

ISSN: 0718-6479



# Revista Jurídica del Ministerio Público

N°54 - MARZO 2013

REVISTA JURÍDICA  
DEL MINISTERIO PÚBLICO

---

N°54 - Marzo 2013

**Fiscal Nacional y Representante Legal:**

*Sabas Chahuán Sarrás*

**Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:**

*Pablo Campos Muñoz*

**Comité Editorial:**

*Pablo Campos Muñoz*

*Coordinador*

*Karen Guzmán Valenzuela*

*Sandra Luco Castro*

*Ricardo Mestre Araneda*

*Antonio Segovia Arancibia*

**Colaboradores:**

*Andrea González Leiva*

*David Opazo Meneses*

*Soledad Poblete Moya*

La Revista Jurídica del Ministerio Público (ISSN N°0718-6479) 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. Contiene 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.

Toda solicitud de canje o donación de la Revista debe dirigirse a la Biblioteca de la Fiscalía Nacional.

Dirección: General Mackenna 1369, 2° piso, Santiago, Chile.

E-mail: [sluco@minpublico.cl](mailto:sluco@minpublico.cl)

Teléfono: 2965 9693

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

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

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

# ÍNDICE

## PRÓLOGO

### I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

#### Fallos

Requerimiento de inaplicabilidad acogido. Artículos 276 y 334 del Código Procesal Penal. Prueba generada en la justicia militar. Control de constitucionalidad de las leyes 9

*Tribunal Constitucional*

Requerimiento de inaplicabilidad rechazado. Artículo 277 inciso 2° del Código Procesal Penal. Exclusión de pruebas. Apelación del auto de apertura del Juicio Oral por parte del querellante. Empate de votos 37

*Tribunal Constitucional*

### II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

#### Artículos

Plan General de Implementación del Sistema de Información y Atención a Usuarios (SIAU) Período 2011-2016 61

*Ricardo del Canto Méndez*

### III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

#### Artículos

Elementos mínimos del modelo de prevención de delitos al interior de una empresa 83

*Hernán Fernández Aracena*

### IV. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

#### Artículos

Implicancias de la Ley 20.603 respecto de la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de drogas 111

*Ximena Marcazzolo Awad*

Sentido y alcance del artículo 43 del la Ley 20.000 123

*Jorge Valladares Opazo*

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

### **Artículos**

- La inmunidad diplomática 137  
*Karinna Fernández Neira y Eduardo Bolados Ampuero*

## **VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

### **Artículos**

- Maltrato infantil y los delitos sexuales 151  
*Catalina Duque González*
- Resultados de la actualización de estudio sobre metaperitajes realizados por la defensa a informes psicológicos y psiquiátricos de evaluación pericial de credibilidad de testimonio y evaluación pericial de daño, presentados por el Ministerio Público en audiencias de juicio oral los años 2010-2011 159  
*Sofía Huerta Castro*
- Filicidio en Chile. Incidencia estadística y análisis de las denuncias sobre muertes de niños, niñas y adolescentes a manos de sus padres entre los años 2010 a 2012 177  
*Roberto Rodríguez Manríquez*

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

### **Artículos**

- Acerca de los requisitos de aplicación del principio de confianza en la criminalidad empresarial  
Comentarios a propósito del fallo del denominado “caso ADN” 199  
*Andrés Salazar Cádiz*
- La figura del “testaferro” del delito de lavado de dinero, con relación al delito de asociación ilícita 219  
*Angélica Torres Figueroa*

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

### **Artículos**

- El sistema de responsabilidad penal adolescente desde la óptica de la Fiscalía, a cinco años de su entrada en vigencia 233  
*Eva Curia Castro y María José Taladriz Eguiluz*
- La infracción penal adolescente desde un análisis histórico y jurídico 253  
*Alejandra Vera Azócar y Francisco Maffioletti Celedón*

## PRÓLOGO

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, reúne a un grupo de países que pretende políticas o soluciones conjuntas en pos del bienestar y la democracia. Llegar a ser parte de esta organización resulta ser la culminación de un proceso que debe contemplar una serie de avances que sustenten que, como país, se cumple con las condiciones económicas, políticas y legislativas necesarias.

En enero del año 2010 se firmó el ingreso de Chile a la OCDE, lo que no sólo ha significado una ganancia en prestigio internacional, sino asumir una serie de compromisos, que entre otros, ha implicado realizar reformas legales que nos igualem a los criterios que rigen a los demás países miembros.

Dentro de estas modificaciones legislativas, destacamos la Ley N°20.393, que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, porque significó una innovación radical en materia de responsabilidad penal. Y como toda normativa nueva, que además instaure nuevas figuras jurídicas, la aplicación práctica de sus disposiciones ha ido generando dudas, evidenciando vacíos e imponiendo desafíos interpretativos entre quienes operan con el ámbito penal.

Haciéndose cargo de estas dificultades, nuestra Unidad Especializada Anticorrupción elaboró un artículo que analiza uno de estos tópicos, relativo a los modelos de prevención de delitos que pueden adoptar las empresas, haciendo un paralelo con la práctica norteamericana.

Igualmente relacionado con el tema de responsabilidades penales originadas en actividades empresariales, presentamos un artículo que analiza el fallo dictado en el bullado caso ADN Pediátrico, trabajo estructurado específicamente a partir del principio de confianza en la criminalidad empresarial bajo el prisma actual del principio.

Asimismo, también se presenta un artículo que analiza el rol que cumple el testamento en una asociación ilícita, como aquella que realiza lavado de dinero.

Pero retomando la problemática de la responsabilidad penal, ahora de las personas naturales, se ofrecen sendos artículos que analizan la especial situación de los adolescentes infractores y la nueva regulación que rige en cuanto a su responsabilidad penal, y las sanciones o medidas a aplicar. Este resulta ser un tema de la mayor importancia dados los actuales objetivos que orientan la legislación pertinente y que, siguiendo la tendencia moderna mundial, apuntan más que a una sanción, a una efectiva rehabilitación de los adolescentes infractores, haciendo patente la necesidad de contar con las adecuadas redes de contención y formación.

Esta breve referencia a las temáticas ya señaladas, no obsta a que el lector pueda encontrar en este número relevantes fallos de la judicatura constitucional, así como otros completos y fundados artículos sobre diversas materias de interés, tanto jurídicas como de los otros ámbitos del quehacer institucional.

**SABAS CHAHUÁN SARRÁS**  
Fiscal Nacional

MATERIAS  
DE INTERÉS GENERAL

---



## REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD ACOGIDO. ARTÍCULOS 276 Y 334 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. PRUEBA GENERADA EN LA JUSTICIA MILITAR. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

**Tribunal:** Tribunal Constitucional

### Resumen:

*No puede pretenderse que en virtud de lo dispuesto en el artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477, se haya querido legitimar cualquier prueba procedente del sistema castrense, y más aún aquella que hubiere sido obtenida violando garantías fundamentales.*

*Si en la audiencia preparatoria del juicio oral se verifica fundadamente que las declaraciones de un testigo se consiguieron por medio de coacción o amenazas, que el tribunal de garantía no podría excluir por impedírsele el inciso final de dicha norma, entonces sería dable plantear su inaplicabilidad por inconstitucionalidad, al cobijo del artículo 93 inciso 11°, de la Carta Fundamental.*

*Lo que resulta enteramente inadmisibles, a la luz de muy claros principios constitucionales, es que un juez de la República desconozca tal norma, a pretexto de que su aplicación importaría infringir la garantía fundamental del debido proceso.*

*Desde la entrada en vigencia de la Ley N°20.050, el Tribunal Constitucional es el único órgano a quien compete, privativa y excluyentemente, disponer la inaplicación de un precepto legal por contradecir, entre otras, las garantías de la Carta Fundamental, con arreglo a la facultad que a este efecto le asigna su artículo 93, inciso primero, N°6. El juez que conoce del negocio en que un precepto tendría aplicación, no puede más que entenderse legitimado para requerir la inaplicabilidad del mismo.*

*El derecho a una adecuada defensa implica la aptitud procesal de presentar pruebas y tener derecho a impugnar aquellas que vulneren las pretensiones y derechos que se hagan valer. La decisión del legislador en materia de debido proceso incorpora el derecho a aportar pruebas, siendo éste uno de los derechos exclusivos que puede reivindicar la víctima u ofendido por el delito. Si tal derecho fue ejercido en sede procesal militar, lo que se estaría objetando en el proceso penal ordinario es la conexión de este derecho con su habilitación para ejercerlo en sede procesal penal militar.*

*La producción de pruebas en sede procesal militar está sostenida en reglas constitucionales que expresamente habilitan al legislador a configurar modalidades diferenciadas de procedimientos. En tal sentido, el inciso final del artículo 83 de la Constitución dispone expresamente que “el ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en*

*conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen”.*

*El debido proceso, en relación a las pruebas, incluye la doble posibilidad de aportarlas e impugnarlas, resultando claro que el Código Procesal Penal cautela plenamente el derecho a impugnarlas en diferentes etapas procesales a todos los intervinientes en el proceso penal ordinario. Sin embargo, la faz afectada por el artículo 334 del Código Procesal Penal es aquella que se refiere al derecho a aportar pruebas, que se produjeron válidamente en sede procesal militar y cuyo traspaso el legislador ordena a la gestión pendiente que sirve de base al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado, en consecuencia, la aplicación de dicha norma, en lo referido a la prohibición de lectura de registros y documentos, importa una vulneración al derecho al debido proceso, en relación al derecho a aportar pruebas.*

*El legislador tiene el deber de configurar un procedimiento e investigación racionales y justos. La racionalidad exige una construcción de este proceso conforme a las reglas de la razón y la lógica, configurando una ritualidad procesal. En tal sentido, también se produce una infracción al desarrollo legislativo que permite el traspaso de las causas en virtud de la regla excepcional del artículo 83, inciso final, de la Constitución, todo esto coordinado sistemáticamente con la reserva legal del debido proceso contemplada en el artículo 19, N°3, inciso sexto.*

*La inaplicabilidad del artículo 334 del Código Procesal Penal en este caso habilita la lectura de registros y documentos en razón de lo que ha decidido razonablemente el legislador para efectos de traspasar las causas de los tribunales militares en tiempo de paz a la justicia ordinaria.*

*Se desecha el requerimiento respecto del artículo 276 del Código Procesal Penal.*

*La sentencia fue acordada con los votos contrarios de la Ministra Sra. Marisol Peña Torres, y los Ministros Sres. Domingo Hernández Emparanza y Francisco Fernández Fredes.*

## **Texto Completo**

Santiago, veinticuatro de enero de dos mil trece.

### **VISTOS:**

Con fecha 17 de agosto de 2012, Paola Alejandra Riveros Reygadas ha solicitado a esta Magistratura que declare contraria a la Constitución la aplicación que se hizo de los artículos 276 y 334 del Código Procesal Penal en la gestión invocada y

que dichas normas deben interpretarse de conformidad al artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477.

Los preceptos cuya aplicación se impugna disponen:

*“Artículo 276.- Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente imper-*

*tinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios.*

*Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.*

*Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.*

*Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral.”*

*“Artículo 334.- Prohibición de lectura de registros y documentos. Salvo en los casos previstos en los artículos 331 y 332, no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público.*

*Ni aun en los casos señalados se podrá incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieren cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales.”*

La gestión invocada es un proceso penal por robo con intimidación a tres sucursales bancarias, en uno de los cuales falleció el cabo de Carabineros Luis Moyano, cuya viuda es la requirente, en calidad de querellante y acusadora particular.

Al momento de requerir de inaplicabilidad, se encontraba en desarrollo la audiencia preparatoria y pendiente la dictación del auto de apertura del juicio oral.

Expone la requirente que tras el asesinato de su cónyuge, el cabo de Carabineros Luis Moyano, se inició de inmediato la investigación correspondiente por parte de la justicia militar y que estando firme el auto de procesamiento se dictó la Ley N°20.477, que determinó la imposibilidad de juzgar a civiles por tribunales militares, pasando la causa a la justicia civil, ante la cual es querellante en la gestión invocada. Agrega que en la audiencia preparatoria se excluyó prueba de cargo por supuesta vulneración de derechos fundamentales y por constar en registros de actuaciones policiales.

Argumenta que la aplicación de la preceptiva impugnada vulnera los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en cuanto a las garantías de la igualdad ante la ley y del procedimiento e investigación racionales y justos, al impedirle que pruebe su teoría del caso en el asesinato de su marido y al no garantizarse su calidad de víctima.

Alega que los preceptos impugnados deben ser interpretados en relación con el artículo 8° transitorio de la

Ley N°20.477, que habilita a la lectura de registros que es impedida por uno de los preceptos objetados. Agrega que el citado artículo 8° transitorio además impide expresamente la exclusión de prueba del artículo 276, todo ello respecto de lo obrado ante la justicia militar en las causas que posteriormente fueron traspasadas a la justicia civil.

Concluye que debe dejarse a salvo el derecho a que la prueba producida ante el tribunal militar sea incluida en el auto de apertura, estableciéndose así excepciones a los preceptos impugnados, para evitar que la prueba rendida ante tribunales militares se pierda, agregando que esa es la interpretación acorde con las garantías de los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

En cuanto al caso concreto, señala que de esta forma no es correcta la exclusión como prueba de cargo del testimonio de doña Fabiola Carolina Delgado Oropeza, quien depondría al amparo del artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477, y que también es incorrecto excluir medios de prueba correspondientes a los números 15, 16 y 23 del Capítulo 10 de la Acusación Fiscal, consistentes en detalles de pasadas por pórticos de autopistas por parte de los imputados y tres fotos relativas a ello, correspondientes a los mismos números del Capítulo II de su adhesión a dicha Acusación Fiscal.

Expone que los abogados defensores pidieron la exclusión de la declaración de la testigo en cuanto al asesinato de su cónyuge, a lo cual se

opuso, pero finalmente se excluyó la prueba sosteniendo que su inclusión no era compatible con el artículo 334 impugnado y que además se obtuvo con infracción de garantías constitucionales; a ello se añadió que no era aplicable el artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477. En cuanto a los acreditivos de los pases por pórticos de autopistas, se excluyeron por ser parte de informes policiales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 334, en relación al artículo 276 cuestionado, por tratarse además de prueba impertinente.

Expresa además que la testigo no ha podido ser ubicada y que por ello el Ministerio Público ha procedido a incluir su declaración por la vía de la norma transitoria de la Ley N°20.477, agregando que el fiscal anunció que los pases por los pórticos se incorporarían como prueba autónoma y no como registros.

Posteriormente se refiere latamente a la historia y caracteres de la Ley N°20.477, para explicar que su artículo 8° transitorio se introdujo como norma adecuatoria y que debe entenderse como garantía de la igualdad ante la ley y del racional y justo procedimiento e investigación, a cuya jurisprudencia se refiere en detalle.

Concluye así que el legislador buscó evitar la pérdida de lo obrado con anterioridad ante tribunales militares, para posteriormente argumentar que el control de inaplicabilidad puede perfectamente referirse a interpretación de ley.

Con fecha 21 de agosto de 2012, en votación dividida, la Segunda Sala de esta Magistratura acogió a tramitación el requerimiento y llamó a las partes a alegar acerca de la admisibilidad del mismo.

Con fecha 29 del mismo mes, en votación dividida, se declaró la admisibilidad del requerimiento y se ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión invocada. Posteriormente se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad.

A fojas 147 la defensa de los imputados Juan Manuel Aliste y Fredy Fuentesvilla evacuó el traslado conferido, dando cuenta detallada y extensa de los antecedentes de la gestión invocada, de lo que resulta relevante resaltar que la causa fue traspasada a la justicia civil en etapa de sumario y con autos de procesamiento dictados, al amparo de la Ley N°20.477. Expone que, cerrada la investigación, el fiscal formuló acusación y pidió penas de 20 y 15 años de cárcel para sus defendidos, por autoría del delito de robo con intimidación, y la pena de presidio perpetuo calificado, por homicidio. En su acusación, el ente persecutor ofreció la declaración de la testigo Fabiola Carolina Delgado Oropeza, ignorando su domicilio y deponiendo conforme al “artículo 8° de la Ley N°20.477”, pues declaró ante la fiscalía en etapa de sumario, además de ofrecer los detalles de pasos y fotos de pódicos de peaje. La querellante adhirió a este capítulo de la acusación y ofreció los mismos medios de prueba, en similares términos.

Así, se dio inicio a la etapa preparatoria del juicio oral, que incluye el debate acerca de la prueba, el cual se refirió a la exclusión de algunos elementos.

La exclusión es de competencia del juez de garantía, es fundada y se decreta tras examinar los medios y oír a las partes, con causales tasadas:

- manifiesta impertinencia
- que se refiera a hechos públicos y notorios
- prueba testimonial y documental que produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral
- provenir de actuaciones o diligencias declaradas nulas o ser obtenida con inobservancia de garantías fundamentales
- además se establecen otras causales en otras normas, referidas a la prueba pericial, interceptaciones de comunicaciones, entre otras, dentro de lo que se incluye la incorporación o lectura de registros de actuaciones policiales o del Ministerio Público, para evitar que el juicio oral sea una audiencia de lectura y que por esa vía ingresen actos nulos o violatorios de derechos fundamentales.

Por otra parte, expone que el artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477 estableció requisitos especiales para limitar la aplicación de la preceptiva del Código Procesal Penal, pues en primer lugar se exige que el Ministerio Público señale en la acusación los medios de prueba rendidos anteriormente ante el Tribunal Militar. En segundo lugar, aun cuando la prueba

sea obtenida en actos nulos o con infracción a derechos fundamentales, se permite la lectura de registros de declaraciones de testigos si no se les puede hacer comparecer, sin recurrir a la figura de la prueba anticipada. Además, se impide aplicar el artículo 276 del Código Procesal Penal, con todo lo cual se lesiona claramente la sanción a la prueba ilícita, motivo por el cual se requiere del Juez de Garantía una interpretación razonable que dé efectividad a los derechos fundamentales que puedan verse afectados por una actividad persecutoria irregular. Señala asimismo que, para resolver las incidencias del caso concreto, se tuvo presente también lo dispuesto por los artículos 272 y 276 del Código Procesal Penal, de modo que los preceptos impugnados fueron recibiendo aplicación a medida que se desarrollaba la audiencia, excluyéndose la prueba de la aludida testigo por haberse obtenido en infracción a derechos fundamentales, y los detalles y fotos de peajes por ser impertinentes.

Así, el debate de la prueba de cargo concluyó el 27 de agosto de 2012, quedando pendiente el ofrecimiento y debate de la prueba de la defensa, momento en el cual se decretó la suspensión del procedimiento.

Posteriormente expone que a este Tribunal se le solicita declarar contraria a la Carta Fundamental la aplicación que ya se hizo de los preceptos cuestionados, solicitándose además que se interpreten subordinada y armónicamente con el artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477, argumentándose que se

hizo un distingo no contemplado en la ley y cuestionándose el mérito y la procedencia de la exclusión, para pedir lo que se considera la interpretación correcta de los preceptos impugnados.

Por lo antes señalado, señala que lo pretendido no se encuentra dentro del marco de atribuciones que la Carta Fundamental reconoce a este Tribunal en sede de inaplicabilidad, recalcando que el examen de admisibilidad es preliminar o provisional, subordinado a lo que en definitiva se resuelva. En el caso sub lite, señala, lo que se busca es impugnar las resoluciones judiciales que excluyeron la prueba, cuestionar la interpretación de ley hecha por el juez en torno a los preceptos impugnados, y que esta Magistratura determine el sentido y alcance de normas legales, por lo que el requerimiento formula una cuestión de legalidad que debe ser resuelta en otras instancias, todo lo cual es evidente en la medida que el libelo sólo se funda en un cuestionamiento a lo obrado por el juez de garantía en base a los preceptos impugnados y a la aplicación del artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477.

A continuación alude a nutrida jurisprudencia de este Tribunal en torno a la improcedencia del requerimiento de inaplicabilidad en impugnación de la interpretación de ley y en impugnación de resoluciones judiciales, para señalar a continuación que el libelo debe ser rechazado al no pedirse algo distinto a la simple inaplicabilidad de un precepto legal y al no existir gestión pendiente.

De tal forma, debe descartarse la inaplicabilidad si los preceptos legales impugnados ya recibieron la aplicación que se pretende eliminar, toda vez que la actora dedujo el requerimiento para lograr la incorporación de determinados medios de prueba ya excluidos por resoluciones judiciales. Así, los preceptos cuestionados agotaron su aplicación y el auto de apertura sólo puede contener el resultado de lo discutido.

Por otro lado, argumenta que el artículo 277 del Código Procesal Penal no faculta al juez a abrir un nuevo debate sobre el punto, por lo que está agotado. De tal forma, sólo en cuanto a la testigo, excluida por violación de derechos fundamentales, procedería la apelación, siempre que recurra el Ministerio Público.

Agrega que incluso si se acoge el requerimiento y se permite que la requirente apele sin haber pedido la inaplicabilidad del artículo 277, el debate estaría agotado para ella, pues dicha norma permite apelar de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo 276.

En un capítulo posterior, se refiere latamente a la Ley N°20.477 y a su control preventivo de constitucionalidad en la sentencia Rol N°1845 de este Tribunal, señalando que el espíritu y el texto expreso de esta ley discurren sobre la base de que civiles y menores de edad en ningún caso podrán ser imputados ante tribunales militares, optando por el traspaso de causas en las que al momento de su dictación ocurría dicha situación,

en el marco de lo cual el artículo 8° transitorio se refiere a la prueba.

Señala que dicha norma debe entenderse referida a procesos ya iniciados ante tribunales militares, pues ni el Código de Justicia Militar ni el Código de Procedimiento Penal contemplan reglas para excluir prueba ilícita, como sí se hace en los artículos 276 y 334 del Código Procesal Penal.

A continuación se refiere a la justificación de la exclusión de la prueba ilícita como garantía del debido proceso, en tanto manifestación de la dignidad humana, por lo que la actividad probatoria dirigida a condenar se torna inválida si se ejerce en infracción de derechos fundamentales, idea desarrollada en la doctrina y jurisprudencia alemana, estadounidense y española, aun a falta de normas expresas, mediante las sentencias que cita a fojas 168 y 169.

Señala que el deber de excluir prueba ilícita se funda en el inciso primero del artículo 7° de la Carta Fundamental, que al establecer los requisitos genéricos de validez de todo acto de un órgano del Estado alude a “la forma prescrita por la ley”, que debe entenderse en tanto formalidad externa, procedimiento y modo de actuación, entendido este último como adecuación material, que en este caso reconoce a los derechos fundamentales como estándar mínimo. En términos metafóricos, señala que el Estado puede llevar a alguien a la cárcel y encerrarlo tras las rejas sólo si puede recorrer todo el trayecto desde su aprehensión

hasta la clausura del encierro, por el camino del derecho, en términos de que cualquier paso fuera de él hace que se prive del fundamento de juridicidad y validez, pudiendo llegar a generarse actos contravencionales e incluso delictivos. Es por ello que la prueba ilícita no puede ser usada, bastando sólo el inciso primero del artículo 7° de la Constitución para afirmarlo.

No obstante lo anterior, agrega que dentro de las garantías del racional y justo procedimiento e investigación se encuentra la licitud de la prueba de cargo, pues además el Estado no puede validar su propia actuación ilícita sin que la coraza de las garantías constitucionales se vea abierta y expuesta por fuentes del derecho de inferior jerarquía, infringiéndose la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, sin que sea relevante la entidad o importancia de la lesión, por todo lo cual el artículo 8° transitorio estaría validando prueba contraria a derechos fundamentales, con lo que se vulnera el deber de respeto y promoción de los mismos que establece el artículo 5° de la Carta Fundamental.

Así, señala que el mencionado artículo 8° transitorio establece una discriminación arbitraria, en la medida que genera un resultado diverso para sujetos en igual situación, sin causa que lo justifique como elemento diferenciador objetivo y razonable, siguiendo los estándares fijados por esta Magistratura en su sentencia Rol N°1365.

Argumenta que el elemento diferenciador es el origen de la causa, si es tribunal militar o civil, lo cual resulta en verdad irrelevante, pues son ambas causas penales sometidas a tribunales tras la reforma procesal penal y que deben fallarse bajo el nuevo código.

