de extradición, enviado por Chile, el que debe contener las normas penales que sancionan el delito en Chile, acompañado por la correspondiente traducción al idioma local si fuere necesario, y será el juez o autoridad competente del otro Estado, quien teniendo a la vista las normas chilenas, deberá analizar si el hecho por el cual se solicita la extradición es delito también en su propio Estado.

En este sentido, nos parece muy pertinente el análisis que realiza la Corte de Apelaciones de Iquique, quien sostiene:

“QUINTO: ... En cuanto a que el hecho sea punible por las leyes del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de libertad, es del caso señalar que cuando se alude al Estado requerido es claro que la solicitud de extradición activa ya se efectuó al país de refugio del solicitado, por lo que la constatación de esta exigencia le corresponde a ese mismo Estado. Ello se evidencia del espíritu de la Convención sobre Extradición, cual es el de establecer un sistema ágil y eficiente de cooperación internacional en materia de investigación de delitos, de manera que respecto de este texto internacional, también aparecen cumplidos los requisitos para solicitar la extradición activa.

SEXTO: Que en consecuencia, tal como se advierte de la legislación nacional y de los tratados invocados, resulta claro que es el Estado que recibe la solicitud de extradición de un individuo nacional o extranjero que se encuentra en su territorio, quien deberá analizar y estudiar los antecedentes que se le presenten a fin de constatar que se trata de un delito en ambas legislaciones y si se cumple el principio de la mínima gravedad en cuanto a la pena impuesta también en ambas legislaciones”²⁸.

La Corte, siguiendo la lógica planteada, realiza un análisis bastante práctico que no solamente la doble incriminación debe ser analizada en el Estado requerido, sino también si la pena en dicho Estado cumple con el principio de mínima gravedad.

Sostenemos que esta interpretación es la correcta, además, porque la propia Corte Suprema en recurso de queja en un procedimiento de extradición activa, en contra de una resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco, resuelve acogerlo, al sostener que el derecho extranjero no debe probarse. Al respecto la Corte Suprema sostiene:

*“DÉCIMO: Que, lo mismo se deduce de los artículos 433 a 435, y se grafica con mayor propiedad en el artículo 436, todos del Código Procesal Penal, que se pone en el supuesto que de acogerse por la Corte de Apelaciones la solicitud de extradición activa, en lo que respecta a los **antecedentes que deben remitirse al Ministerio de Relaciones Exteriores**, éstos consistirán en copia de la resolución respectiva, pidiendo que se practiquen las gestiones diplomáticas que fueren necesarias para obtener la entrega del sujeto, acompañando reproducciones de la formalización de la investigación formulada, de los antecedentes que la motivaron y de la propia decisión, **así como los textos legales que tipificaren y sancionaren el delito, de los referentes a la prescripción de la acción, y toda la información conoci-***

²⁸ Corte de Apelaciones de Iquique, 27 de octubre de 2021, Rol N° 441-2021 Penal.

da sobre la filiación, identidad, nacionalidad y residencia del imputado, sin expresar nada respecto de similar exigencia sobre los mismos antecedentes en relación a la legislación del país de refugio del formalizado, los que se entienden que sólo serán controlados en el momento en que se reciba la solicitud por el gobierno del país requerido (Ecuador), quien deberá remitirla a la autoridad judicial respectiva, para que ésta proceda –en esa oportunidad–, a efectuar el análisis de rigor relativo a la doble incriminación y la mínima gravedad del hecho, época en la que conforme ya se dijo, se le acompañará la legislación chilena, para compararla con la propia, situación que ante la falta de texto expreso no puede ser adelantada oficiosamente.

DÉCIMO CUARTO: *Que, en este sentido, como se ha analizado, aparece evidente que los recurridos al fundar su decisión en cuestiones que exceden los términos exigidos por la ley, vulneraron una frontera infranqueable en el ejercicio de sus atribuciones, con lo que incurrieron en falta y abuso grave a las reglas del debido proceso, que autoriza a este tribunal para hacer uso de las facultades disciplinarias que le acuerda el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, lo que conduce a acoger el recurso.*

DÉCIMO QUINTO: *Que, a mayor abundamiento, la conclusión precedente armoniza con las modificaciones que en su oportunidad se formularon a la legislación procesal nacional sobre el procedimiento y competencia para las extradiciones activas en el sentido de establecer un sistema ágil y eficiente de cooperación internacional. Exigir la prueba del derecho extranjero para la situación específica del caso sublite es contrario a la letra y espíritu de las normas que actualmente regulan esta materia.*

*Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, **SE ACOGE** el recurso de queja formalizado en lo principal de la presentación de fojas 15 a 22, y poniendo pronto remedio al mal que lo motiva, **SE ANULA** la vista de la causa efectuada ante la Corte de Apelaciones de Temuco, en el Rol No 199-2010, el ocho de abril de dos mil diez, y se repone la causa al estado que el referido Tribunal de Alzada, integrado por jueces no inhabilitados, proceda a celebrar una nueva audiencia en la cual se discutan y resuelvan, conforme a derecho, las materias propuestas por el Ministerio Público... ”²⁹.*

En este fallo la Corte Suprema resuelve claramente esta dificultad que se presenta en muchas oportunidades ante las Cortes que exigen la prueba del derecho extranjero, lo que no sería procedente durante el procedimiento de extradición activa.

c) Principio de mínima gravedad

Este principio se encuentra consagrado en los tratados internacionales y en nuestra legislación en el artículo 431 del Código Procesal Penal, en virtud del cual la extradición solo procede tratándose de delitos graves y respecto de conductas particularmente reprobables en el sistema penal³⁰. Por ello, sostiene Cárdenas, que debemos recurrir a la naturaleza y duración de la pena como principal indicador de la gravedad que un Estado

²⁹ Corte Suprema, 26 de julio de 2010, Rol N° 2642-10.

³⁰ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Fundamentos y límites constitucionales del derecho penal positivo*. 3ª edición, Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing Chile, 2015, p. 403.

le asigna a un hecho delictivo³¹.

Este requisito dependerá si la solicitud de extradición es para juzgamiento o para cumplimiento de condena. Respecto de la segunda situación, no reviste mayores complicaciones porque habrá que estarse a la pena impuesta por la condena y ella debe ser superior a un año y privativa de libertad³².

Cuando la solicitud sea para juzgamiento, surge una dificultad al momento de determinar cuál es la pena mínima, considerando que nuestro sistema de penas se encuentra establecido en base a grados compuestos de penas y no por un sistema de días o años.

Por ello, se ha sostenido que se cumple el requisito de la mínima gravedad respecto de delitos que son sancionados con una pena mínima de presidio menor en su grado mínimo a medio. Ello porque en este caso, la pena mínima constituye el grado inferior –esto es el presidio menor en su grado mínimo– el cual abarca la penalidad mínima de un año requerido³³.

Respecto de esta postura, ella ha sido refrendada por la jurisprudencia, así la Corte de Apelaciones de Valdivia, conociendo de una apelación de la Fiscalía de Río Bueno por el rechazo de una solicitud de extradición por parte del Juzgado de Garantía de dicha ciudad por no cumplir con la pena mínima, se pronuncia:

“Octavo: Que, de conformidad a lo prescrito en el artículo 432 del Código Procesal Penal, con fecha 26 de abril de 2019, en el Juzgado de Garantía de Río Negro se llevó a efecto la audiencia de formalización de Z.R.W., quien estuvo ausente en ella, siendo representado por la defensora penal pública designada, doña Sandra Verónica Zamora Oyarzún. El Ministerio Público formalizó la investigación en su contra por la participación que le cabe como autor del delito de maltrato animal contemplado en el artículo 291 bis del Código Penal en carácter de reiterado. En esa audiencia se solicitó por el ente persecutor la extradición activa, denegando el Juez de Garantía tal solicitud por estimar que no se cumple el requisito de tratarse de un delito que tenga señalada una pena privativa de libertad cuya duración mínima exceda de un año, pues conforme al art. 291 bis del Código Penal, este delito tiene asignada una pena en abstracto que va de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de 2 a 30 unidades tributarias mensuales, es decir, se trata de un delito que en abstracto parte de 61 días de presidio menor en su grado mínimo y en ese contexto no se cumple con el requisito.

Noveno: Que el artículo 431 del Código Procesal Penal, según ya se consignó, establece que para la procedencia de la extradición debe tratarse de un delito que “...tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año...” Corresponde, entonces preguntarse: ¿se encuadra la penalidad del maltrato animal en el principio de gravedad mínima que subyace en el procedimiento de extradición? La respuesta es, en opinión de esta Corte, afirmativa. El delito por el cual se formalizará al Sr W. se encuentra

³¹ Cárdenas, ob. cit., p. 14.

³² Respecto de la pena privativa de libertad y cumplimiento efectivo, ver: SOTO BETANCOURT, “El procedimiento de extradición ante la legislación chilena y su tramitación ante los juzgados de garantía”, ob. cit., págs. 113-116.

³³ Para una explicación más detallada sobre esta interpretación, ver: SOTO BETANCOURT, Idem, págs. 107-112.

sancionado con una pena que consta de dos grados (partiendo en presidio menor en su grado mínimo a medio). Según lo dispone el artículo 57 del Código Penal, “cada grado de una pena divisible constituye pena distinta” y por su parte el 58 establece “en los casos en que la ley señala una pena compuesta de dos o más distintas, cada una de éstas forma un grado de penalidad, la más leve de ellas el mínimo y la más grave el máximo”, por tanto, el grado menor constituye la pena mínima, que en este caso es el presidio menor en su grado mínimo, que abarca desde 61 a 540 días, el cual contempla dentro de su extensión el año de duración (365 días), cumpliéndose por tanto este requisito.

Se comparte, entonces, la tesis de la Fiscalía que tiene sustento en las normas citadas, en cuanto a que la pena a considerar es la señalada en la ley al delito, por consiguiente, es pena en abstracto y no puede concluirse que la pena mínima es de 61 días, ya que ello implicaría que estamos haciendo un análisis en concreto³⁴.

Sin perjuicio, que este principio se encuentra regulado en el artículo 431 del Código Procesal Penal, existen leyes especiales que hacen extraditables los delitos contenidos en ella, sin referencia expresa a una pena mínima, así lo establecen el artículo 48 de la Ley N° 20.000³⁵ y el artículo 33 de la Ley N° 19.913³⁶.

También es importante considerar que si la extradición requerida estuviere referida a delitos diversos, bastará con que uno de los mismos satisfaga la exigencia de mínima gravedad para que pueda solicitarse la extradición activa incluso respecto de aquellos que no cumplan con dicho requisito.

Procederá igualmente la extradición activa respecto de los delitos previstos en acuerdos bilaterales o multilaterales en vigor entre el Estado requirente y el Estado requerido³⁷. Por ejemplo, existen tratados de extradición que contemplan catálogos de delitos extraditables y debe estarse a dicho listado por sobre la pena impuesta para sancionarlos. Dentro de ellos encontramos, la Convención de Extradición entre Chile y Bélgica y el Tratado de Extradición entre Chile y Colombia de 1914. Sin perjuicio de ello, debemos sostener que la tendencia internacional es considerar el principio de mínima gravedad por sobre listados taxativos de delitos, lo que viene en limitar la cooperación internacional entre Estados al no contemplar en sus listas tipos penales nuevos que han ido surgiendo con los tiempos, como por ejemplo, todos aquellos que dicen relación con cibercriminalidad.

Prueba de ello es la regulación internacional en materia de extradiciones entre Chile y Estados Unidos de América, quienes se encontraban vinculados por un tratado bilateral de 1900, el cual establecía un catálogo de delitos, dejando fuera delitos graves no contemplados en el tratado. Con fecha 18 de abril de 2017 se publica el nuevo Tratado de Ex-

34 Corte de Apelaciones de Valdivia, 22 de mayo de 2019, Rol N° 375-2019.

35 Artículo 48, Ley 20.000.- “Los delitos de esta ley serán susceptibles de extradición, tanto activa como pasiva, aun en ausencia de reciprocidad o de tratado sobre la materia”.

36 Artículo 33, Ley 19.913.- “Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, serán aplicables respecto de los delitos establecidos en los artículos 27 y 28, todas las normas de la ley N° 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas...”.

37 Oficio del Fiscal Nacional, FN N 227/2021 de fecha 24 de marzo de 2021 que establece Instrucción General que imparte criterios de actuación del Ministerio Público en materia de Cooperación Internacional, p. 4.

tradición entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América. Este Tratado en su artículo 2, contempla el principio de mínima gravedad, eliminando el catálogo de delitos que regulaba el tratado anterior. Así, establece los delitos que dan lugar a la extradición, numeral 2.2: “*si es punible conforme a la legislación de ambos Estados con pena de privación de libertad por un plazo máximo mayor de un año o con una pena más severa*”³⁸.

d) Se acompañe orden de detención nacional en contra del requerido

Este punto nos parece interesante. La mayoría de los fallos no contemplan este requisito como aquellos exigidos por los tratados internacionales. Sin embargo, es de gran relevancia entender que es un requisito establecido en ellos y que, por tanto, debe cumplirse y acompañarse al expediente de extradición.

La mayoría de los tratados internacionales establecen la necesidad de acompañar una orden de detención. Así por ejemplo, el Tratado de Extradición de Montevideo, establece en su artículo 5° letra b) que se debe acompañar una copia auténtica de la orden de detención. Por su parte el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR, en su artículo 18 numeral 2, sostiene que debe acompañarse copia de la orden de prisión o su equivalente, al igual que el Código de Bustamante en el artículo 365, el cual indica que debe acompañarse el auto de prisión o un documento de igual fuerza³⁹.

De esta forma, es importante que se tenga presente que debe existir una orden de detención a nivel nacional, emanada por el Juez de Garantía competente⁴⁰.

e) Que los hechos no sean constitutivos de delitos políticos ni conexos

Con este requisito debemos entender que la extradición será solicitada solamente respecto de delitos “comunes”, pero no así en los calificados como “políticos”, ello a pesar de que la institución de la extradición justamente nació para extraditar delitos de ese carácter⁴¹.

Al decir de la Profesora Cárdenas, para distinguir entre delitos comunes y delitos políticos se distinguen tradicionalmente dos criterios: uno subjetivo y uno objetivo. El subjetivo, se enfoca en los fines perseguidos por el agente si el fin es político o altruista, por otro lado, siguiendo el criterio objetivo, debemos estar a la naturaleza del derecho lesionado. Nuestra jurisprudencia ha seguido una teoría ecléctica, exigiendo ambos requisitos: en

³⁸ Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América, publicado en el Diario Oficial con fecha 18 de abril de 2017.

³⁹ En el mismo sentido, se establece en la mayoría de los tratados bilaterales de extradición que Chile ha firmado con otros Estados. Ver como ejemplos: Tratado de Extradición entre la República de Chile y la República de Perú de 1932, artículo XII; Tratado de Extradición entre la República de Chile y República de Ecuador de 1899, artículo 3; incluso los más modernos como: Tratado de Extradición entre la República de Chile y la República Italiana y su Protocolo Adicional del año 2002, artículo X; Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América de 2013 en el artículo 8 numeral 3, letra a.

⁴⁰ Para un mayor análisis sobre el rol de la orden de detención en el procedimiento de extradición activa y los problemas que genera la interpretación de la orden de detención nacional en este procedimiento, ver: SOTO BETANCOURT, “*La orden de detención nacional y su rol en el procedimiento de extradición activa*”, ob. cit.

⁴¹ GARRIDO, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, Tomo I, p. 148.

lo objetivo se requiere lesión o peligro para la organización política o la normalidad constitucional; en lo subjetivo se debe actuar con móviles altruistas y patrióticos⁴².

f) Que la acción penal o la pena no se encuentren prescritos conforme a la legislación de ambos Estados, requirente y requerido

Como vemos de la redacción de las Convenciones o tratados internacionales sobre extradición tanto la acción penal como la pena, no deben estar prescritas ni en el Estado requirente ni en el Estado requerido.

Así, por ejemplo, la Convención de Extradición del MERCOSUR, en su artículo 9 señala: “No se concederá la extradición cuando la acción o la pena estuvieren prescritas conforme a la legislación del Estado Parte requirente o del Estado Parte requerido”. En el mismo sentido, la Convención de Extradición de Montevideo en su artículo III letra a, sostiene: “Cuando estén prescritas la acción penal o la pena, según las leyes del Estado requirente y del requerido con anterioridad a la detención del individuo inculpado”.

En este caso, ocurre algo similar a lo que ocurre con el principio de doble incriminación y este análisis debe realizarse en el Estado requerido. Al respecto la misma Convención de Extradición de Montevideo en su artículo IV, resuelve que: “La apreciación del carácter de las excepciones a que se refiere el artículo anterior corresponde exclusivamente al Estado requerido”.

Es por ello, que debemos precisar que el Estado requirente –en este caso Chile– debe enviar las normas nacionales sobre prescripción, y además, un análisis sobre la prescripción de la acción penal o de la pena, de acuerdo a nuestra legislación nacional. De esta forma, la Corte de Apelaciones respectiva, es la llamada a analizar si los hechos investigados o la pena, se encuentran prescritos o no conforme nuestra legislación debiendo plasmar sus razonamientos en el fallo que concede la extradición, quedando entregado al Estado requirente realizar el análisis de la prescripción conforme a su legislación durante la tramitación del procedimiento de extradición pasiva.

g) Que la persona no se encuentre procesada en el país requerido por los mismos hechos que motivan la solicitud de extradición

Básicamente se recoge el principio *non bis in ídem*. Así, las distintas convenciones sobre extradición recogen este principio, a modo de ejemplo, la Convención de Extradición de Montevideo en su artículo III letra c) señala que el Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición: “Cuando el individuo inculpado haya sido o esté siendo juzgado en el Estado requerido por el hecho que se le imputa y en el cual se funda el pedido de extradición”. En el mismo sentido, el artículo 7 de la Convención de Extradición del MERCOSUR, el cual dispone: “No se concederá la extradición de la persona reclamada en caso de que haya sido juzgada, indultada, beneficiada por la amnistía o que haya obtenido una gracia por el Estado Parte requerido respecto del hecho o de los hechos en que se fundamenta la solicitud de extradición”. Finalmente, para concluir los ejemplos, el Código de Bustamante en su artículo 358 recoge también este principio, sosteniendo que: “No será concedida

⁴² CÁRDENAS, Claudia, ob. cit., págs. 15-16.

la extradición si la persona reclamada ha sido ya juzgada y puesta en libertad, o ha cumplido la pena, o está pendiente de juicio, en el territorio del Estado requerido, por el mismo delito que motiva la solicitud”.

Como se desprende de las normas mencionadas, corresponde el análisis de este requisito al Estado requerido, quien, teniendo en cuenta los antecedentes que se acompañarán por Chile, determinará si los hechos por los cuales se solicita la extradición son o no perseguidos por dicho Estado. En este sentido, no corresponde a las Cortes en Chile que se pronuncien sobre este requisito.

Finalmente, habiendo revisado tanto las normas internacionales, tratados internacionales sobre extradición, fallos de las Cortes, así como los problemas prácticos que se generan sobre el conocimiento de fondo que deben tener las Cortes de Apelaciones del país en un procedimiento de extradición, podemos reafirmar que, existen dos fases judiciales en el procedimiento de extradición activa, el cual debe ventilarse: ante el Juzgado de Garantía y ante la Corte de Apelaciones respectiva. Que en ambas fases, deben revisarse requisitos distintos y que las Cortes no deben conocer como si se tratara de una apelación en segunda instancia, sino debe efectuar un análisis a requisitos distintos de los revisados por el Juzgado de Garantía.

PROYECTO DE LEY

Este problema práctico y la falta de regulación expresa en nuestra legislación sobre estas dos fases judiciales han sido detectados por el Ejecutivo, quien en mayo del año 2019, presentó un proyecto de ley que perfecciona los procedimientos penales en materia de extradición⁴³.

Si bien se encuentra en su fase de tramitación legislativa, es interesante mencionarlo porque este proyecto recoge justamente las dificultades planteadas en este artículo y propone una forma similar a la propuesta por este autor.

En efecto, el objetivo del proyecto es perfeccionar los procedimientos penales de extradición regulados en el Código Procesal Penal, a fin de actualizarlos y ajustarlos a los requerimientos que surjan en el marco de la cooperación jurídica internacional entre Estados⁴⁴. En este sentido, establece como uno de sus objetivos en su letra b): la “*Delimitación de las competencias del juez de garantía y de la Corte de Apelaciones*”, con ello da cuenta de los problemas prácticos presentes en nuestra legislación, cual es la falta de regulación sobre los roles que cumplen los Juzgados de Garantías, así como las Cortes de Apelaciones.

El proyecto explica los actuales problemas prácticos que se presentan en el procedimiento y sostiene que: “*La actual regulación legal de la extradición no delimita con precisión el ámbito de competencias del juez de garantía y de la Corte de Apelaciones, tanto respecto a la tutela cautelar como a la pretensión misma sobre la solicitud de extradición. Es por ello que se precisa la competencia de ambos tribunales. En la propuesta, el juez de garantía,*

⁴³ Mensaje N° 069-367/ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que perfecciona los procedimientos penales en materia de extradición, de fecha 27 de mayo de 2019.

⁴⁴ Mensaje, Idem. Objetivos del proyecto.

recibida la solicitud, debe efectuar un control formal y de mérito de la causa que se somete a su conocimiento, previo a elevar los autos. Luego, se establece que es la Corte de Apelaciones a la que le corresponderá realizar el análisis de fondo, debiendo verificar el cumplimiento de los requisitos propios de las solicitudes de extradición”.

De esta forma, el proyecto propone una formalización especial sosteniendo expresamente que no produce la obligación de imponer plazo de investigación, elimina la referencia al artículo 140 del Código Procesal Penal y solo se refiere a acreditar la existencia del delito y presumir participación del imputado, entre otros temas de relevancia práctica.

Así también regula con mayor precisión la tramitación ante la Corte de Apelaciones respectiva, resolviendo con ello los problemas que se presentan sobre lo que debe conocer la Corte y sobre si debe o no pronunciarse sobre lo resuelto por el Juez de Garantía.