Concluye que la *ratio legis* es reforzar el derecho a la defensa de los civiles sometidos a tribunales militares y el fundamento de los preceptos impugnados sería conservar la prueba obtenida en infracción de derechos fundamentales para no lesionar las potestades persecutorias al traspasar los procesos, cuestión que es supeditar los derechos fundamentales a la actividad punitiva, invirtiendo el principio constitucional de servicialidad del Estado.

Así, la proscripción de la exclusión de prueba, aun si es violatoria de derechos fundamentales, sólo puede ser entendida restrictivamente en función del contenido esencial de dichos derechos, que no puede ser vulnerado por el legislador, de forma tal que no toda diligencia quedará excluida del campo de los preceptos impugnados.

En otra línea, señala que para excluir la aplicación del artículo 276 impugnado debe cumplirse con el inciso primero del artículo 8° transitorio tantas veces citado, es decir, debe ser sólo prueba rendida ante el Tribunal Militar y debe señalarse en la acusación, agregando que en el caso sub lite no se declaró que las probanzas provenían de tribunal militar.

Agrega que la interdicción de la exclusión de prueba se refiere a aque-

lla que se haya rendido ante tribunal militar y no a otra, en condiciones que el artículo 276 cuestionado es más amplio, al hablar de prueba “obtenida”. Señala que la doctrina española ha discutido latamente acerca de si la infracción se produce únicamente con la obtención de la prueba o también con su producción o incorporación en el proceso, concluyendo que la rendición de prueba se produce en un contradictorio con bilateralidad de la audiencia, aun cuando ello sea consecuencia de su obtención en el sumario, por lo que la cuestión de la prueba ilícita se extiende también al plenario.

Distinguiendo entre obtención y rendición de prueba, recalca además que la causa se traspasó en etapa de sumario, que en el procedimiento militar es de tipo inquisitivo reforzado. Hace notar que la rendición de prueba ocurre en el plenario, una vez que la evidencia de cargo puede ser ofrecida y contraargumentada, lo cual es recogido por los artículos 158 y siguientes del Código de Justicia Militar.

Así, el artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477 no guardaría relación con la causa, pues ésta se refiere a prueba producida en etapa de investigación y no a la prueba rendida ante tribunal militar.

Por todo lo expuesto solicita el rechazo del requerimiento.

Posteriormente, la parte requirente formuló una presentación con razonamientos y argumentos adicionales en favor de su tesis.

Con fecha 25 de septiembre de 2012 se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 2 de octubre siguiente se verificó la vista de la causa.

## **CONSIDERANDO:**

### **I. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

**1. PRIMERO:** Que, en la especie, debe entenderse que el requerimiento se reduce a impugnar los artículos 276 y 334, ambos del Código Procesal Penal, por infringir la Carta Fundamental de la manera como recién se ha sintetizado.

Correspondiendo, entonces, desechar desde luego un pronunciamiento de este Tribunal acerca de los efectos que una sentencia estimatoria podría provocar en el ámbito judicial, como pretende la requirente, por ser ello ajeno a la esfera de sus atribuciones;

**2. SEGUNDO:** Que, por otra parte, cabe prevenir que es distinto cuando una inconstitucionalidad deriva de infringir la ley, que cuando una inconstitucionalidad resulta como consecuencia de aplicar la ley. Porque, mientras toca a los jueces del fondo corregir y remediar el eventual error cometido al aplicar cierta disposición legal durante alguna gestión judicial, aunque ello traiga aparejada alguna consecuencia inconstitucional, es, en cambio, de resorte exclusivo de este Tribunal, conforme al artículo 93, inciso primero, N°6, de la Carta Fundamental, declarar inaplicable un precepto legal cuya aplica-

ción resulte o emerja contraria a la Constitución (Rol N°794).

Como en este caso y atendida la circunstancia de haber mediado un traspaso de competencias y procesos penales, su concreta ejecución práctica ha puesto de manifiesto que las mismas normas refutadas se prestan para producir efectos inconstitucionales;

## II. ANTECEDENTES RELEVANTES A ESTA INAPLICABILIDAD.

**3. TERCERO:** Que el problema se suscita porque el 7° Juzgado de Garantía de Santiago ha invocado los artículos 334 y 276 del Código Procesal Penal como fundamento para suprimir determinada declaración testimonial, ofrecida en la acusación del Ministerio Público con arreglo al artículo 259, inciso primero, letra f), del mismo cuerpo legal, y a la cual adhirió la solicitante de inaplicabilidad; única prueba a que se referirá esta sentencia, de entre aquellas que indica el requerimiento, por ser la que interesa e incide en el delito motivo de su querrela.

Dicha exclusión se consumaría a despecho de los incisos tercero y quinto, respectivamente, del artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477, según los cuales aquellas normas, o deben admitir una excepción, o no pueden tener aplicación respecto a las pruebas recogidas en los juicios relativos a la persecución penal de personas que no detentaban la calidad de militares, traspasados desde los Tribunales Militares a la Justicia Ordinaria;

**4. CUARTO:** Que el homicidio del carabinero, cónyuge de la requirente, se produjo el 18 de octubre de 2007, quedando la investigación del mismo radicada en el 2° Juzgado Militar de Santiago, donde depuso una testigo presencial del hecho, actualmente inubicable (fs. 40 y 49 de estos autos).

El caso es que, encontrándose ejecutoriado el procesamiento de determinados civiles, por existir presunciones fundadas en su contra como autores del homicidio, fue dictada la Ley N°20.477 (30.12.2010), que obligó a traspasar la causa a objeto de que pudiera continuar su tramitación ante los tribunales ordinarios;

**5. QUINTO:** Que, en esta última sede, específicamente en el debate a que alude el artículo 272 del Código Procesal Penal, sostenido el 7 de agosto de 2012, aparece del registro de audio que, en dicha audiencia, el juez de garantía ha razonado en orden a excluir esa declaración testimonial recogida originariamente por la justicia militar, por estimar que su recepción “no cumple con los requisitos mínimos de las normas del debido proceso”, implicando una inequívoca invocación al artículo 19, N°3, constitucional, dada la ausencia de control por parte del procesado, la falta de un defensor y la ignorancia de los cargos formulados en su contra.

De allí concluye que “no resulta en este caso aplicable” el inciso final del artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477, con vistas a no incluir esa prueba testifical dentro de aquellas que deberán rendirse en el juicio

oral, descartándola del auto de apertura a que se refiere el artículo 277, inciso primero, letra e), del Código Procesal Penal;

### III. LAS PRUEBAS EN EL PROCESO Y LA JURISDICCIÓN PENAL.

**6. SEXTO:** Que, obrando al amparo del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, en relación con los artículos 108, inciso segundo, letra a), y 111 del Código Procesal Penal, en el caso presente la cónyuge sobreviviente del carabenero asesinado pudo entablar la correspondiente querrela criminal. De donde se sigue que el ejercicio de dicha acción conlleva su tramitación en un proceso “justo y racional”, según garantiza el artículo 19, N°3, inciso sexto, constitucional.

Sobre la base de los antecedentes que dieron origen a esta última norma, como se recordará, en diversas oportunidades esta Magistratura ha señalado que nuestra Constitución, en vez de indicar cuáles son los elementos que caracterizan el proceso debido en esas condiciones, confió su desarrollo al legislador. Sin desmedro de indicar que entre ellos se encuentra naturalmente –para lo que aquí interesa– la aportación o presentación de pruebas; aunque sus formas de producción y recepción, requisitos, oportunidades, valor demostrativo y demás aspectos procesales, toca al legislador modularlos por mandato de esa misma regla constitucional (roles N°s 808, 1393, 1411, 1429, 1437, 1449, 1473, 1486, 1518 y 1557, entre otros);

**7. SÉPTIMO:** Que la igual facultad de los intervinientes para presentar pruebas, dice relación con un lógico equilibrio buscado por el legislador. Cual es que el principio de presunción de inocencia (artículo 4° del Código Procesal Penal) y las amplias posibilidades que tiene el acusado para ofrecer y rendir pruebas de acuerdo a dicho Código (artículos 263, letra c), y 278), han de equipararse con la opción abierta al Ministerio Público (artículo 259, letra f)) y al eventual querellante (artículo 261, letra c)) para derrotar ese crédito, esto es, para acreditar suficientemente la existencia del hecho punible y la participación culpable del acusado.

Si el ordenamiento grava con el peso de la prueba al acusador, ese mismo ordenamiento no puede negarle, ni menos obstruirle, la posibilidad de superar con éxito dicha carga legal;

**8. OCTAVO:** Que, asimismo, el correlato al ejercicio de este derecho a la acción revierte en la jurisdicción asignada a los tribunales, incluida la potestad para “conocer” las causas criminales que ante ellos se presenten, en los términos de los artículos 76, inciso primero, de la Carta Fundamental, y 1° del Código Orgánico de Tribunales. Siendo en esta operación cognitiva donde el tribunal de juicio oral en lo penal debe determinar la existencia material de los hechos relevantes al proceso, merced a los medios de prueba presentados y previstos en la ley, amén reiteran los artículos 296, 340, inciso segundo, y 342, inciso primero, letra c), del Código Procesal Penal.

La ley, pues, tendría que evitar la supresión a priori de pruebas disponibles y útiles, salvo supuestos tasados respecto de actos ilícitos calificados, sin riesgo de coartar injustificadamente el derecho de la víctima a un proceso justo y racional, en las condiciones anotadas, así como de menoscabar en su esencia la jurisdicción, puesto que ningún juez de juicio oral en lo penal puede juzgar sin antes conocer aquellos hechos y circunstancias sobre los que en definitiva se va a pronunciar;

**9. NOVENO:** Que, por eso, el Mensaje presidencial con que se dio inicio a la tramitación legislativa del Código Procesal Penal, previno que “en cuanto al control de la admisibilidad de las pruebas, también se ha optado por entregar al juez facultades limitadas de control en sentido negativo, es decir, sólo puede rechazar pruebas por causales específicas, destinadas en general a cautelar la adecuada realización del juicio”.

Empero, en definitiva no se estatuyeron “facultades limitadas”, puesto que el artículo 276, en vez de contemplar “causales específicas” para proceder a la exclusión de pruebas para el juicio oral, dispuso amplia e indeterminadamente que el juez de garantía proscribe aquellas “que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales” (inciso tercero). Asimismo, el artículo 334, luego de prohibir que durante el juicio oral se incorporen o invoquen como pruebas, ni que se lean, los registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el

ministerio público, y de contemplar excepciones, preceptúa que ni aun en estos casos se podrá incorporar como medio de prueba ni dar lectura a documentos que dieren cuenta de actuaciones o diligencias “en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales”(inciso segundo);

**10. DÉCIMO:** Que al Tribunal Constitucional incumbe declarar inaplicable un precepto de ley, aunque éste —a primera vista— aparezca justo en su tenor literal e inocuo en su aspecto, cuando en la práctica resulta que da pábulo para aplicarse de algún modo inconstitucional.

11. Como acontece en el caso actual, según se verá, en que a un tiempo de apartarse aquella diligencia probatoria testifical recogida por la justicia militar, al asilo de cierta vastedad en las facultades atribuidas al juez de garantía, también se ha privado de eficacia y excluido del proceso una ineludible disposición legal, el artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477, supuestamente por haber infringido cierta garantía constitucional;

#### IV. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES CASTRENSES.

**12. DECIMOPRIMERO:** Que, tal como anotó esta Magistratura en sentencia Rol N°664 (30.5.2007), los tribunales militares en tiempo de paz se encuentran reconocidos como integrantes del Poder Judicial en el artículo 5°, inciso tercero, del Código Orgánico de Tribunales, lo que los

deja afectos –por ende– al artículo 76 de la Constitución Política.

En cuanto órganos estatales, se dijo en aquella oportunidad que además les alcanza el principio de legalidad, establecido en los artículos 6° y 7° del Texto Supremo, por manera que se encuentran en el deber de actuar “dentro de su competencia” y “en la forma que prescriba la ley” (considerando 8°);

**13. DECIMOSEGUNDO:** Que, en sentencia Rol N°784 (20.12.2007), igualmente se discurrió que el artículo 83, inciso final, de la Constitución revela la intención del constituyente de mantener al margen de la nueva normativa aprobada por la Ley de Reforma Constitucional N°19.519, de 1997, aquellas causas que son de conocimiento de los tribunales castrenses y que se tramitan conforme al Código de Justicia Militar, el cual –hasta hoy– permite seguir aplicando algunas específicas normas del Código de Procedimiento Penal (considerando 22°).

De allí que la Ley N°19.806 (31.5.2002), que aprobó normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal, en su artículo 66, dispusiera la derogación de todas las normas procesales especiales incompatibles con las reglas del Capítulo VI-A (actual Capítulo VII) de la Constitución, con las leyes N°s 19.640, 19.665, 19.708 y con el Código Procesal Penal, sin perjuicio de añadir que: “No obstante, las prescripciones anteriores no afectarán a las normas contenidas en el Código de Justicia Militar ni a las demás

leyes a que alude el inciso final del artículo 80 A [actual artículo 83] de la Constitución Política de la República” (inciso segundo);

**14. DECIMOTERCERO:** Que el Código de Justicia Militar, a la data de comisión del delito de homicidio investigado, le atribuía expresa “competencia” a los tribunales militares para juzgar a los civiles que hubieren dado muerte a un carabinero que se encontrare en el ejercicio de sus funciones (artículos 5°, N°1, 10, 11, inciso segundo, y 416).

Para cuyo efecto no pudieron sino conducirse “en la forma prescrita por la ley”, esto es, procediendo el fiscal instructor durante el sumario conforme mandan el artículo 135 del Código de Justicia Militar y las demás normas a que éste se remite del Código de Procedimiento Penal. Entre otras, las que regulan las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la manera como se ejecutó el delito (artículo 110), y que se deben recoger según las mismas detallan (artículos 189 a 219);

**15. DECIMOCUARTO:** Que, además, conviene tener presente que entre las disposiciones recién citadas, aplicables por los tribunales militares, no se contempla la posibilidad que prevén los artículos 191 y 280 del Código Procesal Penal, para tomar declaración judicial anticipada a aquel testigo que manifiestare la imposibilidad de concurrir al juicio con posterioridad, por algún obstáculo justificable.

Circunstancia en la que no pudo sino repararse cuando se dictó la Ley N°20.477, lo que ratifica el criterio del legislador –según se verá– de que los actos probatorios reunidos en los tribunales militares, deben poder presentarse como pruebas ante los tribunales de juicio oral en lo penal;

#### V. VALIDEZ DE LAS PRUEBAS ACOPIADAS POR LA JUSTICIA MILITAR.

**16. DECIMOQUINTO:** Que así validadas en general y queriendo conservar las pruebas allí reunidas, la Ley N°20.477, junto con ordenar su posterior traspaso a la justicia ordinaria, adoptó una serie de resguardos en tal sentido, en su artículo 8° transitorio, aun no habiendo satisfecho éstos todos los estándares y formalidades exigibles en el nuevo orden jurisdiccional que oficiaría como receptor, conforme aparece así en diversos pasajes de la historia fidedigna de su establecimiento parlamentario (Boletín N°7203-02).

En el obvio entendido que el control sobre admisibilidad de la prueba, eventualmente, podría realizarse por los juzgados de garantía, puesto que es absurdo tomar precauciones frente a una situación que no se puede dar, el citado artículo 8° transitorio, en sus incisos primero, tercero y quinto, dispuso reglas perentorias e inexcusables con el objeto de preservar dicha prueba en estas instancias jurisdiccionales derivadas;

**17. DECIMOSEXTO:** Que, con ese propósito, el inciso primero del artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477 ordenó que en el nuevo juicio seguido ante el juez de garantía, “el Ministerio Público deberá señalar en su acusación los medios de prueba rendidos anteriormente ante el Tribunal Militar, de conformidad a lo señalado en el artículo 259 letra f) del Código Procesal Penal, *los que formarán parte del auto de apertura del juicio oral*” (énfasis agregado).

Obviamente, tal redacción preceptiva significa que dichas pruebas deben necesariamente incluirse en el auto de apertura del juicio oral, en la parte a que alude la letra e) del artículo 277, inciso primero, del citado Código Procesal;

**18. DECIMOSÉPTIMO:** Que, consecuentemente, el inciso quinto del mismo artículo 8° transitorio concluyó que “para los efectos de este artículo, *no será aplicable* a la prueba que se haya rendido ante el Tribunal Militar lo dispuesto en el artículo 276 del Código Procesal Penal” (énfasis añadido).

De modo que a su respecto no puede tener lugar la exclusión de pruebas para el juicio oral por parte del juez de garantía, ni aun arguyendo que “hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”, como dice el inciso tercero del artículo 276, inaplicado aquí directamente por el legislador;

**19. DECIMOCTAVO:** Que, en esta inteligencia, igualmente el inciso tercero del artículo 8° transitorio, antes aludido, dispuso que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 334 del Código Procesal Penal, *podrán* reproducirse o darse lectura a los registros en que constaren declaraciones de testigos y peritos rendidas ante el Tribunal Militar, cuando estas personas hayan fallecido, caído en incapacidad física o mental, su residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de solucionar no pudiesen declarar en el juicio, en conformidad al artículo 329 del mismo Código” (énfasis agregado).

Como –al tenor del artículo 296– la regla general en el Código Procesal Penal es que las pruebas que hubieren de servir de base a la sentencia deben rendirse durante la audiencia del juicio oral, “salvas las excepciones expresamente previstas en la ley”, el artículo 334 del Código reitera que no se podrá incorporar medios de prueba ni dar lectura a los registros y demás documentos que den cuenta de actuaciones practicadas por el ministerio público o por la policía durante la etapa de instrucción, “salvo los casos previstos en los artículos 331 y 332”.

De donde se extrae que el antes transcrito inciso tercero del artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477 vino a crear otra nueva “excepción”, en términos semejantes a aquella contemplada en el artículo 331, letra a), del Código, a fin de que, por ejemplo, pudiera darse lectura en el

juicio oral a los registros asentados por la justicia castrense donde se contengan declaraciones de testigos cuya residencia se ignorare;

## VI. ATRIBUCIONES DEL JUZGADO DE GARANTÍA.

**20. DECIMONOVENO:** Que, indudablemente, el objetivo de bien común en que consiste la función del Ministerio Público de investigar con la policía los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia de los imputados, acorde con la Constitución (artículo 83, inciso primero), la Ley N°19.640, orgánica de ese organismo autónomo (artículo 1°, inciso primero), y las demás normas pertinentes del Código Procesal Penal (artículos 180 y 181), todo ello, a la vez, solamente puede alcanzarse “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, por imperativo de su artículo 1°, inciso cuarto.

Siendo de recordar en esta materia la opción tomada por el legislador, en punto a asignar el resguardo de los derechos del imputado y demás intervinientes, e incluso de terceros, a los juzgados de garantía, de acuerdo con los artículos 83, inciso tercero, de la Constitución, y 14, inciso segundo, letra a), del Código Orgánico de Tribunales;

**21. VIGÉSIMO:** Que puede concebirse una delimitación razonable a esa función de resguardo, en lo atinente a la potestad de los jueces de garantía para eliminar anticipadamente pruebas obtenidas con

infracción de derechos fundamentales, siempre con el ánimo de no cohibir injustificadamente el derecho a ellas que poseen los querellantes, ni constreñir innecesariamente la facultad radicada en los tribunales de juicio oral en lo penal para conocer los hechos sobre los que deben pronunciarse.

Consistente en que este control, en fase de admisibilidad de las pruebas, se circunscribe y recae únicamente sobre las diligencias indagatorias practicadas por los órganos de investigación durante la etapa previa de instrucción, al punto de que incumbe eliminarlas si se verifica su inconstitucionalidad por haberse logrado precisamente tras una concreta violación de garantías esenciales;

**22. VIGESIMOPRIMERO:** Que, no obstante esta interpretación acotada, la amplitud misma de los artículos 276 y 334, respecto de cuáles son los actos por su intermedio pasibles de control, así como los derechos susceptibles de salvaguardia, junto con extender las posibilidades de resguardo, da pábulo para incurrir —en este concreto caso— en algunos excesos inconstitucionales.

En que el tribunal de garantía, al ejecutar esos preceptos que no podía considerar e invocar un derecho constitucional cuyas connotaciones ya habían sido ponderadas en el ámbito parlamentario, produjo dos consecuencias anticonstitucionales. A saber, la exclusión de una prueba recogida válidamente por el competente órgano investigador, y la inaplicación de un acto de volun-

tad soberana adoptado por el propio legislador;

**23. VIGESIMOSEGUNDO:** Que, notoriamente, al artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477 no puede atribuírsele el alcance de haber querido legitimar cualquier prueba procedente del sistema castrense, aun aquella que hubiere sido obtenida violando garantías fundamentales. De tal forma que si, por caso, en la audiencia preparatoria del juicio oral se verifica fundadamente que las declaraciones de un testigo se consiguieron por medio de coacción o amenazas, que el tribunal de garantía no podría excluir por impedírsele el inciso final de tal artículo 8° transitorio, entonces le sería dable plantear su inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ante esta Magistratura, al cobijo del artículo 93, inciso undécimo, de la Carta Fundamental.

Pero lo que resulta enteramente inadmisibile, a la luz de muy claros principios constitucionales (artículos 6° y 7°), es que un juez de la República desconozca tal ley, a pretexto de que su aplicación importaría infringir la garantía fundamental del debido proceso;

**24. VIGESIMOTERCERO:** Que, en estos autos, la Defensoría Penal Pública también ha sostenido la “antijuridicidad” de la Ley N°20.477, por infringir, en su concepto, el “derecho constitucional a una investigación y procedimientos racionales y justos” (fojas 167, 171-175). Consta, igualmente, que en autos Rol N°2283, los imputados por el delito señalado acudieron a este Tri-

bunal, solicitando inaplicar el inciso final del artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477, porque de no declararse así “el Tribunal de Garantía no podrá excluir aquellos medios de prueba que han sido obtenidos con violación de garantías fundamentales por parte del Fiscal Militar que conoció inicialmente de la causa, aun cuando se pruebe que efectivamente hayan sido obtenidas con violación de dichas garantías”, lo que “está en colisión con la Constitución Política de la República, específicamente con el artículo 19 N°3, inciso quinto” (fs. 5). Requerimiento del que se desistieron, sin expresión de causa, el 6 de agosto de 2012 (fs. 48).

25. Correspondiendo reiterar que, desde la entrada en vigencia de la Ley N°20.050, el Tribunal Constitucional es el único órgano a quien compete, privativa y excluyentemente, disponer la inaplicación de un precepto legal por contradecir, entre otras, las garantías de la Carta Fundamental, con arreglo a la facultad que a este efecto le asigna su artículo 93, inciso primero, N°6. De suerte que el juez que conoce del negocio en que un tal precepto tendría aplicación, no puede más que entenderse legitimado para ocurrir por ello ante esta sede constitucional.