El artículo 435 propuesto, explicita expresamente lo que debe resolver la Corte de Apelaciones: *“La Corte de Apelaciones resolverá en un auto fundado si debiere o no solicitarse la extradición del imputado o condenado.*

La Corte de Apelaciones acogerá la solicitud de extradición cuando se acrediten los siguientes requisitos:

- a) Que el delito por el cual se hubiere formalizado o condenado sea de aquellos que autorizan la extradición, de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, o a falta de éstos, de conformidad con los principios generales del derecho internacional;*
- b) Que la pena asignada al delito o condena impuesta, según corresponda, por las cuales se hubiere solicitado la extradición, tuvieren una duración mínima de un año;*
- c) Que la solicitud de extradición no tuviere por objeto enjuiciar o ejecutar condenas correspondientes a delitos políticos;*
- d) Que la solicitud de extradición no tuviere por objeto enjuiciar o ejecutar condenas correspondientes a delitos conexos a delitos políticos;*
- e) Que ni la acción penal ni la pena se encuentren prescritas de acuerdo a la legislación nacional.*

En contra de la resolución de la Corte de Apelaciones que se pronunciare sobre la solicitud de extradición, no procederá recurso alguno”.

Esta norma propuesta refuerza lo que sostenemos en este artículo, en primer lugar que la Corte conoce de este procedimiento en única instancia, ello porque no se modifica lo dispuesto en el artículo 63 del COT. De la misma forma, la naturaleza jurídica de la resolución que resuelve la extradición es un auto, por lo que no produce cosa juzgada y finalmente, que la Corte no debe revisar la resolución del Juzgado de Garantía como si conociera de una apelación a su resolución, sino que debe abocarse a otros requisitos debidamente señalados en el Proyecto de Ley.

Que como se señala en el Mensaje, las Cortes deben conocer los requisitos de fondo de una extradición, esto es, principalmente los requisitos establecidos en los tratados inter-

nacionales sobre extradición y que deben acreditarse previo al envío de la solicitud del pedido de extradición por parte de Chile al Estado requerido.

CONCLUSIONES

La legislación nacional sobre el procedimiento de extradición activa, regulada en el Código Procesal Penal, deja ciertos vacíos sobre la forma y requisitos en que debe realizarse. En particular, no existe una regulación expresa sobre la tramitación ante las Cortes de Apelaciones, lo que ha llevado a que exista jurisprudencia diversa y disímil sobre los requisitos o antecedentes a que las Cortes deben abocar su conocimiento.

De esta forma, analizamos algunos fallos y posturas que tienden a enfocar los procedimientos de extradición ante las Cortes como una apelación de una medida cautelar y que entran a revisar los elementos ya analizados por los Juzgados de Garantía. La redacción actual de nuestra legislación y, en particular la remisión que se hace al artículo 140 del Código Procesal Penal, no ayuda a clarificar cuál es el verdadero rol que debe cumplirse en cada una de las fases judiciales del procedimiento de extradición.

Es por lo anterior, que sostenemos que estas dos fases judiciales en el procedimiento de extradición activa, compuesta por los Juzgados de Garantías y las Cortes de Apelaciones, son complementarias y deben revisar distintos requisitos, no conociendo las Cortes en segunda instancia.

Así, revisamos algunos fallos que hacen esta distinción y que recogen los requisitos que se establecen en los tratados internacionales sobre la materia. Es por ello, que podemos concluir que cada fase analiza requisitos determinados y, en concreto respecto de las Cortes, que deben abocarse en un procedimiento de única instancia al conocimiento de requisitos establecidos en los tratados internacionales sobre extradición o en base a los Principios Generales del Derecho Internacional y que fueron detallados en esta publicación.

Para reafirmar esta postura, hicimos mención al actual Proyecto de Ley que modifica los procedimientos de extradición activa y que va en la línea abordada. Así se distinguen dos fases en el procedimiento y que tanto los Juzgados de Garantías como las Cortes conocen distintos requisitos, siendo un procedimiento complementario, saliendo de la lógica de los recursos de apelación o procedimientos de segunda instancia.

Tener claro el rol que tienen las Cortes de Apelaciones en el procedimiento de extradición activa es fundamental para que no existan impedimentos ni dilaciones innecesarias al momento de tramitar estas solicitudes, las que, atendida la naturaleza del procedimiento de extradición, que pretende perseguir sujetos actualmente en fuga, deben ser lo más expeditas y coordinadas posible.

BIBLIOGRAFÍA

CÁRDENAS, Claudia. “La extradición pasiva en Chile”. En: *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2009*, N° 7, Santiago de Chile, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Octubre 2010.

FIGUEROA, Juan Agustín y MORGADO, Erika. *Jurisprudencia, Competencia y Disposiciones comunes a todo procedimiento*. Colección de Tratados y Manuales. Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing, 2013.

GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2013.

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Fundamentos y límites constitucionales del derecho penal positivo*. 3ª edición, Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing Chile, 2015.

SOTO BETANCOURT, Daniel. “El procedimiento de extradición ante la legislación chilena y su tramitación ante los juzgados de garantía”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2017.

SOTO BETANCOURT, Daniel. “La orden de detención nacional y su rol en el procedimiento de extradición activa”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 75, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2019.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, 30 de marzo de 2022, Rol N° 217-2022.

Corte de Apelaciones de Iquique, 27 de octubre de 2021, Rol N 441-2021 Penal.

Corte de Apelaciones de Rancagua, 07 de enero de 2017, Rol N° 852-2016.

Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de agosto de 2011, Rol Corte N° 1.667-2011.

Corte Suprema, 02 de mayo de 2016, Rol N° 37.531-2015.

Corte Suprema, 26 de julio de 2010, Rol N° 2642-10.

Corte Suprema de Chile, 27 de mayo de 2017, Rol N° 94.999-2016.

Oficio del Fiscal Nacional, FN N 227/2021, de fecha 24 de marzo de 2021, que establece Instrucción General que imparte criterios de actuación del Ministerio Público en materia de Cooperación Internacional.

Mensaje N° 069-367/ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que perfecciona los procedimientos penales en materia de extradición, de fecha 27 de mayo de 2019.

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

AQUIESCENCIA EN LA TORTURA Y TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES, APROXIMACIÓN A SU CONTENIDO EN ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Francisca Figueroa San Martín¹

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 22 de noviembre de 2016, se publicó la Ley 20.968 que tipifica los delitos de tortura y de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el derecho interno. Con aquello se cumple parte de los compromisos asumidos por el Estado de Chile, al ratificarse el año 1988 la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, UNCAT)², así como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de la Organización de Estados Americanos (en adelante, CIPST)³.

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

² Organización de las Naciones Unidas, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984. Ratificada y promulgada por el Estado de Chile con fecha 07 de octubre de 1988, mediante Decreto N° 808 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

³ Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 09 de diciembre de 1985. Ratificada y promulgada por el Estado de Chile con fecha 07 de octubre de 1988, mediante Decreto N° 809 del Ministerio de Relaciones Exteriores

De esta forma se incorpora en la legislación penal la conceptualización internacional de la tortura y malos tratos, obligándose el Estado a investigar y sancionar con debida diligencia tales delitos, aplicar penas adecuadas a su gravedad, proteger y reparar a las víctimas, adoptar medidas de prevención y colaboración internacional, entre otras que tienen por objetivo hacer efectivo el respeto y garantía de la dignidad humana y del derecho a la integridad personal, de todos y todas quienes habitan el territorio nacional.

Aquello implica un desafío para el Ministerio Público en orden a la comprensión y persecución penal de los delitos de violencia institucional, que han sido incorporados al Título III Párrafo IV del Código Penal, atendido que se trata de figuras que llevan décadas de desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual constituye una referencia ineludible para la interpretación y aplicación del derecho interno a la luz de aquellos estándares⁴.

Atendido aquello y con el objetivo de entregar elementos que permitan facilitar la comprensión y aplicación del concepto de “aquiescencia” del empleado público, contemplado en los artículos 150 A y 150 F del Código Penal, en relación a la participación de particulares o agentes no estatales como sujetos activos en los delitos de tortura y de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; se revisarán estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación a aquella circunstancia, que servirán para ampliar el análisis de los casos en que tales cuestiones jurídicas se promuevan, y avanzar en la persecución penal de los delitos de violencia institucional con enfoque de derechos humanos.

Para tal efecto, se revisó el desarrollo de estándares de derechos humanos tanto del sistema universal como interamericano de protección, en que se verifica la concurrencia de la circunstancia de aquiescencia estatal, en los actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes ejecutados por particulares. Concretamente, se utilizaron las convenciones internacionales ratificadas por el Estado de Chile ya citadas, las Observaciones Generales del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas y los informes del Relator Especial contra la tortura y otros o penas crueles, inhumanos o degradantes desde el origen del mandato a la fecha, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la integridad personal. Aquello se complementó con la revisión de normativa, doctrina y jurisprudencia nacional sobre la Ley 20.968 y se realizó un análisis sucinto de los pronunciamientos encontrados en la literatura nacional e internacional, luego de lo cual se plantean las conclusiones del presente estudio.

4. El marco jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en tanto vinculante para los órganos del Estado en atención al artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República, debe ocuparse como guía para la interpretación y aplicación de los delitos de tortura y apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que precisamente son tipificados en el derecho interno para dar cumplimiento a las obligaciones en materia de derechos humanos. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia nacional en causa RIT 178-2020, RUC 1900166462-2 del 2° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en que se resolvió: “*Cons. 5°. Cabe hacer presente que para dotar adecuadamente de contenido al actual artículo 150 A y 150 C, el tribunal ha tenido presente que la normativa citada nace al alero de la modificación introducida por la Ley 20.968, del año 2016, la cual recoge una serie de tratados internacionales, ratificados por Chile, algunos de larga data, que han sido aplicados por los Tribunales Internacionales y que sin duda constituyen una guía indispensable a la hora de construir e interpretar el tipo penal que nos convoca*”.

II. EL CONCEPTO DE AQUIESCENCIA PRESENTE EN LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA INSTITUCIONAL EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

La tipificación del delito de tortura en el artículo 150 A del Código Penal chileno, introduce elementos del concepto internacional establecido en los artículos 1 de la UNCAT⁵ y 2 y 3 de la CIPST⁶, instrumentos internacionales que se encuentran vigentes y que constituyen el marco jurídico específico sobre la materia.

Al mínimo conceptual establecido en aquellas normas, se incorporan en la legislación nacional elementos interesantes, como son la inclusión de los graves dolores o sufrimientos de carácter sexual, así como el desarrollo no taxativo sobre las categorías de discriminación que operan como razón del actuar en el sujeto activo (tales son, la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; nación, raza, etnia o grupo social al que pertenezca; sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal, estado de salud o situación de discapacidad), dando contenido a un elemento subjetivo del injusto que se distingue de las tradicionales finalidades de obtención de información, castigo, intimidación o coacción asociadas a las prácticas de tortura.

A su vez, y de acuerdo a las observaciones realizadas por el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, en el examen realizado al Estado de Chile el año 2018⁷, se advierte que la

5 Organización de las Naciones Unidas, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984. Ratificada y promulgada por el Estado de Chile con fecha 07 de octubre de 1988, mediante Decreto N° 808 del Ministerio de Relaciones Exteriores:

Artículo 1

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

6 Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 09 de diciembre de 1985. Ratificada y promulgada por el Estado de Chile con fecha 07 de octubre de 1988, mediante Decreto N° 809 del Ministerio de Relaciones Exteriores:

Artículo 2

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Artículo 3

Serán responsables del delito de tortura:

- a. los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.
- b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

7 Comité contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2018), Observaciones finales sobre

actual tipificación si bien se ajusta en buena medida a la conceptualización internacional, no abarca el supuesto de actos de tortura cometidos con el fin de intimidar o coaccionar a un tercero, y establece una pena más baja en el supuesto de actos dirigidos a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su voluntad, o su capacidad de discernimiento o decisión, recomendando modificar la norma para efecto de incorporar el elemento ausente ya referido, así como armonizar las penas asignadas en atención a la gravedad del delito⁸.

A su vez, se tipificó el delito de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el artículo 150 D del Código Penal, como aquellos que no alcancen a constituir tortura, y se modificó la redacción del delito de vejaciones injustas del artículo 255, estableciendo una gradualidad descendente y con carácter subsidiaria, en la protección penal de la dignidad y el derecho humano a la integridad personal, en los términos del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Al adoptar tales medidas de derecho interno, se robustece el marco de protección jurídica que ampara a todas las personas, sin distinción alguna, en la relación vertical y desigual de poder que existe con el Estado. Para aquello, se delimitó de acuerdo a la conceptualización jurídica internacional la calidad especial del sujeto activo en los delitos de tortura y de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, respecto a actos ejercidos por empleados públicos con el abuso de sus cargos, o bien, particulares que actúen en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un agente estatal, o con su consentimiento o aquiescencia.

Sobre este último elemento, se advierte la necesidad de entender qué significa actuar con la aquiescencia de un funcionario público, atendido al tenor literal de la norma que distingue entre aquello y actuar con su consentimiento. Sobre este punto, la Biblioteca del Congreso Nacional en su informe sobre el sujeto activo del delito de tortura, recurre a la definición del concepto de aquiescencia que corresponde al idioma inglés, el cual nos permite distinguir su contenido. En tales términos se precisa: *“Cabe tener presente que, de acuerdo a la Real Academia Española, “aquiescencia” es sinónimo de “consentimiento”: “(Del lat. acquiescent a). 1.f. Asenso, consentimiento.” Ahora bien, en la versión inglesa de la CCT, se usa el término acquiescence, que de acuerdo al Diccionario Oxford, se define como “[t]he reluctant acceptance of something without protest” (<http://bcn.cl/1p6j6>), esto es “la renuente aceptación de algo sin protestar”. En este sentido, la aquiescencia en el sentido de la Convención, parece referirse a la comisión por omisión, esto es, aquellos casos en que el que tiene el deber jurídico de impedir la tortura, no lo hace”⁹.*

La incorporación de esta definición que corresponde al idioma original en que fue pensada y redactada la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas, nos entrega luces que permiten distinguir supuestos de **aplicación por aquiescencia, para aquellos**

el sexto informe periódico de Chile, CAT/C/CHL/CO/6, párrafos 10-11.

8 Aquella necesidad de modificar la regulación de la Ley 20.978 en cuanto a las penas asociadas al delito de tortura, fue advertida por el 2° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en sentencia condenatoria de fecha 24 de mayo de 2021, RUC 1900166462-2, RIT 178-2020, considerando 8.

9 Biblioteca del Congreso Nacional, *Informe sobre sujeto activo en el delito de torturas: estándar internacional y legislación extranjera* [en línea], Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, 2016, página 3. Disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/23286/1/FINAL%20-%20Sujeto%20activo%20del%20delito%20de%20torturas%20-%20legislaci%C3%B3n%20extranjera2.pdf>

casos en que exista mera tolerancia o tolerancia pasiva de los funcionarios públicos, a las prácticas de tortura o de tratos crueles, inhumanos o degradantes en que pueden involucrarse particulares o agentes no estatales, y por otra parte, de la **aplicación por consentimiento, para los casos en que exista una disposición activa del agente estatal, en orden a manifestar conformidad** con la acción ejecutada por particulares.

IV. CIRCUNSTANCIAS EN QUE SE HA VALORADO LA “AQUIESCENCIA” EN CASOS DE TORTURA Y DE TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Casos en que no se adoptan medidas para proteger a las personas y sus bienes, conociendo de un riesgo inmediato para su seguridad y otros derechos

El Comité contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante, el Comité y/o CAT), el año 2002 resolvió sobre la Queja N° 161/2000, correspondiente al caso “Dzemajl y otros c. Yugoslavia”, en que se conoció un caso de desalojo violento, desplazamiento forzado, incendio y destrucción ilícita de viviendas y bienes correspondientes a un grupo de personas que habitaban en un asentamiento romaní, llevadas a cabo por particulares quienes actuaron en razón de discriminación racial. Todo aquello, sucedió en conocimiento y presencia de funcionarios de policía, quienes no adoptaron medidas para impedir aquellos acontecimientos.

En los hechos del caso, a propósito de dos adolescentes de origen romaní que confesaron haber violado a una mujer montenegrina de la zona, se “...desencadenó una oleada de violencia racial extrema dirigida contra las víctimas. La policía pidió a los habitantes del asentamiento que abandonaran sus hogares porque su seguridad no estaba garantizada. Varias horas después, al menos trescientos residentes no romaníes se reunieron en el asentamiento gritando que iban a arrasarlo con él. La muchedumbre no tardó en empezar a destrozarlo todo en el asentamiento, con explosivos (utilizando incluso cócteles molotov) y piedras. La policía estaba manifiestamente al tanto del peligro que corrían los residentes romaníes y se encontraba en el asentamiento en el momento de su demolición. No protegió a los residentes romaníes ni puso fin a la violencia ni a la destrucción del asentamiento. Finalmente, el asentamiento y todas las pertenencias de los residentes romaníes quedaron totalmente destruidos”¹⁰.

En la decisión del CAT¹¹, se resolvió que:

En cuanto a la calificación jurídica de los hechos ocurridos el 15 de abril de 1995 (...) el Comité estima en primer lugar que **el incendio y la destrucción de vivien-**

¹⁰ Organización Mundial contra la Tortura (OMCT). Un manual sobre los procedimientos de presentación de denuncias individuales ante los órganos de tratados de las Naciones Unidas, Parte IV, Jurisprudencia del Comité contra la tortura. 2da. Edición, Ginebra, 2014, páginas 238-239.

¹¹ Comité contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2000), Decisión Queja N° 161/2000, CAT/C/29/D/161/2000, párrafos 9.1-11.

das constituye, en las circunstancias del caso, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A ello se suma el agravante de que algunos de los autores estaban todavía escondidos en el asentamiento cuando se quemaron y destruyeron sus hogares, la especial vulnerabilidad de las presuntas víctimas y el hecho de que **los actos obedecían en gran parte a motivos raciales.** Además, el Comité considera que los autores de la queja han demostrado suficientemente que **la policía (funcionarios públicos), aunque tenían conocimiento del riesgo inmediato en que se hallaban los autores y estuvieron presentes en el lugar de los acontecimientos, no tomaron medidas adecuadas para protegerles, lo que implica “aquiescencia” en el sentido del artículo 16 de la Convención.** A este respecto, el Comité ha reiterado en muchas ocasiones sus inquietudes respecto de la “falta de acción por parte de la policía y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que no proporcionan suficiente protección contra los ataques de los grupos amenazados por motivos raciales”(…) Aunque los actos señalados por los autores no fueron cometidos directamente por funcionarios públicos, el Comité considera que fueron cometidos con su aquiescencia y constituyen en consecuencia una violación por el Estado Parte del párrafo 1 del artículo 16 de la Convención.

En este caso, se considera la circunstancia de aquiescencia de funcionarios públicos del cuerpo de policía, en un hecho de tratos crueles, inhumanos o degradantes, al no adoptarse medidas para proteger adecuadamente a las personas y sus propiedades de la violencia racial. Esto sumado a la falta de debida diligencia en la investigación y sanción de estos hechos, la falta de reparación a las víctimas, y la conclusión del proceso sin el debido emplazamiento de las víctimas, finalmente se tradujo en la responsabilidad internacional del Estado de (Ex) Yugoslavia¹².

2. Casos en que no se ejerce la debida diligencia en impedir, investigar, enjuiciar y castigar a privados o agentes no estatales, en actos de tortura o de tratos crueles, inhumanos o degradantes

El CAT ha desarrollado en la Observación General N° 2 sobre la Prohibición Absoluta a la Tortura, las medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole que deben adoptar los Estados para impedir eficazmente los actos de tortura, y el alcance de la responsabilidad estatal en los actos cometidos por particulares, sostiene:

El Comité ha dejado claro que cuando las autoridades del Estado u otras personas que actúan a título oficial o al amparo de la ley tienen **conocimiento o motivos fundados** para creer que sujetos privados o actores no estatales perpetran actos de tortura o malos tratos y **no ejercen la debida diligencia para impedir, investigar, enjuiciar y castigar a dichos sujetos privados o actores no estatales de conformidad con la Convención, el Estado es responsable y sus funcionarios deben ser considerados autores, cómplices o responsables** por otro concepto en virtud de la Convención **por consentir o tolerar esos actos inaceptables.** La negligencia del Estado a la hora de intervenir para poner fin a esos actos, sancionar a los autores y

¹² Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). La tortura en el derecho internacional, Guía de jurisprudencia, 2008, páginas 14-16.

ofrecer reparación a las víctimas de la tortura facilita y hace posible que los actores no estatales cometan impunemente actos prohibidos por la Convención, por lo que **la indiferencia o inacción del Estado constituye una forma de incitación y/o de autorización de hecho**. El Comité ha aplicado este principio a los casos en que los Estados Partes no han impedido actos de violencia de género, como la violación, la violencia en el hogar, la mutilación genital femenina o la trata, o no han protegido a las víctimas¹³.

Aquel estándar sobre falta de debida diligencia, entendida como manifestación de tolerancia del Estado ante delitos de violencia institucional ejercidos por particulares, se ha desarrollado ampliamente y por más de una década por el Relator contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (en adelante, el Relator CAT), en relación a la situación de discriminación y violencia que afecta a personas de diversos grupos de especial protección.

a) Violencia contra la Mujer

En el marco del fenómeno de la Violencia contra la Mujer, el Relator CAT en su Informe del año 2008, estableció que:

La función central que se asigna al Estado en el artículo 1 de la Convención, que restringe la definición de la tortura a los actos «cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia», se ha utilizado con frecuencia para excluir del ámbito de protección que dispone la Convención la violencia contra la mujer al margen del control directo del Estado. No obstante, el Relator Especial desea recordar que **el lenguaje utilizado en el artículo 1 cuando habla de consentimiento o aquiescencia del funcionario público hace extensivas claramente las obligaciones del Estado a la esfera privada y debería entenderse que abarca la falta de protección por parte del Estado de las personas que estén dentro de su jurisdicción contra la tortura y los malos tratos por particulares**. Asimismo, debe considerarse que el artículo 1 de la Convención contra la Tortura refuerza -y se ve reforzado por- la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer aprobada por la Asamblea General en virtud de la resolución 48/104¹⁴.

El Relator Especial considera que el concepto de «aquiescencia», aparte de los deberes de protección, entraña para el Estado el **deber de evitar actos de tortura en la esfera privada**, y recuerda que debe **aplicarse el concepto de debida diligencia** para determinar si los Estados han cumplido sus obligaciones¹⁵.