Al llamar la atención sobre este punto, esta Magistratura no sólo está ejerciendo las facultades que la Constitución le otorga, privativamente, en su Capítulo VIII, sino cumpliendo, también, con el deber que el inciso primero del artículo 6° de la Carta Fundamental le impone a todos los órganos del Estado;

**26. VIGESIMOCUARTO:** Que entrando a resolver el asunto sometido a la decisión de este Tribunal, se determinará, respecto sólo de las pruebas procedentes de la justicia militar según la Ley N°20.477, para el caso de que se trata, la inaplicabilidad del artículo 334 del Código Procesal Penal, desechándose el requerimiento respecto del artículo 276 del aludido cuerpo legal;

**VIGESIMOQUINTO:** Que al emitir este pronunciamiento se ha tenido especialmente presente que la impugnación de la requirente se centra en el derecho a aportar pruebas como facultad que integra el complejo de garantías propias del debido proceso y que nuestra Constitución garantiza en el artículo 19 N°3, inciso sexto. El derecho a una adecuada defensa implica la aptitud procesal de presentar pruebas y tener derecho a impugnar aquellas que vulneren las pretensiones y derechos que se hagan valer. La decisión del legislador en materia de debido proceso incorpora el derecho a aportar pruebas, siendo éste uno de los derechos exclusivos que puede reivindicar la víctima u ofendido por el delito. Si tal derecho fue ejercido en sede procesal militar, lo que se estaría objetando en el proceso penal ordinario es la conexión de este derecho con su habilitación para ejercerlo en sede procesal penal militar;

**VIGESIMOSEXTO:** Que la producción de pruebas en sede procesal militar está sostenida en reglas constitucionales que expresamente habilitan al legislador a configurar modalidades diferenciadas de pro-

cedimientos. En tal sentido, el inciso final del artículo 83 de la Constitución dispone expresamente que *“el ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen.”*;

**VIGESIMOSÉPTIMO:** Que es particularmente relevante la frase final del artículo 83 de la Constitución que remite el ejercicio de derechos procesales *“a ese Código y a las leyes respectivas”*. Tal remisión incluye los preceptos legales adecuados de la competencia de los tribunales militares en tiempos de paz, como es la materia dispuesta en el artículo 8° transitorio de la Ley N°20.447;

**VIGESIMOCTAVO:** Que el debido proceso, en relación a las pruebas, incluye la doble posibilidad de aportarlas e impugnarlas, resultando claro que el Código Procesal Penal cautela plenamente el derecho a impugnarlas en diferentes etapas procesales a todos los intervinientes en el proceso penal ordinario. Sin embargo, la faz afectada por el precepto impugnado es aquella que se refiere al derecho a aportar pruebas, que se produjeron válidamente en sede procesal militar y cuyo traspaso el legislador ordena a la ges-

tión pendiente que sirve de base al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado;

**VIGESIMONOVENO:** Que la conclusión obligada de este análisis conduce a que la aplicación del artículo 334 –en lo referido a la prohibición de lectura de registros y documentos– importa una vulneración al derecho al debido proceso, en relación al derecho a aportar pruebas (artículo 19 N°3, inciso sexto, de la Constitución). Asimismo, el legislador tiene el deber de configurar un procedimiento e investigación racionales y justos. La racionalidad exige una construcción de este proceso conforme a las reglas de la razón y la lógica, configurando una ritualidad procesal. En tal sentido, también se produce una infracción al desarrollo legislativo que permite el traspaso de las causas en virtud de la regla excepcional del artículo 83, inciso final, de la Constitución, todo esto coordinado sistemáticamente con la reserva legal del debido proceso contemplada en el artículo 19, N°3, inciso sexto. De esta forma, la inaplicabilidad del artículo 334 habilita la lectura de registros y documentos en razón de lo que ha decidido razonablemente el legislador para efectos de traspasar las causas de los tribunales militares en tiempo de paz a la justicia ordinaria.

**Y TENIENDO PRESENTE,** además, las disposiciones pertinentes de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA:**

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO INTERPUESTO EN AUTOS, SÓLO EN CUANTO SE DECLARA INAPLICABLE, EN LA GESTIÓN JUDICIAL PENDIENTE, EL ARTÍCULO 334 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO.**

Se previene que los **Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander e Iván Aróstica Maldonado** estuvieron por declarar inaplicables tanto el artículo 276 como el artículo 334 del Código Procesal Penal en la gestión sub lite.

Fundamentaron su voto en que para arribar a dicha conclusión basta constatar que la aplicación de ambos preceptos, de la manera como se han puesto en práctica, riñe con los artículos 19, N°3, inciso sexto, y 76, inciso primero, de la Constitución. Habida cuenta que conduce a menoscabar infundadamente el derecho a un proceso justo y racional que le asiste a la querellante, requirente en estos autos, al no poder valerse de una prueba aceptada por la ley procesal vigente, amén de restringir injustificadamente el atributo jurisdiccional para conocer que le corresponde al tribunal de juicio oral en lo penal competente. Además que, al soslayar la aplicación del artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477, desconoce aquella prerrogativa que el artículo 93, inciso primero, N°6, de

la Carta Fundamental le atribuye al Tribunal Constitucional.

El **Ministro Gonzalo García Pino** previene que concurre a la presente sentencia con las siguientes consideraciones:

1° Que comparte los criterios enunciados en la misma salvo los considerandos 2, 5, 7, 9, 17, 21 y 22;

2° Que esta sentencia debe estar revestida de un conjunto de consideraciones interpretativas previas como las que se enunciarán;

3° Que, es necesario precisar y reiterar un conjunto de criterios interpretativos que son fundamentales para ponderar los alcances de este requerimiento de inaplicabilidad en relación a las normas impugnadas sin determinar un efecto específico sobre la gestión pendiente en sede penal. Estos criterios están referidos al respeto de la interpretación conforme a la Constitución, al principio de intervención mínima en materias penales, a la independencia interpretativa del juez de fondo, a la ausencia de calificación de los hechos del juicio, al impedimento de sustitución de la resolución del juez de fondo e identificación de un conflicto de constitucionalidad que se manifiesta en el repudio entre el o los preceptos legales impugnados y la propia Constitución y al carácter concreto y especialísimo de este requerimiento;

4° Que la vinculación de las materias penales con la función de control constitucional tiene un aspecto que las identifica. Por una parte, los procesos penales están gobernados por

el principio de intervención mínima basados en el ejercicio del *ius puniendi* estatal como acción de *ultima ratio*. Y, por otra parte, el deber del juez constitucional constituye un ejercicio de ponderación deferente hacia el legislador y dónde su acción quirúrgica de inaplicar un precepto legal surge sólo sobre las normas auténticamente inconciliables con la Carta Fundamental, protegiendo todas las demás interpretaciones conforme a la Constitución que sean susceptibles de realizar;

5° Que, el juicio de inaplicabilidad está referido exclusivamente al contraste normativo entre el precepto legal y la Constitución, y no puede extenderse al análisis de la interpretación realizada por el juez de fondo. En tal sentido, cabe reiterar el Rol 664 de 30 de mayo de 2007, considerando 21 que sostuvo que *“esta Magistratura está llamada a decidir solamente sobre la inaplicabilidad de los preceptos ya extensamente considerados, y no a efectuar un juicio de mérito sobre los tribunales competentes, lo actuado por ellos, los procedimientos aplicados y el tiempo transcurrido durante su substanciación, lo que descarta, consecuentemente, que pueda emitirse pronunciamiento de constitucionalidad y declarar inaplicable lo decidido por una sentencia de los tribunales que intervienen en un proceso, potestad de la cual además carece esta Magistratura.”*;

6° Que, el análisis que realiza el Tribunal Constitucional, en su examen de la inaplicabilidad requerida no puede calificar los hechos litigiosos en un sentido u otro. Tal pronunciamiento es privativo de los tribunales

de fondo. De esta manera, hacemos nuestra la Sentencia Rol 1006 de 22 de enero de 2009, considerando 13°, que indica que *“este Tribunal no puede emitir un pronunciamiento valorativo sobre hechos litigiosos de la gestión pendiente, cuyo establecimiento pareciera ser clave para la resolución del asunto. Cabe señalar que la ponderación de los mismos corresponde a los jueces del fondo, por ser también un tema de legalidad ordinario y estar dentro de su competencia relativa a la gestión, no correspondiendo que es Magistratura los pondere”*;

7° Que, este Tribunal no está facultado para determinar en forma vinculante la interpretación que en la gestión pendiente es aplicable al caso. En tal sentido, ha sentenciado que *“a este Tribunal no le corresponde ordenar que una causa sea conocida o resulta conforme a determinados preceptos legales, lo que es propio de los jueces del fondo, sino evitar la aplicación de preceptos legales que puedan producir efectos inconstitucionales.”* (STC Rol 806, considerando quinto);

8° Que, el carácter concreto de la acción de inaplicabilidad no habilita a la resolución del caso pendiente en la gestión que sirve de base para recurrir ante el Tribunal Constitucional. Así se reitera la doctrina al respecto, en donde esta Magistratura ha dicho que *“... en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el TC sólo ha sido autorizado por la Carta Fundamental para efectuar el control de constitucionalidad concreto de los preceptos legales objetados y, por consiguiente, no ha sido llamado a resolver sobre la aplicación e interpretación de normas legales, cues-*

*tiones que, de conformidad a la amplia jurisprudencia recaída en requerimientos de inaplicabilidad es de competencia de los jueces de fondo” (STC Rol 314, considerando 52);*

9° Que, tal como lo ha fallado también esta Magistratura, en un requerimiento de inaplicabilidad *“debe estarse siempre en presencia de un conflicto constitucionalidad, esto es, una **contradicción directa, clara y precisa** entre determinado precepto legal que se pretende aplicar en el caso concreto, con la propia Constitución, pues el juez constitucional no puede interpretar o corregir la ley ordinaria si no es con relación a su constitucionalidad.* Lo anterior en atención a que la tarea de interpretar la ley corresponde a los tribunales de justicia, sean ordinarios o especiales, y en nuestro sistema judicial el órgano llamado a unificar su interpretación es la Corte Suprema” (STC 810-08 considerando 9), (STC Rol 1295-2009);

10° Que, por último, cabe indicar desde el inicio que se trata de una causa en que se impugnan normas procesales penales que impedirían que la producción de pruebas realizada en sede de justicia militar sea utilizada en un procedimiento penal común. Por tanto, el carácter especialísimo de la causa se denota por la transitoriedad de la aplicación de la Ley N°20.477 que está en la base de la gestión pendiente en el caso concreto;

11° Que el legislador estableció una serie de reglas sobre el traspaso de las causas de la justicia militar a la justicia ordinaria que, en el caso del

artículo 8 transitorio de la Ley 20.477, se pueden resumir en las siguientes:

1. El Ministerio Público debe señalar en su acusación los medios de prueba rendidos en el procedimiento correspondiente a la justicia militar, debiendo incorporarse expresamente al auto de apertura del juicio oral.

2. Que esta regla se aplica automáticamente en el caso de los procedimientos simplificados o abreviados.

3. Que pueden reproducirse o darse lectura a los registros en que constaren declaraciones de testigos y peritos rendidas ante el Tribunal Militar. En diversas circunstancias, especialmente, cuando *“su residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de solucionar no pudiesen declarar en el juicio, en conformidad al artículo 329 del mismo Código.”*

4. Que la prueba confesional y testimonial rendida ante el tribunal militar puede utilizarse ante el Juez de Garantía o Juez Oral en lo Penal, según lo determina el artículo 332 del Código Procesal Penal.

5. El legislador declara que no será aplicable a la prueba que se haya rendido ante el Tribunal Militar, el artículo 276 del Código Procesal Penal, esto es, el que regula la exclusión de pruebas por vulneración de garantías fundamentales;

12° Que, el legislador, en su mandato constitucional del artículo 19 N°3 inciso sexto de la Constitución, debe *“establecer **siempre** las garantías de un procedimiento y una investiga-*

*ción racionales y justos*”. Este deber incluye, por cierto, los procedimientos aplicables a situaciones transitorias y temporales puesto que debe siempre configurarlas con reglas propias del debido proceso. En tal sentido, el legislador determinado de la Ley N°20.477 se ciñó a las mismas reglas que ya se habían establecido en el propio Código Procesal Penal, con la sola excepción de evitar la aplicación del artículo 276 del mismo cuerpo legal;

13° Que no corresponde a esta Magistratura el controlar un precepto legal que no ha sido objeto de impugnación en el requerimiento, como es el caso del artículo 8 transitorio de la Ley N°20.477. Sin embargo, sí cabe constatar que su ritualidad procesal es consustancial en la determinación de esta sentencia. Lo anterior, puesto que el legislador tiene amplitud para configurar procedimientos en la medida que cumpla con las reglas del debido proceso. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que *“el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso.”* (STC 1838, c. 10). La solución transitoria del legislador de la Ley N°20.477 para traspasar causas y valorar las pruebas rendidas en sede de justicia militar en los mismos supuestos que regula el Código Procesal Penal, ¿se puede estimar que vulnera las reglas de la lógica y son arbitrarias en sí mismas generando indefensión en

los participantes del nuevo proceso penal ordinario ?;

### **El límite entre un problema interpretativo de normas legales y un conflicto constitucional**

14° Que esta Magistratura entiende siempre que es absolutamente imprescindible respetar la independencia interpretativa del juez de fondo en la medida que se trate de una cuestión que abarque un dilema hermenéutico entre dos normas del nivel legal. No obstante, distinguiremos este aspecto de aquél que se produce por un conflicto constitucional propiamente tal y que lleva a este Tribunal a pronunciarse en el sentido que se indicará;

15° Que tal como lo ha reiterado esta Magistratura en numerosas oportunidades, el debido proceso es un derecho cuyo desarrollo está confiado al legislador. Con ello se permite que el legislador sea el que defina los medios de prueba que deben incorporarse, como registros previos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizados por la policía o el Ministerio Público. En este caso, el artículo 8 transitorio de la Ley No. 20.447 incorpora una nueva hipótesis reducida que habilita traspasar la prueba obtenida en un proceso antiguo a uno nuevo;

16° Que en el caso en especie, el juez de garantía se encuentra en una evidente hipótesis de antinomia legal, en virtud de la cual, la aplicación de la regla de exclusión de prueba, del artículo 276 del Código Procesal Penal, entraría en conflicto directamente con lo previsto por el legisla-

dor en el artículo 8 transitorio de la Ley 20.447. Pero este es un problema puramente legal y no se presenta en el nivel constitucional. El propio inciso final del artículo 8 transitorio de la Ley N°20.477 establece perentoriamente que *“para los efectos de este artículo, no será aplicable a la prueba que se haya rendido ante el Tribunal Militar lo dispuesto en el artículo 276 del Código Procesal Penal.”*;

**17°** Que, en este caso, el juez del fondo se enfrenta a un dilema que puede ser resuelto fácilmente por un criterio de especialidad. Particularmente, es claro que el legislador ha re-configurado las reglas probatorias para efectos de consolidar un tras-paso razonable de procesos pendientes, desde los tribunales militares en tiempos de paz a la jurisdicción penal ordinaria. Para tal efecto, dispuso una regla especialísima que conserva la prueba rendida en el proceso antiguo para efectos de permitir una pronta y debida administración de justicia;

**18°** Que, en el evento que tal regla excepcional pugnara con la Constitución, sólo corresponde a este Tribunal efectuar un juicio de inaplicabilidad, y no al juez del fondo, conforme lo dispone el citado artículo 93 N°6 de la Carta Fundamental. La calificación de que un precepto es inaplicable porque es contrario a lo dispuesto en la Constitución es una potestad exclusiva de este Tribunal, como así se consagra expresamente en el artículo 93 N°6 de la Carta Fundamental. Toda otra magistratura que se arrogue tales competencias infringiría los prin-

cipios básicos del Estado de Derecho, contenidos en los artículos 6° y 7° de la Constitución. En tal sentido, hay que recordar que cualquier juez de la República está habilitado para presentar ante este Tribunal un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad cuando se encuentre en el límite interpretativo aludido anteriormente;

**19°** Que, en consecuencia, no cabe en caso alguno al juez del fondo aplicar la regla de exclusión de prueba como un sucedáneo que le habilite a inaplicar todo el contenido de lo preceptuado en el artículo 8 transitorio de la Ley 20.447, por tratarse de una competencia entregada exclusivamente al Tribunal Constitucional;

#### **Fundamentos por los cuales se acoge parcialmente el requerimiento de inaplicabilidad**

**20°** Que constatado el conflicto constitucional, el requerimiento impugna dos normas respecto de las cuales esta sentencia sólo acogerá parcialmente la inaplicabilidad del artículo 334 del Código Procesal Penal según las razones que indicaremos;

**21°** Que, en primer lugar, se debe declarar enfáticamente que no cabe reproche alguno de inconstitucionalidad al artículo 276 del Código Procesal Penal en el marco de un requerimiento de inaplicabilidad, toda vez que se trata de una regla que preserva la integridad de la decisión punitiva del Estado, con pleno respeto a los derechos fundamentales de las personas y realiza un avance sustantivo en consolidar el fortalecimiento de un justo y racional proce-

dimiento. La deferencia al legislador así como el principio de intervención mínima en materias penales nos debe llevar a recordar que, en la especie, por el modo en que está regulado el artículo 8° Transitorio de la Ley N°20.477 simplemente no se aplica el mencionado artículo por mandato del legislador;

**22°** Que, respecto de la segunda norma impugnada, se acoge parcialmente el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado en autos, exclusivamente en lo que dice relación con el artículo 334 del Código Procesal Penal;

**23°** Que corresponde a este Tribunal calificar si la aplicación del artículo 334 del Código Procesal Penal produce un resultado contrario a la Constitución. Esta cuestión debe ser examinada acotadamente, tanto temporalmente como en sede de disposiciones transitorias, en el contexto del traspaso de las causas desde la jurisdicción penal militar a la justicia ordinaria;

**24°** Que el artículo 334 del Código Procesal Penal prohíbe la lectura de registros y documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público. Sin embargo, admite la incorporación de estas pruebas *“en los casos previstos en los artículos 331 y 332”*, salvo que *“(…) dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales”*. La determinación de la nulidad de las actuaciones o diligencias así como la vulneración de las garan-

tías fundamentales deben expresarse específicamente y no pueden ser el resultado de una reflexión genérica de inadmisión;

**25°** Que el artículo 331 del Código citado, habilita la lectura de registros y documentos en los que consten declaraciones anteriores a la audiencia de juicio oral en razón de diversas hipótesis, entre ellas, si el testigo está ausente del país o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar, no pudiese declarar en el juicio. Por tanto, se trata de una norma que tiene identidad material con el artículo 8 transitorio de la Ley N°20.477. No se ve razón para que la misma hipótesis, aplicada en un proceso penal militar –nuevamente, en el contexto excepcional de traspaso de causas de un sistema penal a otro– no tenga procedencia en la causa *sub lite*;

**26°** Que en este caso, el legislador ha decidido que las causas se traspasan en la etapa procesal en las que éstas se encontraban. En el caso de marras, la causa estaba en la etapa de sumario, tal como buena parte de los demás procedimientos que, por efectos de la Ley 20.447, deben ser traspasados. El legislador, en razón de la pronta, cumplida y necesaria administración de justicia, determinó un proceso de cambio ordenado e inmediato. En tan solo sesenta días (artículo 2 transitorio de la Ley N°20.477) debía procederse a tal traspaso de causas. Por tanto, no sólo no había tiempo para avanzar en el procesamiento bajo el método antiguo sino que el único tiempo disponible debía abocarse al traslado ordenado y riguroso

de antecedentes a la justicia ordinaria. Por tanto, era ilógica la conclusión de exigir que el proceso penal militar se tramitara hasta la etapa de plenario –con disminución patente de garantías judiciales– con el objeto de permitir que la prueba rendida sea admisible a efectos de un traspaso a la jurisdicción penal ordinaria;

27° Que, el artículo 8 transitorio de la Ley N°20.477, es una norma *ordenatoria litis*, esto es, una regla adjetiva e instrumental a objeto de facilitar una transición entre un procesamiento bajo determinadas reglas hacia una imputación procesal penal, bajo otras. Por su misma condición accesorio quedan a salvo las reglas sustantivas del proceso penal. El traspasar unas pruebas de la justicia militar a un sistema rodeado de garantías, entre otras, la de impugnar tales pruebas, no puede generar efectos de inconstitucionalidad en el caso concreto para todas las partes involucradas en el proceso penal, al menos en la etapa procesal de la audiencia de preparación de juicio oral;

**Acordada esta sentencia con el voto en contra de los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Domingo Hernández Emparanza, quienes estuvieron por desestimar el requerimiento** sobre la base de las consideraciones de inadmisibilidad ya vertidas en la resolución que rola a fojas 119 y siguientes, esto es:

1°. Que el requerimiento de autos impugna la decisión adoptada por el Magistrado del 7° Juzgado de Garantía de Santiago, al excluir a

una testigo de cargo y a los registros de pasadas por pórticos de autopistas y tres fotos correspondientes a dichos pórticos, como prueba ofrecida por el Ministerio Público y por la parte querellante de la causa Ruc N°1000455791-9, Rit N°7819-2010, del aludido Juzgado de Garantía. Ambos medios de prueba se encontraban incorporados en la causa seguida previamente ante la justicia militar y formaban parte de un informe policial. La exclusión se basó, en el primer caso, en haber sido obtenida la prueba con infracción a las garantías de los imputados y, en el segundo caso, por tratarse de medios de pruebas impertinentes;

2°. Que la requirente solicita a esta Magistratura, por una parte, “*declarar que las referidas normas (artículos 334 y 276 del Código Procesal Penal) deben interpretarse armónicamente en relación con el artículo 8° transitorio de la ley 20.477*” y que, por lo mismo, no es posible excluir las pruebas antes señaladas y, por otra, declarar que “*la interpretación y aplicación correcta de los artículos 334 y 276 del Código Procesal Penal con ocasión de la depuración de la prueba durante la actual Audiencia Preparatoria de Juicio Oral, en actual desarrollo, debe subordinarse a la norma adecuadora contenida en el artículo 8° transitorio de la ley 20.744 (...).*” (Fojas 25 y 26, énfasis agregado);

3°. Que, como puede observarse, lo que se pide al Tribunal Constitucional es que revise la decisión adoptada por el Juez del 7° Juzgado de Garantía, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 276 del

Código Procesal Penal, para cuyo efecto existen los recursos procesales correspondientes, como lo demuestra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, pronunciada en la causa Rol N°578-2009. Y es que aquellos conflictos referidos a lo que los justiciables estiman como la “correcta interpretación de la ley” son propios del juez de fondo y escapan a la competencia de esta Magistratura, como reiteradamente se ha fallado (STC roles N°s 1724, 1740 y 2193, entre otros), respetando plenamente el principio de separación de funciones consagrado en el artículo 7°, inciso segundo, de la Constitución Política;

4°. Que, por otra parte, el requerimiento debe rechazarse, porque, en concepto de quienes suscriben este voto, plantea un conflicto entre normas legales, destinado a que el Tribunal Constitucional le indique al Juez de Garantía cuál debe prevalecer –el artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477 frente a los artículos 276 y 334 del Código Procesal Penal–, aplicando, para resolverlo, criterios de interpretación propios de normas de esta naturaleza, como los que se contienen en los artículos 19 al 24 del Código Civil.

En efecto, es el inciso final del artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477 el que excluye la posibilidad de aplicar el artículo 276 del Código Procesal Penal para excluir pruebas que se hayan rendido ante los Tribunales Militares. En consecuencia, la requirente pretende que se dé prevalencia a esta norma por sobre los artículos 276 y 334 del

Código Procesal Penal, en forma contraria a lo que ha decidido el Juez del 7° Juzgado de Garantía. Ello lleva a preguntarse si un problema de prevalencia de normas legales conlleva un conflicto de constitucionalidad propio de aquellos que sustentan la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad;

5°. Que la razón para sostener la negativa frente a la interrogante planteada se debe a que si bien el Tribunal Constitucional es el único llamado a declarar que un precepto legal determinado, aplicado en una gestión judicial concreta, contraviene la Carta Fundamental, ello no significa que todo el sistema de justicia constitucional, en Chile, esté concentrado en esta Magistratura. Si ello fuera así, resultaría inexplicable que los tribunales ordinarios siguieran conociendo de las acciones protectoras de los derechos fundamentales, como los recursos de protección y amparo, o de acciones especiales como la de tutela laboral o la que, recientemente, creó la Ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación. Precisamente, la noción de “sistema de justicia constitucional” implica que son varios los órganos y también los procedimientos llamados a velar por la plena vigencia del principio de supremacía constitucional ocupando, por cierto, el tribunal Constitucional un lugar destacado entre ellos;

6°. Que lo anterior explica que el legislador del Código Procesal Penal haya tenido una particular preocupación por el respeto de los derechos de los justiciables durante el desarro-

llo del procedimiento, al punto que así como permite al Juez de Garantía excluir pruebas por violación de derechos fundamentales, faculta a la Corte Suprema de Justicia para conocer y resolver la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia si en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes (artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal). Conociendo de este recurso, la Corte Suprema ha decidido sobre eventuales infracciones al debido proceso legal, por ejemplo, en sentencia recaída en el Rol N°3521-12, referida al ámbito probatorio y, más específicamente, a la libertad de prueba, “*que se manifiesta en la posibilidad de controlar y controvertir la prueba de cargo y en la posibilidad de generar prueba de descargo*” (considerando 2°);

7°. Que, por lo señalado, estos Ministros disidentes, no comparten lo afirmado en la sentencia, en su considerando segundo, en el sentido de sostener que, en la especie, se está frente a un conflicto de constitucionalidad y no de legalidad, porque lo propio del juez de fondo es “*corregir y remediar el eventual error cometido al aplicar cierta disposición legal durante alguna gestión judicial*”. Si se sigue atentamente el razonamiento de la requirente podrá apreciarse que, en su concepto, la decisión del Juez de Garantía de excluir ciertas pruebas, implica una vulneración de los derechos que le aseguran los numerales

segundo y tercero del artículo 19 de la Carta Fundamental, más que la errónea aplicación del derecho que podría dar lugar, más adelante, a un recurso de nulidad al tenor de lo dispuesto en el artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal.