En el mismo sentido, en el informe del año 2010 el Relator CAT reforzó la aplicación del

¹³ Comité contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2008), Observación General N° 2 CAT/C/GC/2, párrafo 18.

¹⁴ Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2008), A/HRC/7/3, párrafo 31.

¹⁵ Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2008), A/HRC/7/3, párrafo 68.

estándar de debida diligencia, en el marco específico de la violencia doméstica y de género, y estableció que:

En la mayoría de los países, la violencia doméstica, en particular contra las mujeres y los niños, es una práctica generalizada, pero los Estados no han tomado medidas suficientes para protegerlos de los malos tratos a manos de esposos, parejas o padres. Si bien la mutilación genital femenina ocasiona a las niñas enorme dolor y padecimientos a largo plazo, se sigue practicando en demasiados países africanos y otros sin leyes adecuadas que la prohíban u organismos del orden que apliquen las existentes. La trata de seres humanos, en particular de mujeres y niñas, es una de las actividades más generalizadas y lucrativas de la delincuencia organizada. En su mayor parte, los gobiernos parecen más interesados en reenviar a las víctimas a sus países de origen que en protegerlas y ofrecerles reparaciones. **Al no actuar con la debida diligencia** para proteger a las víctimas de la violencia doméstica, de la trata, de la mutilación genital femenina y de prácticas similares, **los Estados pueden hacerse culpables por aquiescencia** de tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹⁶.

Complementariamente, en atención a la progresividad en la aplicación del mencionado estándar, el año 2016 el Relator CAT retomó el punto de la debida diligencia en relación a la violencia de género, pronunciándose sobre el supuesto específico al que deben atender y responder adecuadamente los Estados:

Los Estados deben actuar con la debida diligencia para prohibir, prevenir y reparar los actos de tortura y malos tratos cuando haya motivos fundados para creer que sujetos privados perpetran tales actos. Esto incluye la obligación de impedir, investigar y castigar los actos de violencia contra las mujeres (A/47/38). La indiferencia o inacción del Estado constituye una forma de incitación y/o de autorización de hecho (observación general núm. 2). **Este principio se aplica cuando los Estados no previenen ni erradican la violencia de género.** El hecho de que los Estados no protejan a las víctimas de las conductas prohibidas ni procedan a investigar y enjuiciar las violaciones cometidas indica su consentimiento, aquiescencia y, en ocasiones, incluso justificación de la violencia. **Cuando los Estados conocen la existencia de un patrón de violencia o la actuación de agentes no estatales contra determinados grupos,** también están obligados a actuar con la debida diligencia para controlar y examinar los datos, informarse de las tendencias existentes y responder apropiadamente¹⁷.

Por último, existen pronunciamientos sobre aquiescencia estructural del Estado¹⁸, en relación a la legislación y/o prácticas culturales vigentes en los distintos países, que reproducen la Violencia contra la Mujer y pueden llegar a entenderse como constitutivos de

¹⁶ Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2010), A/HRC/13/39, párrafo 62.

¹⁷ Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2016), A/HRC/31/57, párrafo 11.

¹⁸ Organización Mundial contra la Tortura (OMCT). Un manual sobre los procedimientos de presentación de denuncias individuales ante los órganos de tratados de las Naciones Unidas, Parte IV, Jurisprudencia del Comité contra la tortura. 2da. Edición, Ginebra, 2014, página 240.

tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Entre estas se encuentran, observaciones realizadas a los Estados de Camerún y Nepal, en que el Comité CAT se pronuncia sobre la ausencia de legislación que prohíba la mutilación genital femenina, o normas que permiten eximir de la pena a un violador si posterior al delito contrae matrimonio con la víctima, entre otras.

b) Personas privadas de libertad

El año 2013, el Relator CAT se pronunció sobre el deber de protección reforzada del Estado en relación a las personas que se encuentran en recintos penitenciarios, aplicando el estándar de debida diligencia:

La violencia entre reclusos puede equivaler a tortura u otros malos tratos si el Estado no actúa con la debida diligencia para prevenirla (A/HRC/13/39/Add.3, párr. 28). Como señaló el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, al limitar seriamente la libertad de circulación y la capacidad de autodefensa de los detenidos, el Estado asume una obligación de protección mayor (A/61/311, párr. 51). Pese a la redacción inequívoca de la Convención contra la Tortura, no se es del todo consciente de la obligación que incumbe a la administración penitenciaria de intervenir para atajar la violencia entre reclusos. El Relator Especial sobre la tortura señala que **tolerar la violencia entre reclusos no solo es un incumplimiento de las responsabilidades profesionales, sino que equivale a un consentimiento o aquiescencia a la tortura u otros malos tratos**¹⁹.

c) Niños, niñas y adolescentes

En el año 2015, el Relator CAT se pronunció así mismo respecto de la situación de niños, niñas y adolescentes que se encuentran institucionalizados por motivos de salud asociado al consumo de drogas, se observó que en algunos países las prácticas de tortura o malos tratos se aplican en recintos privados de internación y aduciendo motivos de rehabilitación, mediante aquiescencia de los Estados:

(...) Es habitual el internamiento obligatorio de los niños drogadictos, o de los que se sospecha que lo son, en los denominados centros de rehabilitación. Los niños internados en esos centros se ven obligados a someterse a diversas intervenciones (A/HRC/22/53, párr. 40), entre otros, sufren sin asistencia médica adecuada un doloroso síndrome de abstinencia en razón de su drogodependencia, se les administran medicamentos desconocidos o experimentales, son objeto de palizas, vergajazos y azotes, **suministrados con la aquiescencia del Estado**, se les somete a trabajos forzados, y sufren abusos sexuales y humillaciones deliberadas. Otros abusos denunciados incluyen la “terapia de azotes”, la “terapia pan y agua” y el electrochoque, que provoca ataques, todo ello so pretexto de la rehabilitación. En algunos países, al parecer se retiene en estos centros a una gran variedad de otros grupos marginados, como los

¹⁹ Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2013), A/HRC/68/295, párrafo 48.

niños de la calle y los niños con discapacidad psicosocial²⁰.

En el mismo sentido, se refuerza el estándar de debida diligencia desarrollado por el CAT, complementando con la obligación de protección reforzada y la consideración de aquella circunstancia al momento de determinar la calificación jurídica aplicable ante casos de vulneración a la integridad personal.

Al determinar la gravedad de actos que pueden constituir malos tratos o tortura, deben examinarse los efectos físicos y mentales y la edad de la víctima. **En el caso de los niños, deben aplicarse normas más exigentes para calificar el trato y las penas de crueles, inhumanos o degradantes.** Además, la vulnerabilidad especial de los niños impone a los Estados una obligación mayor de diligencia debida en la adopción de medidas complementarias para garantizar los derechos humanos a la vida, la salud, la dignidad y la integridad física y mental²¹.

d) En el marco de otras violencias ejercidas por motivos de discriminación

En el año 2018, el Relator CAT reforzó la aplicación del estándar de debida diligencia, en la protección de personas y poblaciones que se encuentran expuestas a la violencia por razón de discriminación, ampliando a la necesidad de adoptar medidas de remoción o revisión de aquellas políticas que favorezcan la violencia ejercida por particulares:

Con frecuencia los Estados no ofrecen suficiente protección a las personas y poblaciones contra la violencia y los abusos cometidos por agentes no estatales, como los grupos armados organizados, las milicias y las redes de delincuencia, pero también por agentes empresariales y personas individuales. Cuando esos actos se cometen por motivos relacionados con un conflicto armado, o por instigación o con el consentimiento o aquiescencia de funcionarios públicos, generalmente constituyen tortura y malos tratos. No obstante, sean cuales sean las circunstancias precisas, los Estados están obligados por ley a adoptar todas las medidas razonables para proteger a toda persona o grupo pertenecientes a su jurisdicción que estén expuestos a la violencia o abuso, incluidas la violencia por razones de género, etnia o por cualquier otra razón discriminatoria, las prácticas nocivas como la mutilación genital femenina y la violencia doméstica, y la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños. Esto también puede comportar la **obligación de retirar o revisar las políticas oficiales que, de forma deliberada o inadvertida, crean un entorno que favorezca la violencia y el abuso por parte de agentes no estatales, como las políticas “de mano dura” en relación con la migración irregular y la delincuencia común, o la complacencia con respecto a la violencia doméstica, xenófoba u homofóbica (A/HRC/31/57 y A/HRC/37/50, párrafos 30–37)**²².

²⁰ Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2015), A/HRC/28/68, párrafo 54.

²¹ Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2015), A/HRC/28/68, párrafo 70.

²² Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2018), A/HRC/73/207, párrafo 59.

3. Casos de responsabilidad en el actuar de paramilitares, agentes de seguridad privada, grupos de delincuencia organizada y/o particulares que colaboran a las funciones de las Fuerzas Armadas y Policías

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), encontramos luces para el análisis, calificación jurídica y persecución penal de delitos cometidos por agentes no estatales, cuando estos actúan en colaboración, formal o informal, a las funciones de resguardo a la seguridad nacional y/o del orden público, que ejercen las Fuerzas Armadas o Policías.

En el Caso Blacke vs Guatemala²³, la Corte IDH se pronunció sobre al actuar de las “patrullas civiles”, que cometían vulneraciones de derechos humanos contra la población civil, declarándose la responsabilidad internacional del Estado de Guatemala, al acreditarse en la sentencia que estos grupos **“actuaban efectivamente como agentes del Estado durante la época en que ocurrieron los hechos relevantes al presente caso (...) tenían una relación institucional con el Ejército, realizaban actividades de apoyo a las funciones de las fuerzas armadas y, aún más, recibían recursos, armamento, entrenamiento y órdenes directas del Ejército guatemalteco y operaban bajo su supervisión, y a esas patrullas se les atribuían varias violaciones de derechos humanos, incluyendo ejecuciones sumarias y extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas (...) En consecuencia, la Corte declara que la aquiescencia del Estado de Guatemala en la realización de tales actividades por parte de las patrullas civiles, permiten concluir, que dichas patrullas deben ser consideradas como agentes del Estado, y por lo tanto, imputables a éste los actos por ellas practicados”**.

En el Caso 19 Comerciantes vs Colombia²⁴, la Corte IDH condenó al Estado de Colombia por el actuar de los grupos “paramilitares”, estableciendo que **“...se tuvo por probado, que miembros de la Fuerza Pública apoyaron a los “paramilitares” en los actos que antecedieron a la detención de las presuntas víctimas y en la comisión de los delitos en perjuicio de éstas. Ha quedado demostrado (supra párr. 85.b) que los altos mandos militares y “paramilitares” creían que las primeras 17 presuntas víctimas vendían armas y mercancías a los grupos guerrilleros de la zona del Magdalena Medio. Esta supuesta relación con los guerrilleros y el hecho de que estos comerciantes no pagaban los “impuestos” que cobraba el referido grupo “paramilitar” por transitar con mercancías en esa región, llevaron a la “cúpula” del grupo “paramilitar” a realizar una reunión, en la cual se tomó la decisión de matar a los comerciantes y apropiarse de sus mercancías y vehículos. Ha quedado también demostrado (supra párr. 85.b) que esta reunión se realizó con la aquiescencia de algunos militares, ya que éstos estaban de acuerdo con dicho plan. Inclusive hay elementos probatorios que indican que en dicha reunión participaron algunos militares”**.

En esta sentencia, y a mayor abundamiento en la aplicación del estándar de debida diligencia, se resolvió que **“La protección activa del derecho a la vida y de los**

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blacke vs Guatemala, Sentencia de 24 de enero de 1998, párrafos 74-78.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 19 Comerciantes vs Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004, párrafo 135.

demás derechos consagrados en la Convención Americana, se enmarca en el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y requiere que éste **adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia**²⁵.

En el Caso de la Masacre de Mapiripán vs Colombia²⁶, la Corte IDH condenó al Estado colombiano respecto al actuar de los grupos “paramilitares”, estableciendo que *“la incursión de los paramilitares en Mapiripán fue un acto minuciosamente planeado desde varios meses antes de julio de 1997, ejecutado con provisiones logísticas y con la colaboración, aquiescencia y omisión de miembros del Ejército. La participación de agentes del Estado en la masacre no se limitó a facilitar el ingreso de las AUC a la región, ya que las autoridades tuvieron conocimiento del ataque perpetrado contra la población civil en Mapiripán y omitieron adoptar las medidas necesarias para proteger a los miembros de la comunidad”*.

En esta sentencia, se observa esta dimensión pasiva de la aquiescencia en el actuar de particulares, como tolerancia u omisión de medidas por parte de los agentes del Estado, *“La Corte observa que, si bien los hechos (...) fueron cometidos por miembros de grupos paramilitares, la preparación y ejecución de la masacre no habría podido perpetrarse sin la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en varias acciones y omisiones, de miembros de las Fuerzas Armadas del Estado, inclusive de altos funcionarios de éstas de las zonas”*²⁷.

Complementariamente, el Relator CAT ha ampliado la comprensión sobre la aquiescencia de los funcionarios públicos, en los delitos de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes cometidos por grupos de criminalidad organizada. En el informe del año 2017, refuerza la aplicación del estándar de debida diligencia, aun en situaciones de control territorial de facto por estos grupos, destacó que:

Hasta ahora, las medidas adoptadas por el mandato para luchar contra la tortura se han centrado casi exclusivamente en los Estados como posibles perpetradores. Sin embargo, **algunos grupos armados organizados, contratistas militares y de seguridad privados, mercenarios, combatientes extranjeros y otros agentes no estatales participan cada vez más en conductas que afectan negativamente a los derechos humanos, incluida la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**. Ahora bien, para que la prohibición absoluta e irrevocable de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se hagan realidad en la práctica, se debe prever también la protección contra las

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 19 Comerciantes vs Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004, párrafo 183.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Masacre de Maripán vs Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrafo 16.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Masacre de Maripán vs Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrafo 120.

vulneraciones por parte de agentes no estatales.

En lo que respecta a la diligencia debida de los Estados territoriales, el Relator Especial opina que el ejercicio del control por un grupo armado organizado, como autoridad *de facto* sobre la población de un Estado, no priva a la población que vive en este territorio de sus derechos. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de ejercer la diligencia debida para proteger a las personas que estén bajo su jurisdicción frente a los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes por parte de agentes no estatales. Por lo tanto, incluso **en los casos en que grupos armados hayan tomado bajo su control el territorio nacional, los Gobiernos no están exentos de hacer todo lo posible en tales circunstancias para proteger a sus ciudadanos de la tortura y los malos tratos**²⁸.

Asimismo, y en el marco de la externalización de funciones públicas, mediante contratación de servicios de seguridad privada u otros, se pronunció sobre la imposibilidad de que aquella circunstancia exima la responsabilidad jurídica que tiene el Estado, en la garantía de los derechos de las personas:

(...) Un número cada vez mayor de Estados **delega una parte de sus operaciones de aplicación de la ley, de inteligencia y de operaciones militares a empresas militares o de seguridad privadas**. La contratación externa de tareas y funciones, que van desde la protección de determinadas personas, objetos e infraestructura hasta la dirección de servicios para la tramitación de solicitudes de asilo o incluso de los centros de detención de sospechosos de delitos y de condenados, puede también incluir el uso de la fuerza. En este contexto, siguen surgiendo denuncias de la participación de contratistas particulares en graves violaciones de los derechos humanos, incluida la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Por lo tanto, es importante recordar que los Estados no pueden eximirse de su responsabilidad jurídica internacional por los actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes cometidos por contratistas militares o de seguridad privados que actúan en su nombre²⁹.

Avanzando en el desarrollo del estándar de inexcusabilidad en la responsabilidad estatal, el año 2018 el Relator CAT abordó nuevamente este punto a propósito de la externalización de funciones al interior de espacios de privación de libertad, cuidado y/o custodia de personas:

Muchos Estados externalizan cada día más a contratistas privados una parte de sus servicios públicos tradicionales, como las funciones militares, de inteligencia y de cumplimiento de la ley. Las actividades subcontratadas pueden incluir, por ejemplo, la protección de determinadas personas, objetos e infraestructuras, la vigilancia policial de las manifestaciones, el traslado e interrogatorio de sospechosos, y la **gestión de las instalaciones para migrantes, de las instituciones de**

²⁸ Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2017), A/HRC/34/54, párrafos 44 y 46.

²⁹ Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2017), A/HRC/34/54, párrafo 47.

atención en régimen de internamiento e incluso de las cárceles y centros penitenciarios. Particularmente cuando los lugares de detención están faltos de personal y recursos, también se ha observado una tendencia a “delegar” de facto la gestión interna a los grupos de reclusos dominantes.

Por lo general este fenómeno no se ha acompañado de unas estructuras nacionales de reglamentación, supervisión y rendición de cuentas suficientemente sólidas para controlar y hacer respetar los derechos humanos por los agentes empresariales y otros contratistas privados, lo que tiene como consecuencia la impunidad generalizada por las infracciones (A/HRC/34/54, párrafo 47, y A/HRC/28/68, párrafo 52). No obstante, en virtud del derecho internacional los **Estados no se pueden eximir de su responsabilidad por los actos de tortura y malos tratos cometidos en su nombre, bajo su dirección o control, por su instigación o con su consentimiento o aquiescencia.** Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas eficaces para prohibir y prevenir la tortura y los malos tratos en todas esas circunstancias, así como de proporcionar reparación a las víctimas³⁰.

4. Casos en que participan funcionarios/as de salud, en exámenes clínicos, interrogatorios y asistencia médica a personas víctimas de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes

En otro grupo de situaciones y de eventual responsabilidad penal personal que puede surgir para las personas involucradas, como responsabilidad internacional del Estado, se refiere a la participación de los y las agentes del Estado en su labor de funcionarios de salud, en el marco de la atención a las víctimas de violencia institucional.

Sobre este punto, el Relator CAT en el informe del año 2013, pone de relieve que:

(...) **los profesionales de la salud no deben, en ninguna circunstancia, dar su consentimiento o aquiescencia a la comisión de actos de tortura u otros malos tratos,** y menos aún participar activamente en esos malos tratos (véanse los Principios de Ética Médica, principios 2 y 3, y los Principios Éticos para las Investigaciones Médicas en Seres Humanos). Esta prohibición se aplica a **prácticas como el examen de los detenidos para determinar su “aptitud para ser interrogados” y la prestación de asistencia médica a detenidos maltratados para que puedan soportar nuevos abusos** (E/CN.4/2003/68, párr. 26 n). Es importante que las Reglas excluyan toda participación e implicación del personal sanitario en cualquier medida disciplinaria o relacionada con la seguridad (regla 32 1). Sin embargo, el personal médico deberá seguir de cerca la salud mental y física de los reclusos que son sometidos a castigos y visitarlos según se considere necesario desde el punto de vista médico o a solicitud de la persona privada de libertad³¹.

³⁰ Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2018), A/HRC/73/207, párrafos 51-52.

³¹ Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2013), A/HRC/68/295, párrafo 56.

Este planteamiento permite abrir el análisis en casos de violencia institucional intracarceraria o en contextos de privación de libertad en general, a propósito de las acciones y omisiones del personal de salud de los recintos en la atención a personas que alegan ser víctimas de violencia institucional. Circunstancias tales como las condiciones y exhaustividad en que se realizan las constataciones de lesiones y exámenes, la información que se registra en la ficha clínica, el cumplimiento o no del deber legal de denuncia y activación de protocolos internos de protección para la víctima, entre otros elementos deben evaluarse para esclarecer la eventual responsabilidad de tales funcionarios/as.

5. Casos sobre información obtenida mediante tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes

El artículo 15 de la UNCAT³² consagra el estándar de prohibición en la utilización de la información obtenida mediante tortura, y en la misma línea lo establece el artículo 10 de la CIPST³³. Se trata de un estándar de *ius cogens* que forma parte del marco jurídico esencial de protección de las personas en relación a la interacción con el poder punitivo. En nuestra legislación interna, y conforme lo dispuesto en el artículo 195 del Código Procesal Penal, la práctica de la tortura como método de investigación se encuentra expresamente prohibida, en términos absolutos.

En esta línea, el año 2014 el Relator CAT se refirió a la tolerancia en el uso de esta información, obtenida de manera ilícita, como circunstancia que puede llegar a configurar aquiescencia:

Los Gobiernos no pueden condenar el mal de la tortura y otros malos tratos en el ámbito internacional y disculparlo en el nacional. Es hipócrita que los Estados condenen la tortura cometida por otros pero acepten los resultados que se derivan de esta. **Todo uso de información obtenida mediante tortura, aunque la hayan cometido agentes de otro Estado, constituye un acto de aquiescencia de la tortura que compromete la responsabilidad del Estado que la usa y da lugar a la complicidad individual y del Estado en actos de tortura.** La complicidad en la tortura supone un incumplimiento directo de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que emanan de la Convención, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otros tratados de derechos humanos y del derecho

32 Organización de las Naciones Unidas, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984. Ratificada y promulgada por el Estado de Chile con fecha 07 de octubre de 1988, mediante Decreto N° 808 del Ministerio de Relaciones Exteriores:

Artículo 15

Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración.

33 Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 09 de diciembre de 1985. Ratificada y promulgada por el Estado de Chile con fecha 07 de octubre de 1988, mediante Decreto N° 809 del Ministerio de Relaciones Exteriores:

Artículo 10

Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración.

internacional humanitario, así como del derecho internacional consuetudinario y conforme a los principios generales de responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos³⁴.

6. Casos de trata de personas que dan lugar a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes

A propósito de la trata de personas, el Relator CAT en el informe del año 2018 relaciona este fenómeno con la eventual responsabilidad personal y estatal que puede llegar a configurarse en supuestos de funcionarios públicos o agentes estatales que toleren su ocurrencia, abriendo perspectivas de análisis sobre la materia. En sus palabras,

Todos los tipos de trata de personas entrañan causar intencionalmente dolores o sufrimientos mentales o físicos intensos. Si bien la finalidad principal de la trata de personas es la explotación, siempre se recurre a infligir dolor y sufrimiento como instrumento para lograr fines intermedios, como la coerción, el amedrentamiento, el castigo o la discriminación, todos los cuales son elementos definitorios de la tortura. Si falta uno de esos elementos, la trata de personas generalmente alcanza el umbral de otros malos tratos. Por lo tanto, **cuando los funcionarios públicos u otras personas que actúan a instancia de ellos o con su consentimiento o aquiescencia llevan a cabo la trata de personas, ese acto es constitutivo de tortura y malos tratos en virtud del derecho de los derechos humanos**. En la práctica, entre los autores de actos de tortura y malos tratos contra los migrantes no solo se cuentan los contrabandistas y los traficantes, sino también los guardias de fronteras, las milicias y la policía; y en diversos contextos hay pruebas de la corrupción y la colusión entre los funcionarios públicos y los traficantes³⁵.