Así, si lo que se está sosteniendo, en estos autos, es la vulneración de garantías constitucionales durante el curso del proceso penal, y producto de una decisión jurisdiccional, está abierto el camino para poner término a esa infracción a través del recurso de nulidad que establece la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, haciendo plenamente compatible la defensa de los derechos fundamentales por el juez ordinario sin forzar la naturaleza propia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

**Acordada esta sentencia con el voto en contra del Ministro señor Francisco Fernández Fredes, quien estuvo por desechar el requerimiento** por estimar que el mismo plantea un conflicto de mera legalidad, consistente en la injustificada inobservancia por el juez de garantía de lo dispuesto en los incisos tercero y quinto del artículo 8° transitorio de la Ley N°20.477, cuestión que, sin embargo, es resoluble por la vía recursiva que contempla la propia legislación procesal penal (eventualmente a través del recurso de nulidad que regula el Título IV del Libro III del Código Procesal Penal) y no por medio de la acción de inaplicabilidad, que por definición es incoable sólo respecto de preceptos legales que aún no hayan recibido aplica-

ción, lo que no sucede en la especie. En efecto, en el caso sub lite el juez de garantía ya dio aplicación a las normas que se impugnan por la requirente, al decidir la exclusión de ciertos medios de prueba mediante las resoluciones con que se zanjaron los respectivos incidentes. Como sabemos, tal determinación sólo es apelable por el Ministerio Público una vez dictado el auto de apertura del juicio oral y siempre que la exclusión de la prueba se haya debido a su obtención con infracción de garantías fundamentales o a resultas de actuaciones o diligencias declaradas nulas. En todo caso y además de esta revisión por la vía de la alzada, el mecanismo de control de constitucionalidad específicamente previsto por nuestro ordenamiento para remediar una eventual exclusión arbitraria o ilegal de prueba es el recurso de nulidad que el artículo 376, en relación con el artículo 373, letra a), del mismo Código Procesal Penal, pone en manos de la Corte Suprema. Esa es la vía idónea para inconformarse por una pretendida antijuridicidad de la resolución exclusiva, y no la de la acción de inaplicabilidad, que, adicionalmente y por su propia índole, sólo es esgrimible en contra de preceptos legales que en sí mismos posibiliten una aplicación contraria a la Constitución y no cuando, como en el caso de

autos, dejen de aplicarse por errores de hermenéutica legal, vicio que en nuestro sistema jurídico es remediable por vía de casación o de nulidad.

La sentencia fue redactada por el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, con excepción de sus considerandos VIGESIMOCUARTO A VIGESIMONOVENO, ambos inclusive, que fueron redactados por el Ministro señor Gonzalo García Pino. Las prevenciones fueron redactadas por el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado y por su autor, respectivamente. Las disidencias fueron redactadas por la Ministra señora Marisol Peña Torres y por su autor, respectivamente.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

#### **Rol N°2292-12-INA.**

Pronunciada por el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente Subrogante), Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Empananza.

Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín.

## REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RECHAZADO. ARTÍCULO 277 INCISO 2° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. EXCLUSIÓN DE PRUEBAS. APELACIÓN DEL AUTO DE APERTURA DEL JUICIO ORAL POR PARTE DEL QUERELLANTE. EMPATE DE VOTOS

**Tribunal: Tribunal Constitucional**

### Resumen:

*Requerimiento de inaplicabilidad desestimado por haberse producido empate de votos.*

*Por acoger el requerimiento se inclinaron los Ministros Sres. Raúl Bertelsen Repetto (Presidente), Marcelo Venegas Palacios, Marisol Peña Torres, José Antonio Viera Gallo e Iván Aróstica Maldonado.*

*En síntesis señalan que el artículo 277 inciso 2° del Código Procesal Penal establece una diferenciación entre el Ministerio Público y los demás intervinientes que no tiene fundamento, ya que siendo explicable que se otorgue dicho recurso al acusador oficial, en razón del principio de inocencia que cubre el proceso penal, ello no explica por qué el querellante no podría ejercer el mismo derecho. Asimismo, sostienen que el hecho que se conceda un ulterior recurso de nulidad, no puede sustituir la posibilidad de reclamar prontamente en alzada el auto de apertura del juicio oral.*

*El voto por el rechazo del requerimiento, sustentado por los Ministros Sres. Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza, si bien reconoce la diferenciación que establece la disposición legal objetada, indica que aquella tiene fundamentos, los que se encuentran en el rol que le compete al Ministerio Público, marcado por ser el órgano al que corresponde compilar la prueba, estando por ello en condiciones de afectar garantías, frente a un imputado goza de una presunción de inocencia y nada tiene que probar, en todo lo cual, difiere también con el querellante. Descartan también que la regla afecte el derecho al recurso, desde que la ley otorga medios para que se cautele el debido proceso, en referencia al último inciso del artículo 277 del Código Procesal Penal<sup>1</sup>.*

1 Ver anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación al artículo 277 inciso 2° del Código Procesal Penal, en los autos rol N°1502 y N°1535.

## Texto Completo

Santiago, veintinueve de enero de dos mil trece.

### VISTOS:

Con fecha 12 de octubre de 2012, el Ministro del Interior y Seguridad Pública ha solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, referido al régimen del recurso de apelación en contra del auto de apertura del juicio oral, en la parte que señala “cuando lo interpusiere el Ministerio Público”.

El aludido precepto legal dispone:

*“El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el Ministerio Público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente”.*

La gestión invocada es un proceso penal seguido ante el 13° Juzgado de de Garantía de Santiago, por los delitos de colocación de artefactos explosivos contemplado en la Ley N°18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, y fabricación no autorizada de artefactos explosivos, en el cual el requirente es querellante. Expone que se decretó la exclusión de prueba documental y testimonial, ofrecida tanto en la acusación del fiscal como en la acusación particular del requirente y que apeló de ello, impugnación que fue declarada inadmisibile, tras lo

cual dedujo un recurso de hecho que se encuentra pendiente.

La prueba cuya exclusión se decretó se encuentra detallada a fojas 9, consistentes en órdenes de trabajo y presupuesto de reparación de un automóvil, partes de informes periciales elaborados por Carabineros de Chile, relativos a la fabricación de bombas, y declaraciones de testigos. Especifica la parte requirente que dicha exclusión de pruebas afecta sustancialmente sus pretensiones procesales, derivadas de la legitimación activa que le confiere el artículo 10° de la Ley N°18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad.

La acusación particular del Ministerio del Interior y Seguridad Pública imputa los delitos de colación de 2 artefactos explosivos terroristas, referidos a un atentado a una sucursal del Banco BCI y a otro atentado a una automotora.

La acusación del Ministerio Público imputa similar delito respecto del atentado a la sucursal bancaria, además de 3 delitos de fabricación de artefacto explosivo sin autorización, contemplado por la Ley N°17.798, referida a control de armas y explosivos, detonados en un poste de electricidad, en el memorial de Jaime Guzmán Errázuriz y en la automotora aludida.

Expone el requirente que, la aplicación de la preceptiva impugnada vulnera sus derechos a la igualdad ante ley y al racional y justo procedimiento, establecidos en los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la

Carta Fundamental, infringiéndose la garantía de la no discriminación arbitraria, en la medida que el legislador otorgó un recurso a uno de los intervinientes, en una situación de desigualdad respecto de las demás partes, vulnerándose así las garantías de la igual protección en el ejercicio de los derechos, del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, al impedirse el acceso a la revisión de lo resuelto por un tribunal superior, ya que sólo el Ministerio Público puede apelar, facultad que es de carácter discrecional y que priva a la parte querellante del derecho al recurso en similares términos.

Con fecha 17 de octubre se acogió a tramitación el requerimiento, se decretó la suspensión del procedimiento y se confirió traslado para resolver acerca de la admisibilidad.

A fojas 126 el ministerio público señala no tener observaciones

A fojas 127 comparece, en calidad de parte de la gestión y sin acreditar representación, la Fundación Jaime Guzmán solicitando se declare admisible y se acoja el requerimiento deducido.

A fojas 131 el imputado Hans Niemeyer Salinas evacuó el traslado conferido, solicitando la declaración de inadmisibilidad. Señaló que la fiscalía y el requirente tienen la misma pretensión punitiva y ofrecieron la misma prueba, por lo que el precepto impugnado no resulta de aplicación decisiva, agregando que, a su juicio, el requerimiento carece de fundamento razonable. Expone que el Ministerio Público apeló de la exclusión de

pruebas y que eso hace improcedente la acción de inaplicabilidad.

Con fecha 7 de noviembre de 2012, se declaró la admisibilidad del requerimiento y posteriormente se confirió traslado acerca del fondo del asunto controvertido.

Nuevamente sin acreditar personería, compareció la Fundación Jaime Guzmán, refiriéndose al fondo del conflicto de constitucionalidad planteado, formulando un conjunto de consideraciones en torno a los antecedentes de hecho de la causa, el fundamento del instituto de la exclusión de prueba, el derecho al debido proceso y el derecho al recurso, solicitando que el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sea acogido.

A fojas 182, el imputado Hans Niemeyer Salinas evacuó el traslado sobre el fondo del conflicto, dando cuenta del contenido, elementos y las finalidades del derecho fundamental a un debido proceso en las recientes sentencias de la Corte Suprema y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para concluir que es un derecho de titularidad del imputado y no del Estado persecutor, que entre sus finalidades está la de establecer límites frente al poder punitivo y a las potestades de los órganos del Estado, motivo por el cual no puede ser invocado por ellos sin ser desnaturalizado en su esencia, agregando que los entes estatales están dotados de poderes y los gobernados de derechos frente a ellos, por lo cual en el presente caso se está tergiversando ese esquema y vulnerando la recta

razón jurídica al pretender equiparar a las personas enjuiciadas con el Estado, al que además se atribuyen derechos fundamentales.

Expone que en el pasado mes de octubre la Corte Suprema sentenció en este sentido, rechazando recursos de nulidad en que la fiscalía invocaba la titularidad del derecho al debido proceso, cuestión que se concluyó era improcedente.

Señala que si el poder público se ha dado una determinada forma de organización que en procesos penales permite actuar a varios de sus órganos, su obrar deben ajustarse estrictamente a lo que la ley señala y es por ello que hoy el Estado-querellante no puede apelar del auto de apertura, tema que se encuentra en discusión a nivel legislativo.

Expone que a diferencia de la causa Rol N°1535 de este Tribunal, en la cual se declaró inaplicable la misma norma, en este caso el querellante no es un particular, sino un órgano del Estado.

Argumenta que puede ser razonable que todas las partes sean titulares del recurso de apelación frente a la exclusión de sus pruebas, pero la noción de debido proceso legalmente tramitado implica el cumplimiento de la normativa procesal, entre la cual está el régimen recursivo.

Plantea así que no existe efecto contrario a la Constitución pretendido por la parte requirente y que el derecho al recurso establecido en la Convención Americana de Derechos humanos se refiere a la senten-

cia definitiva, mas no a cuestiones accesorias. Señala que la exclusión de pruebas tiene una función garantista y que no puede ser desconocida.

Posteriormente, en referencia a los antecedentes de la gestión invocada, señala que la imputación de actos terroristas no es acorde con lo dispuesto por el derecho internacional, citando al efecto la Convención Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo y un Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, concluyendo que la legislación chilena está excedida en esta materia y que en la jurisprudencia reciente hechos similares han sido calificados como delito de daños, en concurso con otros tipos de la Ley N°17.798, referida a control de armas y explosivos. Argumenta que en Chile el fenómeno terrorista es inexistente, que es un discurso propio del denominado derecho penal del enemigo que se ha asentado en nuestro medio, con largas temporadas de prisión preventiva para imputados que después son absueltos, en total contradicción con los principios de legalidad y proporcionalidad.

Argumenta que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública hizo suyas en bloque las pruebas de la fiscalía y que sólo tenía dos pruebas adicionales, una que retiró y otra que fue excluida por impertinencia, lo cual no es apelable.

En cuanto a las exclusiones de pruebas, señala que ninguna de ellas se decretó únicamente por la causal de infracción a derechos fundamen-

tales, sino que además se declaró la impertinencia, la sobreabundancia o su carácter dilatorio, por lo que el único efecto de acoger el requerimiento sería determinar si en la vista del recurso ante la Corte de Apelaciones intervendrá solamente el fiscal o además lo hará el Ministerio del Interior y Seguridad Pública en defensa de las pruebas excluidas.

Hace presente que al momento de decretarse la suspensión del procedimiento su representado ya llevaba 11 meses en prisión y que sin mediar este requerimiento ya se habría verificado su juicio oral.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo del requerimiento deducido.

Con fecha 15 de enero la parte requirente acompañó un informe en derecho de los profesores Emilio Pfeffer Urquiaga y Alberto Naudon del Río.

Concluida la tramitación del requerimiento, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 17 de enero se verificó la vista de la causa.

### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.-** Que el precepto legal cuestionado ha sido transcrito en la parte expositiva de esta sentencia, en la cual también se han consignado debidamente la enunciación de las alegaciones y fundamentos de derecho hechos valer por el requirente, así como las resoluciones, comunicaciones y certificaciones que dan cuenta de la sustanciación de este proceso constitucional;

**SEGUNDO.-** Que, traídos los autos en relación y terminada la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, produciéndose empate de votos, con lo cual, atendido el quórum calificado exigido por la Carta Fundamental para acoger esta clase de requerimientos y que, por mandato de la letra g) del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, el voto del Presidente no dirime un empate en estos casos, se tuvo por desechado el requerimiento por no haberse alcanzado el quórum constitucional necesario para ser acogido.

### **I. VOTO POR EL RECHAZO DEL REQUERIMIENTO.**

**Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza estuvieron por rechazar la acción de inaplicabilidad, teniendo presentes las siguientes consideraciones:**

#### **I. LA IMPUGNACIÓN.**

1°. Que en el marco del proceso penal que se sigue ante el 13.er Juzgado de Garantía de Santiago, contra Hans Niemeyer Salinas, por los delitos de fabricación, colocación y detonación de artefactos explosivos, durante el desarrollo de la audiencia de preparación del juicio oral, celebrada entre los días lunes 24 al jueves 27 de septiembre de 2012, la jueza de dicho Juzgado procedió a excluir prueba testimonial y docu-

mental, por posible vulneración del principio de congruencia.

En dicho proceso, el Ministerio del Interior presentó querellas por delito terrorista (Ley N°18.314), de conformidad a lo establecido en el artículo 261, letra a), del Código Procesal Penal (en adelante, CPP).

En vista de la decisión de la señora Jueza, dicho Ministerio presentó una apelación. Sin embargo, ésta fue declarada inadmisibles por aplicación del artículo 277, inciso segundo, del CPP, por resolución de 3 de octubre de 2012.

Contra dicha resolución, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública presentó un recurso de hecho ante la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 5 de octubre de 2012.

Dicho recurso de hecho es la gestión pendiente que se invoca para el presente recurso de inaplicabilidad, presentado por el Ministro del Interior;

2°. Que el recurso de inaplicabilidad impugna parte del inciso segundo del artículo 277 del CPP. Dicho inciso establece lo siguiente:

*“El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia*

*definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales.”*

Lo que se impugna es la frase “cuando lo interpusiere el ministerio público”;

3°. Que los argumentos que sostiene el Ministro del Interior, en lo sustantivo, se limitan a señalar, en primer lugar, que el auto de apertura del juicio oral es esencial en el juicio penal; entre otras cosas, porque fija la prueba que se va a rendir en el juicio oral. Por lo mismo, al impedir que el Ministerio del Interior pueda solicitar la revisión por un superior de la exclusión de la prueba dispuesta por el Juzgado de Garantía, afecta al debido proceso, uno de cuyos componentes es el derecho al recurso. En segundo lugar, se sostiene que la falta de apelación afecta la posibilidad que tiene el Ministerio de desarrollar una teoría distinta a la sustentada por la Fiscalía sobre la existencia de ciertos delitos terroristas. Aunque la prueba excluida es la misma que la que ofreció la Fiscalía, el Ministerio del Interior la usa para configurar otros delitos distintos de los que sostiene el Ministerio Público. Para ello presentó la correspondiente acusación particular. Ahí queda demostrado que hay diferencias con lo sustentado por el Ministerio Público respecto de los delitos, de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y de las penas. De este modo, no puede un querellante depender de las acciones u omisiones llevadas a cabo por el Ministerio Público. Si bien el Ministerio Público apeló por estas mismas exclusiones, el Ministerio del Interior tiene derecho a defenderse por sus propios medios.

Por lo mismo, la falta de apelación afecta el equilibrio de los intervinientes en un proceso penal. En tercer lugar, el Ministerio del Interior sostiene que la falta de apelación genera más injusticia, toda vez que, a su juicio, la exclusión de prueba se fundó en una causal mal aplicada. El Ministerio del Interior no ha obtenido ninguna prueba ilícitamente;

## II. ASUNTOS SOBRE LOS CUALES ESTE TRIBUNAL NO EMITIRÁ PRONUNCIAMIENTO.

4°. Que, antes de entrar al fondo del asunto, es necesario puntualizar que esta Magistratura no entrará en el examen de ciertos aspectos involucrados en la presente cuestión, toda vez que exceden su competencia;

5°. Que, en este sentido, en primer lugar, este Tribunal no puede entrar a calificar los delitos que se le imputan al señor Niemeyer. Eso es algo que corresponde resolver a los jueces penales. Está en ese ámbito definir si en el caso concreto hubo o no comisión de delitos terroristas. La Constitución, en todo caso, sostiene que *“el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos”* (artículo 9°). Aquí lo que se discute es si cabe o no una apelación por alguien distinto al ministerio público, respecto del auto de apertura del juicio oral, que excluyó ciertas pruebas.

En segundo lugar, este Tribunal tampoco puede conocer de la resolución que excluyó la prueba. Eso es algo que también debe resolverse,

por los mecanismos respectivos, en la gestión pendiente;

6°. Que tampoco podemos pronunciarnos sobre el rol de querellante del Ministerio del Interior. No obstante, en estrados se sostuvo que el Ministerio del Interior, al ser un órgano público, carece de derechos, pues éstos sólo tienen competencias;

7°. Que, sin entrar a pronunciarnos sobre un tema de tal envergadura, que excede el ámbito de la presente inaplicabilidad, pues aquí está impugnado sólo un artículo del CPP, es necesario puntualizar que la Constitución establece que la acción penal puede ser ejercida por tres tipos de sujetos. Por de pronto, por el Ministerio Público, a quien la Carta Fundamental le encomienda ejercer *“la acción penal pública en la forma prevista por la ley”* (artículo 83). Enseguida, establece que puede también ejercer esta acción *“el ofendido por el delito”*. Finalmente, dispone que puede ser asimismo ejercida por *“las demás personas que determine la ley”*;

8°. Que, a diferencia de lo que sucedía en el antiguo proceso penal, en que la acción penal pública podía ser ejercida *“por toda persona capaz de parecer en juicio, siempre que no tenga especial prohibición de la ley y que se trate de delitos que deban perseguirse de oficio”* (artículos 15 y 93 del Código de Procedimiento Penal), la Constitución encargó a la ley definir de manera acotada quiénes pueden ejercer dicha acción.

El CPP regula la materia estableciendo que la investigación de un hecho que reviste caracteres de

delito, tiene tres formas de iniciación: de oficio por el Ministerio Público, por denuncia o por querrela (artículo 172). De ahí que consagre que la acción penal pública debe “*ser ejercida de oficio por el Ministerio Público*” (artículo 53, inciso segundo). Cabe señalar que el Ministerio Público es un órgano del Estado, definido por la propia Constitución como “*autónomo*” y “*jerarquizado*” (artículo 83), cuya función es dirigir “*en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la acción punible y los que acrediten la inocencia del imputado*” (artículo 83).

Respecto de las demás personas, el artículo 111 del CPP establece la titularidad de quienes pueden presentar querellas. En dicho artículo se contempla una distinción. De un lado, pueden presentar querrela “*la víctima, su representante legal o su heredero testamentario*”. Del otro, puede hacerlo “*cualquier persona capaz de parecer en juicio*”, respecto de ciertos delitos: los delitos terroristas y los cometidos por funcionarios públicos que afecten derechos garantizados por la Constitución o sean contrarios a la probidad pública;

9°. Que el mismo artículo 111 establece que también pueden presentar querellas “*los órganos y servicios públicos*” cuando “*sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes*”.

El Ministerio del Interior tiene otorgada dicha potestad por el artículo 3°, letra a), del D.F.L. N°7912, del año 1927, del Ministerio del Inte-

rior. Dicha facultad es consistente con su rol en materia de seguridad pública interior y de orden público (Ley N°20.502);

10°. Que la querrela presentada por el Ministerio del Interior, en la gestión pendiente, fue admitida a tramitación por el Juez de Garantía. Hay que señalar que ésta puede ser declarada inadmisibles “*cuando se dedujere por persona no autorizada por la ley*” (artículo 114, letra e), del CPP);

11°. Que el CPP, luego de establecer que si la ley permite que los órganos y servicios públicos puedan interponer querellas, no ve inconveniente en que las presenten, ni establece distingos entre los distintos tipos de querellantes. Éstos tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones.

Entre los derechos del querellante están el de ofrecer prueba para sustentar su acusación (artículo 261, letra c), del CPP) y el de formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por los demás intervinientes, durante la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 272).

El Ministerio del Interior no se ha ajustado más que a este marco;

### III. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN.

12°. Que, luego de puntualizado lo anterior, es necesario señalar algunos criterios de interpretación que nos van a guiar al momento de examinar la norma impugnada.

En primer lugar, el artículo 277 regula el auto de apertura del juicio oral. La exclusión de prueba se encuentra establecida en el artículo 276. Ahí se consagra que la exclusión de pruebas puede provenir de impertinencia, de actuaciones o diligencias declaradas nulas o porque fueron obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Respecto de dicho auto, el artículo 277 regula la procedencia de a lo menos dos recursos. De un lado, el de apelación. Del otro, el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral;

**13°.** Que la apelación está concebida con tres características. Por de pronto, es un recurso único. El Código habla de que *“sólo será susceptible de recurso de apelación”* el auto de apertura del juicio oral. El recurso de nulidad no es contra el auto de apertura, sino contra la sentencia definitiva. Este recurso queda salvado por el Código, pues la apelación *“se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva”*.

Enseguida, se trata de un recurso que sólo lo puede interponer el Ministerio Público.

Asimismo, es un recurso que sólo procede cuando la exclusión de pruebas dispuesta por el juez de garantía se hizo no por su impertinencia, sino porque se trata de prueba derivada de actuaciones o diligencias declaradas nulas u obtenida con inobservancia de garantías fundamentales. Se trata, en consecuencia, de causales

regladas y estrictas; no procede por el mero agravio.

Finalmente, el recurso de apelación se concede en ambos efectos. La regla general en materia de apelación en el CPP es que se concede en el solo efecto devolutivo, *“a menos que la ley señale expresamente lo contrario”* (artículo 368);

**14°.** Que, en segundo lugar, la apelación en el CPP es excepcional. Por de pronto, porque son inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal (artículo 364).