7. Casos de relación entre prácticas de corrupción y de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes

Ampliando la perspectiva de análisis del punto anterior, el Relator CAT en el informe del año 2019 relaciona el debilitamiento de los controles del sistema de justicia mediante las prácticas de corrupción, y sus implicancias en la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, observando el contexto de desprotección institucional a determinados grupos en función del resguardo de intereses empresariales, y la falta de protección de derechos por los agentes de custodia al interior de las cárceles. En este sentido, se plantean como constitutivas de aquiescencia de los funcionarios públicos, en sufrimientos causados por particulares:

Una dimensión importante de esta pauta interactiva es que la corrupción que tiene por objeto “proteger” la práctica de la tortura o los malos tratos, especialmente con **acciones de obstrucción o injerencia en los mecanismos de supervisión o el sistema judicial**. Esas acciones pueden ser muy variadas, por ejemplo: a) el soborno de testigos o de funcionarios públicos como medio de impedir

³⁴ Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2014), A/HRC/25/60, párrafo 75.

³⁵ Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2018), A/HRC/37/50, párrafo 33.

u obstruir una investigación, un enjuiciamiento u otro aspecto del proceso de justicia en relación con la tortura y los malos tratos; b) el tráfico de influencias por parte de funcionarios del Estado a fin de obstruir investigaciones, enjuiciamientos y otros aspectos del proceso de justicia en relación con la tortura y los malos tratos; c) la tolerancia por parte de funcionarios del Estado, por su inacción o por la adopción de medidas insuficientes, de los abusos cometidos por personas físicas, empresas y otros actores no estatales a cambio de la concesión de ventajas financieras, políticas u otras ventajas indebidas a ellos mismos o a cualquier otra persona o entidad, incluido su propio Gobierno. El Relator Especial ha recibido numerosas denuncias que indicaban sistemáticamente que la policía y otras fuerzas de seguridad, en distintos contextos, se mostraban renuentes a proteger a comunidades indígenas y otras comunidades en situación de marginación socioeconómica contra la violencia a manos de empresas y otros actores privados que pretendían apropiarse de sus tierras para fines como la extracción de recursos naturales, la explotación forestal o la construcción de asentamientos, presas u otros proyectos de infraestructura (A/73/207, párrs. 64 y 65). Análogamente, en contextos penitenciarios, se denuncia que a menudo los funcionarios miran hacia otro lado en situaciones de violencia infligida por reclusos dominantes a cambio de sobornos y otras ventajas indebidas. Es necesario subrayar que **cualquier conducta de este tipo por parte de funcionarios del Estado equivale a consentimiento o aquiescencia con la tortura o los malos tratos perpetrados por actores no estatales y, como mínimo, vulnera la obligación de diligencia debida de los Estados para prevenir, investigar y enjuiciar esos abusos**³⁶.

V. ANÁLISIS

De acuerdo a la literatura consultada, podemos advertir que los supuestos de aquiescencia estatal en actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes ejercidos por particulares, se constatan en aquellos casos de tolerancia en hechos de violencia, que se verifican ante circunstancias de incumplimiento a las obligaciones de debida diligencia y protección reforzada de los derechos de las personas. Estos casos se configuran ante la existencia de un riesgo inminente para la seguridad e integridad de las personas, o bien, por tratarse de personas que corresponden a grupos de especial protección, en atención a las circunstancias de discriminación estructural que les afectan.

Asimismo, existen supuestos de aquiescencia en actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes cometidos por particulares, con independencia de si se encuentra establecido un vínculo formal de colaboración con el Estado y agentes que ejercen las funciones públicas. Así, a nivel de estándares de derechos humanos se contemplan casos de aquiescencia en que intervienen civiles en calidad de personas naturales, agentes empresariales, contratistas de seguridad privada, y otros en quienes se delegan o externalizan funciones públicas o establecen vínculos de colaboración con aquellas, así como casos de mercenarios, paramilitares, grupos de crimen organizado, u otros cuya vincula-

³⁶ Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2019), A/HRC/40/59, párrafo 35.

ción se encuentra al margen de la legalidad.

En las últimas décadas, se amplía progresivamente la consideración a los supuestos de aquiescencia en las figuras de violencia institucional, al interpretar de manera armónica e integradas entre sí, las normas de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, a la luz de los estándares generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, se relaciona su aplicación en atención a estándares en materia de debida diligencia y de protección reforzada de determinados grupos de personas, de no excusabilidad de la responsabilidad estatal ante la externalización de servicios a privados, principios de ética médica, entre otros.

Aquellos hallazgos permiten abrir posibilidades de análisis jurídico penal ante casos no tradicionales de violencia institucional, en que la afectación a la dignidad e integridad sea ejecutada por particulares mediante la aquiescencia de funcionarios públicos. Asimismo, de revisión crítica ante eventuales casos que puedan llegar a generar la responsabilidad internacional del Estado de Chile, cuando no se garantice el esclarecimiento de los hechos, sanción adecuada, reparación y no repetición de la vulneración de derechos a la víctima. En tal sentido, se avanza en la comprensión de las consecuencias jurídico penales implicadas en casos en que la vulneración a la dignidad y el derecho a la integridad la ejercen particulares, mediante tolerancia de quien ejerce la función pública y tiene el deber legal, constitucional y convencional de respeto y garantía de los derechos humanos.

VI. CONCLUSIONES

La tipificación de los delitos de tortura y apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el Código Penal, mediante la promulgación de la Ley 20.968, constituye una medida adoptada por el Estado de Chile, en orden a avanzar hacia el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

El contenido de aquellos delitos, lleva décadas de conceptualización, desarrollo jurisprudencial y doctrinal en estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual constituye una guía indispensable a la hora de comprender el fenómeno de la violencia institucional a nivel interno, y con aquello armonizar la interpretación y aplicación del derecho chileno en la persecución penal de estos casos.

En materia de delitos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cometidos por agentes no estatales mediante aquiescencia de funcionarios públicos, es decir, mediante el conocimiento y tolerancia de tales actos, existen estándares aplicados a una multiplicidad de casos y contextos, en que se encuentran circunstancias de incumplimiento a las obligaciones de debida diligencia y protección reforzada de los derechos de las personas, de vinculación con particulares y grupos organizados que ejercen funciones de colaboración al Estado, entre otros supuestos cuyo conocimiento permite avanzar en la persecución penal de los delitos de violencia institucional tipificados en la Ley 20.968.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). La tortura en el derecho internacional, Guía de jurisprudencia. 2008.

Biblioteca del Congreso Nacional. *Informe sobre sujeto activo en el delito de torturas: estándar internacional y legislación extranjera*. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, 2016.

Comité contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes:

(2000), Decisión Queja N° 161/2000, CAT/C/29/D/161/2000.

(2008), Observación General N° 2 CAT/C/GC/2.

(2018), Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, CAT/C/CHL/CO/6.

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Caso Blacke vs Guatemala, Sentencia de 24 de enero de 1998.

Caso 19 Comerciantes vs Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004.

Caso Masacre de Maripán vs Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

MEDINA ARDILA, Felipe. La Responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano. Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores, 2009.

Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes:

(2008), Informe del Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A/HRC/7/3.

(2010), Informe del Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A/HRC/13/39.

(2013), Informe del Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A/HRC/68/295.

(2014), Informe del Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A/HRC/25/60.

(2015), Informe del Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A/HRC/28/68.

(2016), Informe del Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A/HRC/31/57.

(2017), Informe del Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A/HRC/34/54.

(2018), Informe del Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A/HRC/73/207.

(2018), Informe del Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A/HRC/37/50.

(2019), Informe del Relator Especial contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A/HRC/40/59.

Organización de las Naciones Unidas, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984. Ratificada y promulgada por el Estado de Chile con fecha 07 de octubre de 1988, mediante Decreto N° 808 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 09 de diciembre de 1985. Ratificada y promulgada por el Estado de Chile con fecha 07 de octubre de 1988, mediante Decreto N° 809 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Organización Mundial contra la Tortura (OMCT). Un manual sobre los procedimientos de presentación de denuncias individuales ante los órganos de tratados de las Naciones Unidas, Parte IV, Jurisprudencia del Comité contra la tortura. 2da. Edición, Ginebra, 2014.

2° Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de Santiago, Sentencia del 24 de mayo de 2021, RUC 1900166462-2, RIT 178-2020.

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

VIOLENCIA EN CONTRA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: EXPLOTACIÓN SEXUAL, LABORAL Y ESCLAVITUD. PROPUESTAS INTERPRETATIVAS FRENTE A ALGUNOS PROBLEMAS*

Tania Gajardo Orellana**

Karen Guzmán Valenzuela***

Carolina Suazo Schwencke****

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo se hace cargo de conductas específicas dentro del ámbito que hemos denominado violencia de particulares contra niños, niñas y adolescentes. Estas son aquellas que configuran la explotación sexual comercial y la trata con fines de esclavitud y trabajos forzados, con víctimas niños, niñas y adolescentes. Se abordan en concreto algunos problemas detectados, para los que se proponen interpretaciones de los tipos penales armónicas con las obligaciones del Estado de Chile relativas a la protección de los niños, niñas y adolescentes.

*Este Trabajo fue publicado originalmente en Cillero Bruñol, Miguel et alii (eds.), Protección frente a la violencia contra niños, niñas y adolescentes en Chile – aspectos jurídicos y sociales (Santiago, Thomson Reuters, 2021), pp. 585-618.

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

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

**** Fiscal de la Fiscalía de Delitos de Alta Complejidad, Fiscalía Metropolitana Centro Norte, Ministerio Público.

En concreto, el texto transita sobre dos ejes con un hilo conductor; la explotación de niños, niñas y adolescentes. El primer eje dice relación con la explotación sexual, en este se aborda una interpretación sistemática de los tres tipos penales que sancionan el fenómeno de la explotación sexual comercial de niños, niñas y se proporcionan soluciones interpretativas a problemas observados, de acuerdo con el sistema que se postula y con las obligaciones del Estado de Chile en esta materia. Se abordan específicamente dos problemas, el primero acerca del contenido de las expresiones prostitución y servicios sexuales, y su vinculación con el término explotación sexual, dilucidando si estos atienden a prestaciones distintas del acceso carnal a las víctimas. El segundo se refiere a la delimitación de los tipos penales de favorecimiento de la prostitución infantil y la trata con fines de explotación sexual con víctimas niños, niñas y adolescentes. Concluye el primer eje con un pequeño excurso acerca de la clasificación del favorecimiento de la prostitución como delito de mera actividad.

El segundo eje se relaciona con situaciones problemáticas de la explotación “laboral”, precisamente en los conceptos de esclavitud y prácticas análogas y los trabajos forzados, aplicados a víctimas niños, niñas y adolescentes en condiciones particulares, como la venta de recién nacidos, y el cuidado personal con la finalidad de forzar a las víctimas a delinquir. Se intenta dar soluciones interpretativas en ambas situaciones fácticas, contestando si los hechos pueden o no subsumirse en el tipo penal de trata de personas. Para ello se analizan los elementos del tipo penal relacionados con los problemas y los instrumentos internacionales específicos en la materia.

Las situaciones problemáticas que se exponen y para las que se intenta dar una interpretación razonable y comprometida con los derechos de niños, niñas y adolescentes son lamentablemente de ocurrencia común y de la mayor gravedad. Resulta esperable además que esta realidad se agrave en el contexto de pandemia y pospandemia, considerando que niñas, niños y adolescentes se encuentran aislados en hogares que pueden llegar a ser violentos o en los que se produzcan hechos constitutivos de abuso o explotación.¹ El cierre de establecimientos educacionales también influye en la incapacidad de detectar estas situaciones, por lo que nos encontramos en un momento crucial para relevar temas como los que a continuación se exponen, que marcan la vida para siempre de quienes más debemos proteger como sociedad: los niños, niñas y adolescentes.

¹ En efecto, la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha advertido que “...la pérdida de ingresos del hogar afectará desproporcionadamente a los niños más vulnerables del mundo, lo que los convertirá en una presa fácil para el trabajo infantil, la servidumbre doméstica, la prostitución, la mendicidad forzada y otras situaciones de explotación, con un efecto probablemente duradero en estas víctimas”. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25778&LangID=ES>, fecha de consulta, 16 de octubre 2020. En términos similares, la organización EPCAT INTERNATIONAL, con presencia en 102 países, advierte que la explotación sexual de niños bajo la modalidad de delivery podría estar creciendo, así como la producción y ofrecimiento de pornografía infantil. Disponible en <https://www.ecpat.org/news/covid-19-sexual-abuse/>, fecha de consulta, 16 de octubre 2020.

2. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA A PROBLEMAS EN EL ÁMBITO DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE

Esta primera parte aborda algunos problemas que se formulan en la interacción entre los tipos penales que dan forma en Chile a la persecución penal de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. La primera pregunta que se intentará contestar es ¿cuál es la interpretación correcta en los delitos de favorecimiento de la prostitución infantil y en el de obtención de servicios sexuales de adolescentes, si la prestación requerida es distinta al acceso carnal a la víctima? La segunda es ¿cuál es el ámbito de aplicación del favorecimiento de la prostitución infantil y de la trata con fines de explotación sexual cuando las víctimas son niños, niñas o adolescentes? Por último, a modo de excursus de esta primera parte se abordará si el favorecimiento de la prostitución infantil es un delito de mera actividad o de resultado.

2.1. Antecedentes

a) El fenómeno de la ESCNNA

La explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes (en adelante, por su sigla ESCNNA) consiste en la utilización de estos como objeto de lucro en actividades que afectan su indemnidad o libertad sexual. Se trata de un fenómeno complejo y multicausal que corresponde a una realidad invisibilizada y generalmente teñida de prejuicios. No se circunscribe habitualmente a eventos puntuales o únicos, sino que generalmente se produce un “contexto de explotación” en el que se encuentran insertas las víctimas mediante el asentamiento de prácticas, relaciones e incentivos. La desprotección y vulnerabilidad de las víctimas por distintos factores (deprivación cultural, económica o afectiva) son elementos que caracterizan el fenómeno.

La ESCNNA es considerada por la comunidad internacional como una grave vulneración a los derechos humanos de las víctimas,² cuya característica central es la presencia de un intercambio que define las relaciones entre víctimas, proxenetas y “clientes” y “que lleva a la falsa idea de que la niña, niño o adolescente es consciente de esta vulneración, la acepta y la permite porque busca el beneficio otorgado por el pago, sea cual sea la forma que éste asuma”.³ En esta dinámica es de suma relevancia el aprovechamiento de una situación de desigualdad o de desequilibrio de poder entre el explotador y su víctima.⁴ Esta relación asimétrica de poder es la que se encuentra a la base del fenómeno y posibilita su existencia.⁵

2 CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA (2017), p. 12.

3 CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA (2017), p. 14. ECPAT Internacional (2016), p. 34. Este punto se discutió en el Congreso cuando se introdujo el delito de obtención de servicios sexuales de adolescentes del artículo 367 ter del C.P. CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 19.927, pp. 191 y ss. y 244 y ss.

4 RODRÍGUEZ (2012), p. 202.

5 Varias críticas se han hecho a la legislación nacional en materia de ESCNNA, un buen compendio de ellas se puede encontrar en CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA (2017), pp. 19, 147, 157 y 171. También en SOTO (2005), p. 363, respecto a la omisión del legislador de una calificante relativa a la violencia o intimidación en el delito de favorecimiento de la prostitución infantil.

b) Normativa internacional y nacional aplicable

En el contexto normativo internacional, Chile ha suscrito diversos instrumentos internacionales orientados a la prevención y sanción de conductas que configuran ESCNNA. El primer instrumento relevante en la materia es la Convención sobre derechos del niño que recoge una serie de obligaciones para el Estado de Chile, particularmente en sus artículos 19, 32, 33, 34, 35 y 36 y que le instan a adoptar las medidas necesarias para proteger a los niños y las niñas de toda forma de explotación, su uso en la producción y tráfico ilícito de estupefacientes, así como para impedir la venta y trata de los niños y las niñas.

En segundo lugar, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía que establece un conjunto de obligaciones para el Estado en materia de tipificación penal, de jurisdicción y competencia, de cooperación internacional en la persecución penal, de confiscación de bienes, incluidos aquellos provenientes del lavado de activos vinculados a estos ilícitos, de protección y asistencia a las víctimas y de prevención de estos delitos.

Luego destaca el Convenio N°182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. Este convenio define en su artículo 2° las peores formas de trabajo infantil, entre las cuales se encuentran la explotación sexual comercial, la trata de personas y la esclavitud de NNA.

En el ámbito nacional, tres son los tipos penales que se vinculan al concepto de ESCNNA, en el Código Penal, estos son: el delito de favorecimiento de la prostitución infantil tipificado en el artículo 367,⁶ el de obtención de servicios sexuales o sanción al cliente de prostitución infantil contenido en el artículo 367 ter⁷ y la trata de personas con fines de explotación sexual descrito en el artículo 4^o *quater* inciso segundo, todos del Código Penal.

En cuanto a la persecución penal de estas conductas en Chile, las cifras en los últimos ocho años se han mantenido relativamente estables. Entre el año 2011 y el año 2019 han ingresado al sistema procesal penal 471 casos por el delito de favorecimiento de la prostitución infantil. De este total de casos, se ha formalizado investigación respecto de 80, obteniendo 41 sentencias condenatorias y 11 absolutorias. En cuanto al delito de obtención de servicios sexuales o sanción al cliente de prostitución infantil del artículo 367 ter, en el mismo período, se informó un total de 195 ingresos; de este total, se han formalizado 67 investigaciones, logrando 44 fallos condenatorios y 5 absolutorios.⁸ Esta información

6 Originalmente este delito se encontraba tipificado en los siguientes términos en el Código Penal de 1874: “El que, habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro...”. RIVACOBRA (1974), p. 161; cuya discusión se produjo en la sesión 71 del 10 de abril de 1872, RIVACOBRA (1974), p. 387. Las principales modificaciones a este tipo penal corresponden a las introducidas por la Ley N° 19.617 que eliminó la referencia a la corrupción y por la Ley N° 19.927 que distinguió una figura simple y otra agravada.

7 Introducido por la Ley N° 19.927. En la discusión parlamentaria, el diputado Sr. Bustos planteó que este ilícito debía incorporarse como inciso tercero del delito tipificado en el artículo 367 del C.P. puesto que formaba parte de la prostitución infantil. CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 19.927, p. 43.

8 MINISTERIO PÚBLICO (2020) Respuesta a solicitud de información estadística por Ley de Transparencia, Carta DEN LT N°670-20, de fecha 6 de agosto de 2020. Evidentemente, estos datos son independientes de la cifra negra en estos delitos.

es relevante a efectos de analizar las falencias que presenta el tridente que constituye la formulación penal de ESCNNA en el país.

De las estadísticas expuestas se desprende una baja judicialización de los casos, lo que se explica por las dificultades de investigación en estos delitos vinculadas a la escasa colaboración por parte de las víctimas y sus familias o personas que se encuentran a cargo de su cuidado, atendida la dinámica propia del fenómeno que se traduce en una dependencia generalmente económica con el explotador o tratante y muchas veces también en un sometimiento de carácter emocional.

2.2. Propuestas interpretativas a situaciones problemáticas en el ámbito de la ESCNNA en Chile

a) Situación problemática en la interpretación de los conceptos de prostitución infantil y servicios sexuales frente a prestaciones distintas al acceso carnal

¿Cuál sería una interpretación coherente en los delitos de favorecimiento de la prostitución infantil y en el de obtención de servicios sexuales de adolescentes, si la prestación es distinta al acceso carnal a la víctima? Frente a esta interrogante se propone una interpretación amplia que implica que en la prostitución infantil y los servicios sexuales están comprendidas prestaciones distintas al acceso carnal. En los siguientes párrafos se verá por qué.

Como ya se indicó en párrafos anteriores, tres son los tipos penales vinculados a la ESCNNA en Chile, estos son los descritos en los artículos 367, 367 ter y 411 *quater* inciso segundo, todos del Código Penal. Una interpretación sistemática de estos tres tipos penales conforme a las obligaciones internacionales asumidas por Chile, en materias como la explotación y la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, hace posible llegar a la conclusión señalada.

De acuerdo con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, la definición de prostitución infantil del artículo 2° es:

*“b) [...] la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”*⁹

Si bien la definición de prostitución infantil contenida en el Protocolo Facultativo es amplia en cuanto a la clase de conductas sexuales que pueden entenderse comprendidas -no sólo los accesos carnales, sino que todo tipo de interacciones sexuales con un NNA-, dicha extensión ha sido controvertida especialmente en sede jurisprudencial y en lo doctrinal en relación con la expresión servicios sexuales como se verá más adelante.¹⁰

⁹ Disponible en <https://www.bcn.cl>, última visita 21.10.2020.

¹⁰ En relación con el concepto de prostitución, si se revisa la definición que entrega la Real Academia Española, se entiende como “actividad de quien mantiene relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero”. Esta definición es recogida por MATUS y RAMÍREZ (2018), p. 202. En el mismo sentido, CARNEVALI (2012), p. 16, aunque agrega como requisito la habitualidad.

Adscriben a una interpretación en sentido amplio autores extranjeros como Gómez, Estrella y Aboso¹¹ y jurisprudencia relevante de la Corte Suprema chilena, como el mediático caso Spiniak. El fallo, en el mismo sentido del Protocolo, entiende el término prostitución infantil en forma amplia. Se consideró configurado el delito de favorecimiento de la prostitución infantil con conductas distintas a los accesos carnales a las víctimas, al estimar que el condenado para satisfacer deseos sexuales solicitó la captación de niños, niñas y adolescentes entre 12 y 18 años de edad, los que en su mayoría se encontraban en riesgo social, entregándoles a cambio una remuneración económica solicitándoles conductas como “desnudos, distintas acciones de significación sexual y carácter libidinoso, tales como dejarse practicar sexo oral, masturbación y coprografía, con el objeto de provocar la excitación de los asistentes mayores de edad a los referidos eventos, quienes participaban activamente, también desnudos, interactuando con los menores”.¹²

La misma discusión se produce en el tipo penal de obtención de servicios sexuales de adolescentes o sanción al cliente de la prostitución infantil,¹³ en la que hay posturas de interpretación amplia y restrictiva a propósito de la expresión *servicios sexuales*, pues algunos fallos y autores la han restringido exclusivamente a los accesos carnales y otros han concluido que comprende todo tipo de interacción sexual.¹⁴

En la doctrina nacional, Rodríguez plantea que “[...] la locución *servicios sexuales* tiene un sentido muy amplio, que, en principio, permitiría incluir una enorme variedad de actos, entre los que podrían quedar comprendidos el acceso carnal, la introducción de objetos o de alguna parte del cuerpo y, en general, todas las acciones sexuales- que en el caso de ser ejecutadas abusivamente- quedarían captadas por los artículos 366 ter y 366 *quater*”,¹⁵ pero lo restringe al acceso carnal en las figuras de violación y estupro y las conductas subsumibles establecidas en el artículo 365 bis, dejando fuera los abusos sexuales en sentido amplio, por estimar que respecto de los delitos sancionados en los artículos 366 y 366 *quater*, la pena aplicable sería la misma tanto si el autor actúa abusivamente respecto de un mayor de 14 y menor de 18 años (presidio menor en su grado máximo) como cuando lo hace de modo no abusivo (presidio menor en su grado máximo) lo que sería un contrasentido.¹⁶

11 La doctrina extranjera mayoritaria viene aceptando un concepto de prostitución amplio que abarcaría cualquier clase de prestación con contenido sexual, desde el acceso carnal a la realización de actos de exhibicionismo, pasando por el mantenimiento de conversaciones de contenido sexual a través de las líneas eróticas, entre otros. Ver GÓMEZ (2005), pp. 16 s. En Argentina y en la misma línea ESTRELLA (2005), pp. 179 s. y ABOSO (2013), p. 118.

12 SCS de 27 de agosto de 2008, rol N° 5576-2007. Disponible en www.pjud.cl (fecha de consulta, 16 de octubre 2020).

13 La doctrina nacional ha dado distintas denominaciones al tipo penal en comento: Obtención de servicios sexuales, CARNEVALLI (2012), p. 13; favorecimiento de la prostitución impropio, MATUS y RAMÍREZ (2014), p. 350; obtención de servicios sexuales mediante precio, RODRÍGUEZ (2014), p. 302. En la discusión parlamentaria se usó la expresión sanción al cliente. CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 19.927, p. 131.

14 Algunos fallos han recogido esta polémica: A modo ejemplar: STJOP Quillota de 16 de marzo de 2011, RIT N° 08-2011, RUC N° 1000264252-8 otorga un sentido amplio a la expresión servicios sexuales. Disponible en www.pjud.cl, fecha de consulta, 16 de octubre 2020. Este fallo destaca que el acto sexual es expresión de la sexualidad humana y ésta se encuentra determinada culturalmente, citando a RODRÍGUEZ (2014), pp. 250 s. Similar análisis efectúa AGUILAR (2008), pp. 92 s. En términos más amplios, BUTLER (2017a) (2017b).

15 RODRÍGUEZ (2014), p. 303. La cursiva corresponde al texto original.

16 RODRÍGUEZ (2014), p. 303.

Sin embargo, otros autores como Aguilar¹⁷ y González¹⁸ optan por una concepción amplia de dicho término al igual que Matus y Ramírez que la conceptualizan como “acceder a la realización de cualquier acto de significación sexual, que intrínsecamente posea ese carácter, como los descritos en los delitos de violación, estupro y abusos sexuales”.¹⁹

A modo de propuesta que zanje una discusión que se transforma en aporética, ya que para algunos incluye conductas que no son acceso carnal, y para otros las incluye, comenzando ambos bajo la misma premisa, se propone una interpretación de las expresiones “prostitución” y “servicios sexuales” desde la asunción de una especie de sistema de “explotación sexual y comercial de niños, niñas y adolescentes”, constituido por los tres tipos penales señalados - 367, 367 ter y 411 *quater*- armónica con las distintas obligaciones internacionales asumidas por Chile en la materia.

Así la piedra angular y concepto genérico del sistema propuesto, que otorgaría la pauta interpretativa para las otras acepciones, sería el término explotación sexual, utilizado por el artículo 411 *quater*, al referirse a una de las finalidades de la trata de personas.

El sentido literal de la palabra explotar, según la Real Academia Española es: “sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio. Utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona”.²⁰

En los trabajos preparatorios del Protocolo Complementario para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños²¹ se señala sobre el particular que: “se entiende por explotación sexual, con respecto a un adulto, la prostitución [forzada], la servidumbre sexual o la participación en la producción de material pornográfico para la cual el individuo no se ofrece con su libre consentimiento y con conocimiento de causa y, con respecto a un niño, la prostitución, la servidumbre sexual o la utilización del niño en la pornografía”.²² El Protocolo que forma parte de la Convención de Palermo y es ley vigente en Chile, señala que el consentimiento es irrelevante si trata de niños, niñas o adolescentes, ya que se omite la expresión “forzada”.

En la doctrina varios autores postulan a su vez una interpretación amplia de explotación, un ejemplo de ello es Rodríguez, para quien: “La explotación sexual implica la utilización del cuerpo de la víctima -en este caso un niño, niña o adolescente (o NNA) - como objeto para proporcionar placer, excitación o gratificación”. Este autor va más allá del contacto físico, proponiendo que también habría explotación en la interacción física sin contacto e incluso cuando no hay interacción física, como en la pornografía infantil.²³

17 AGUILAR (2008), pp. 161 y 162.

18 GONZÁLEZ (2009), p. 165.

19 MATUS y RAMÍREZ (2018), p. 180.

20 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2020).

21 En el artículo tercero se define la trata de personas, la que posteriormente fue considerada casi idéntica para formular el tipo penal chileno.

22 NACIONES UNIDAS (2008), pp. 357 s.

23 RODRÍGUEZ (2012), pp. 203 s.

En la doctrina extranjera también encontramos otras opiniones en este sentido así Abo-so, Pérez, Villacampa y Mapelli quienes incluyen en la explotación sexual además de la prostitución, la participación forzada en espectáculos eróticos y la producción de pornografía infantil.²⁴ En Chile y en esta misma línea encontramos las interpretaciones de Cárdenas, Matus y Ramírez.²⁵ Por su parte, los tribunales, han hecho hincapié en la necesidad de obtener beneficios económicos en los actos de prostitución forzada para precisar el alcance de la explotación sexual.²⁶

Considerando la propuesta sistémica, la interpretación literal del término explotación, que incluiría los términos específicos de prostitución y de servicios sexuales, se sugiere una interpretación sistemática en la que el término explotación del artículo 411 *quater* sea el género y la prostitución y los servicios sexuales sean especies de ese mismo género, es decir estos estarían contenidos en el concepto de explotación. En este sentido, tanto la prostitución como los servicios y la explotación sexual se refieren a un mismo fenómeno, que excede con creces al solo acceso carnal, incorporando otras interacciones sexuales con NNA a cambio de dinero o de otro tipo de prestación, por lo que la respuesta a la primera pregunta sería afirmativa.

b) Situación problemática de delimitación entre la trata de personas (interna) y el favorecimiento de la prostitución infantil

Para contestar la interrogante ¿qué tipo penal corresponde aplicar en aquellos casos en los que un sujeto activo promueve o favorece la explotación sexual de un niño, niña o adolescente que se encuentra dentro del país? se seguirá la misma interpretación sistémica, de acuerdo con lo propuesto en el problema anterior, que nos lleva al escenario en que un sujeto activo, para promover o facilitar la explotación sexual de niño, niña o adolescente dentro del país, realiza alguna conducta que podría a la vez subsumirse en alguno de los verbos rectores de la trata de personas. En esta situación, ¿los hechos se deben calificar como un delito de favorecimiento de la prostitución infantil del artículo 367 del Código Penal o como un caso de trata interna de personas con la finalidad de explotación sexual de conformidad con el artículo 411 *quater* inciso segundo del Código Penal?

24 En la doctrina extranjera, también se usa en un sentido amplio: ABOSO (2013), pp. 118 s., incluye en la explotación sexual, además de la prostitución, la participación forzada de las víctimas en espectáculo eróticos (striptease, etc.) y en la producción de pornografía adulta. PÉREZ (2011), p. 80, conceptualiza la explotación sexual “como la utilización de mujeres, jóvenes y niños en la industria del sexo, es decir en pornografía, espectáculos exhibicionistas, turismo sexual y, sobre todo, en el ejercicio de la prostitución”. En el mismo sentido: VILLACAMPA (2010), pp. 848 s. y MAPELLI (2012), p. 57, nota 54.

25 CÁRDENAS (2012), p. 26 quien cita a la RAE para definir el término explotación. MATUS y RAMÍREZ (2018), p. 202: “Indirectamente, el artículo 367 ter al castigar el favorecimiento impropio de la prostitución de menores de edad nos ofrece en un concepto aproximado de la misma, que puede entenderse como la obtención de servicios sexuales a cambio de dinero u otras prestaciones.”.

26 S4°TJOP de Santiago de 7 de septiembre de 2012, RIT N° 199-2012, RUC N° 1100440193-1, considerando undécimo: “..., la finalidad de explotación sexual, ... es la obtención de beneficios económicos a través de la intervención de otro en actos de prostitución”. Disponible en <https://bibliotecadigital.indh.cl>. S4°TJOP de Santiago de 2 de noviembre de 2013, RIT N° 293-2013, RUC N° 1200922694-8, considerando décimo tercero: “Obtención de beneficio económicos o financieros, a través de la participación forzada y continua de otra persona en actos de prostitución”. Disponible en www.pjud.cl, fecha de consulta, 16 de octubre 2020.

Esta discusión se ha presentado principalmente respecto de jóvenes chilenas que se encuentran insertas en circuitos de explotación sexual.²⁷ De acuerdo con la estadística en materia de trata de personas, en el período que abarca desde el año 2011 al año 2019, las víctimas de trata NNA representan sólo un 7,49% del total. El 85% de este 7,49% son del género femenino (diecisiete NNA) y sólo siete de ellas fueron víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual, de las cuales tres eran chilenas.²⁸ De este reducido porcentaje, la Fiscalía acusó por el delito de favorecimiento de la prostitución infantil y el tribunal condenó por el mismo ilícito.²⁹

Desde el punto de vista de la fenomenología, en el estudio “Caracterización de las formas de explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes” desarrollado por la ONG Raíces, se distinguen varios tipos de manifestaciones de la ESCNNA en Chile, una de ellas es la trata de NNA con fines de explotación sexual comercial, la que ha sido difícil de identificar por parte de los equipos especializados. La razón de esta dificultad radica en que el traslado de los NNA no se presenta “en una forma única y permanente, siendo la fenomenología más presente la de la trata interna, transitoria y gestionada -al menos en apariencia- por las propias víctimas. Así, las NNA se mueven dentro de la región, incluso se trasladan a otras regiones, pero van y vuelven”.³⁰

En definitiva, se establece en el aludido estudio que esta dinámica corresponde a una trata transitoria, es decir, las NNA víctimas son trasladadas ocasionalmente, sin una regularidad y por un periodo de tiempo corto. En varios casos se observa que “son las propias víctimas las que se trasladan a los espacios en los cuales se encuentran los “clientes”, las distintas etapas propias de la trata de personas (la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas) suelen ser ejercidas por una sola persona o, en parte, por la NNA”. El mismo estudio concluye que: “Por este motivo, no se considerará como tal cuando el traslado es por un tiempo muy corto (un día, un fin de semana) y siempre es al mismo lugar, ya conocido por la NNA. En ese caso, se puede hablar de ESCNNA pero no de trata”.

27 En el informe del CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA del año 2017 (p. 149) y en el Informe de Trata de Personas del Departamento de Estado de Estados Unidos reiteradamente en los años 2018 (p.137), 2019 (p.139) y 2020 (p.151). Disponible en <https://cl.usembassy.gov/es/informe-trata-de-personas-2020/>, fecha de consulta, 23 de octubre 2020. En ellos se ha recomendado al Estado de Chile que los tratantes deben ser condenados a penas adecuadas en cuanto a su extensión, de conformidad con los artículos 367 y 411 quater del Código Penal, procurando investigaciones, juicios y condenas de todas las formas de trata de personas, incluidas la trata sexual doméstica de niños y niñas.

28 MESA INTERSECTORIAL CONTRA LA TRATA DE PERSONAS (2020). Disponible en <http://tratadepersonas.subinterior.gov.cl/>, fecha de consulta, 17 de octubre 2020.

29 El caso en cuestión se resolvió por la STJOP de San Antonio de 24 de noviembre de 2017, RIT N° 112-2017, RUC N° 1500990320-5 y a cuyo respecto se pronunció SCA Valparaíso conociendo un recurso de nulidad, de 19 de enero de 2018, rol N° 2444-2017; esta última, Disponible en www.pjud.cl. Los hechos tuvieron una amplia cobertura en los medios de comunicación social, destacando la presencia no sólo de mujeres adultas extranjeras, sino que también respecto de adolescentes chilenas que se identificaron como víctimas de trata de personas. Disponible en <https://www.soychile.cl/San-Antonio/Policial/2016/07/16/406060/El-programa-Informe-Especial--investigo-durante-meses-a-prostituto-de-San-Antonio.aspx><https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-valparaiso/2017/11/26/culpables-trabajadores-y-dueno-de-club-nocturno-por-trata-de-personas-y-explotacion-sexual.shtml>, <https://www.24horas.cl/programas/informeespecial/informe-especial-prisioneras-sexuales-2077282>.

30 CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA (2017) pp. 147 y ss. En un sentido similar respecto de la escasa identificación de casos por los equipos, SUAZO GUZMÁN (2017), p. 4.

Enlazado con el estudio expuesto, en el tipo penal de trata de personas, un elemento relevante relacionado con los verbos rectores es el desarraigo de las víctimas. El captar, trasladar, acoger o recibir a alguien trae aparejada una probable situación de desarraigo, en el que la víctima de alguna manera sale de su zona segura o de protección. Lo expuesto provoca en la generalidad de las víctimas de trata una situación de vulnerabilidad que las coloca en una posición en la que no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata, al encontrarse desvinculadas de su comunidad de origen y de sus redes de protección y apoyo, lo que acarrea una afectación a su libertad, al verse impedidas de dejar o poner fin a su sometimiento por parte de los tratantes.³¹

Estos elementos son fácilmente identificables en aquellas investigaciones en las que las víctimas son extranjeras; cuestión que en la trata interna no es tan clara, lo que hace necesario un análisis más cuidadoso para establecer si se presenta o no la trata de personas, particularmente en los casos descritos en el estudio citado respecto de jóvenes chilenas ya insertas en circuitos de explotación sexual.

Los casos problemáticos son aquellos en los que el sujeto activo realiza conductas que favorecen la prostitución infantil dentro del país, que a la vez podrían catalogarse como verbos rectores de trata interna para fines de explotación sexual. Aquí nuevamente acudiríamos al sistema propuesto, compuesto por los tres tipos penales que configuraría la ESCNNA en Chile, señalando que, lo distintivo entre la trata de personas y el favorecimiento de la prostitución infantil es fundamentalmente la presencia de los verbos rectores de la trata, el desarraigo de la víctima y la restricción a su libertad; son estos elementos los que permiten que concurra la exigencia del tipo de pasar a ser “objeto” de explotación. Sin ellos sólo habría favorecimiento de la prostitución.

Podría configurarse entre ambos un concurso aparente de leyes penales, ya que hechos como los señalados, al parecer podrían subsumirse en ambos tipos penales, pero la trata requiere de una valoración adicional, cual es la presencia de los verbos rectores que en conjunción con que la víctima sea “objeto” de explotación, exige valorar la existencia del desarraigo y de las restricciones de libertad de quien es “objeto” de la explotación de otro, sin las cuales no podría configurarse la trata de personas.

Consecuente con lo dicho, si buscamos en la tutela de bienes jurídicos también encontramos luces en el mismo sentido, ya que el tipo penal de favorecimiento de la prostitución de NNA buscaría la protección de la indemnidad sexual de los menores de 14 años y de la libertad sexual de los mayores de esa edad, pero menores de 18 años.³² Por su parte, el delito de trata de personas es un delito pluriofensivo, ya que en él se tutela tanto la libertad ambulatoria como la seguridad individual de las personas afectadas. Asimismo, se pone en peligro la indemnidad y libertad sexual y la integridad física y la salud de las víctimas. En este sentido, el delito de trata de personas describe una conducta mucho más amplia y de mayor dañosidad que aquella contenida en el delito de facilitación o promoción de la prostitución de menores.

³¹ Acerca de una caracterización de las víctimas y el desarraigo ver UNODC (2009), p. 11. Disponible en https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf, fecha de consulta, 20 de octubre 2020.

³² POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2004), p. 271 señalan que en este delito lo que se protege es la indemnidad sexual del menor; tanto desde la perspectiva del desarrollo y formación sexual de éste (seguridad de la libertad) como del abuso ajeno.

Lo dicho también tiene fundamentos penológicos, desde que la trata es el delito que tiene la pena más alta de los tres, en consideración a la gravedad del ilícito y a las consecuencias que pudiera causar en las víctimas, directamente vinculado con los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal. Para el caso del favorecimiento de la prostitución infantil, la pena es de presidio menor en su grado máximo, aumentando a presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de 31 a 35 UTM cuando concurre habitualidad, abuso de autoridad, de confianza o engaño³³. En la trata de personas de NNA, la pena es de reclusión mayor en su grado medio y multa de 50 a 100 UTM.³⁴

Las situaciones agravadas de favorecimiento de la prostitución, que tienen la misma pena que la trata de personas, son de escasa aplicación por los tribunales del país, debido a la dificultad de prueba de las circunstancias agravantes; por lo que frente a una conducta agravada en muchas situaciones por falta de prueba se le asigna la misma pena que a la hipótesis básica, concurriendo hechos que han sido señalados por el legislador como de la misma gravedad que la trata de personas.

Esta situación es problemática porque tanto el favorecimiento de la prostitución infantil como la trata de NNA son situaciones de vulneraciones graves a este sector de la población, pero en el primer caso se le asigna pena de crimen probando calificantes y en el segundo caso se sanciona siempre como crimen, aún sin que estén presentes los medios comisivos del delito de trata de personas.³⁵ Los medios comisivos de la trata se exigen para víctimas adultas y, entre éstos, se encuentra el engaño y otros como el abuso de poder o el aprovechamiento de una situación de dependencia, asimilables al abuso de autoridad y de confianza que exige el favorecimiento de la prostitución infantil para aumentar la pena, lo que resulta una distinción arbitraria entre las exigencias para agravar el primer tipo penal, respecto del segundo en el que se aplica la misma pena sin que sean exigibles.³⁶

De *lege ferenda* y a modo de continuar una interpretación sistemática de los tres tipos penales que configurarían la ESCNNA en Chile, se sugiere modificar las penas del delito de favorecimiento de prostitución infantil, estableciendo una pena mínima de presidio mayor en su grado mínimo, con una única descripción típica, sin distinguir en una figura simple y otra agravada. Esto con la finalidad de otorgar un tratamiento semejante a situaciones vinculadas a la explotación sexual comercial que afectan gravemente a los NNA.³⁷

33 Durante el período 01 de enero de 2011 a 31 de diciembre de 2019, 128 personas fueron condenadas por los delitos de favorecimiento de la prostitución infantil y obtención de servicios sexuales de menores de edad, 100 de ellos obtuvieron medidas alternativas al cumplimiento de la pena privativa de libertad, lo que conlleva que la pena impuesta por el tribunal era igual o menor a los 5 años de privación de libertad. En el caso del favorecimiento de la prostitución infantil, de las 61 personas condenadas, 19 no accedieron a medidas alternativas y, respecto de la obtención de servicios sexuales, de un total de 67 condenados, sólo 9 no accedieron a medidas alternativas. Información de acuerdo con carta DEN LT N°770-20, de fecha 2 de septiembre de 2020 que respondió solicitud de información estadística por Ley de Transparencia.

34 Ver nota N° 27 respecto a la crítica del Informe Anual de Trata de Personas de la Embajada de EUA.

35 Enumerados en el inciso primero del artículo 411 *quater* del C.P. respecto de las víctimas mayores de edad.

36 GAJARDO y TORRES (2011), p. 241.

37 El único proyecto de modificación vigente respecto de esta figura corresponde al boletín N° 8697-07 que modifica el artículo 367 del Código Penal, relativo a la prostitución infantil proponiendo la incorporación como conducta punible la de explotar y que no presenta avance alguno en la Comisión de la Familia desde el 27 de noviembre de 2012. Disponible

c) A modo de excursus. Postura a favor de considerar el delito de favorecimiento de la prostitución infantil como delito de mera actividad

Se trata de un tema que no es pacífico en la doctrina nacional, ya que al igual como en la primera parte vimos una postura amplia respecto a los términos prostitución y servicios sexuales y otra postura restrictiva al acceso carnal, en este punto hay quienes sustentan que se trataría de un delito de resultado, mientras que la otra, avalada por la jurisprudencia, señala que se está en presencia de un delito de mera actividad.

Exponente de la primera posición es Rodríguez, quien apunta que pese a que el tipo parece conformarse cuando el sujeto activo promueve o facilita la prostitución, la figura ha de ser concebida como un auténtico delito de resultado, que exige la efectiva materialización del comercio sexual.³⁸ Para este autor, en consecuencia, puede darse la hipótesis de tentativa y frustración.

La segunda postura, postula que el delito en estudio corresponde a uno de mera actividad porque para su consumación basta la ejecución de la conducta de promoción o facilitación, sin necesidad de la presencia de un resultado externamente verificable. En este sentido, Garrido agrega que cabe descartar la posibilidad de frustración y tentativa.³⁹ En el mismo sentido Ossandón, quien señala que el tipo penal de favorecimiento de la prostitución infantil es un delito de mera actividad.⁴⁰

Importante jurisprudencia nacional, como la que ya vimos del mediático caso Spiniak sigue esta misma línea interpretativa: “Para el caso de marras la exigencia legal se satisface cuando medie cualquier acto de favorecimiento que propenda la iniciación o el desarrollo de la prostitución de menores, esto es, la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. Confirmando la inexigibilidad de resultado.