Enseguida, porque respecto de las resoluciones dictadas por el juez de garantía, el Código señala los dos casos en que cabe dicho recurso. De un lado, *“cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días”*. Del otro, *“cuando la ley lo señale expresamente”* (artículo 370);

**15°.** Que dicho carácter excepcional de la apelación en materia procesal penal ha sido reconocido por esta Magistratura, la que ha justificado dicha excepcionalidad en las siguientes circunstancias:

*“primero, que se ha separado la actividad de investigar y juzgar... En el sistema procesal antiguo, la apelación se justificaba en el hecho de que el tribunal de alzada era verdaderamente independiente del acusador, es decir, del juez de primera instancia. Tal fundamento desaparece hoy en día, pues la independencia de ambas funciones está asegurada desde la primera etapa*

del proceso”. Segundo, “no tiene sentido tener un tribunal colegiado en primera instancia para luego duplicar el juicio en la Corte o fallar en base a actas, perdiendo la inmediación necesaria que debe tener el tribunal...”. A lo que se agrega que “los principios de inmediación y oralidad impiden que se pueda “hacer de nuevo” el juicio...”. Para concluir que “la oralidad del procedimiento requiere que el tribunal que conoce el juicio tenga el máximo poder de decisión. Si, en vez de darle el poder de decisión final, salvo excepciones, al tribunal que asiste al juicio oral, se le otorga a otro tribunal, que conocerá de la causa por la vía de la lectura del expediente, se estaría poniendo el centro del debate en la lectura del expediente y no en el juicio oral. No sólo se pondría el énfasis en la lectura del expediente, sino que se terminaría privilegiando la opinión del tribunal menos informado por sobre la opinión del tribunal más informado”. Tercero, “se privilegió el control horizontal por sobre el jerárquico. Se confió en que el establecimiento de un tribunal colegiado otorga las garantías de independencia y control que, bajo el sistema antiguo, entregaba el conocimiento de la apelación por el Tribunal de Alzada” (STC 1432/2009);

**16°.** Que dicho carácter excepcional, en que sólo la ley cuando “lo señalar expresamente” (artículo 370, letra b),) hace procedente la apelación, es importante considerarlo, toda vez que a esta Magistratura no le corresponde “crear” ni “otorgar” recursos. Esa es una decisión del legislador, quien debe ponderar el impacto que la apertura de los recursos genera en el sistema.

Lo anterior es relevante porque mediante la presente inaplicabilidad no sólo se busca que este Tribunal suprima del universo normativo que debe considerar el juez al momento de tomar su decisión, sobre si procede o no la apelación, el precepto impugnado, sino también se busca que por tal supresión se habilite a presentar un recurso de apelación por un sujeto procesal no previsto por el legislador;

**17°.** Que, en tercer lugar, el hecho de que sólo sea el Ministerio Público quien puede apelar, tiene una doble sustentación.

Por una parte, el sistema procesal penal concilia los principios de legalidad y eficiencia. Es decir, la obligación que pesa sobre el Ministerio Público de perseguir todos los ilícitos que lleguen a su conocimiento, se matiza por la necesidad de que lo haga sólo cuando la persecución pueda resultar efectiva. Como ha resuelto esta Magistratura, “(p)ara maximizar la eficiencia de la utilización de los recursos públicos por parte del Ministerio Público, se han ideado distintas fórmulas. Primero, se establecen herramientas procesales idóneas para ese objetivo. Luego, se aspira a un diseño organizacional adecuado para el logro del mismo. Y, por último, se le permite al Ministerio Público organizar la persecución penal de un modo eficiente, priorizando algunos casos y delitos por sobre otros. (Tavolari Oliveros, Raúl; Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos; Editorial Jurídica; Santiago, 2005; pág. 48).” (STC 1341/2009). El Ministerio Público debe perseguir las conduc-

tas constitutivas de delito, pero debe hacerlo en la medida que ello resulte eficiente. Debe contar con pruebas suficientes y pertinentes. Por eso, si se excluyen del juicio, la ley le otorga el derecho de apelar.

Por la otra, a diferencia de lo que ocurre con el Ministerio Público, el imputado goza de una protección, que la legislación ha elevado a la calidad de derecho: la presunción de inocencia (artículo 4° del Código Procesal Penal). El imputado no tiene que probar nada en el proceso. La carga de la prueba recae en el acusador. El imputado sólo tiene que defenderse. Por eso, se explica que no tenga necesidad de apelar de la resolución que abre el juicio oral, toda vez que no le corresponde presentar prueba. Es más: la norma está pensada para proteger al imputado. Tanto es así, que es el mismo artículo 277, en su inciso final, el que prevé que el Ministerio Público, frente a la exclusión de prueba que considere determinante, puede optar por solicitar el sobreseimiento definitivo. O sea, si al Ministerio Público se le excluye prueba que pretendía presentar, si esa prueba era esencial para acusar, el proceso penal se termina. No es necesario ir a un juicio que será inútil. Finalmente, si el juicio prosigue, es el imputado quien se beneficia por la exclusión de prueba: sin prueba no puede haber condena, pues, de acuerdo al artículo 340 del CPP, el tribunal sólo puede imponer una condena si adquiere una convicción que vaya más allá de “toda duda razonable”;

#### IV. LOS PRECEDENTES.

**18°.** Que, entrando al fondo del asunto, es necesario hacerse cargo, antes que nada, de la invocación de dos sentencias previas de esta Magistratura: STC 1535/2010 y STC 1502/2010;

**19°.** Que la primera de estas sentencias se originó en un recurso de inaplicabilidad presentado por un querellante particular. Y este Tribunal, por cinco votos a tres, declaró la inaplicabilidad del mismo precepto impugnado.

La segunda sentencia (STC 1502/2010) fue motivada por un requerimiento presentado por el imputado. Y por cinco votos a cuatro, se acogió la inaplicabilidad;

**20°.** Que dichas sentencias presentan diferencias en los hechos con el presente requerimiento. El asunto es relevante por la característica de control concreto que tiene la inaplicabilidad.

Desde luego, en los dos casos anteriores no había una apelación presentada por el propio Ministerio Público, reclamando por la exclusión de las mismas pruebas que alega el Ministerio del Interior. De hecho, la Fiscalía ya había apelado cuando se presentó el presente requerimiento de inaplicabilidad.

A continuación, la prueba excluida en los casos anteriores había sido presentada por quien reclamaba de la exclusión. En el presente caso, en cambio, la prueba fue presentada íntegramente por la Fiscalía; no

había sido presentada por el Ministerio del Interior. Este se adhirió a dicha prueba;

**21°.** Que, por otra parte, prácticamente la totalidad del razonamiento expuesto en dichas sentencias se construye sobre la base de la perturbación que para el imputado genera el no poder presentar el recurso de apelación contra la resolución que excluye pruebas que a él le interesa sustentar en el juicio oral.

Sin embargo, en el presente caso, el afectado es el Ministerio del Interior. No se trata, por tanto, de la víctima ni del imputado, sino de un querellante.

Como sostendremos más adelante, hay una diferencia de roles y deberes entre el ministerio público y el querellante, que justifica que sólo al primero se le otorgue el derecho a apelar;

**22°.** Que, por todo ello, no es llegar y aplicar dichos precedentes al presente caso. Hay diferencias del caso concreto que justifican una no aplicación automática de los mismos;

## V. LA NORMA IMPUGNADA NO VULNERA LA CONSTITUCIÓN.

**23°.** Que ahora sí estamos en condiciones de entrar al fondo del asunto. Recordemos que el requerimiento se sustenta en que el precepto impugnado vulnera la igualdad ante la ley (artículo 19, N°2, constitucional) y el debido proceso (artículo 19, N°3, constitucional);

**1. No se vulnera la igualdad ante la ley.**

**24°.** Que no consideramos que se vulnere la igualdad ante la ley. Es cierto que un sujeto procesal (el Ministerio Público) puede apelar y no los otros sujetos, incluido en este caso el Ministerio del Interior;

**25°.** Que, sin embargo, tal diferenciación tiene fundamento. Este está dado, en primer lugar, por el rol que le corresponde al Ministerio Público en el proceso penal. Por de pronto, éste ejercita y sustenta la acción penal (artículo 77 del CPP). También le corresponde promover la persecución penal (artículo 166 del CPP). Por eso, dirige la investigación en forma exclusiva (artículo 3° del CPP); le corresponde cerrarla (artículo 247 del CPP) y definir el curso de acción posterior (solicitar sobreseimiento, acusar o comunicar la decisión de no perseverar) (artículo 248 del CPP). En segundo lugar, en que el imputado goza de una presunción de inocencia (artículo 4° del CPP). En consecuencia, corresponde al Ministerio Público desvirtuar dicha presunción. Para ello debe, en la acusación, señalar los medios de prueba de que piensa valerse en el juicio (artículo 259, letra f), del CPP). De ahí que si se confirma la exclusión de la prueba que él considera esencial para sustentar su acusación, el fiscal puede solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 277, inciso final, del CPP). En tercer lugar, como a él corresponde compilar la prueba, puede incurrir en la causal de exclusión de prueba consistente en “inobservancia de garantías fundamentales” (artículo 276, inciso tercero, del CPP).

El querellante, en cambio, no tiene todos estos deberes. Si se toma como referencia los deberes que debe cumplir para que no se declare abandonada la querrela, se debe limitar a adherirse a la acusación, asistir a la audiencia de preparación y concurrir a la audiencia del juicio oral (artículos 120 y 288 del CPP).

En consecuencia, dada esa diferencia de roles y deberes, el ministerio público se encuentra facultado para apelar si le excluyen prueba;

**26°.** Que, además, cabe considerar que en el caso particular las pruebas no fueron presentadas por el Ministerio del Interior. Toda la prueba, tanto aquella incluida en el auto de apertura del juicio oral como aquella excluida, fue presentada por el Ministerio Público, no por el Ministerio del Interior;

**27°.** Que no se trata, por otra parte, de una medida desproporcionada. Por de pronto, porque es un juez el que declara la exclusión de la prueba, después de una audiencia en que hay oportunidad de debatir y controvertir. No hay un acto unilateral, sino que un tercero imparcial es el que decidió. Enseguida, porque la apelación es excepcional en el sistema, como ya ha quedado asentado en este voto. También, porque el resto de los afectados puede reclamar mediante el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva. Asimismo, porque el Ministerio Público apeló de la exclusión. Por lo mismo, de acogerse la apelación, le favorece también al Ministerio del Interior, para desarrollar su estrategia procesal;

## **2. No se afecta el debido proceso.**

**28°.** Que tampoco consideramos que se vulnere el debido proceso por afectar la dimensión del derecho al recurso.

En primer lugar, porque el Ministerio del Interior no queda indefenso. La ley otorga medios para que se cautele el debido proceso. No es efectivo que se le esté privando del derecho a impugnar el auto de apertura del juicio oral y, específicamente, la decisión de excluir prueba, porque él siempre tiene a salvo la facultad de interponer ante el tribunal competente, de acuerdo con las reglas generales, el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva. Concordante con ello, el mismo artículo 277, en su inciso segundo, dispone que la apelación del Ministerio Público se entiende “*sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva*”. Precisamente, el recurso de nulidad tiene entre sus causales el que esta resolución se haya dictado con infracción sustantiva de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (artículo 373, letra a)). Por lo mismo, si el Ministerio del Interior considera que se han pasado a llevar sus derechos, puede interponer dicho recurso;

**29°.** Que el Ministerio del Interior sostuvo en estrados que si bien tiene derecho a ese recurso de nulidad, por el principio de economía procedimental no tiene sentido esperar hasta la dictación de la sentencia de

término para reclamar. La reclamación se puede hacer antes, mediante el recurso de apelación.

Al respecto, cabe señalar que, en base al mismo principio invocado, cabe considerar que un cuestionamiento a la sentencia definitiva puede ser más eficaz, porque ahí se mide con claridad el impacto que pudo haber tenido en sus derechos la exclusión de prueba. Más todavía si, en el presente caso, el Ministerio Público apeló sobre la misma exclusión que reclama el Ministerio del Interior; por lo mismo, de prosperar dicha apelación, el daño puede no existir.

Además del principio de economía procedimental, el procedimiento penal se rige por el orden consecutivo legal. Ello obliga a sujetarse a que sólo se puede recurrir “*por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley*” (artículo 352 del CPP);

**30°.** Que, para esta Magistratura, la inexistencia de la apelación debe ser enjuiciada en el contexto de si existen o no otros recursos que permitan alcanzar la misma finalidad. Lo relevante es que no haya indefensión (STC 1432/2010) y que los recursos sean efectivos (STC 1432/2010). No está envuelto en la garantía del debido proceso un derecho a un recurso específico. De haberlo querido involucrar, lo tendría que haber señalado expresamente. Por tanto, al existir otros recursos, no se afecta el derecho a recurrir;

**31°.** Que, en segundo lugar, atendido lo anterior, o sea que el Ministerio del Interior goza del derecho a

deducir el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva, se concluye que el único recurso del que se está privando al requirente es el recurso de apelación. Entonces, lo que el requerimiento sostiene es que la única manera de garantizar el derecho al debido proceso es otorgando siempre y en toda circunstancia el acceso al recurso de apelación;

**32°.** Que ello contradice lo que esta misma Magistratura ha resuelto respecto a que el legislador tiene discrecionalidad para establecer procedimientos en única o en doble instancia, de acuerdo a la naturaleza del conflicto que pretende regular (STC 576/2007; 519/2007; 821/2008; 1373/2010, 1432/2010; 1443/2009; 1535/2010). Asimismo, esta Magistratura ha sostenido que la Constitución no garantiza el derecho al recurso de apelación. Es decir, no asegura la doble instancia (STC 986/2008, 1432/2010, 1458/2009). No hay una exigencia constitucional de equiparar todos los recursos al de apelación, como un recurso amplio que conduce al examen fáctico y jurídico (STC 1432/2010). Si bien el derecho al recurso es esencial al debido proceso, éste no es equivalente al recurso de apelación (STDC 1432/2010);

**33°.** Que, por tanto, no consideramos que se afecte el debido proceso (artículo 19, N°3, constitucional);

**34°.** Que, en mérito de todo lo anterior, estos Ministros consideran que el requerimiento presentado por el Ministerio del Interior debe rechazarse.

## II.- VOTO POR ACOGER EL REQUERIMIENTO.

**Los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto (Presidente), Marcelo Venegas Palacios, Marisol Peña Torres, José Antonio Viera Gallo e Iván Aróstica Maldonado, estuvieron por acoger el requerimiento de autos, atendidas las consideraciones que enseguida exponen:**

1. Que, como se ha podido ver, en el presente caso el Ministro del Interior y Seguridad Pública, para poder acreditar ante los tribunales lo que sería un delito terrorista, cometido por un individuo actualmente prófugo de la justicia, no comparece solicitando privilegios procesales o un reconocimiento de nuevas prerrogativas exorbitantes, sino que al menos se le reconozca la misma chance de apelar que tiene el ministerio público para comprobar cualquier infracción penal, por mínima que sea.

Ni en el voto por el rechazo, ni en éste por acoger, se encontrará razón alguna que justifique tal diferencia de trato;

### I. ANTECEDENTES.

2. Que, la gestión judicial pendiente en que incide este requerimiento, es un proceso seguido ante el 13° Juzgado de Garantía de Santiago (RIT N°10.292-2011, RUC N°1101243059-6), donde se formalizó y acusó al imputado Hans Niemeyer Salinas por una sucesión de atentados explosivos sistemáticamente perpetrados.

En él se hicieron parte, como sujetos activos de la acción penal, la Fiscalía Regional Metropolitana Sur del Ministerio Público y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, quienes –de acuerdo a los antecedentes del caso– coincidirían en las pruebas y en la calificación de los hechos cometidos, salvo en lo que hace a la detonación de una bomba ocurrida en el local de KIA Motors “Automotora One”, ubicado en Avenida Vitacura frente al N°2920, comuna de las Condes.

Por haber explotado en pleno horario comercial (alrededor de las 10:18 horas) y en día y hora hábil (16 de agosto de 2011), causando daños considerables, la referida Secretaría de Estado cataloga éste hecho como delito de colocación de artefacto explosivo terrorista, según la Ley N°18.314, con mérito en pruebas más amplias que las que aportaría el Ministerio Público para demostrar lo que, a su juicio, configuraría una contravención a la Ley sobre Control de Armas;

3. Que, el caso es que el señalado juzgado de garantía excluyó para el juicio oral diversos medios probatorios incluidos en la acusación del Ministerio Público y en la acusación particular del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, basándose en el artículo 276 del Código Procesal Penal.

Pero, mientras el Ministerio Público ha podido apelar del auto de apertura del juicio oral que suprime dichas pruebas, al amparo del artículo 277, inciso segundo, de la citada

ley procesal, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública se ve privado de ejercer la misma posibilidad recursiva;

## II. CONFLICTO CONSTITUCIONAL.

4. Que en el asunto de que se trata convergen dos aspectos que es necesario separar, a fin de evitar confusiones argumentales. En tanto que el primero concierne al artículo 276 del Código Procesal Penal, al haber tenido lugar la mencionada exclusión de pruebas dispuesta por el tribunal de garantía, el segundo atañe al artículo 277, inciso segundo, del mismo cuerpo legal, en cuanto obsta que el consiguiente recurso de apelación pueda ser deducido por la parte querellante.

La validez y pertinencia de las pruebas, sobre que versa aquel artículo 276, no son materias que competen en este caso al Tribunal Constitucional, por recaer en problemas de mera legalidad cuya elucidación corresponde a los jueces del fondo. En cambio, sí representa una cuestión de constitucionalidad la aplicación del precitado inciso segundo del artículo 277, habida cuenta que al resolverse la exclusión de pruebas, el agravio sólo puede ser expresado por el Ministerio Público, mediante el recurso de apelación que se le concede en exclusiva, mas no por el aludido querellante institucional;

5. Que, en lo que hace al artículo 19, N°2, inciso segundo, de la Constitución, en cuya virtud “ni al ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”, se objeta el

hecho de permitir la apelación a una sola de las partes en un litigio penal, en este caso únicamente al ministerio público, no obstante que cualquiera puede verse afectada del mismo modo por una resolución judicial de igual carácter, configurando ello una discriminación infundada y carente de razonabilidad.

En lo atinente al artículo 19, N°3, de la Carta Fundamental, que asegura a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, en el inciso primero, así como “las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, en el inciso sexto, se refuta que la norma impugnada no promueva un igual acceso a la justicia, además de no configurar un proceso justo y racional, al conceder mecanismos especiales de protección a una de las partes del proceso penal y no así a los restantes;

6. Que, del tenor del artículo 277 del Código Procesal Penal, inciso segundo, se desprende que el querellante particular queda excluido como titular del recurso de apelación, al expresar que: “el auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dicte en el juicio oral, conforme a las

reglas generales” (se resalta la parte impugnada).

Habida cuenta que la norma recién transcrita ha sido aplicada tal como prevé su texto, declarándose inadmisibles una apelación planteada por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública donde se alega dicha exclusión de pruebas (fojas 98), lo que este Tribunal deberá decidir es si resulta explicable que la ley prive del recurso de que se trata a uno de los intervinientes legitimado para actuar en el proceso penal, reconocido como parte y que puede ser igualmente agravado;

De donde la cuestión no puede ser sino esta, única e ineludible: si tal diferenciación obedece o no a motivos atendibles, por manera que de no subordinarse a ninguna justificación razonable, entonces la norma deberá ser declarada inaplicable por inconstitucional;

### III. INTERVINIENTES LEGITIMADOS.

7. Que, si al Ministerio Público se le confían sendos cometidos constitucionales, como son dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por las leyes, acorde con lo prescrito en el artículo 83, inciso primero, de la Carta Fundamental, de frente a éstas, no son de menor entidad aquellas responsabilidades que pesan sobre el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en cuanto incardinan con el

deber del Estado de “dar protección a la población”, conforme ordena el artículo 1°, inciso quinto, del propio texto supremo.

Función que enlaza con aquella autoridad que el artículo 24, inciso segundo, constitucional, le extiende al Presidente de la República, para “la conservación del orden público en el interior”, y que éste ejerce con la colaboración directa e inmediata del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por disposición del artículo 1°, inciso primero, de la Ley N°20.502;

8. Que el Decreto con Fuerza de Ley N°7.912, de 1927, que organiza las Secretarías de Estado, en su artículo 3°, letra a), consecuentemente con lo anterior, indica que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública podrá “deducir querrela” —entre otros supuestos— “cuando el o los hechos revistan caracteres de delito, considerados en conjunto con otros similares y próximos en el tiempo, hubieren afectado la seguridad pública, generando en toda la población o en un sector de ella el temor de ser víctima de delitos de la misma especie” (atribución b).

A su turno, el artículo 18 de la Ley N°18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, en el artículo 10 contempla que: Las investigaciones a que dieran lugar los delitos previstos en esta ley se iniciarán de oficio por el Ministerio Público o por denuncia o querrela, de acuerdo con las normas generales” (inciso 1°), agregando que: “Sin perjuicio de lo anterior, también podrán

iniciarse por querrela del Ministerio del Interior, de los Intendentes Regionales, de los Gobernadores Provinciales y de los Comandantes de Guarnición” (inciso 2°);

9. Que el artículo 9° de la Constitución Política de la República entiende que “el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos”, de manera que el Estado, a través de los órganos indicados y por los conductos señalados, no asume en su presencia la tutela de intereses propios, sino que la protección de aquellos derechos amagados por ese ilícito, por ignominioso calificado.

Siendo esta personería constitucional y legal la que lleva a concederle al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, al modo de un derecho y de un deber, la aptitud para accionar ante los tribunales, con todas las de la ley y sin quedar por ello en una posición de menoscabo. El poder para querrellarse es el poder para querrellarse con éxito;

#### IV. IGUALDAD ANTE LA LEY.

10. Que, respecto al artículo 19, N°2, de la Constitución, este Tribunal ha mantenido un criterio inveterado, en el sentido de que la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todos quienes se encuentran en la misma situación y, consecuentemente, distintas para aquellos que se ubican en circunstancias diversas (sentencias roles N°s. 53, 755, 790, 797, y 1535, entre varias).

Ha señalado asimismo que si bien cabe al legislador formular diferencias o estatutos especiales, tales distinciones son constitucionalmente admisibles sólo cuando obedecen a presupuestos objetivos, pertinentes y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables, amén de perseguir una finalidad necesaria y tolerable (sentencias roles N°s. 790, 1138, y 1140, entre otras);

11. Que, esto traído al caso, a la falta de antecedentes explícitos en el génesis del artículo 277, inciso segundo, tendentes a explicar la diferencia cuestionada, se suma que un análisis sistemático de éste con otros preceptos involucrados, tampoco permite hallar alguna razón de ser al hecho de otorgarse el recurso de apelación privativamente a uno de los intervinientes, el Ministerio Público, pero no al otro querellante, institucional en la especie.

Correspondiendo descartar –desde luego– cualquier argumento que desvíe la cuestión, refiriéndola a la facultad del juez de garantía para excluir pruebas en la audiencia de preparación del juicio oral, en cuanto se trataría de una potestad en esta sede incontestable, a más de que se ejercería en una instancia justa y racional. Toda vez que por incidir estas digresiones en el artículo 276 del Código Procesal Penal y en un acto jurisdiccional que es ajeno al requerimiento planteado en los términos del artículo 93, N°6, constitucional, no cuentan como justificación para el artículo 277, inciso segundo, aquí concretamente objetado en su aplicación práctica;

12. Que es natural que, al amparo del precepto examinado, el ministerio público pueda apelar, justamente en función de superar la presunción de inocencia que beneficia al imputado. Mas, todas las incontrovertidas demostraciones en tal sentido, no concurren a explicar porqué el querellante no puede asimismo apelar, en defensa activa de su propia y específica acusación y con el propósito de levantar –con iguales posibilidades procesales– una teoría alternativa, paralela o divergente a la planteada por el fiscal del caso.

Por otra parte, el que la apelación sea excepcionalísima y de derecho estricto, a fin de no duplicar en otra instancia el juicio oral, remite el tema a la impugnación de la sentencia definitiva, en circunstancias que el presente proceso dice relación con la apelación del llamado “auto de apertura del juicio oral”;

13. Que el artículo 370, letra b), del Código Procesal Penal, al decir que son apelables las resoluciones dictadas por el juez de garantía “cuando la ley lo señalare expresamente”, queriendo aludir a las materias que pueden ser objeto de esta impugnación, sigue sin aportar motivos que excusen la diferencia entre los sujetos intervinientes que produce aquel inciso segundo del artículo 277.

Tampoco cabe aducir que por acoger el requerimiento de autos, este Tribunal estaría creando un recurso que no concede la ley. Porque el recurso ya está establecido por la ley, y el problema radica en quién puede deducirlo. Y esto sentado, así como

al dejarse sin efecto una excepción retoma vigencia la regla, así también el hecho de inaplicar una exclusividad procesal restablece el equilibrio entre las partes, lo que claramente incumbe a esta Magistratura en resguardo de la Carta Fundamental;

14. Que la opción abierta al querellante para entablar un ulterior recurso de nulidad, en las postrimerías del proceso, según los artículos 372 y 373, letra a), del Código Procesal Penal, no puede sustituir la posibilidad de reclamar prontamente en alzada el susodicho auto de apertura del juicio oral, comoquiera que esta resolución determina el curso de lo que será, en la práctica, todo el juicio oral, incidiendo en la prueba y, por consiguiente, en el esclarecimiento del hecho punible y las circunstancias que lo rodean.

Por lo demás, el solo hecho de plantear este recurso de nulidad como postrero sucedáneo y a título de paliativo, acredita que –sin fundamento ni proporción– se está privando al querellante del oportuno recurso de apelación, esto es, susceptible de ser entablado en el momento en que se ha ejercido la jurisdicción causante de un agravio;

15. Que, todavía más, no se divisa cómo podría afectar al Código Procesal Penal la sola circunstancia de admitir como apelante a quien se encuentra constitucional y legalmente legitimado para actuar, especialmente cuando se trata de un órgano del Ejecutivo que puede contribuir eficazmente al éxito del mismo juicio oral.

El principio adjetivo de economía procesal, que rechaza los trámites inútiles o dilatorios, no puede llegar hasta mermar la jurisdicción que le asiste a los tribunales para “conocer” en plenitud las causas criminales, según el artículo 76, inciso primero, de la Constitución, poniéndolos en disposición de oír igualmente a todos quienes puedan auxiliar a la cumplida administración de justicia;

16. Que, la circunstancia de que en el proceso sub lite el Ministerio Público haya deducido recurso de apelación en contra de la resolución del Juzgado de Garantía que estableció el auto de apertura del juicio oral impugnando la exclusión de pruebas, no es óbice para que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública pueda hacer lo mismo, con lo cual se abre la posibilidad para oír sus razones en la vista de la causa ante el Tribunal de Alzada respecto a su particular apreciación de los hechos materia del proceso y los medios de prueba valorados según su criterio para acreditar la comisión de los delitos. No se advierte razón para excluir de tal gestión al representante del Ministerio del Interior y Seguridad Pública;

17. Que, en sentencias anteriores, este Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre la materia, merced a consideraciones sustancialmente iguales a las que en esta oportunidad se exponen. Donde concluyó que la norma objetada produce un resultado inconstitucional, toda vez que frente a idéntica situación de agravio, consistente en una resolución que priva de un medio de prueba, se otorga el

derecho a apelar a un interviniente y al otro no (roles N°s. 1502 y 1535).

Además de estimar que su aplicación infringe el derecho asegurado en el artículo 19, N°3, de la Constitución, por las motivaciones que allí se expresan y que se dan por reproducidos en esta ocasión.

**Y VISTO** lo prescrito en los artículos 19, numerales 2° y 3°, y 93, inciso primero, N°6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA:**

Que, habiéndose producido empate de votos, no se ha obtenido la mayoría exigida por el artículo 93, numeral 6°, de la Carta Fundamental para declarar la inaplicabilidad requerida, motivo por el cual se rechaza el requerimiento. Déjense sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos, debiendo oficiarse al efecto.

**Se previene que el Ministro señor José Antonio Viera Gallo** no estima que la particular configuración del derecho a apelar del auto de apertura del juicio oral vulnera la garantía de una investigación y procesos justos y racionales, o sea, la garantía del debido proceso establecido en el artículo 19, N°3, inciso sexto, de la Constitución.

Redactó el voto de rechazo el Ministro señor Carlos Carmona Santander. A su vez, redactó el voto por

acoger el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y la prevención, su autor.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N°2330-12-INA.**

Pronunciada por el Pleno del Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por sus Ministros señores Marcelo Venegas

Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fre-des, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.



DIVISIÓN DE ATENCIÓN  
A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

---



## PLAN GENERAL DE IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN Y ATENCIÓN A USUARIOS (SIAU) PERÍODO 2011-2016<sup>1</sup>

Ricardo del Canto Méndez<sup>2</sup>

### Resumen

*El presente artículo, tiene por objetivo sintetizar la definición y operación del Plan General de Implementación Sistema de Información y Atención a Usuarios del Ministerio Público, SIAU (del Plan), a partir de las definiciones estratégicas institucionales para el período 2009-2015<sup>3</sup>. Propone el Plan y un conjunto de actividades relevantes para un período de cinco años a partir del 2011, que en lo medular buscan la implementación gradual de los tres espacios de atención de usuarios (telefónico, presencial y virtual) en todas las Fiscalías Regionales y Locales del país. Junto a los respectivos programas de trabajo anuales, se recalca la definición de protocolos y grupos de trabajo en todo nivel que aseguren la operación del sistema. De igual modo, y con el fin de disminuir los riesgos asociados a la operación del Plan, se define un piloto que antecede a la formalización de compromisos con estándares SIAU. Finalmente, se considera la evaluación y seguimiento como una actividad clave desde los inicios del Plan.*

### I. Introducción

Es importante contextualizar este trabajo dentro del denominado Plan Estratégico del Ministerio Público 2009-2015, que guía a la institución por la senda que le corresponde avanzar para el cumplimiento de las relevantes funciones asignadas normativamente desde nuestra Carta Fundamental.

Al definir su Visión en el Plan Estratégico 2009-2015 en términos de “Ser una Institución de excelencia, confiable reconocida por la eficacia y la eficiencia con que ejerce la persecución penal pública y la atención a víctimas y testigos, respetuosa de los **derechos de todas las personas y formada por un equipo humano comprometido con el quehacer nacional**”, ha relevado como uno de sus objetivos el respeto por los derechos de todas las personas.

1 El autor agradece a la Sra. Marcela Abarca –psicóloga– y a la Sra. Ángela Chávez –abogada–, de la División de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile, por sus valiosos comentarios a este artículo.

2 Ingeniero Comercial, Magíster en Economía Aplicada a las Políticas Públicas, Georgetown University – Universidad Alberto Hurtado, de la División de Atención a las Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

3 Plan Estratégico Ministerio Público 2009-2015.

Por su parte, la Misión contenida en el mismo Plan se encuentra expresada como “*Dirigir en forma exclusiva las investigaciones criminales, ejercer cuando resulte procedente la acción penal pública instando por resolver adecuada y oportunamente los diversos casos penales, adoptando las medidas necesarias para la atención y protección de víctimas y testigos; todo ello a fin de contribuir a la consolidación de un Estado de Derecho, con altos estándares de calidad*”, guarda perfecta armonía con la Visión, al señalar su finalidad de contribuir a la consolidación de un Estado de Derecho, ya que la esencia de dicho tipo de Estado está dada por el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

De igual forma, los restantes elementos del Plan Estratégico como son los valores, objetivos, productos y servicios estratégicos reflejan la Visión y la Misión institucional, estableciendo la esencialidad de respetar los derechos de todos nuestros usuarios. De esta manera, el Ministerio Público avanza por un único camino posible, que es, respetando los derechos de todas las personas, ya que, como órgano de un Estado de Derecho está obligado a contribuir a su fortalecimiento.

Dar cumplimiento a lo anterior –nuestra misión en relación a los usuarios–, es decir, concretar en la práctica y en el quehacer diario de cada una de las 135 Fiscalías Locales de todo el país, pertenecientes a 18 Fiscalías Regionales, no es tarea fácil. Por ello, la Institución ha avanzado en esta materia a través de la generación de un Sistema de Información y Atención de Usuarios del Ministerio Público, SIAU, que permite garantizar una atención eficaz, oportuna y de calidad a todos aquellos que realizan requerimientos a la Fiscalía, o formulan reclamos, sugerencias o felicitaciones, o bien, realizan solicitudes en virtud de la Ley de Transparencia.

De esta manera, se asegura el cumplimiento de normas contenidas a nivel de principios en la Constitución Política de la República, como el artículo 1° que dispone “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”, o dentro del artículo 19° del Capítulo III De Los Derechos y Deberes Constitucionales, que asegura a todas las personas en su N°2 la igualdad ante la ley; en su N°3 la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos; en su N°14 el derecho a presentar peticiones a la autoridad, ya que este Sistema de Atención ha sido diseñado precisamente incorporando como uno de sus principios *la atención de calidad*, fundada en una atención oportuna, eficaz y con un trato digno; *la estandarización*, que considera procesos homogéneos a aplicar a todas las personas; y *la atención no discriminatoria*, entre otros.

Si bien la temática de la atención a usuarios ha sido una preocupación del Ministerio Público desde sus inicios, su estructura como Sistema de Información y Atención a Usuarios se viene desarrollando desde el año 2008, al constituirse en un Compromiso de Gestión Institucional contraído con el Ministerio de Hacienda. Este Sistema contempla cuatro etapas debidamente estructuradas (Diagnóstico, Diseño, Implementación y Evaluación), cuyo

cumplimiento es evaluado anualmente por un evaluador externo de acuerdo al artículo 10 de la Ley N°20.240<sup>4</sup>. Actualmente, el Sistema se encuentra en las etapas de Implementación-Evaluación, sin perjuicio que las restantes Etapas se actualicen cada año dada la característica de recursividad que presenta el sistema.

La implementación es una etapa compleja, que implica la instalación y funcionamiento del SIAU en todo el país y en todos sus espacios de atención: presencial, telefónico y virtual, por lo cual resulta necesario tener una herramienta de mediano y largo plazo que señale e ilustre los tiempos y estadios por los que se debe ir avanzando para conseguir el objetivo planteado, esto es, consolidar un sistema de atención a usuarios funcionando integradamente en todo el país.

Con este objetivo, la División de Atención a Víctimas y Testigos (DAVT) de la Fiscalía Nacional define un Plan General de Implementación del SIAU para el período 2011-2016 (de ahora en adelante, Plan). Luego, se busca difundir y sociabilizar respecto a un marco y guía de trabajo que en forma proactiva señala los pasos a seguir en el período, identificando procesos, riesgos, desafíos, monitoreos y evaluaciones propios de un plan que hace suyo lo señalado en el objetivo estratégico institucional de *“mejorar la percepción y satisfacción de los usuarios, a través de la implementación y consolidación de un modelo orientado a una atención oportuna y que genere canales de comunicación recíproca entre la institución y sus usuarios, especialmente a las víctimas y testigos”*. Todo ello, teniendo presente la Visión y Misión del Ministerio Público, ya referidas.

El diseño de la primera versión de este Plan se remonta al año 2009 y es propia del desarrollo experimentado por el SIAU institucional en aquella época. De esta manera, se observa que es necesario tener una guía que cubra más de un año calendario, visualizando en forma estratégica la superposición de este plan de implementación con el horizonte del Plan Estratégico del Ministerio Público 2009-2015. Luego, el documento en comento incluye los resultados a ser logrados y las acciones a ser desarrolladas durante la vida del proyecto en el horizonte planteado. Con el transcurso del tiempo, se actualiza y retroalimenta conforme se cuente con más y mejor información.

Uno de los elementos claves que logra posicionar este Plan dice relación con la clara visualización de lo que se debe alcanzar cada año a través de los respectivos programas de trabajo, en particular para los actores operativos del modelo en todos los niveles organizacionales de la Fiscalía de Chile, entendiendo por ellos a la Fiscalía Nacional, Fiscalías Regionales y Fiscalías Loca-

4 Chile, Ley N°20.240, Perfecciona el Sistema de Incentivos al Desempeño de los Fiscales y de los Funcionarios del Ministerio Público. Diario Oficial del 16 de enero de 2008.

les. Es decir, para cada uno de los intervinientes en el proceso existe una carta de navegación clara de lo que se debe hacer así como de lo que se espera de ellos dejando espacio para monitorear, evaluar y retroalimentar dicho proceso.

Finalmente, se debe señalar que este Plan ha permitido tener una planificación adecuada respecto de los elementos relevantes que la implementación requiere, de tal manera que la institución observe tanto variables cuantitativas como cualitativas con el debido resguardo de tiempo y espacio en una temática tan relevante como es la atención a usuarios.

## II. El Sistema de Atención a Usuarios, SIAU, y su Plan de Implementación

El Sistema de Información y Atención a Usuarios del Ministerio Público, SIAU, es un sistema transversal que coordina los espacios de atención existentes, a fin de facilitar a los usuarios el acceso a los servicios que presta la institución a través de la entrega de información, recepción de sus requerimientos y su correspondiente respuesta. Lo anterior, mediante una gestión que cuente con una metodología estandarizada, procedimientos de derivación establecidos previa y racionalmente y que garanticen una respuesta oportuna y eficaz, sistemas de registro, plan de difusión y sistematización de la información para retroalimentar la gestión; todo ello basado en una perspectiva comunicacional participativa y no discriminatoria entre la institución y los usuarios.

Luego, en la búsqueda de la eficacia y eficiencia en los canales de comunicación con el usuario, el diseño del SIAU considera tres espacios de atención a través de los cuales el usuario<sup>5</sup> se relaciona con la institución, a saber, presencial, telefónico y virtual.

La atención presencial, es aquella que otorgan las Fiscalías Locales, Fiscalías Regionales y Fiscalía Nacional y que se inicia con la atención de los usuarios en las oficinas de recepción, y que tiene por objetivo recepcionar y responder sus requerimientos de información y/o atención.

La atención telefónica por su parte, es aquella que se otorga a los usuarios a través del call center y tiene por objeto entregarles los servicios de información, recepción y respuesta a requerimientos, conforme a la naturaleza y características de este espacio de atención.

Finalmente, la atención virtual es aquella que se otorga a los usuarios a través de la página web institucional como a través de correo electrónico y tiene por objeto entregar los servicios que brinda la institución a través de este espacio de atención, conforme a la naturaleza y característica de éste.

---

5 Los usuarios del sistema son: víctimas, testigos, denunciante no víctima, abogados, imputados y público general.

## ¿Cómo se implementa el SIAU?

En consecuencia la pregunta que emana en forma natural, es cómo se implementa el sistema a partir de sus definiciones estratégicas y la heterogeneidad que presentan las Fiscalías Regionales y Locales en sus modelos de atención; producto fundamentalmente de la gradualidad de implementación de la Reforma Procesal Penal en el país. En este sentido, cobra particular interés la búsqueda de un plan de mediano y largo plazo que, en virtud de los recursos humanos y financieros disponibles, concrete los objetivos planteados.

Es así como la División de Atención a Víctimas y Testigos define y operativiza un Plan General de Implementación del SIAU para el período 2011-2016 a través de un documento (ver Anexo 1) que incluye los resultados a ser logrados y las acciones a ser desarrolladas durante el período en comento, cuyos objetivos deben estar en coherencia con las definiciones estratégicas y las funciones específicas de la Institución en materia de atención a usuarios<sup>6</sup>.

### Objetivos del Plan

Los objetivos del Plan General de Implementación del SIAU que se detallan a continuación se encuentran en coherencia con las definiciones estratégicas y las funciones específicas de la Institución en materia de atención a usuarios.

#### Objetivo general

- Implementar el Sistema de Información y Atención a Usuarios (SIAU) del Ministerio Público en todo el país a través del desarrollo de un proceso planificado de ejecución y seguimiento, que esté vinculado a la planificación institucional, y que cuente con la participación activa de las Fiscalías Regionales.

#### Objetivos específicos

- Promover el conocimiento institucional del SIAU y su implementación a través de un proceso planificado de difusión interna.
- Identificar, priorizar y programar el conjunto de iniciativas y actividades que permitan enfrentar las áreas críticas o brechas para la implementación del SIAU.

---

<sup>6</sup> La coherencia de los objetivos del Plan de Implementación con las definiciones estratégicas de la Institución y las funciones específicas en materia de atención a usuarios, se detallan en el documento que contiene el Diseño SIAU Actualizado año 2011.

- Implementar y dar seguimiento a las iniciativas priorizadas y programadas necesarias para la puesta en marcha del SIAU, así como generar las acciones correctivas que sean necesarias.
- Informar a los usuarios sobre las funciones del Ministerio Público, los servicios que contempla el SIAU y los aspectos operativos del mismo.
- Poner en operación gradualmente el sistema en la medida que se hayan implementado las iniciativas y/o actividades planificadas por la institución.

## Elementos del Plan

La concatenación entre lo que el SIAU desea lograr y los plazos formales que se estima pertinente utilizar, se observan en la manera que se implementan los canales de comunicación con el usuario a través de los tres espacios de atención en el Plan General de Implementación. Luego, se tiene el siguiente cronograma para los próximos cinco años, a saber:

- **2011:** Inicio implementación espacio de atención telefónico (call center) en 6 Fiscalías Regionales del país<sup>7</sup> de acuerdo a estándares del modelo de atención.
- **2012:** Espacio de atención telefónico (call center), funcionando en todo el país.
- **2013:** Incorporación de usuarios abogados e imputados en todo el país, en espacio de atención telefónico (call center) en todo el país.
- Implementación gradual espacio atención presencial y virtual en al menos una Fiscalía Local en 6 Fiscalías Regionales y en la Fiscalía Nacional. Lo anterior en la lógica gradual de incorporación de estos espacios en las fiscalías regionales que permita reconocer aciertos, errores y dificultades en la operación y que retroalimenten el sistema.
- **2014:** Continuación implementación gradual del espacio de atención presencial y virtual en todas las Fiscalías Locales de las 6 Fiscalías Regionales que iniciaron el proceso el 2013.
- Implementación del espacio de atención presencial y virtual en al menos una Fiscalía Local en 6 nuevas Fiscalías Regionales.
- **2015:** Continuación implementación gradual del espacio de atención presencial y virtual en todas las Fiscalías Locales de las 6 Fiscalías Regionales que iniciaron el año 2014.

---

7 Fiscalías Regionales de Arica-Parinacota, Antofagasta, Coquimbo, O'Higgins, La Araucanía y Los Lagos.

Implementación del espacio de atención presencial y virtual en las 6 Fiscalías Regionales faltantes.

En consecuencia, el Sistema estará operando íntegramente en sus tres espacios el año 2015 en las 18 Fiscalías Regionales del país coincidiendo con el tiempo de duración del Plan Estratégico Institucional. Del mismo modo, para el 2016 se planifica realizar la evaluación global en base a la información levantada y procesada, y al análisis de la misma, de acuerdo a modelos metodológicos probados durante el transcurso de los últimos 4 años.

Cabe hacer notar que conforme se avanza en la implementación de cada año en particular, en el período siguiente se evalúa lo realizado, se proponen recomendaciones de mejora así como un programa de seguimiento de lo propuesto.

En forma complementaria y de acuerdo a los recursos financieros disponibles, a partir del año 2012 se desarrolla una primera versión del sistema informático de apoyo al SIAU, que aglutina todos los sistemas informáticos de apoyo existentes en una sola plataforma, lo cual implica un gran desafío de implementación para la institución dado el impacto producido en los procesos de trabajo y protocolos de atención en todos los niveles de la organización.

Ambos componentes, gradualidad del Plan y sistema informático de apoyo, llevan a que la DAVT –con la finalidad de enfrentar y disminuir los riesgos asociados a la implementación del proyecto– defina y concrete en el año 2011 un piloto del espacio presencial y virtual, que con antelación a la suscripción de compromisos formales de avance –en particular a los emanados de los Compromisos de Gestión Institucional (CGI) que bajo el alero de la Ley N°20.240<sup>8</sup> firma cada año el Fiscal Nacional y el Ministro de Hacienda– permita probar, calibrar y evaluar los modelos propuestos en el espacio de atención respectivo a nivel operativo, es decir, a nivel de Fiscalías Locales. La generación de línea base respecto a la cantidad de usuarios que utilizará tal o cual servicio de atención, no es un tema menor. Lo mismo ocurre con la incorporación de nuevos usuarios. Dadas las características particulares del giro del Ministerio Público, es difícil encontrar información cuantitativa que permita proyectar la cantidad de usuarios por período. Lo anterior impacta en todos los ámbitos de la institución, desde las características técnicas que requiere la plataforma tecnológica que soportará el sistema integrado, hasta el recurso humano capacitado de acuerdo a los protocolos definidos.

Cabe hacer presente que el espacio de atención presencial es el más complejo de implementar pues requiere de la modificación de los procesos de trabajo en la totalidad de las Fiscalías Locales, a diferencia del espacio telefónico, que

---

8 Chile, Ley N°20.240 que perfecciona el sistema de incentivos al desempeño de los fiscales y de los funcionarios del Ministerio Público. Diario Oficial del 16 de enero de 2008.

cuenta con una plataforma provista por una empresa externa y que a través de sus teleoperadores resuelve una parte importante de los requerimientos ciudadanos. De igual modo, y dado el objetivo primordial de estandarizar procesos con el apoyo tecnológico adecuado, el espacio de atención presencial requiere de un sistema de registro y gestión de requerimientos que sea sustentable con un aplicativo propio del avance tecnológico de esta época. Por su parte, el espacio de atención virtual requiere en gran medida para su funcionamiento el apoyo tecnológico adecuado, teniendo presente que su principal desafío es la dimensión lo más cercana posible al universo de usuarios que es capaz de sostener la plataforma definida.

En consecuencia, el piloto permite matizar los niveles de riesgo asociados y que la evidencia empírica muestra que aquellas iniciativas que definen una gradualidad de implementación, tienen mayor probabilidad de éxito final.

### III. Tópicos del plan de implementación

#### III.1 Apoyo tecnológico

Al igual que lo ocurrido con las diversas formas de operar a nivel local, también se observa que los equipos regionales enfrentados a las necesidades de sus equipos operativos, definen y crean diversas respuestas tecnológicas para enfrentar los requerimientos de información de su público usuario. En consecuencia, a partir del año 2011 se inicia el “Desarrollo e Implementación de un Sistema Informático para la Atención a Usuarios del Ministerio Público”. El objetivo general de esta iniciativa es desarrollar e implementar gradualmente una herramienta informática que sea soporte para los procesos que son utilizados en los tres espacios de atención definidos en el SIAU.

La elaboración de este Sistema Informático fue adjudicada a fines del año 2011 a una empresa externa y con un calendario que implicó una entrega final en julio del 2012. El producto final es la base de la implementación del piloto presencial.

Lo anterior tiene la lógica de ir probando los sistemas en su operación diaria previa a la instalación definitiva en todas las Fiscalías Locales del país, ya que resulta interesante que haya un grupo de “prueba” del modelo. Este ejercicio posibilita no sólo observar los componentes informático-tecnológicos, sino por sobre todo relevar aspectos de procesos de trabajo internos, perfiles de cargos asociados, infraestructura básica requerida, así como mobiliario y equipamiento.

La presentación de la primera versión del Sistema Informático a los equipos regionales se realiza a través de sendas jornadas de capacitación calendariadas en el último trimestre del 2012, donde las 18 fiscalías regionales son

organizadas en 4 grupos. Dicho calendario, presenta la ventaja que permite ir acumulando conocimiento del equipo capacitador de la Fiscalía Nacional, en particular de la experiencia de las regiones piloto. Este grupo, al ser el primero en conocer y difundir el modelo de atención presencial así como del sistema informático que lo sustenta, retroalimenta al resto del país en una especie de círculo virtuoso del proceso. Una de las grandes ventajas de la gradualidad y de los pilotos en general, es aprender de los errores y aciertos de los primeros incorporados.

### III.2 Coordinación y apoyo al trabajo regional

En virtud de lo observado en la evidencia empírica respecto de otros procesos similares de implementación regional, se observan los siguientes tópicos como aquellos indispensables que cada Fiscalía Regional debe analizar y operacionalizar durante la implementación de los espacios de atención del SIAU y en particular del presencial y virtual:

1. Diagnóstico Situación Regional.
2. Diseño de un Plan de Implementación Regional.
3. Ejecución y Seguimiento.
4. Retroalimentación.

#### 1. Diagnóstico situación regional

La gradualidad que define la Reforma Procesal Penal para dar inicio al nuevo proceso penal en todo el país, lleva a que los actores involucrados implementen formas de operación heterogéneas respondiendo fundamentalmente al know how adquirido paulatinamente. Dado lo inédito de la experiencia, implica que los equipos operativos presenten diferencias en la operación, lo cual sólo puede ser visualizado una vez que la Reforma entra en estado de régimen en todo el país<sup>9</sup>.