Se cita en dicho fallo la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niño en Pornografía, artículo 2°, letra b), mismo articulado citado en este trabajo respecto de las obligaciones que ha de cumplir Chile en la sanción y persecución penal de la ESCNNA.

En cuanto a autores extranjeros, Donna señala que “corresponde a un delito de mera actividad en el cual la realización del tipo coincide con el último acto, y, por lo tanto, no se produce un resultado separable de ella”.⁴¹ En este sentido las acciones favorecedoras de

en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=9105&prmBOLETIN=8697-07>, fecha de consulta, 17 de octubre 2020.

38 Agrega el autor que: “En otras palabras, es necesario que la víctima efectivamente se prostituya como consecuencia de los actos de promoción o favorecimiento que hubiere realizado el hechor. Esta exigencia no sólo deriva del empleo del vocablo prostitución, sino también de la necesidad de evitar que la persona que sólo pone en peligro la indemnidad sexual de un menor sea castigada con una pena más alta que la que corresponde aplicar a quien efectivamente lesiona dicho interés”. RODRÍGUEZ (2014), p. 301.

39 GARRIDO (1998), p. 411.

40 OSSANDÓN (2013), p. 460.

41 DONNA (2002), p. 154. Indica que las acciones contienen en sí mismas un desvalor y la punibilidad no presupone ningún resultado ulterior. Por eso no hay relación causal que analizar, bastando los actos en sí como capaces de prostitución,

la prostitución contienen un desvalor en sí mismas, sin necesidad de que se lleve a cabo el resultado buscado de la efectiva prostitución. Se trata de tipos penales en los que se adelanta la punibilidad, derivado de la gravedad de los hechos que se intentan impedir.

El favorecimiento comprende la exigencia penalmente relevante de conductas que tiendan a un fin, en este caso el de la prostitución infantil, pero en ningún caso es exigible que el resultado se lleve a cabo. Esto se desprende del sentido literal del verbo favorecer, el que a su vez es un verbo transitivo, esto es de aquellos que requieren un complemento que dé sentido a la acción. En este caso el complemento es la prostitución infantil.

La postura adoptada en este punto también dice relación con el sistema propuesto, ya que los tres tipos penales que lo integran contienen descripción de conductas globalizadoras de la acción, con las que se adelanta la punibilidad y se intenta impedir que efectivamente se lleven a cabo actos que lesionen gravemente a los NNA como los señalados. Esto también está en la línea del cumplimiento efectivo de las obligaciones asumidas por Chile en las convenciones y protocolos señalados de la materia.

3. LA VENTA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y LA OBTENCIÓN FRAUDULENTO DEL CUIDADO PERSONAL COMO MODALIDADES DE LA TRATA DE PERSONAS

3.1. Antecedentes

Esta segunda parte se ocupa de la finalidad de trabajos forzosos y de la esclavitud o prácticas análogas a la misma en la trata de personas, intentado contestar si la venta de niños, niñas y adolescentes y la obtención del cuidado personal fraudulento empleándolos en actividades ilícitas, puedan ser interpretadas como constitutivas de esa finalidad, dentro del tipo penal descrito en el artículo 411 *quater*.⁴²

La finalidad de explotación sexual del mismo tipo penal ya fue tratada en la primera parte, en la que se desarrolló como concepto básico que abarcaría la prostitución, los servicios sexuales, e incluso la pornografía infantil, también se efectuó una delimitación entre ella y el tipo de favorecimiento de la prostitución infantil. Aquí se verá sólo la finalidad de trabajos forzosos, esclavitud o prácticas análogas a la misma.⁴³

Como se vio en la primera parte, el artículo 411 *quater* del Código Penal señala entre las finalidades del delito de trata de personas los trabajos forzosos, la esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, determinando una pena de reclusión mayor en

coincidiendo la tentativa acabada con la consumación del delito.

42 Acerca del concepto de trabajos forzosos véase ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930, N° 29. Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312174,es.

43 El tipo penal chileno detalla los fines de explotación, entre ellos los que acá se tratarán; esclavitud y trabajos forzados en niños. La ley mexicana refiere en genérico a explotación, la que se ha interpretado como: En la propia Ley se entiende el término “explotación” como la esclavitud, la condición de siervo, la prostitución, la explotación laboral, el trabajo o servicios forzados, la mendicidad forzosa, la utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas, la adopción ilegal de persona menor de dieciocho años, el matrimonio forzoso o servil, tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos y la experimentación biomédica ilícita en seres humanos. Más acerca del tema en interesante trabajo de MARBELLA y ROSAS (2017).

sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, a quienes resulten condenados por dicho tipo penal.

Tratándose de niños, niñas y adolescentes se suprime la exigencia de medios comisivos descritos en el inciso primero del 411 *quater*, y se aumentan las penas a reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales. Este es el tratamiento diferenciado del tipo si las víctimas son NNA.

De la descripción típica se desprenden dos premisas relevantes para el tema que se plantea en este apartado; la primera es que entre las finalidades de la trata de personas están los trabajos forzosos y la esclavitud o las prácticas análogas a la misma. La otra es que los medios comisivos exigibles si las víctimas son adultos, no lo son en tanto la víctima sea niño, niña o adolescente. A partir de ambas premisas se tratará de dar respuestas a las preguntas enunciadas; la primera acerca de si la venta de NNA puede ser considerada en sí misma como finalidad de esclavitud o prácticas análogas (a la esclavitud) de la trata de personas. Y la segunda si el obtener el cuidado de niños, de manera fraudulenta, en el sentido de que la finalidad no es cuidar de ellos, sino que emplearlos en cometer ilícitos, puede considerarse una hipótesis de trata de personas con finalidad de trabajos forzosos.

Como antecedentes relevantes antes de entrar de lleno al análisis del tipo que pueda concluir en una interpretación que dé respuesta a la pregunta planteada, es necesario describir situaciones fácticas que a la fecha han sido conocidas en Chile, desde las cuales surgen las preguntas que se intentan responder.

3.2. Situación problemática uno y propuesta de solución en cuanto a la venta de NNA

La “Venta de recién nacidos”. Esta situación se hizo conocida mediante un reportaje de prensa, en la que se detallaba que una oficina de abogados chilenos ofrecía una “adopción rápida” a clientes en el extranjero, para ello contactaban a madres del sur de Chile que no pueden/quieren hacerse cargo de los bebés que están esperando, y coordinan con los futuros padres extranjeros la venta de estos.

Este proceso se preparaba desde antes del nacimiento, ahí se coordinaba el negocio, en el que se exigía un primer pago para los gastos del embarazo, controles médicos, elección de la clínica u hospital, entre otros. Unas semanas antes del nacimiento la pareja extranjera llegaba a Chile, y al nacer el bebé se inscribía como hijo de la madre biológica y del hombre extranjero. Demás está decir que ese hombre no conoció antes a la madre biológica, ni menos tuvo relaciones sexuales con ella, por lo que se descarta completamente que en realidad se trate del padre biológico de ese recién nacido.

Una vez inscrito como hijo de la madre biológica y del “padre extranjero”, la madre cede el cuidado personal del recién nacido al padre, quien se hace cargo de él junto a su esposa o pareja extranjera, quienes viajan a Chile a “adoptar” a ese bebé.

La madre biológica autoriza la salida del país del bebé junto al supuesto padre (realidad registral) la pareja extranjera regresa a su país con un recién nacido bajo su cuidado, por el cual terminan pagando un precio en euros o dólares, según la procedencia de los padres “adoptivos”.

Esta situación que a primera vista parece inocua, en la que una pareja desea tener un hijo, y recurre a profesionales que prometen una adopción más rápida que la regular, en estricto rigor jurídico es una venta de niños, ya que los futuros padres pagan un precio en dinero por un recién nacido que se les entrega, tal cual como si se tratara de una compraventa de un objeto.

Si analizamos la posible subsunción de estos hechos en algún tipo penal vigente en Chile, en primer lugar, surge la posibilidad de que sea aplicable la Ley N° 19.620, de adopciones, en especial al artículo 41. Allí se sanciona la conducta de quien mediante “abuso de confianza, ardid, simulación, atribución de identidad o estado civil u otra condición semejante, obtuviere la entrega de un menor para sí, para un tercero o para sacarlo del país, con fines de adopción”. Aquí claramente el “padre” extranjero se atribuye el estado civil de padre, a efectos de lograr tener bajo su custodia a un niño que no es realmente su hijo. El problema de la aplicación de este tipo penal está en que en ninguna parte exige el pago de una suma de dinero por la actividad, que sí sucede en los hechos, por lo que no podría sostenerse que su objetivo sea la tutela de la dignidad o de la integridad de los NNA, en cuanto a no ser comercializados.

De acuerdo con la descripción típica del delito en comento, más bien parece tutelar la legalidad del proceso de adopción, evitando las entregas de NNA bajo abusos de confianza o diversas hipótesis fraudulentas.

El tipo penal en cuestión incluso menciona como finalidad común a estos medios comisivos, la “adopción”, procedimiento reglado que es esencialmente gratuito, en cuanto no se paga una suma de dinero por obtener un niño, sino que se sigue un camino de distintas validaciones de la calidad de los posibles adoptantes, a efectos de entregar a un NNA susceptible de adopción a la familia que cumpla con los requisitos y estándares legales descritos en la Ley N° 19.620. El único pago que se realiza es a las instituciones que apoyan esta labor del SENAME por concepto de informes psicológicos y sociales de las familias que pretenden la adopción.

Este tipo penal apunta a la prevención, a través de la sanción, de los fraudes que pudieran cometerse dentro de un proceso de adopción, ya que exige esa finalidad. Luego el artículo 42 de la misma ley, sanciona la conducta de los funcionarios públicos o de las instituciones coadyuvantes en el proceso que, acepten recibir pagos por facilitar la entrega de un NNA en adopción. Esta figura que, sí considera pagos, está asociada a los funcionarios públicos o empleador particulares que están ejerciendo funciones públicas, por lo que se asocia indudablemente al resguardo de la fe pública en este tipo de procesos.

Los tipos penales señalados de la Ley N° 19.620, tienen como finalidad la tutela del correcto funcionamiento del sistema de adopción, como bien jurídico colectivo institucional, más allá de cualquier bien jurídico personalísimo vinculado al NNA. En ellos no se observa ninguna exigencia típica relacionada con el NNA como sujeto pasivo o víctima de la conducta del sujeto activo. Siendo así, todo el ámbito de conductas que se desarrollan fuera del proceso reglado de adopción, estarían fuera del ámbito de aplicación de estos, teniendo que recurrir en dichos casos a otros tipos penales en los que puedan subsumirse dichas conductas.

En este punto es donde surge la interrogante si, en el contexto del trato de un ser humano como objeto, al ser vendido y comprado, es posible entender que esa actividad se encuentre contemplada dentro de una de las finalidades de la trata, esto es la de esclavitud o prácticas análogas a la misma. Veamos.

El artículo 411 *quater* describe entre sus hipótesis “El que capte, traslade, acoge o reciba a una persona con la finalidad de esclavitud o prácticas análogas a la misma”. Si se trata de NNA se prescinde de los medios comisivos del delito. Al analizar los hechos descritos, se puede advertir que los sujetos activos que buscan madres embarazadas para vender a sus hijos, de cierta manera realizan el verbo rector captar, y una vez que lo tienen ejercen sobre él una de las atribuciones del dominio, que es la disposición, entregándolo a los extranjeros que viajan a comprarlos a cambio de un monto de dinero.

En la hipótesis fáctica que se acaba de presentar encontramos sujetos que ejercen disposición sobre seres humanos, vendiéndolos a familias que dicen quererlos para que sean sus hijos, pero que no son sometidos a ningún control ni filtro de los establecidos en la ley de adopción, quienes pagan un precio en dinero por una persona a la que se llevan del país, como si fuera una mercancía, ejerciendo sobre ellos atributos de propiedad, similares a la definición que conocemos de esclavitud.⁴⁴

En aras de una interpretación armónica con las obligaciones internacionales, tanto en materia de esclavitud, como de protección de los NNA, se debe recurrir a los conceptos vigentes tanto en la legislación chilena como en las Convenciones Internacionales acerca del alcance del término esclavitud.

El artículo 3° del Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, ratificado por Chile y vigente en el país mediante su promulgación con el Decreto N° 1.447 de fecha 29 de agosto de 2000, describe en la letra a) como una de las prohibiciones generales “Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados”.⁴⁵

En la legislación nacional encontramos una definición de esclavitud en el artículo 5° número 6 de la Ley N° 20.357, en la que se señala:

“Para los efectos de la presente ley se entenderá por esclavitud el ejercicio de algunos de los atributos de la propiedad sobre una o más personas para satisfacer propósitos lucrativos, sexuales, laborales u otros semejantes”.

En la literatura nacional los autores que han dedicado sus escritos a la trata de personas no han expresado una postura acerca de este tema en particular. En general han manifestado la relevancia de la “voluntad de esclavizar” por parte del sujeto activo, autores

⁴⁴ Convención Sobre la Esclavitud, Ginebra, 1926, y su Protocolo de 1953; y Convención suplementaria Sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, Ginebra, 1956.

⁴⁵ Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=177949>.

como Cárdenas,⁴⁶ y acerca de un cierto “dominio” Mardones y Fernández,⁴⁷ sin referirse a este tópico de la venta de NNA en particular.

En la doctrina comparada, Aboso también refiriéndose en términos generales, lo explica de esta forma: “Las víctimas son cosificadas al extremo de ser vendidas o adquiridas entre los distintos actores de este drama con connotaciones internacionales. Se ejerce sobre ellas algunos de los atributos derivados de la propiedad, circunstancia que refleja con toda su luz la intolerable agresión a los derechos básicos de las personas”.⁴⁸

Se postula que quienes “captan” a los NNA recién nacidos, a través de sus madres, con la finalidad de cobrar un precio por la entrega de ellos a sus futuros “padres”, ejercen atributos del dominio sobre el ser humano, lo que según las normas y doctrina citada podría comprenderse como esclavitud o a lo menos práctica análoga a la misma. Respecto de los captadores y vendedores de NNA se sostiene la posibilidad de perseguir y sancionar por el delito del artículo 411 *quater*.

La situación se complica al analizar la conducta de los “compradores”. En su caso se podría establecer que cumplen con los verbos rectores de trasladar, acoger y recibir a una persona recién nacida, por la cual pagaron una suma de dinero, comprándolo, de la misma forma que en el pasado se hacía con los esclavos, pero el tipo penal exige una finalidad que en principio implica una acción futura, de la que no se tiene conocimiento. A diferencia de los captadores vendedores, en cuya situación se conoce que captan a las madres de los NNA a efectos o con la finalidad de venderlos, respecto de los compradores, no es conocida su finalidad, o sea aquello para lo cual estarían adquiriendo a los NNA.

El futuro de estos niños no lo conocemos, no se sabe si finalmente serán queridos en un hogar y serán parte de una familia, o si se extraerán sus órganos y serán vendidos, o si ellos como seres humanos seguirán siendo vendidos o si serán explotados de alguna otra forma, y de esta finalidad depende la posibilidad de que los hechos sean o no subsunibles en la trata de personas, respecto de los compradores.

Desde ya se sostiene que el punto de partida de la relación se basa en una conducta intolerable en una sociedad respetuosa de la integridad moral del ser humano, y de sus derechos humanos, cual es que los NNA no son cosas que se pueden comprar,⁴⁹ pero esto no implica por sí mismo que la conducta de los “compradores” sea sin más subsumible en la descripción típica del 411 *quater*.

En este sentido, se postula que, si bien la conducta del vendedor no nos merece dudas, siendo esta subsumible en el tipo penal del artículo 411 *quater*, la de los compradores, lo es sólo si se logra establecer que la finalidad al comprarlo era de alguna de las que precisa el artículo 5° número 6 de la Ley N° 20.357 citado, esto es la satisfacción de propósitos lucrativos, sexuales, laborales u otros semejantes. De lo contrario se estaría sancionando

46 CÁRDENAS (2012), p. 28.

47 MARDONES Y FERNÁNDEZ (2011), p. 10.

48 ABOSO (2013), p. 98.

49 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=16832>, fecha de consulta, 20 de octubre 2020.

penalmente a sujetos que no cumplen el tipo penal, ya que antes de realizar los verbos rectores cometerían la finalidad, esto es ejercerían atributos del dominio sobre un NNA (lo compran) y luego lo trasladan, acogen o reciben, situación temporalmente distinta a la descrita en el tipo.

De *lege ferenda* se sugiere específicamente tipificar la compra y venta de niños, fuera del ámbito de los crímenes de lesa humanidad, e independiente de la trata de personas, la que debiera tener asignada una pena de crimen dada la gravedad de los hechos, ya que a diferencia de lo tutelado en los artículos 41 y 42 de la Ley N° 19.620, está en juego el bien jurídico individual integridad moral del recién nacido, quien es tratado como mercancía y en ese sentido esclavizado y vendido a quienes pagan un precio por él, desvirtuando su calidad de ser humano.⁵⁰

3.3. Situación problemática dos y propuesta de solución en cuanto a la obtención fraudulenta de cuidado personal con la finalidad de emplear NNA en actividades ilícita

A través de un medio de prensa nacional, se hizo pública una situación que al parecer no es aislada, que se produciría con la obtención por parte de (en este caso) una mujer aparentemente dedicada a cometer diversos delitos, del cuidado personal de niños que sufren una situación catalogada por tribunales de familia como de abandono, y una vez bajo el cuidado de esta mujer son obligados a cometer delitos para ella. Esta lamentable situación fue bautizada por el medio de comunicación como “los soldaditos del narco-tráfico”.⁵¹ En otros casos mencionados en el mismo reportaje el cuidado personal de los niños es obtenido por personas de otras familias, con similares objetivos, esto es forzar a los NNA a cometer delitos, cuyo producto aprovecha la familia “cuidadora”.

Puntualmente se publicó la historia de un joven de 17 años que terminó falleciendo tras años de abandono de su familia de origen como del sistema de protección a los NNA. En su caso, una de sus vecinas, quien aparentemente se dedicaba al tráfico de drogas y otros ilícitos, solicitó al Juzgado de Familia el cuidado personal del niño, período en el que habría sido obligado a delinquir para ellos, quien en una persecución policial sufrió un accidente de tránsito, quedando imposibilitado de caminar. Luego del grave accidente y un infructuoso esfuerzo por volver con su familia biológica, compuesta por su madre y ocho hermanos, terminó en situación de calle, donde contrajo una bacteria la que finalmente le produjo un shock séptico que terminó con su vida.

Con respecto a esta situación fáctica, que al parecer no es aislada en el país, ni tampoco en otros países de la región,⁵² surge la pregunta de si los hechos descritos pueden subsumirse en el tipo penal de trata con fines de trabajos forzados cuyas víctimas son niños, niñas o adolescentes. Creemos que la respuesta es positiva, según se fundamenta a continuación.

⁵⁰ Protocolo de Palermo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños.

⁵¹ Disponible en <https://digital.elmercurio.com/2020/09/05/RVSB/MP3RJPP8#zoom=page-width>, fecha de consulta, 20 de octubre 2020.

⁵² <https://www.redaccion.com.ar/soldaditos-narco-como-trata-la-justicia-a-los-ninos-ninas-y-adolescentes-que-reclutan-las-bandas-criminales/>, última visita 21/10/ 2020.

Nuevamente estamos frente al artículo 411 *quater*, pero esta vez en su finalidad de trabajos forzados. El tipo penal señala que “El que [...] traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de [...] trabajos forzados, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales”.

Como se ha dicho reiteradamente, el trato especial en cuanto a las víctimas NNA en este tipo penal supone la inexigencia de los medios comisivos de la trata de personas, por lo que el tipo penal sería aplicable en caso de NNA de la forma descrita en el párrafo anterior.

Dado esto, la conducta desde ya es subsumible en los verbos rectores, ya que se capta, traslada o acoge a un NNA, con una finalidad específica, cual es la de obligarlo a realizar trabajos forzados. La discusión está en si la obligación de cometer delitos impuesta a los NNA, puede o no considerarse una hipótesis de trabajo forzado.

La pregunta que se debe hacer para dilucidar si la situación fáctica es o no subsumible en el tipo penal de trata de personas es ¿cuál es el contenido del trabajo forzoso? Para ello se recurre principalmente a los instrumentos internacionales que lo han definido, y luego se repasa sucintamente la opinión de algunos autores al respecto.⁵³

Chile ratificó y promulgó el Convenio contra el trabajo forzoso de la OIT de 1930, en cuyo artículo 2° se define el mismo como: “la expresión *trabajo forzoso u obligatorio* designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. Luego señala situaciones en las que a pesar de que las personas son obligadas a trabajar o prestar servicios específicos, estos no se considerarán como trabajos forzados, ninguna de las hipótesis refiere a niños, niñas o adolescentes.

Posteriormente en el artículo 25 los Estados se obligan a perseguir penalmente a quienes exijan a otros este tipo de trabajos, lo que resulta curioso porque el Convenio es de 1930 y en Chile recién el año 2011 se tipifica la trata de personas con finalidad de trabajos forzados, único tipo de la legislación chilena (penal) que sanciona a quien exige a otro esta clase de trabajos, siempre que se presenten los verbos rectores de la trata, y los medios comisivos, en caso de que las víctimas sean adultas.⁵⁴

El trabajo realizado por las víctimas, según el concepto de la OIM, implica la ajenidad y productividad de este en un sentido amplio, es decir que la víctima debe producir ganancias para otro con su producción.

Recurriendo a instrumentos específicamente destinados a NNA, el Convenio N° 182 contra de las peores formas de trabajo infantil, en el artículo 3° letra c) señala como una de las peores formas de trabajo infantil: “*la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes*, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes”.⁵⁵

53 Acerca del marco normativo de la trata en el derecho internacional, CARNEVALLI, Raúl (2013), pp. 891-920.

54 Convenio contra el trabajo forzoso de 1930, disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_HISTORICAL:312174,Y:NO.

55 Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=177949>, fecha de consulta, 25 de octubre 2020.