En consecuencia y de acuerdo a la Fiscalía Regional y Local de que se trate, se debe analizar y definir (o redefinir) los equipos de trabajo a través de los cuales opera la organización. Lo anterior implica preguntarse quién hace qué hoy día; a qué equipo de trabajo pertenece y cómo se deben organizar los espacios de atención presencial de acuerdo a la realidad observada.

Secuencial a lo anterior, se deben configurar en el sistema informático los equipos de trabajo establecidos, creando usuarios a partir de las definiciones

---

<sup>9</sup> La Reforma Procesal Penal se inicia gradualmente el año 2000 y se termina de implementar el año 2005.

de la operación realizada. En este contexto, un aspecto esencial dice relación con la definición clara de los equipos de trabajo y el rol que debe cumplir cada uno. En la medida que cada uno de los miembros del equipo sepa cuáles son sus funciones y cómo se relaciona con el resto, la implementación del modelo del espacio presencial será más eficaz y eficiente.

## 2. Diseño de un Plan de Implementación Regional

Una vez finalizado el diagnóstico, inicialmente en la Fiscalía Local que servirá de piloto en la región, y luego en el resto de las Fiscalías Locales, se requiere diseñar un plan de implementación regional que esté en línea con el plan de trabajo diseñado por el nivel central. En consecuencia, debe considerar los hitos propuestos por el nivel central, en particular teniendo presente lo que señale el Plan Anual de Trabajo del SIAU.

A nivel de la operación práctica del sistema, se torna relevante definir un período de pruebas por parte de los operadores, que permita retroalimentar tanto al equipo regional como al nivel central.

Respecto a la programación de actividades y subactividades propias y particulares de la región, cada Fiscalía Regional debe ejecutar lo definido así como actividades propias de evaluación y seguimiento, las cuales se deben consolidar en sendos informes que permitan al nivel central proponer acciones de mejora a nivel de todo el país.

## 3. Ejecución y seguimiento

La ejecución de las actividades, posee un hito relevante con la impartición del curso de formación de replicadores del modelo SIAU, que la División de Atención a Víctimas y Testigos definió realizar el segundo semestre del 2012. En consecuencia, se define un curso que se realiza en 4 grupos en fechas distintas, la última a fines de octubre, lo que implica que el período de capacitación y pruebas a nivel regional finaliza en los dos últimos meses del año. En forma paralela se realizan las compras de equipamiento y habilitación de los espacios que requieren las Fiscalías Locales respectivas.

## 4. Retroalimentación

Con el objeto de lograr un proceso de implementación exitosa del espacio de atención presencial del SIAU basado en la mejora continua, se propone realizar un levantamiento de información desde los equipos regionales que permita identificar buenas prácticas y aspectos factibles de mejorar vinculados a la organización y ejecución regional y local de las actividades correspondientes. El instrumento a utilizar es una encuesta que tiene por finalidad revisar y analizar las prácticas regionales de planificación y preparación para la imple-

mentación del espacio presencial y virtual definido por la organización (ver Anexo 2).

De igual modo, se sugiere realizar en esta primera etapa reuniones periódicas con los equipos directivos de las regiones piloto que permita ir evaluando el estado del arte de la implementación en forma periódica y permanente.

### III.3 Riesgos asociados y el piloto presencial

Tal como se señalara en párrafos anteriores, y con el fin de alcanzar los objetivos planteados en el Plan así como disminuir los riesgos asociados a la implementación del mismo, la División de Atención a Víctimas y Testigos define durante el año 2011 un Piloto Presencial que busca implementar en forma previa a los compromisos adquiridos en el Compromiso de Gestión Institucional respectivo, el espacio de atención presencial y virtual del SIAU de tal modo de ir probando, revisando y calibrando la operación del modelo en algunas Fiscalías Locales, antes que se formalice su operación en todo el país.

La definición del piloto, se basa en la experiencia de algunas Fiscalías Regionales en tópicos de atención de usuarios apoyada con herramientas de tecnologías de la información, así como en iniciativas de los equipos directivos regionales por participar en forma adelantada en el proceso. Luego, se tiene el siguiente grupo de Fiscalías Locales que implementan el piloto en comento durante los meses de marzo – abril del 2012, a saber:

FISCALÍA REGIONAL	FISCALÍA LOCAL
Coquimbo	Ovalle
Valparaíso	San Antonio
Bío Bío	Concepción
Araucanía	Temuco
	Villarica
F. R. Metropolitana Occidente	Pudahuel
	Maipú
	Curacaví

Las Fiscalías Locales del listado anterior, inician su operación con el respectivo borrador de protocolo de procedimientos de atención presencial y con los apoyos tecnológicos, de recursos humanos y de infraestructura disponibles a la fecha.

De igual modo, se solicitó a las restantes trece Fiscalías Regionales del país que a más tardar el 31 de mayo del 2012, propusieran al menos una fiscalía local que se incorporara al grupo antes señalado durante el segundo semestre del mismo año. Para dicha definición, las autoridades regionales deben observar sus diagnósticos particulares fundamentalmente en lo relativo a recursos humanos, infraestructura, equipamiento computacional y sistemas de infor-

mación regional, dimensionando las brechas existentes a partir de los procesos de trabajo que implica el espacio de atención presencial y virtual y el apoyo tecnológico que lo sustenta.

### III.4 Acompañamiento regional

El acompañamiento regional por parte del equipo de la División de Atención a Víctimas y Testigos, considera tanto actividades no presenciales (videoconferencias, e learning, por mencionar algunos) así como visitas de acompañamiento y evaluación. Dado el número de Fiscalías Regionales involucradas (18), se requiere un esfuerzo de planificación y coordinación por parte del nivel central en virtud del número acotado de profesionales y técnicos disponibles para el apoyo en comento.

Lo relevante es ejecutar al menos una visita a cada una de las Fiscalías Regionales del país en el respectivo año calendario. Respecto a estas visitas, una vez realizadas las mismas por el equipo respectivo, y en un plazo no superior a una semana, la/el profesional de la División de Atención a Víctimas y Testigos que efectuó la visita levante una acta de resultado de la misma, la que debiera ser remitida a la respectiva Fiscalía Regional, con el objeto de dejar claramente establecidos los acuerdos y eventuales tareas pendientes.

Los coordinadores Regionales SIAU deberán acusar recibo del acta y, en un plazo de no más de dos semanas, informar un plan de trabajo propuesto por ellos para llevar a cabo las eventuales tareas pendientes o acuerdos adoptados que aseguren el avance del proceso. Es decir, son los propios equipos regionales quienes se proponen objetivos y metas a cumplir de acuerdo a sus particulares realidades.

### III.5 Difusión

Para lograr la necesaria difusión y conocimiento del Plan a nivel de toda la organización, surge la necesidad de dar a conocer entre funcionarios y fiscales las características del mismo y el rol que les corresponderá desempeñar en el contexto de su implementación a nivel nacional.

Anualmente se han desarrollado planes de difusión centrados en el diseño del SIAU, no obstante a partir del año 2012, el foco es la implementación en virtud que en ese año se pone en operación el espacio de atención telefónico en las 18 Fiscalías Regionales del país, completando la cobertura nacional de este espacio de atención.

En este contexto y tal como se señalara en párrafos anteriores, el Plan Anual de Difusión está dirigido a usuarios internos de la institución, es decir, fiscales y funcionarios. Asimismo, para el año 2012, dicho plan centra sus esfuerzos en

desarrollar iniciativas de alta cobertura a través de la utilización de tecnologías de la información (no presenciales).

#### **IV. Evaluación y seguimiento**

De acuerdo al estado de avance del Plan respecto a la implementación de los espacios de atención telefónica, presencial y virtual, se define evaluar el respectivo funcionamiento de acuerdo al grado de avance tanto a nivel de la Fiscalía Nacional como de las Fiscalías Regionales y Fiscalías Locales que corresponda.

El foco de atención de la evaluación debe recaer en el espacio de atención de que se trate, entendida ésta como una evaluación interna de la aplicación de los procesos y protocolos definidos, identificación de brechas y posibles problemáticas en su aplicación.

Producto de lo anterior, es posible formular recomendaciones de mejora del espacio evaluado y definir compromisos, plazos y responsables de las actividades que se generen. En la misma línea, se diseñan programas de seguimiento de la implementación de las recomendaciones de mejora señalando al menos los compromisos –acciones preventivas y/o correctivas–, sus responsables y plazos.

De acuerdo al cronograma definido, las evaluaciones corresponden al siguiente cronograma:

- 2012: Se evalúa el espacio de atención telefónico en las 6 primeras regiones definidas en la gradualidad del CGI<sup>10</sup>.
- 2013: Evaluación del espacio de atención telefónico en todo el país.
- 2014: Evaluación del espacio de atención telefónico en todo el país, y espacio de atención presencial y virtual en una Fiscalía Local en seis Fiscalías Regionales que inician el 2013.
- 2015: Evaluación de espacio de atención telefónico en todo el país; del espacio integrado (presencial, virtual y telefónico) en las seis Fiscalías Locales de las seis Fiscalías Regionales que iniciaron el 2013; del espacio de atención presencial y virtual en seis Fiscalías Locales de seis Fiscalías Regionales que inician el 2014.
- 2016: Evaluación del espacio integrado telefónico, presencial y virtual en todas las Fiscalías Regionales del país.

---

10 Regiones de Arica-Parinacota; Antofagasta; Coquimbo; Libertador Bernardo O'Higgins; Araucanía y Los Lagos.

El establecimiento de un método de evaluación frecuente y programado del funcionamiento de los espacios de atención definidos, permite alcanzar el círculo virtuoso del ciclo de gestión<sup>11</sup>.

Por otro lado, resulta interesante que en la medida que se disponga de los recursos necesarios, la evaluación sea externalizada por dos motivos principales. Primero, parece recomendable porque a este nivel de proyectos, y dada la cantidad de actores involucrados, la autoevaluación puede contener sesgos no menores. Por otro lado, y en virtud de la carga de trabajo permanente y periódica de los equipos institucionales no se dispone de holguras de tiempo para evaluaciones de este nivel de complejidad.

Finalmente, este Plan de Implementación pone de relieve el esfuerzo institucional que realiza el Ministerio Público por poner a disposición de sus usuarios (víctimas, testigos, denunciantes no víctimas, abogados, imputados y público general) respecto de los canales de comunicación más eficientes y eficaces en un determinado período de tiempo. Las características de la información que se maneja así como lo delicado y sensible de las materias que se tratan, implican un desafío no menor de estandarización a lo largo del país. El uso de tecnologías de información acorde a la restricción presupuestaria imperante así como la definición de protocolos con sólidas bases a nivel de los operadores del sistema, aseguran una exitosa implementación del Plan en el período definido.

## V. Conclusiones y recomendaciones

Desde la perspectiva de la implementación de un proyecto con las características del Sistema de Información a Usuarios, a través de un Plan General de Implementación con un horizonte claro y preciso de ejecución permite realzar algunos tópicos interesantes a modo de conclusiones.

- En primer lugar, el piloto definido y que va en línea con la implementación gradual acordada permite que los equipos de trabajo regionales logren conocer con tiempo e internalizar los cambios en sus procesos de trabajo diario. Cuando se tiene una alta heterogeneidad en los modelos de operación, es altamente eficiente vislumbrar períodos de implantación acordes a la dificultad del proceso que se enfrenta. En este caso, donde la atención a usuarios tiene como objetivo principal entregar respuestas con altos estándares de calidad y uniformidad a nivel país, requiere tiempo y recursos. La variedad de los usuarios y sus características particulares recomiendan avanzar lentamente. Sólo la confección de los protocolos de trabajo y la posterior capacitación en su uso, es una tarea compleja y de largo aliento.

---

11 Planificar – ejecutar – medir – retroalimentar.

- El apoyo tecnológico que sustenta al modelo, implica dos desafíos que se deben enfrentar en paralelo. Por un lado, está el diagnosticar las distintas herramientas computacionales que se definen los propios equipos regionales y, convencerlos a su vez de lo beneficioso que resulta estandarizar procesos y tecnologías a nivel país. Por otro lado, compatibilizar plataformas tecnológicas que apoyan varias operaciones institucionales y a las cuales se les debe agregar un nuevo proceso del cual se desconoce su real dimensión, implica barajar varios escenarios en la mayoría de las ocasiones con poca información disponible.
- Finalmente la evaluación y retroalimentación como procesos permanentes y continuos desde que se inicia el Plan, entrega información de primer nivel para la toma de decisiones de la autoridad tanto a nivel nacional, como regional y local y de esa forma, asegurar el éxito del proceso global disminuyendo los riesgos y compatibilizando las aspiraciones de los equipos en los distintos niveles organizacionales.

**ANEXO 1**  
**PLAN GENERAL DE IMPLEMENTACIÓN**  
**DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN Y ATENCIÓN DE USUARIOS**  
**DEL MINISTERIO PÚBLICO, ACTUALIZADO AL AÑO 2012.**  
**PERÍODO 2012-2016**

Año	Etapa	Principales Hitos
2012	Etapa 1	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. La institución realiza y/o actualiza el diagnóstico del Sistema de Información y Atención a Usuarios, considerando:                             <ol style="list-style-type: none"> <li>a. Funciones y atribuciones de la Institución en materias de atención a usuarios.</li> <li>b. Identificación de espacios de atención utilizados por los usuarios y los requerimientos que ellos solicitan al Ministerio Público.</li> <li>c. Procedimientos de recepción y respuesta de dichas solicitudes.</li> <li>d. Sistemas de registros y seguimiento de las solicitudes.</li> <li>e. Identificación de la dotación y las competencias necesarias para desarrollar los procesos de atención de usuarios.</li> </ol> </li> </ol>
	Etapa 2	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. La institución elabora y/o actualiza el diseño del Sistema de Información y Atención a Usuarios considerando:                             <ol style="list-style-type: none"> <li>a. Vinculación entre las definiciones estratégicas del servicio y sus funciones en materia de atención a usuarios.</li> <li>b. Ubicación del SIAU en la estructura organizacional.</li> <li>c. Metodologías (protocolos) de atención a usuarios.</li> <li>d. Procedimientos de atención (procesos de trabajo).</li> <li>e. Definiciones de perfiles de competencias del personal del SIAU.</li> <li>f. Descripción de la infraestructura que debe tener el SIAU para la atención de usuarios.</li> <li>g. Definición de indicadores de desempeño.</li> <li>h. Descripción del procedimiento a través del cual se llevan a cabo los procesos de generación de información para retroalimentar la gestión institucional.</li> </ol> </li> <li>2. La institución actualiza, si corresponde, el plan general de implementación del SIAU.</li> <li>3. La institución elabora el programa de trabajo para el año siguiente que incluye el plan de difusión del SIAU.</li> </ol>
	Etapa 3	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. La institución implementa gradualmente el Sistema de Información y Atención a Usuarios, cumpliendo con el Programa de Trabajo para el año 2012, consistente en:                             <ol style="list-style-type: none"> <li>a. Extender a todas las Fiscalías Regionales del país la implementación del espacio de atención telefónico conforme al diseño aplicado durante el año 2011, actualizado si correspondiere.</li> <li>b. Ejecutar un curso de formación para replicadores, relativo a los procesos generales de trabajo del SIAU.</li> <li>c. Desarrollar la primera versión del sistema informático de apoyo al SIAU.</li> <li>d. Ejecutar el Plan de Difusión Interna del SIAU definido en el año anterior.</li> </ol> </li> <li>2. La institución identifica, para el espacio de atención telefónico, el o los indicador(es) a ser medido(s) en el año 2012, señalando su meta anual.</li> </ol>
	Etapa 4	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. La institución evalúa el funcionamiento del espacio de atención telefónico implementado en seis (6) regiones durante 2011.</li> <li>2. La institución formula recomendaciones de mejora al espacio de atención evaluado, si corresponde.</li> </ol>

Año	Etapa	Principales Hitos
2013	Etapa 1	1. La institución realiza y/o actualiza el diagnóstico del Sistema de Información y Atención a Usuarios.
	Etapa 2	1. La institución elabora y/o actualiza el diseño del Sistema de Información y Atención a Usuarios considerado. 2. La institución actualiza, si corresponde, el plan general de implementación del SIAU. 3. La institución elabora el programa de trabajo para el año siguiente que incluye el plan de difusión del SIAU.
	Etapa 3	1. La institución incorpora a los usuarios abogados e imputados en el espacio de atención telefónico en las 18 Fiscalías Regionales. 2. La institución inicia la implementación gradual del espacio de atención presencial y virtual del SIAU en al menos una (1) Fiscalía Local de seis (6) Fiscalías Regionales y en la Fiscalía Nacional. 3. La institución instala la carta de derechos de los usuarios en al menos una (1) Fiscalía Local de seis (6) Fiscalías Regionales.
	Etapa 4	1. La institución evalúa el funcionamiento del espacio de atención telefónico, implementado en dieciocho (18) Fiscalías Regionales, durante 2012. 2. La institución formula recomendaciones de mejora al espacio de atención evaluado, si corresponde.
2014	Etapa 1	1. La institución realiza y/o actualiza el diagnóstico del Sistema de Información y Atención a Usuarios.
	Etapa 2	1. La institución elabora y/o actualiza el diseño del Sistema de Información y Atención a Usuarios. 2. La institución actualiza, si corresponde, el plan general de implementación del SIAU. 3. La institución elabora el programa de trabajo para el año siguiente que incluye el plan de difusión del SIAU.
	Etapa 3	1. La institución continúa con la implementación gradual del espacio de atención presencial y virtual del SIAU, extendiéndolo a todas las Fiscalías Locales de las seis (6) Fiscalías Regionales que comenzaron su implementación el año anterior. 2. La institución inicia la implementación gradual del espacio de atención presencial y virtual del SIAU en al menos una (1) Fiscalía Local de seis (6) nuevas Fiscalías Regionales. 3. La institución instala la carta de derechos de los usuarios en todas las Fiscalías Locales de las seis (6) Fiscalías Regionales que comenzaron la implementación el año anterior. 4. La institución instala la carta de derechos de los usuarios en al menos una (1) Fiscalía Local de las seis (6) nuevas Fiscalías Regionales.
	Etapa 4	1. La institución evalúa el funcionamiento: (a) del espacio de atención telefónico implementado en dieciocho (18) Fiscalías Regionales, (b) del espacio de atención presencial en una (1) Fiscalía Local de seis (6) Fiscalías Regionales y Fiscalía Nacional, (c) del espacio de atención virtual en una (1) Fiscalía Local de seis (6) Fiscalías Regionales y Fiscalía Nacional. 2. La institución formula recomendaciones de mejora a los espacios de atención evaluados, si corresponde.

Año	Etapa	Principales Hitos
2015	Etapa 1	1. La institución realiza y/o actualiza el diagnóstico del Sistema de Información y Atención a Usuarios.
	Etapa 2	1. La institución elabora y/o actualiza el diseño del Sistema de Información y Atención a Usuarios. 2. La institución actualiza, si corresponde, el plan general de implementación del SIAU. 3. La institución elabora el programa de trabajo para el año siguiente que incluye el plan de difusión del SIAU.
	Etapa 3	1. La institución continúa con la implementación gradual del espacio de atención presencial y virtual del SIAU, extendiéndolo a todas las Fiscalías Locales de las seis (6) Fiscalías Regionales que comenzaron su implementación en el año anterior. 2. La institución extiende a todas las Fiscalías Regionales restantes del país la implementación del espacio de atención presencial y virtual del SIAU. 3. La institución instala la carta de derechos de los usuarios en todas las Fiscalías Locales del país y en Fiscalía Nacional.
	Etapa 4	1. La institución evalúa el funcionamiento del espacio de atención telefónico en todas las Fiscalías Regionales, de los espacios de atención telefónico, presencial y virtual integrados en 6 Fiscalías Regionales y Fiscalía Nacional y del espacio de atención presencial y de atención virtual en una Fiscalía Local de seis Fiscalías Regionales. 2. La institución formula recomendaciones de mejora al espacio de atención evaluado, si corresponde.
2016	Etapa 1	1. La institución realiza y/o actualiza el diagnóstico del Sistema de Información y Atención a Usuarios.
	Etapa 2	1. La institución elabora y/o actualiza el diseño del Sistema de Información y Atención a Usuarios. 2. La institución actualiza, si corresponde, el plan general de implementación del SIAU. 3. La institución elabora el programa de trabajo para el año siguiente que incluye el plan de difusión del SIAU.
	Etapa 3	1. La institución implementa el Sistema de Información y Atención a Usuarios en base al Programa anual para el mismo año.
	Etapa 4	1. La institución evalúa el funcionamiento del espacio de atención telefónico, de atención presencial y de atención virtual en dieciocho (18) Fiscalías Regionales. 2. La institución formula recomendaciones de mejora al sistema de atención e información a usuarios, si corresponde.

## ANEXO 2

### CUESTIONARIO, INTERCAMBIO DE EXPERIENCIAS IMPLEMENTACIÓN SISTEMA DE INFORMACIÓN Y ATENCIÓN A USUARIOS (SIAU)

Con el objeto de lograr un proceso de implementación exitosa del SIAU basado en la mejora continua, se ha considerado necesario realizar una actividad de Intercambio de prácticas de trabajo relativas al CGI - SIAU entre Fiscalías Regionales. Lo anterior, con el objeto de: Compartir las experiencias y los aprendizajes extraídos por los equipos regionales que permitan identificar buenas prácticas y aspectos factibles de mejorar vinculados a la organización y ejecución regional y local de las actividades correspondientes al SIAU.

Para llevar a cabo este intercambio de experiencias, se solicita que el Equipo Directivo de cada Fiscalía Regional (Fiscal Regional, Director Ejecutivo Regional, jefe Unidad Gestión e Informática, jefe Recursos Humanos, Jefe Unidad Regional Atención Víctimas y Testigos, Jefe de Asesoría Jurídica, Jefe de Administración y Finanzas, y Asesor Comunicacional) trabaje el presente instrumento en su región elaborando las respuestas que en él se solicitan para, posteriormente, compartirlas a nivel país.

Este cuestionario consta de dos partes: Una primera parte que tiene por finalidad revisar y analizar las prácticas regionales de planificación y preparación para la implementación del Modelo General de Atención a Usuarios definidos por la Institución.

La segunda parte, tiene por finalidad revisar las prácticas regionales de planificación y preparación para el cumplimiento de los Compromisos adquiridos por el SIAU en el Convenio de Desempeño Institucional.

#### PARTE I: Implementación del Modelo General de Atención a Usuarios

1. ¿Cómo tomó conocimiento del Modelo General de Atención a Usuarios del Ministerio Público el equipo Directivo Regional?
2. ¿Cómo se ha traspasado hasta ahora la información del Modelo General de Atención a Usuarios entregada por el nivel central a las Fiscalías Locales y funcionarios de la Fiscalía Regional? (indicar qué actividades se han ejecutado y/o se ejecutan a nivel regional)
3. Su Fiscalía Regional ¿Ha elaborado un Plan de Difusión para que su personal identifique claramente el alcance del Modelo de Atención de Usuarios v/s el alcance del SIAU comprometido en el Convenio de Gestión Institucional (CGI)?
4. Su Fiscalía Regional ¿Ha establecido un Plan de Implementación del SIAU para los tres espacios de atención? Describa actividades planificadas y plazos.

## PARTE II: Preparación para el cumplimiento del CGI – SIAU 2012

### Ítem: Comunicación Nivel Central

5. ¿Cómo tomó conocimiento el equipo Directivo Regional del Programa de Trabajo del SIAU para el año comprometido en el CGI?
6. ¿Cómo se ha traspasado hasta ahora la información del Programa Anual de Trabajo del SIAU a las Fiscalías Locales y funcionarios de la Fiscalía Regional? (indicar qué actividades se ejecutaron y/o se ejecutan a nivel regional)
7. Describa cómo se ha planificado y organizado su FR para dar cumplimiento a las actividades requeridas para el CGI - SIAU durante el año (Indicar cómo se desarrolla el proceso de planificación, quién lidera el trabajo, responsabilidades o roles, actividades, periodicidad, entre otros).
8. Los funcionarios y fiscales de la Fiscalía Regional ¿Están en conocimiento de los Requisitos Técnicos y Medios de Verificación comprometidos para el año en los que tiene participación directa su Fiscalía Regional? (Indicar cómo se desarrolla el proceso de planificación, quién lidera el trabajo, responsabilidades o roles, actividades, periodicidad, etc.).