En el año 2014, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Protocolo relativo al Convenio N° 29, el que también fue ratificado y promulgado en Chile. En este se repiten las mismas definiciones y obligaciones ya descritas, es decir define el trabajo forzoso y obliga a los Estados a perseguir penalmente a quienes lo exijan respecto de otros.⁵⁶

La manifestación penal en Chile en cumplimiento de esta obligación y de las asumidas en la Convención de Palermo y el Protocolo contra la trata de personas, es el artículo 411 *quater*, único tipo penal mediante el cual se sanciona (penalmente) a quien capte, traslade, acoja o reciba a una persona con la finalidad de que realice trabajos forzosos.

En la doctrina nacional no ha sido tratada específicamente la posibilidad de que la imposición a NNA de cometer ilícitos pueda o no ser comprendida dentro del concepto de trabajos forzados, por lo que se recurrirá a doctrina extranjera.

En doctrina extranjera, Villacampa sostiene en la misma línea de la Directiva 2011 de la Unión Europea, que el término servicios forzados incluye la imposición de actividades delictivas, como por ejemplo “la finalidad de hacer cometer a las personas tratadas delitos contra la propiedad o de tráfico de drogas”.⁵⁷ En el mismo sentido Pomares, quien señala que nada impide reconocer esta imposición a la víctima como trabajos forzados.⁵⁸

En la doctrina comparada se ha abordado la aparente confusión entre los términos esclavitud, trabajos forzosos, servidumbre por deudas y esclavitud moderna en la que se plantean las visiones de distintos organismos internacionales y del gobierno de Estados Unidos frente a los mismos, lo que ha tenido como consecuencia en algunas legislaciones la dificultad de perseguir los delitos por falta de claridad en los conceptos del tipo penal.⁵⁹ Esta situación que ha traído consecuencias en la persecución de la trata “laboral” en Chile, no implica confusión en el concepto propio de trabajos forzados, sino que en la relación de este con los de esclavitud, servidumbre por deudas y trata de personas.

En este escenario en el que lo propio del trabajo forzado parece ser la exigencia para realizarlo asociada a una amenaza o pena cualquiera de negarse a efectuarlo, en el que el consentimiento en los adultos es discutible si exige de responsabilidad penal, proponemos que en los casos de NNA es absolutamente indiferente el consentimiento de la víctima, en una situación de desamparo como la de un NNA que está bajo el cuidado personal de la persona que le ordena delinquir.

La exigencia por parte de un adulto que tiene el cuidado de un NNA de cometer actos ilícitos desde ya contiene implícita la amenaza de dejar de tener un techo, alimentos y elementos básicos para la subsistencia de quien está bajo su cuidado y está siendo impelido a cometer delitos. En este sentido se sostiene que se cumple el núcleo de la definición de trabajos forzados, por lo que a quien realice la conducta típica de captar, trasladar, acoger o recibir a NNA con la finalidad de obligarlos a delinquir, le sería imputable el delito de trata de personas.

⁵⁶ Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:Po29, fecha de consulta, 25 de octubre 2020.

⁵⁷ VILLACAMPA (2011), p. 435.

⁵⁸ POMARES (2011), pp. 15, 21.

⁵⁹ JORDAN, Ann (2011).

4. CONCLUSIONES

Los ejes abordados en el artículo, que como se señaló, transitan a través de las distintas formas de explotación de niños, niñas y adolescentes, han sido debatidos desde problemas que se presentan como relevantes, y se ha asumido respecto de ellos posturas a favor de interpretaciones sistemáticas y conforme a las obligaciones asumidas por el Estado de Chile, tanto en el plano de la trata de personas, de la explotación sexual en general, de los trabajos forzados, esclavitud y prácticas análogas como en la que hace alusión especialmente a los niños, niñas y adolescentes.

En este sentido postulamos que la explotación es un concepto genérico del cual se desprenden los conceptos específicos, en el plano sexual, de prostitución y servicios sexuales, lo que tiene como consecuencia asumir una interpretación amplia de los términos, en cuanto a la posibilidad de sancionar a través de estos tipos penales conductas distintas de la prestación de acceso carnal al niño, niña o adolescente.

Como consecuencia del planteamiento sistémico de la ESCNNA, se abordó la delimitación entre los tipos penales de trata de personas (interna) y favorecimiento de la prostitución infantil, sosteniendo una postura al respecto acerca de que la diferencia fundamental está en los verbos rectores, y la vinculación de ellos con el sometimiento y el desarraigo de la víctima, propio de la trata de personas. En este punto se hizo una sugerencia de *lege ferenda*, en cuanto a unificar la pena del favorecimiento de la prostitución infantil, con el de la trata de personas, ya que ambos implican un grave daño para los niños, niñas y adolescentes que son víctimas de estos delitos. Se abordó a modo de excursus (sucintamente) la discusión acerca de la calidad de mera actividad o resultado del delito de favorecimiento de la prostitución, frente a la que se asume, de acuerdo con el sistema propuesto y a las obligaciones e instrumentos internacionales, que se trata de un delito de mera actividad.

En último lugar se propuso soluciones interpretativas a dos situaciones problemáticas relacionadas con la venta de niños y a su utilización en la comisión de delitos por parte de cuidadores, proponiendo que en ambas hipótesis el tipo penal aplicable es la trata de personas.

Se concluye que la explotación de niños, niñas y adolescentes, tanto en la esfera sexual, como “laboral” constituida por los trabajos forzados, la servidumbre y la esclavitud, otorga la posibilidad de sancionar con penas de crimen a quienes realizan conductas que implican dicho sometimiento asociado a la explotación en las situaciones aquí analizadas, lo que posibilita sancionar adecuadamente de acuerdo a su gravedad, conductas como las descritas que atentan en contra de bienes jurídicos personalísimos de niños, niñas y adolescentes marcando sus vidas para siempre.

BIBLIOGRAFÍA

- ABOSO, Gustavo Eduardo (2013), *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual* (Buenos Aires, Euros Editores S.R.L.).
- AGUILAR ARANELA, Cristian (2008), *Delitos sexuales* (Santiago, Editorial Metropolitana).
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes (2006), “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, N° 17, pp. 3-20. Disponible en <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12178/Protecci%C3%B3n.pdf?sequence=2>, fecha de consulta, 15 de agosto 2020.
- BUTLER, Judith (2017), *Deshacer el género*, 2ª reimpresión, octubre (Barcelona, Paidós).
- (2017), *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la realidad*, 2ª reimpresión, diciembre (Barcelona, Paidós).
- CÁRDENAS ARAVENA, Claudia (2012), Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación con el delito de trata de personas. Disponible en <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924b7d1051ff5.pdf>, fecha de consulta, 15 de agosto 2020.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2012), *Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales*, Informe en Derecho, Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública N° 2.
- (2013), “La trata de personas en la normativa internacional y su regulación en Chile”, en: Van Weezele, Alex (edit.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago de Chile, LegalPublishing), pp. 891-920.
- CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 19.927, Disponible en www.bcn.cl, fecha de consulta, 17 de agosto 2020.
- , Historia de la Ley N° 20.507. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4627/>, fecha de consulta, 17 de agosto 2020.
- CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA (2017), *Caracterización de las formas de Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes* realizada por ONG RAÍCES, Santiago, Chile. Disponible en <http://biblioteca.digital.gob.cl/handle/123456789/3650?show=full>, fecha de consulta, 21 de octubre 2020.
- CURY URZÚA, Enrique (2005), *Derecho Penal. Parte General*, 7ª edición (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- DEPARTAMENTO DE ESTADO DE EUA (2020), *Informe de Trata de Personas*, 20ª edición. Disponible en <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/06/2020-TIP-Report-Complete-062420-FINAL.pdf>, fecha de consulta, 15 de agosto 2020.
- (2019), *Informe de Trata de Personas*, 19ª edición. Disponible en <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/06/2019-Trafficking-in-Persons-Report.pdf>, fecha de consulta, 15 de agosto 2020.
- (2018), *Informe de Trata de Personas*, 18ª edición. Disponible en <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/01/282798.pdf>, fecha de consulta, 15 de agosto 2020.
- DONNA, Edgardo Alberto (2002), *Delitos contra la Integridad Sexual*, 2ª edición, (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).
- ECPAT Internacional (2016), *Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales*. Disponible en https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2016/12/Terminology-guidelines_SPA.pdf, fecha de consulta, 30 de agosto 2020.
- ESTRELLA, Óscar A. (2005), *De los delitos sexuales*, 1ª edición, (Buenos Aires, Editorial Hammurabi).
- GAJARDO, Tania y TORRES, Angélica (2011), Los tipos penales de tráfico de migrantes y trata de personas en la ley 20.507, *Revista Jurídica del Ministerio Público de Chile*, N° 47, pp. 231-251.
- GARRIDO MONTT, Mario (1998), *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2005), “Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva política criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 07-04, pp. 1-35. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf>, fecha de consulta, 15 de agosto 2020.
- GONZÁLEZ JARA, Manuel Angel (2009), *Regulación penal del meretricio* (Santiago, Editorial Librotecnia).
- JORDAN, Ann (2011), *Esclavitud, el trabajo forzado, la servidumbre por deudas y la trata de personas: de la confusión conceptual a soluciones acertadas*. Disponible en <http://rightswork.org/wp-content/uploads/2011/04/Documento-de-Discusion-2.pdf>, fecha de consulta, 21 de octubre 2020.
- MARBELLA y ROSAS (2017), La trata de personas en la modalidad de trabajo infantil. *Rev. Derecho* [online]. 2017, N° 47 [cited 2020-10-17], pp. 310-338. Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972017000100310&lng=en&nrm=iso, fecha de consulta, 20 de octubre 2020.
- MARDONES VARGAS, Fernando y FERNÁNDEZ RUIZ, José Manuel (2011), *Ley 20.507, tipifica el tráfico de inmigrantes y trata de personas*. Disponible en <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/5734-2.pdf>, fecha de consulta, 22 de octubre 2020.

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2014), *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, tomo I, 3ª edición (Legalpublishing/Thomson Reuters).

————— (2018), *Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2ª edición (Santiago, Tirant lo Blanch).

MAPELLI CAFFARENA, Borja (2012), “La trata de personas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Núm. LXV, Número 1, pp. 25-62.s

MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio (2012), “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del código penal”, *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXII pp. 97-130. Disponible en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/72113/El%2odelito%2ode%2otrata%2ode%2oseres%2ohumanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, fecha de consulta, 15 de agosto 2020.

MESA INTERSECTORIAL CONTRA LA TRATA DE PERSONAS (2020), *Boletín estadístico*. Disponible en <http://tratadepersonas.subinterior.gov.cl/media/2020/05/Informe-estadistico-CC%81stico-Trata-de-Personas-2011-2019.pdf>, fecha de consulta, 17 de agosto 2020.

NACIONES UNIDAS (2008), *Trabajos Preparatorios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, A. Textos de negociación* (Nueva York).

————— (2009), *Manual sobre la investigación del delito de trata de personas. Guía de autoaprendizaje*. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. Disponible en https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf, fecha de consulta, 20 de octubre 2020.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930, N° 29. Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312174.es, fecha de consulta, 20 de octubre 2020.

OSSANDÓN WIDOW, Magdalena (2013), “Comisión por omisión del delito de favorecimiento de la prostitución de menores”, en MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (editor): *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile).

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (2011), “Trata de Seres Humanos: Marco conceptual, legal y jurídico-penal” en OROZCO, Rosi (coordinadora): *Trata de Personas* (México, Instituto Nacional de Ciencias Penales), pp. 75-90.

POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia (2004), *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 1ª edición, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

POMARES CINTAS, Esther (2011), “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 13-15, p. 15:1-15:31. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 13-15 (2011), 20 dic], fecha de consulta, 22 de octubre 2020.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2020), *Diccionario de la Lengua Española*, Disponible en <https://dle.rae.es>, fecha de consulta, 09 de agosto 2020.

RIVACOBIA y RIVACOBIA, Manuel (1974), *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno* (Valparaíso, EDEVAL).

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2014), *Delitos Sexuales*, 2ª edición, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

RODRÍGUEZ MESA, María José (2012), “El código penal y la explotación sexual comercial infantil”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXII, España, pp. 197-246. Disponible en <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/898>, fecha de consulta, 15 de agosto 2020.

SOTO DONOSO, Francisco (2005), “Algunas consideraciones en torno a la ley N° 19.927 en cuanto modifica el delito de favorecimiento de la prostitución infantil y crea el de sanción al cliente del artículo 367 ter del Código Penal”, *Boletín N°5 de la Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violentos* (Santiago, Ministerio Público de Chile).

SUAZO GUZMAN, Ricardo (2017), *La realidad de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes*, Boletín mayo, Fundación Tierra Esperanza. Disponible en https://www.tdesperanza.cl/?page_id=13, fecha de consulta, 30 de agosto 2020.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2010), “El delito de trata de personas: Análisis del nuevo artículo 177 bis C.P. desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, *AFDUDC*, N° 14, pp. 819-865. Disponible en <http://hdl.handle.net/2183/8302>, fecha de consulta, 15 de agosto 2020.

————— (2011), *El Delito de Trata de Seres Humanos. Una Incriminación Dictada desde el Derecho Internacional*. Aranzadi, Navarra, 2011.

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

CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES RELATIVAS A LOS EFECTOS JURÍDICOS PENALES DE LAS CONDENAS PRETÉRITAS COMO ADOLESCENTE DEL ADULTO SOMETIDO A UN NUEVO PROCESO PENAL

Makarena González Ávila¹

I. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente, consagra un régimen punitivo autónomo y diferenciado del estatuto jurídico penal aplicable a los adultos, ergo, se sostiene también en valores y fines diversos, atendida consideración de las particularidades que reviste la adolescencia como etapa del desarrollo humano y las especiales características que presenta el comportamiento delictivo juvenil. El estatuto penal juvenil se inspiró en instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño², aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas y las Reglas de Beijing o Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985³. Existen además otros instrumentos

¹ Abogada de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² Suscrita por Chile con fecha 26 de enero de 1990, promulgada con fecha 14 de agosto y publicada con fecha 27 de septiembre del mismo año.

³ Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-standard-minimum-rules-administration-juvenile>

internacionales que se refieren a esta materia y que se han utilizado permanentemente para interpretar las normas de la Ley N° 20.084, tales como las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia Juvenil (Directrices Riad)⁴, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad (Reglas de La Habana)⁵ y la Observación General N° 24 sobre los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil⁶, entre otros⁷.

En cuanto a la posibilidad de aplicación de estos instrumentos en un caso concreto, la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia es conteste en señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño debe ser aplicada, por cuanto forma parte de nuestro ordenamiento jurídico por aplicación del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República⁸, y además, según lo dispuesto por el artículo 2 inciso 2 de la Ley N° 20.084, el cual establece que “en la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”. No obstante, la jurisprudencia no ha sido uniforme en reconocer, por ejemplo, que las Reglas de Beijing deben ser aplicadas en causas relativas a responsabilidad penal adolescente, por cuanto hay quienes señalan que estas no han sido incorporadas formalmente a nuestro ordenamiento jurídico, mientras que algunos sostienen, particularmente las defensas de los condenados, que sí se deben aplicar ya que la Convención de los Derechos del Niño establece en su preámbulo que los Estados parte recuerden, entre otros, lo dispuesto en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores o Reglas de Beijing⁹. Independientemente de la postura a la cual se adhiere, no es posible desconocer el valor que este instrumento y todos los mencionados tienen como elemento histórico de interpretación de las normas de la Ley N° 20.084.

4 Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-guidelines-prevention-juvenile-delinquency-riyadh>

5 Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423>

6 Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqIkirK-OZLK2M58RF%2F5FovEnG3QGKUxFivhToOfjGxYjmWL8OqYmwD2mk%2FKowHzmkHuJ3%2FQZS%2B1wggz9gVS3M-nqbvAwhiT8CT%2B634KtpF8yd>

7 A saber, todos los instrumentos internacionales vigentes en Chile, de acuerdo a lo señalado en el mensaje del Presidente de la República con el que inició el proyecto de la Ley N° 20.084: “El Gobierno se ha propuesto, como un importante desafío, la completa reformulación de las leyes y políticas relativas a la infancia y la adolescencia de modo de adecuarlas a los nuevos requerimientos jurídicos y sociales del país y, en especial, a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile.”

8 Este artículo establece que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

9 Las Reglas de Beijing o Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, constituyen una serie de principios aplicables a los menores delincuentes, en todas las etapas del proceso penal seguido en su contra, las que tienen por objeto promover su bienestar en la mayor medida posible, considerando las condiciones económicas, sociales y culturales que predominan en cada uno de los Estados Miembros. Consagra además derechos o garantías procesales a favor de los menores delincuentes, aplicables en la etapa de investigación y juzgamiento, imposición de medidas cautelares, dictación de la sentencia y ejecución de dicha resolución.

No obstante este robusto cuerpo de normas y principios inspiradores, el estatuto penal de adolescentes ha guardado silencio en relación a determinadas materias, como las que se abordarán en el presente artículo, las que no han sido reguladas explícitamente por sus normas, lo que ha llevado a los tribunales de justicia a integrar estos vacíos a través de diversos ejercicios interpretativos, y que se ha traducido en la existencia de distintas posturas al respecto.

En este sentido, el presente artículo tiene como objeto revisar el valor que le ha concedido la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia a las condenas previas como adolescente del adulto sometido a un nuevo proceso penal. En específico, se revisará lo relativo a la configuración de la atenuante de irreprochable conducta anterior, la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal y las sanciones sustitutivas de la Ley N° 18.216. Para esto, se revisarán algunos fallos dictados sobre la materia a contar del año 2012, en el contexto de recursos de nulidad o de apelación, los que se organizarán de acuerdo a la temática tratada y según la postura a la cual se adhiera, para finalmente enunciar algunas conclusiones al respecto.

II. POSTURAS JURISPRUDENCIALES

A continuación se revisará jurisprudencia de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, en un periodo que comprende desde el año 2012 hasta el año 2020, y que se dividirá en tres secciones. En primer lugar, se encontrará aquella relativa a los efectos de la sanción adolescente en la configuración de la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior (artículo 11 N° 6 del Código Penal), posteriormente, aquella referida a los efectos de la sanción penal juvenil en la configuración de la agravante de reincidencia del artículo 12 N° 16 del Código Penal, para finalmente abordar aquellos fallos que dicen relación con las consecuencias de la sanción penal adolescente en la concesión o denegación de penas sustitutivas. En cada uno de estos apartados, además, se enunciarán las posturas jurisprudenciales que han adoptado los tribunales superiores de justicia en estas materias y se organizarán los fallos de acuerdo al criterio sostenido por los sentenciadores.

1. Efectos de la sanción adolescente en la configuración de la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior

El dilema tratado en este título, radica en determinar si al adulto que tiene condenas previas como adolescente, se le puede conceder la atenuante de irreprochable conducta anterior, disminuyendo la sanción final, o si por el contrario esto no es posible.

1.1 Jurisprudencia que considera que la sanción penal del imputado como adolescente, impide la configuración de la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal en un juicio posterior como adulto

En un fallo pronunciado el año 2014, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago rechazó un recurso de nulidad impetrado por la defensa en contra de la sentencia que condenó a su representado como autor del delito de femicidio, denegando la configuración de la atenuante de irreprochable conducta anterior contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal. En este caso, los sentenciadores argumentaron en torno a la especia-

lidad y diferenciación del estatuto penal de adolescentes contenido en la Ley N° 20.084, señalando que se debe dar aplicación supletoria al Código Penal y leyes penales especiales en lo no previsto por esta ley, tal como acontece tratándose de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, específicamente, la atenuante de irreprochable conducta anterior. En este sentido, indican que “no hay impedimento en considerar que una anotación penal como adolescente, obste al reconocimiento de una conducta anterior sin manchas”¹⁰.

El mismo tribunal incorpora otros argumentos a favor de esta posición, en la causa Rol N° 2063-2014, en la cual la defensa alega que para los efectos de la determinación de la pena, el tribunal a quo rechazó la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior del artículo 11 N° 6 del Código Penal, en atención a que su defendido registra como máculas penales una condena como adolescente y otra cuando era mayor de edad. De este fallo se pueden extraer diversas afirmaciones relevantes, en primer lugar, en cuanto a la obligatoriedad de las Reglas de Beijing o Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, los sentenciadores afirman que no se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, y por tanto, no tienen fuerza vinculante.

Por otro lado, también se hace referencia al artículo 59 de la Ley N° 20.084, el cual agregó un inciso final al artículo 2° del Decreto Ley N° 645, que crea el Registro Nacional de Condenas, en virtud del cual se establece expresamente que “los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados en los certificados que se emitan para ingresar a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y a la Policía de Investigaciones o para los fines establecidos en el inciso primero del presente artículo”, norma esta última que posibilita que el Servicio de Registro Civil e Identificación comunique al Ministerio Público, a los tribunales con competencia en lo criminal o a los juzgados de policía local, en su caso, los datos que soliciten para comprobar la reincidencia de los imputados. Al respecto, señalan los juzgadores que “en definitiva el legislador expresamente discurre sobre la posibilidad de considerar las condenas por hechos cometidos cuando el imputado era menor de edad”¹¹.

Finalmente en esta causa, el Ilustrísimo tribunal concluye que las condenas impuestas al acusado cuando es menor de edad no son irrelevantes a la hora de determinar la sanción que se le impone a este cuando es adulto, y que “si bien las anotaciones que registre como menor no pueden ser consideradas para efectos de reincidencia, sí son demostrativos que el acusado no se encuentra exento de toda mácula, y dan cuenta de un actuar en contravención al ordenamiento jurídico penal”¹².

Más adelante en el año 2018, la Corte de Apelaciones de Arica también se pronunció en similar sentido, al conocer de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra de la resolución que condenó a su representado como autor del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes, argumentando que se realizó una errónea aplicación del derecho por parte del tribunal a quo, a propósito de no reconocer las atenuantes del

¹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de febrero de 2014, Rol N° 3612-2013, considerando cuarto.

¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de agosto de 2014, Rol N° 2063-2014, considerando tercero.

¹² Ídem.

artículo 11 N°6 y N° 9 del Código Penal. En este caso, los sentenciadores del tribunal de alzada hacen referencia al artículo 21.2 de las Reglas de Beijing, el cual dispone que “los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente”, indicando que este no debe interpretarse en el sentido de que se entienda eliminado o borrado todo antecedente penal previo a la mayoría de edad, puesto que es la propia Ley N° 20.084 la que incorporó en su artículo 21 la expresa aplicación de las reglas contenidas en el párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, en donde se incluye las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Además, de la lectura del artículo 59 de la Ley N° 20.084, se puede concluir que “no es posible obviar la existencia de reproches penales realizados en la etapa de adolescencia, toda vez que su existencia se encuentra reconocida por el propio estatuto penal adolescente”¹³.

1.2 Jurisprudencia que estima que la sanción penal del imputado como adolescente, no obsta la configuración de la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal en un juicio posterior como adulto

En el año 2015 la Corte de Apelaciones de San Miguel conoció de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa, quien alegaba que los jueces de primera instancia decidieron excluir la aplicación de la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, por estimar que el acusado no gozaba de irreprochable conducta anterior, pues registraba una anotación condenatoria como adolescente que impedía considerar su conducta como exenta de reproche. Para fundamentar su recurso, la defensa se basó principalmente en la aplicación de las “Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores” o “Reglas de Beijing”.

Los sentenciadores en dicha causa, si bien reconocen que la jurisprudencia ha sido vacilante respecto a la aplicación directa de las Reglas de Beijing, afirman el valor que estas Reglas tienen como uno de los instrumentos que inspiraron las normas de la Ley N° 20.084. Además, agregan que “no existiendo norma de derecho interno que resuelva expresamente la contienda en análisis, y siendo las “Reglas de Beijing” fundamento de la Convención de Derechos del Niño y de la ley N° 20.084, resulta lógico concluir que ellas son aplicables en el ámbito judicial chileno, en aras de dar plena protección al bien superior del adolescente, principio que, como se ha dicho, consagra expresamente el artículo 2° de la ley N° 20.084”¹⁴. No obstante este razonamiento, el Ilustrísimo tribunal rechazó el recurso, puesto que, que si bien existía una errónea aplicación del derecho, esta no revisite la trascendencia requerida para configurar la causal alegada de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Valparaíso resolvió en similar sentido, pero apoyándose en el artículo 20 de la Ley N° 20.084 que señala que uno de los fines de las sanciones impuestas a los adolescentes es obtener su plena integración social, más aún cuando la sanción que se le había impuesto al adolescente en este caso fue la de pres-

¹³ Corte de Apelaciones de Arica, 15 de marzo de 2018, Rol N° 81-2018, considerando décimo.

¹⁴ Corte de Apelaciones de San Miguel, 28 de diciembre de 2015, Rol N° 2210-2015, considerando décimo.

tación de servicios en beneficio de la comunidad, “una sanción que conforme a su naturaleza perseguía únicamente su plena integración social”¹⁵. Por otro lado, también se refiere a instrumentos internacionales, como son la Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente su artículo 40, y el artículo 21.2 de las Reglas de Beijing, señalando que este instrumento inspiró la Ley N° 20.084 y que es informador de la referida Convención. En este caso, también se rechazó el recurso de nulidad porque, si bien se constató la existencia de un error de derecho, este error no provocó en el condenado un perjuicio que permitiera hacer lugar a la causal de nulidad.

2. Efectos de la sanción penal juvenil en la configuración de la agravante de reincidencia del artículo 12 N° 16 del Código Penal

El problema tratado en este acápite, radica en determinar si aquella condena previa del adolescente puede servir de base para configurar la agravante de reincidencia específica, incrementando la sanción final de este en un nuevo proceso penal como adulto, o si por el contrario esto no es posible.

2.1 Condenas impuestas como adolescente pueden ser consideradas para agravar la pena del imputado en un nuevo proceso como adulto

La Corte Suprema en el año 2012, rechazó un recurso de nulidad impetrado por la defensa en contra de la sentencia que resolvió que los antecedentes penales del adolescente valen para configurar la agravante de reincidencia contemplada en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, en un proceso penal de adulto posterior en contra del mismo imputado. Esta sentencia es muy relevante, por cuanto el máximo sentenciador entrega argumentos contundentes a favor de esta postura y que también pueden ser utilizados, por ejemplo, para fundamentar la no aplicación de la atenuante de irreprochable conducta anterior. En primer lugar, se refiere a la supletoriedad del Código Penal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 inciso 2 de la Ley N° 20.084, indicando que la normativa que corresponde aplicar en materias sustantivas es el Código Penal, lo que significa que también se aplica este en lo relativo a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Así señala que “en ese sentido, no existe obstáculo normativo para considerar las anotaciones penales del adolescente como fundamento de una eventual reincidencia”¹⁶.

Suma a lo anterior, lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley N° 20.084, que incorpora un inciso final al artículo 2 del Decreto Ley N° 645, y que fue transcrito con anterioridad, señalando que esta modificación “muestra en forma evidente que las condenas de menores de edad pueden constituirse en el sustento de una modificatoria de responsabilidad penal como la reincidencia. No distingue el legislador si dicha utilización puede producirse mientras el hechor es adolescente o adulto, distingo que, en todo caso, de entenderse concurrente, ciertamente llevaría al absurdo de entender que las condenas de un sujeto en edad adolescente pueden ser estimadas como motivo de reincidencia solo mientras este no alcance la mayoría de edad, no contando con tal efecto cuando ya

¹⁵ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 8 de febrero de 2016, Rol N° 52-2016, considerando octavo.

¹⁶ Corte Suprema, 13 de diciembre de 2012, Rol N° 7670-2012, considerando octavo.

se es plenamente responsable, asentando de esta manera una interpretación contraria al interés superior del menor”¹⁷.

Por su parte, respecto a las Reglas de Beijing concluye que su aplicación no es obligatoria por cuanto el acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas que aprueba estas reglas no ha sido ratificado por Chile.

En el año 2016, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago dictó un fallo acogiendo una postura similar a la desarrollada por la Corte Suprema. Se trata de un recurso de nulidad impetrado por la defensa, quien argumenta que en la sentencia impugnada se aplica erróneamente lo previsto en el número 16 del artículo 12 del Código Penal, pues la reincidencia delictiva fue considerada concurrente sobre la base de una condena anteriormente impuesta al enjuiciado cuando este era adolescente.

Los sentenciadores establecen que “en efecto, el artículo 21 del recién referido cuerpo legal dispone que “para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código” y, dentro de esas normas ésta la del artículo 62 de ese cuerpo legal que establece que “las circunstancias atenuantes o agravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en los artículos siguientes”¹⁸. En este sentido, “la preceptiva atingente a las modificatorias de responsabilidad penal forma parte del sistema legalmente aplicable para regular las sanciones correlativas a las infracciones penales cometidas por los adolescentes, sin que se advierta algún motivo valedero para no hacer aplicable esa normativa a las personas después de haber cumplido dieciocho años de edad”¹⁹.

Finalmente, en cuanto a la obligatoriedad de las Reglas de Beijing, el fallo también afirma que no son vinculantes, por cuanto no se han incorporado formalmente al ordenamiento jurídico nacional.

2.2 No es posible fundar agravante de reincidencia específica por condena impuesta en régimen sancionatorio juvenil

En este título se hará alusión un fallo muy relevante pronunciado por la Excelentísima Corte Suprema, y que ha sido citado en varias sentencias dictadas a propósito de las materias tratadas en el presente artículo. Se trata de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra de la sentencia que condenó a su representado como autor del delito consumado de robo con intimidación, acogiendo las agravantes de los ordinales 14 y 16 del artículo 12 del Código Penal, a base de condenas dictadas contra el imputado bajo la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

El máximo sentenciador afirma en primer lugar que el Código Penal y las demás leyes

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de junio de 2016, Rol N° 1726-2016, considerando tercero.

¹⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de junio de 2016, Rol N° 1726-2016, considerando cuarto.

penales especiales tienen un carácter supletorio respecto del sistema de responsabilidad penal adolescente que consagra la Ley N° 20.084. No obstante este reconocimiento, hace presente que esto no significa que se debe recurrir mecánica e irreflexivamente a todas las instituciones reguladas en el Código Penal o en las demás leyes especiales que la Ley N° 20.084 no regula, sino que se debe realizar un ejercicio hermenéutico por cual se debe verificar si estos preceptos refuerzan, sirven o vitalizan el sistema de responsabilidad penal adolescente, “descartando naturalmente toda norma que contraríe no sólo su texto, sino también, conforme al inciso 2° del artículo 2° de La Ley N° 20.084, los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes infractores, en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”²⁰.

En este sentido, si bien reconoce el silencio del estatuto sancionatorio juvenil respecto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, señala que esto no puede significar una puerta abierta para la aplicación indiferenciada de las circunstancias agravantes del Código Penal a los adolescentes infractores, “y, en ese sentido, por ejemplo, se ha puesto en duda la agravación de la responsabilidad de los adolescentes en los delitos de robo y hurto, por la pluralidad de hechos, del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, al considerarse inherente al comportamiento de aquéllos, quienes normalmente viven y se desenvuelven en grupos de pares (Carnevali, ob. cit., pp. 18 y ss.)”²¹.

El fallo también se refiere a los fines de las sanciones contempladas en la Ley N° 20.084, especialmente la responsabilización del adolescente, y a la imposibilidad de atribuírseles un fin diverso, como lo sería utilizar esa sanción no ya para hacer efectiva la responsabilidad penal del menor, sino para agravar la responsabilidad por los ilícitos cometidos siendo adulto. Respecto a los fines de las sanciones también hace eco de lo dispuesto en el artículo 40 N° 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que inspiró la Ley N° 20.9084, por cuanto establece que la sanción debe orientarse a su plena integración social, y en este sentido, incrementar las penas privativas de libertad produce el efecto contrario.

En relación con las Reglas de Beijing, el fallo afirma que estas no han sido incorporadas formalmente a nuestro ordenamiento jurídico, pero que constituyen un elemento histórico de interpretación, puesto que es uno de los instrumentos internacionales que informó el proyecto de la Ley N° 20.084.

Los sentenciadores también reconocen que no es efectivo que la comisión previa de un delito por un adolescente no tenga incidencia en la determinación de una eventual sanción posterior como adulto, “pues pese a no configurarse en los particulares supuestos aquí examinados, alguna agravante de reincidencia del artículo 12 del Código Penal, el autor sí es reincidente, pues carga con una condena pretérita por un delito”²². Agrega que en este supuesto de condena siendo ya adulto, debe esta ser ponderada por el Tribunal al momento de fijar la naturaleza de la sanción a imponer, en particular para decidir

20 Corte Suprema, 17 de septiembre de 2013, Rol N° 4419-2013, considerando séptimo.

21 Corte Suprema, 17 de septiembre de 2013, Rol N° 4419-2013, considerando noveno.

22 Corte Suprema, 17 de septiembre de 2013, Rol N° 4419-2013, considerando décimo tercero.

la concesión o denegación de alguna de las penas sustitutivas que contempla la actual Ley N° 18.216.

Además se hace referencia a lo que establece el artículo 2° del DL N° 645, de 1925, que crea el Registro Nacional de Condenas, y que fue modificado por el artículo 59 de la Ley N° 20.084, en cuanto prescribe que los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados, entre otros fines, para su comunicación al Ministerio Público y a los tribunales con competencia en lo criminal, para comprobar la reincidencia de los imputados. En este sentido, los juzgadores sostienen que la ley penal no se sirve de la expresión reincidencia o reincidente solo para aludir a la agravante del artículo 12 N° 14, 15 o 16 del Código Penal, “por lo que, respecto de adolescentes o adultos reincidentes por delitos pretéritos cometidos siendo menores de edad, este registro no servirá para fundar la agravante de reincidencia, sino para los efectos explicados en el basamento anterior”²³. Esto es, para decidir la concesión o denegación de alguna de las penas sustitutivas que contempla la actual Ley N° 18.216, luego de sus modificaciones por la Ley N° 20.603.

Finalmente, y no obstante la extensa argumentación realizada, se rechaza el recurso de nulidad por cuanto los errores advertidos en la aplicación del derecho, no ocasionaron el perjuicio necesario para configurar la causal alegada de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

3. Consecuencias de la sanción penal juvenil en la concesión o denegación de penas sustitutivas de la Ley N° 18.216

El problema a abordar en este punto se produce porque las penas sustitutivas contempladas en la Ley N° 18.216 no resultan aplicables a quienes han sido previamente condenados por cometer un crimen o simple delito, y por lo tanto, la dificultad radica en determinar si es posible aplicar alguna de estas penas sustitutivas a aquellos condenados adultos que registran condenas pretéritas como adolescente. Al respecto, existen dos posturas claramente identificables, que se enunciarán a continuación.

3.1 Sanción penal juvenil no impide la concesión, al condenado adulto, de alguna de las penas sustitutivas que contempla la Ley N° 18.216

Sobre esta materia es posible mencionar un fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de Concepción en el año 2016. En esta causa, la defensa deduce recurso de apelación contra sentencia dictada por el tribunal a quo, que en un procedimiento abreviado condenó a su representado como autor del delito de hurto simple en grado de frustrado, en cuanto desestima la medida alternativa de remisión condicional, sustituyendo la pena por la de reclusión parcial nocturna domiciliaria con monitoreo telemático. El Ilustrísimo tribunal resolvió revocar en su parte apelada la sentencia y en su lugar decidir que se otorga la remisión condicional de la pena al condenado. En dicho fallo, se señala “que en cuanto a la sanción que recibiera el condenado como adolescente, ella no puede ser con-

²³ Corte Suprema, 17 de septiembre de 2013, Rol N° 4419-2013, considerando décimo cuarto.

siderada para efectos de decidir la aplicación de una pena sustitutiva”²⁴, reconociendo la especialidad del régimen punitivo de los adolescentes y su diferencia con el de adultos, agregando que en el caso del estatuto penal juvenil el fin de la pena no es la retribución.

En este punto también encontramos una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Coyhaique en el año 2017. En este caso, el Fiscal deduce recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por el tribunal a quo, por medio de la cual se condenó al imputado como autor ejecutor directo del delito de robo por sorpresa, y también, se le sustituyó la pena impuesta por la remisión condicional, a pesar de tener cinco condenas pretéritas como adolescente. Los Ilustrísimos sentenciadores en esta causa resolvieron confirmar la resolución apelada, señalando “que no es posible extender los efectos de las penas del sistema punitivo especial, de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente N° 20.084, a las causas seguidas en contra de los mismos adolescentes pero en su calidad de adultos”²⁵. Respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing, reconocen expresamente, que conforme al artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República son obligatorias para los tribunales chilenos, y que en este sentido se debe tener presente especialmente lo dispuesto en las Reglas de Beijing en cuanto a que los registros de menores delincuentes no pueden utilizarse en los procesos de adultos donde ese menor se encuentre imputado.

3.2 Sanción penal juvenil impide la concesión, al condenado adulto, de alguna de las penas sustitutivas que contempla la Ley N° 18.216

La Corte de Apelaciones de Concepción, conociendo de un recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia que denegó a su representado la pena sustitutiva de remisión condicional, otorgándole en cambio la pena sustitutiva de reclusión parcial nocturna, resolvió confirmar la resolución apelada. En este caso, los juzgadores señalan respecto al artículo 4 de la Ley N° 18.216, “que establece criterios de ponderación de varios aspectos criminógenos del condenado que deben ser sopesados por el Tribunal, caso a caso, al momento de resolver la procedencia de la pena sustitutiva que la norma establece”²⁶ y respecto al imputado, “precisamente es esa conducta delictual reiterada en el tiempo, la que no permite sostener que no ha sido condenado anteriormente”²⁷.

El mismo tribunal, en el año 2020, conociendo del recurso de apelación interpuesto por el órgano persecutor en contra de la sentencia que sustituyó el cumplimiento de la pena temporal impuesta a los condenados por la Libertad Vigilada Intensiva, decidió revocar esta resolución, y declarar que, no reuniendo los enjuiciados los respectivos requisitos legales, no se les sustituyera la pena privativa de libertad impuesta, la que deberán cumplir efectivamente privados de libertad. Esto, considerando que “la comisión de delitos por una persona antes de cumplir los dieciocho años de edad, tal como sucede en el caso de

24 Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de agosto de 2016, Rol N° 612-2016, considerando cuarto.

25 Corte de Apelaciones de Coyhaique, 1 de diciembre de 2017, Rol N° 130-2017, considerando sexto.

26 Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de marzo de 2018, Rol N° 162-2018, considerando octavo.

27 Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de marzo de 2018, Rol N° 162-2018, considerando noveno.

los enjuiciados de autos, no resulta ser una cuestión irrelevante a la hora de decidir respecto de la imposición de una sanción como adulto, pues pese a que tales condenas no pueden servir de base para agravar su responsabilidad penal, no pueden desatenderse al momento de evaluar, por ejemplo, la concurrencia de los requisitos previstos en la Ley N° 18.216 para imponerle alguna de las penas sustitutivas que su Defensa solicita, tal como sucede en lo aquí pertinente –por expreso– mandato de lo dispuesto en el artículo 15 bis de la referida Ley”²⁸.

Agrega que “en consecuencia, no puede sostenerse que adultos con condenas previas como adolescente puedan ser considerados como personas que carecen de condenas pretéritas; o, dicho de otro modo, no resulta posible sostener que quien ha sido condenado cuando era menor de edad pueda, luego, al ser juzgado como adulto, tener por satisfecho el requisito previsto en el primer numeral del inciso segundo del artículo 15 de la Ley N° 18.216, consistente en que “...el penado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito”²⁹.

En el mismo año, la Corte de Apelaciones de San Miguel resolvió confirmar la resolución apelada por la cual se denegó la remisión condicional para una de las imputadas que registraba seis condenas como adolescente por delitos contra la propiedad. El Ilustrísimo tribunal argumentó que “ciertamente, esta circunstancia imposibilita estimar concurrente a su respecto la exigencia de la primera parte de la letra c) del artículo 4° de la ley 18.216, esto es, que su conducta anterior al delito perseguido en esta causa permitiere presumir que no volverá a delinquir”³⁰. Añade además que, si bien la comisión previa de delitos por parte del imputado como adolescente no permite la configuración de la agravante de reincidencia, esto no significa que no tenga incidencia en la determinación de una eventual sanción posterior, ni le quita el carácter de condenada para los efectos de determinar la aplicación de una pena sustitutiva³¹.

III CONCLUSIONES

Es posible señalar que las materias tratadas en este artículo han sido objeto de un permanente debate en sede jurisprudencial y nuestros tribunales superiores de justicia han sido vacilantes en adoptar una postura relativa a los efectos que pueden tener las sanciones impuestas a un adolescente, en un proceso penal posterior como adulto.

En relación con la configuración de la atenuante de irreprochable conducta anterior, es dable concluir que, aquellos fallos que parecen entregar argumentos más contundentes, son los que plantean que la sanción del imputado como adolescente impide la configuración de la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal en un proceso posterior como adulto. En estas sentencias, se afirma que las Reglas de Beijing no han sido incorporadas formalmente a nuestro ordenamiento jurídico nacional y por tanto los tribunales

²⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, 1 de abril de 2020, Rol N° 219-2020, considerando quinto.

²⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, 1 de abril de 2020, Rol N° 219-2020, considerando noveno.

³⁰ Corte de Apelaciones de San Miguel, 11 de noviembre de 2020, Rol N° 3560-2020, considerando cuarto.

³¹ El mismo criterio se utilizó en las sentencias dictadas en causas Rol N° 1419-2019 y Rol N° 2426-2019, dictadas por este mismo tribunal.

chilenos no están obligados a aplicarlas. No obstante, reconocen que este instrumento, junto con la Convención sobre los Derechos del Niño (que sí está incorporada a nuestro ordenamiento jurídico), constituyen un elemento histórico de interpretación de las normas. Por otro lado, reconocen que el régimen sancionatorio juvenil es un ordenamiento jurídico especial y diferenciado, no obstante, hay materias que esta normativa no regula y por tanto en este punto se hace necesario acudir al Código Penal o a las leyes penales especiales, aplicando el principio de supletoriedad que la propia Ley N° 20.084 consagra. También están de acuerdo en señalar que si bien los antecedentes penales del adolescente no pueden servir para configurar la agravante de reincidencia, no es posible obviar la existencia de estos antecedentes, por cuanto la ley sí los considera, específicamente en el artículo 59 de la Ley sobre Responsabilidad Penal Adolescente.

Por su parte, respecto a la configuración de la agravante de reincidencia del artículo 12 N° 16 del Código Penal, se puede concluir que es esta materia la que presenta mayores dificultades en torno a su interpretación, por cuanto la Corte Suprema se ha pronunciado en ambos sentidos, vale decir, a favor y en contra de su configuración, entregando en ambos casos argumentos contundentes que avalan cada una de estas posturas. No obstante, es posible señalar algunos puntos en común, a saber, la no obligatoriedad de las Reglas de Beijing y la aplicación supletoria del Código Penal y las demás leyes penales especiales en lo no previsto por la Ley N° 20.084. Sin embargo, se debe señalar que aquellos que están en contra de la configuración de la agravante, argumentan que esta aplicación supletoria no significa que se deba recurrir automáticamente a las instituciones del Código Penal o las leyes penales especiales que el estatuto penal adolescente no regula, sino que se debe revisar previamente que estos preceptos no contraríen el espíritu de las normas contenidas en la Ley N° 20.084.

En relación con la concesión o denegación de penas sustitutivas, la jurisprudencia mayoritaria y la más reciente es aquella que estima que la sanción penal adolescente impide la concesión al condenado adulto, de alguna de las penas sustitutivas de la Ley N° 18.216, basándose principalmente en señalar que la comisión de delitos por parte de un adolescente no puede ser una cuestión irrelevante a la hora de determinar la imposición de una sanción como adulto.

Finalmente, solo queda esperar si, en caso de aprobarse el Proyecto de Ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes, y a otras normas que indica (Boletín N° 11.174-07)³², que se encuentra actualmente en su última etapa de tramitación, se zanjarán definitivamente las dificultades producidas a la hora de determinar el valor de las condenas previas como adolescente del adulto sometido a un nuevo proceso penal. Esto, por cuanto el Proyecto de Ley comprende un cambio de paradigma y modo de concebir el fenómeno de la delincuencia juvenil y sus consecuencias penales, que nuestros tribunales muy probablemente consideren como elemento de interpretación.

32 Estado de tramitación disponible en:
http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11174-07