### Ítem: Seguimiento

9. ¿De qué forma se **realiza el seguimiento de la ejecución** de las actividades comprometidas del SIAU? (Detalle la forma de trabajo y actores regionales involucrados, periodicidad).
10. ¿Se ha **designado algún encargado** de centralizar, revisar y sistematizar los **medios de verificación regional y nacional** requeridos para la evaluación del SIAU? Si corresponde, haga una breve descripción del rol y funciones del encargado, indicando cargo y nombre.

### Ítem: Comunicación y Difusión

11. Identifique de qué **forma la Fiscalía Regional informa a los fiscales y funcionarios** respecto de los requerimientos y estado de avance de las actividades comprometidas en el SIAU (Señale periodicidad, medios y grupo objetivo).

### Ítem: Evaluación General

12. A nivel regional, ¿Cuáles son los **aspectos destacables y factibles de ser mejorados, relativos a la forma de organizar y ejecutar** las actividades para dar cumplimiento al SIAU?
13. A partir de las actividades desarrolladas durante el año por las Fiscalías Regionales, ¿se logra un mayor entendimiento del SIAU a nivel de fiscales y funcionarios? Justifique.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
ANTICORRUPCIÓN

---



## ELEMENTOS MÍNIMOS DEL MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS AL INTERIOR DE UNA EMPRESA

*Hernán Fernández Aracena<sup>1</sup>*

### I. Introducción

La entrada en vigencia de una nueva normativa siempre generará dudas, inquietudes y desafíos de índole interpretativo y operacional, y si esto ocurre en el ámbito criminal, generará discusión entre académicos, fiscales, jueces y otros operadores jurídicos del sistema procesal penal.

Este fenómeno está ocurriendo en estos días con la Ley N°20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues es fácil constatar que existen diversos aspectos no regulados por el Legislador, cuyos vacíos dejan lugar a diversas interpretaciones para dar plena aplicación a la ley<sup>2</sup>.

Uno de los temas que, a nuestro juicio, merecen especial atención, es el relativo al de los modelos de prevención de delitos<sup>3</sup> que pueden adoptar las empresas de conformidad a lo establecido en el artículo 4° de la citada ley.

Estos modelos de “organización, administración y supervisión para prevenir delitos”, si son adoptados e implementados adecuadamente al interior de una persona jurídica, permiten presumir que la empresa ha cumplido con los deberes de “dirección y supervisión” que impone la Ley N°20.393, y por lo tanto, por faltar uno de los presupuestos de imputación en contra de la entidad<sup>4</sup>, ésta

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

2 En este sentido HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N°16, Santiago, Chile, 2012, p. 77, quien señala que “*hay una serie de cuestiones interpretativas no esclarecidas que son ineludibles para la aplicación misma de la ley...*”.

3 Como sinónimo de “modelos de prevención de delito” usaremos las frases “programas de cumplimiento”, “sistema de compliance”, “sistema de cumplimiento” o simplemente la palabra “modelo”.

4 En una apretada síntesis, para que sea posible imputar responsabilidad penal a una persona jurídica, de conformidad con las normas de la Ley 20.393, es necesario primero que se haya cometido uno de los cuatro delitos base que contempla la ley, como son: el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el cohecho a funcionarios públicos nacionales o extranjeros. En segundo lugar, que esos delitos hayan sido cometidos por una persona natural ligada con la empresa, que al menos tenga poderes para realizar actividades de administración y supervisión en la compañía o bien empleados que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los miembros de la cúpula de la entidad. Además, se exige que este delito haya cedido en interés o provecho de la persona jurí-

no responderá penalmente ante un delito cometido en su interior por alguno de los sujetos que pueden generar esta responsabilidad.

El efecto que produce la pertinente y oportuna adopción e implementación de un “sistema de cumplimiento” al interior de la empresa, nos permite prever que tanto la existencia como, especialmente, la idoneidad de los modelos de prevención de delitos se constituirán en una de las principales líneas de investigación (y de defensa) en una causa penal seguida en contra de una persona jurídica, centrándose las discusiones en la debida adecuación de parte del respectivo “modelo” a los estándares fijados en la ley.

Este trabajo apunta a profundizar respecto a los elementos mínimos con los que debe contar un modelo de prevención de delitos para cumplir con la Ley N°20.393, mediante el conocimiento de normativa comparada, en este caso, la de EE.UU., contextualizada con la legislación nacional.

## II. Aspectos generales del modelo de prevención de delitos de la Ley N°20.393

La regulación de un modelo de prevención de delitos al interior de una empresa es reflejo de la implementación en Chile de una política pública que se conoce con el nombre de “autorregulación forzada”<sup>5</sup>, lo que implica un virtual “traspaso” al sector privado de tareas que tradicionalmente son asumidas por el Estado, como es la labor de controlar el delito, “vía amenaza de penas” por su incumplimiento, y sin que el sector público haga una “retribución de los gastos” a los privados por realizar tales actividades<sup>6</sup>.

---

dica, excluyendo aquellos ilícitos que cedan exclusivamente en interés del propio autor del delito o de terceros. Finalmente, el último presupuesto de imputación se vincula a que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica de sus deberes de dirección y supervisión, presumiéndose que cumple con tales deberes, por la adopción e implementación de un modelo de prevención de delitos de conformidad con lo establecido en el artículo 4° de la ley.

En relación a este último presupuesto de imputación, el artículo 3° de la Ley 20.393 establece textualmente en su inciso primero como requisito que *“la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión”* y luego en su inciso tercero establece una presunción simplemente legal de cumplimiento de esos deberes, expresando que *“se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente”*.

5 En este sentido, PIÑA, Juan Ignacio. Modelos de prevención de delitos en la empresa. 1ª ed.. Santiago, Chile, Editorial Abeledo Perrot, 2012, p. 3.

6 En este sentido, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. En: *Revista Política Criminal*, Vol. 5, N°9, Santiago, Chile, 2010, p. 219.

La legitimidad de imponer este “deber de prevenir el delito” a las personas jurídicas surge de la constatación que el ejercicio de un “derecho”, como el de realizar libremente actividades empresariales, trae consigo aparejado un “deber”, en este caso de “velar porque el mismo no dé lugar a delitos, con lo cual sólo cabría discutir la virtud de detalles del modelo concreto, no su legitimidad fundamental”<sup>7</sup>.

Otra alternativa conceptual para abordar este problema, sería que el Estado adoptara por sí mismo la labor de prevenir los delitos al interior de las empresas, creando una institucionalidad fiscalizadora que revisara minuciosamente los procesos de trabajo de las personas jurídicas, lo cual podría redundar en mayores trabas a la inversión y al crecimiento económico, y pugnaría con el hecho que quien realiza “una determinada actividad es probablemente quien mejor puede ponderar la exposición de esa actividad a la comisión de delitos”<sup>8</sup>.

Ahora bien, la forma en que el legislador ha impuesto este “deber de prevenir el delito” es bastante particular, pues por consideraciones económicas buscando no encarecer los costos a las pequeñas y medianas empresas<sup>9</sup>, estableció explícitamente un sistema de carácter voluntario<sup>10</sup>.

En otras palabras, no es obligación legal para las empresas adoptar un sistema de “compliance”, aun cuando, aquellas personas jurídicas que lo hagan, se verán beneficiadas, como se dijo, con la presunción simplemente legal, de cumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión y, por lo tanto, no responderán por el delito cometido en su interior, lo que representa un fuerte incentivo para el establecimiento de estos modelos de organización, y refleja la orientación, principalmente, preventiva de la Ley N°20.393.

7 HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 219.

8 PIÑA, ob. cit., p. 3, y en el mismo sentido HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 219.

9 FERNÁNDEZ ARACENA, Hernán. “Comentarios al modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas establecido por la Ley N°20.393 en relación a los delitos de cohecho”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°43, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2010, p. 88.

10 En la historia de la ley quedó consignada la solicitud del senador Andrés Chadwick de reflejar explícitamente la *voluntariedad del modelo de prevención de delitos, señalando en su intervención que proponía sustituir el texto con que se iniciaba el artículo “de manera de despejar toda duda acerca del carácter voluntario de la implementación de un modelo de prevención. Indicó que, como se tratará de un sistema nuevo, desconocido en nuestro medio y que, además, estará consagrado legalmente, si no se efectúa esta precisión, podría sostenerse –equivocadamente que toda persona jurídica debería contar con este modelo, no obstante que, en realidad, el propósito es que solamente lo adopten aquellas que busquen eximirse de responsabilidad”,* lo cual fue acogido por el Gobierno. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.393 establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica [en línea]. Santiago, Chile: p. 245, 2009. Disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?anio=2009](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?anio=2009) [fecha de consulta: 10 mayo 2013].

En tanto, aquellas entidades que no adopten estos modelos, no podrán beneficiarse de la citada presunción, y por lo tanto, la discusión en la sede penal, se centrará respecto a si dio cumplimiento o no a sus deberes de “dirección y supervisión”. En este escenario, claramente hay una mejor posición probatoria para la fiscalía, pues podría bastar con acreditar que en la empresa no existe un modelo de prevención de delitos y que el ilícito cometido se produjo precisamente por esa circunstancia que permite crear un ambiente propicio de falta de control, lo que facilita la comisión de un delito al interior de la empresa.

Lo anterior, si bien, no se trata formalmente de una inversión de la carga de la prueba, apunta en ese sentido, pues parece evidente que si la defensa de una persona jurídica alega como su “teoría del caso” que ésta cumplió con sus deberes de dirección y supervisión, a pesar de no contar con un modelo de prevención de delitos, sea ésta quien deba demostrar en el juicio respectivo, por actos positivos y concretos, de qué manera se ejercía dicho control a su interior y como ello pudo prevenir la comisión del ilícito investigado.

En todo caso, para que opere esta presunción, el modelo de prevención de delitos debió ser adoptado e implementado por la empresa con anterioridad a la fecha de comisión del delito, si esto ocurre con posterioridad sólo podría configurar una atenuante de responsabilidad penal<sup>11</sup>. Asimismo, la implementación del modelo después de la comisión del delito, podría ser tomada en cuenta como una de las condiciones a establecer en una suspensión condicional del procedimiento<sup>12</sup>.

Por otra parte, el legislador sólo ha establecido respecto a los modelos de prevención, ciertos estándares mínimos que ellos deben cumplir a los efectos de considerarlos idóneos y conformes a la preceptiva del artículo 4° de la Ley 20.393. Como sólo se trata de un “piso” es perfectamente posible que un modelo de prevención de delitos pudiera considerar mayores y mejores estándares que los establecidos en la ley.

La pregunta que surge es ¿cómo saber si un modelo de prevención de delitos se ajusta o no a los requerimientos de la ley?

En principio, será labor de los tribunales verificar, en el contexto de un juicio penal, si un determinado sistema de cumplimiento se ajusta o no a la ley, mas ello no permitirá sacar conclusiones generales, atendida la complejidad adicio-

11 El artículo 6 N°3 de la Ley 20.393 dispone: *“Artículo 6°.- Circunstancias atenuantes. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes:*

*3) La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación”.*

12 De acuerdo a lo establecido en el numeral 4° del artículo 25 de la Ley 20.393 que dispone: *“4) Implementar un programa para hacer efectivo el modelo de organización, administración y supervisión a que se refiere el artículo 4°”.*

nal de nuestro sistema judicial, en que no existen los precedentes obligatorios, y las sentencias son en definitiva sólo la solución al caso concreto<sup>13</sup>.

En este sentido, resulta interesante la labor de fiscalización realizada por la Dirección del Trabajo, que en un reciente dictamen se pronunció negativamente respecto a la adopción de un modelo organizativo de prevención del delito realizado por una empresa ante la oposición de uno de sus sindicatos<sup>14</sup> por afectar los derechos de los trabajadores.

En este dictamen la Dirección del Trabajo se dio a la tarea de analizar el modelo de prevención que se pretendía instaurar a la luz de las disposiciones de la Ley 20.393, detectando una serie de defectos<sup>15</sup>, que le llevaron a soste-

13 Ello de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 3° del Código Civil que indica: *“Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”*.

14 En el Dictamen de la Dirección del Trabajo N°3199 de 18/07/2012, se deja constancia que el sindicato reclamó el hecho que los trabajadores de la empresa tuvieron que firmar los anexos de contrato, bajo presión, en el que se incorporaba un código de ética, el cual, vulneraría los derechos de los trabajadores, agregando que respecto de tal código la empresa no consultó a los trabajadores ni lo publicó.

Asimismo, en el aludido dictamen, se indica que la empresa señaló que, en el contexto de la implementación de un modelo de prevención de delitos, ellos sólo cumplieron con la obligación del numeral 3) del artículo 4° de la Ley 20.393, que dispone *“estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo...”*.

La Dirección del Trabajo, rechazó los cambios a los contratos de trabajo, en base a dos órdenes de ideas: uno formal, respecto a que el código de ética debe ser incorporado al Reglamento Interno de la empresa; y un segundo nivel de argumentos, entrando al fondo, y tras analizar el modelo de prevención que la empresa quería instaurar, lleva a este organismo a sostener que éste no resulta ajustado a derecho, por no resultar idóneo al fin perseguido, *“lo que deslegitima la restricción que supone a los derechos constitucionales de los trabajadores, especialmente la privacidad y la dignidad”*.

15 La Dirección del Trabajo en el dictamen N°3199 antes citado, para llegar a sus conclusiones, analizó el modelo de prevención de la empresa y al menos detectó los siguientes defectos:

- No se advierte con claridad la identificación de las actividades o procesos de la empresa en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de la comisión de los delitos a que se refiere la Ley N°20.393.
- Falta la identificación nítida de los escenarios en que aumenta el riesgo de comisión de tales delitos.
- Tampoco se indican protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a quienes intervengan en tales actividades o procesos programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mismos.
- Tampoco se identifican los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permita a la empresa prevenir su utilización en delitos.
- No se explicitan sanciones internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

ner que el sistema impuesto por la empresa no resultaba idóneo a los fines perseguidos.

Esta decisión, abre entonces la posibilidad que no sólo serán los Tribunales de Justicia Penal los que evaluarán la suficiencia e idoneidad de un modelo organizativo de prevención de delitos, sino que, aunque en una esfera vinculada a la protección de derechos laborales, la Dirección del Trabajo se constituye en un referente a tener en consideración, y sin perjuicio de los pronunciamientos que por vía del recurso de protección puedan realizar nuestros Tribunales Superiores de Justicia.

### III. La experiencia norteamericana en modelos de prevención

En materia de los estándares mínimos que debe cumplir un modelo de prevención de delitos, la experiencia de EE.UU. resulta sumamente valiosa de conocer, por el desarrollo que ha alcanzado su regulación del “cumplimiento” al interior de las empresas. En este trabajo destacaremos dos documentos normativos que creemos pueden servir de base para iluminar la aplicación en Chile de las normas de la Ley 20.393.

En primer lugar, las denominadas “federal sentencing guidelines for organizations”<sup>16</sup> (en adelante las FSGO) de la agencia estatal “United States Sentencing Commission”. Este organismo es una agencia gubernamental autónoma, encargada de fijar políticas y buenas prácticas para las Cortes Federales, y dar información a los parlamentarios y público en general, a fin de contribuir a dar certeza a las decisiones judiciales, pues sus lineamientos resultan obligatorios para sus Tribunales.

En materia de “cumplimiento” de las empresas, este organismo publicó en el capítulo 8° de las FSGO, una serie de recomendaciones que vienen a constituir criterios orientadores para el juez a efectos de determinar si un sistema de prevención de delitos funciona o si acaso es una fachada y por lo tanto, la entidad pueda ser responsable de un delito cometido a su interior.

En las FSGO se destaca que el sello distintivo de un programa eficaz de cumplimiento, es que la organización ejerza la “debida diligencia” (due diligence) para buscar, prevenir y detectar la “conducta criminal” de sus empleados y

- 
- Por último, en modo alguno se advierte el establecimiento de métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como de actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

16 UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. Federal sentencing guidelines manual [en línea]. Washington D.C., Estados Unidos de América: 2010 Disponible en: [http://www.ussc.gov/Guidelines/2010\\_guidelines/Manual\\_HTML/Chapter\\_8.htm](http://www.ussc.gov/Guidelines/2010_guidelines/Manual_HTML/Chapter_8.htm) [fecha de consulta 10 mayo 2013].

otros agentes, indicando ciertos mínimos que la empresa debe realizar para demostrar que su modelo de prevención de delitos funciona.

Entre otras actividades que según las FSGO deberían implementar las compañías se resaltan las siguientes:

1. La organización debe haber establecido estándares y procedimientos de cumplimiento para que los sigan sus empleados, que pueden reducir la posibilidad de la comisión de un delito a su interior.
2. Se debe haber asignado a un individuo(s) específico(s) dentro del personal de alto nivel de la organización, la responsabilidad para supervisar el cumplimiento de tales estándares y procedimientos.
3. La organización debe haber empleado el debido cuidado para no delegar una autoridad discrecional sustancial a individuos sobre quienes la organización tenía conocimiento, o debía haber tenido conocimiento a través del ejercicio de la debida diligencia, de que tenían una “propensión” para dedicarse a actividades ilegales.
4. La organización debe haber tomado medidas para lograr el cumplimiento de sus estándares, por ejemplo, mediante la utilización de sistemas de monitoreo y auditoría razonablemente diseñados para detectar un actuar delictual de sus empleados, así como contar con un lugar apropiado o un sistema de comunicación por medio del cual los empleados puedan denunciar la comisión de un delito dentro de la organización, sin temor de castigo.
5. La organización debe haber tomado pasos para comunicar eficazmente sus estándares y procedimientos a todos los empleados y otros agentes relacionados.
6. Los estándares deben haber sido reforzados de manera constante a través de mecanismos disciplinarios apropiados, que incluye, según corresponda, el castigo de los responsables.
7. Después de que se ha detectado un delito, la organización debe haber tomado todas las medidas razonables para responder apropiadamente a éste y para prevenir más delitos similares, incluyendo cualquier modificación necesaria a su programa de “compliance”.

El segundo documento que nos interesa, lanzado en noviembre de 2012, es la guía denominada “a resource guide to the U.S. foreign corrupt practice act”<sup>17</sup>

---

17 CRIMINAL DIVISION OF THE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE ENFORCEMENT DIVISION OF THE U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMISSION. A resource guide to the U.S. foreign corrupt practice act [En línea]. Was-

realizada por dos entidades públicas norteamericanas, el Departamento de Justicia (Department of Justice, en adelante DOJ) y la Comisión de Valores (Securities and Exchange Commission o SEC, de funciones similares a nuestra Superintendencia de Valores y Seguros).

Este documento contiene una detallada compilación de información acerca de la Foreign Corrupt Practice Act (FCPA)<sup>18</sup>, sus disposiciones y la forma en que se aplica por ambas instituciones. Dentro de esta guía, se dedica todo un capítulo a resaltar cuáles son los estándares mínimos que los dos organismos tienen en consideración dentro de sus potestades de investigación para apreciar si están o no frente a un efectivo modelo de prevención de delitos.

Resulta interesante destacar que en esta publicación se indica que la aproximación para desarrollar un modelo de prevención de delitos del tipo “checklist” no es la apropiada, pues puede resultar ineficiente e inefectiva, porque cada programa de cumplimiento debe ser realizado de acuerdo a las necesidades específicas de cada persona jurídica, de conformidad a sus riesgos y desafíos.

La recomendación general de la guía alude a un diseño cuidadoso de un modelo de prevención, a su implementación en forma seria y a una aplicación suficiente, que permita a la empresa prevenir la comisión de un delito, detectarlo, y en ese caso, tomar las medidas correctivas inmediata y apropiadamente.

En concreto, para que un modelo de prevención de delitos sea eficiente, la guía de la SEC y el DOJ resalta varios temas, entre ellos:

#### a) El compromiso de los altos directivos de la empresa

Se destaca en la guía que el programa de cumplimiento parte desde la cúspide de la empresa, pues los gerentes y empleados orientarán sus acciones de acuerdo al comportamiento que observen en sus líderes.

De allí que sea tan importante conocer la “cultura de cumplimiento” que exista en la persona jurídica y si la aplicación del modelo de prevención de delitos es de “buena fe”, o si por el contrario, sólo se trata de un modelo de “papel”.

La correcta aplicación de un programa de cumplimiento se traduce en la existencia de una clara política contra la comisión de delitos que comienza en la cúpula de la entidad y que fluye a todos los empleados de la persona jurídica.

---

hington D.C., Estados Unidos de América: 2012, Disponible en: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf> [fecha de consulta: 10 mayo 2013].

18 La FCPA de 1977, es la normativa americana que sanciona el soborno a funcionarios públicos extranjeros, estableciendo responsabilidad de las personas naturales y jurídicas involucradas.

## b) Códigos de conducta, políticas de cumplimiento y procedimientos

La guía indica que los códigos de conducta son los pilares sobre los cuales descansa un modelo de prevención de delitos. En la experiencia americana, los mejores códigos son aquellos redactados de forma clara, concisa y que están disponibles para todos los empleados. Además, importa su constante revisión y actualización.

Se agrega que las políticas y procedimientos que se adopten, dependerán del tamaño de la empresa y de la naturaleza del negocio que realice, así como con los riesgos asociados al mismo.

Un efectivo modelo de prevención requiere de un profundo entendimiento del modelo de negocio adoptado por la compañía, incluyendo conocer cuáles son sus productos y servicios, sus clientes, las interacciones con el Gobierno y con funcionarios públicos nacionales y extranjeros, incluyendo la regulación de pagos, regalos, viajes, gastos de entretenimiento, donaciones políticas o de caridad, todos los cuales debieran estar expresamente normados en el modelo de cumplimiento de la empresa.

## c) Supervisión, autonomía y recursos

Según la guía, todo modelo de prevención de delitos debe contar con uno o más encargados, los cuales deben tener la suficiente autoridad dentro de la organización, la adecuada autonomía de la administración de la empresa, y suficientes recursos para asegurar que el programa de cumplimiento sea efectivamente implementado.

La autonomía implica a lo menos, tener acceso directo a la autoridad de gobierno de la empresa.

Dependiendo del tamaño de la empresa y de los riesgos asociados, será el tamaño de los recursos financieros y humanos con los cuales debe contar el oficial de prevención.

## d) Gestión de riesgos

Es sumamente relevante para la guía, que se preste atención y se contemplen los recursos adecuados a las áreas de riesgo más importantes de la compañía, vinculadas a las transacciones más relevantes. En esas áreas es donde debe realizarse el correspondiente “due diligence” y las auditorías internas en forma periódica, de acuerdo a los riesgos que enfrenta la empresa.

Incluso, respecto de negociaciones internacionales, la guía dedica un párrafo a la debida diligencia que debe realizar la empresa respecto de intermediarios, representantes, agentes o consultores del país extranjero con el cual estén

contratando, y que sean personas que colaborarán con la concreción de una determinada operación comercial. Se sugiere revisar su reputación y el monto de las comisiones que cobran en relación al contrato y al país donde se está invirtiendo. Además, la compañía debe informar a estos intermediarios de los códigos de conducta que rigen a la empresa. La guía pone énfasis en el “due dilligence” a estos “terceros” porque la práctica ha demostrado que es usual su utilización para “disfrazar” los pagos de sobornos como comisiones lícitas.

#### e) Capacitación y asesoramiento continuo

El documento indica que las políticas de cumplimiento no pueden funcionar a menos que sean efectivamente comunicadas dentro de la empresa. Por ello, se deben verificar las actividades de capacitación realizadas, que deben ser periódicas, y las medidas apropiadas para que las personas puedan asesorarse y solucionar sus dudas respecto al modelo de prevención. Todo ello ayuda a que el programa de cumplimiento sea entendido y seguido apropiadamente en todos los niveles de la compañía.

#### f) Incentivos y medidas disciplinarias

La guía sostiene que algo fundamental para evaluar un “modelo” es su efectividad, especialmente en su aplicación, desde la cúpula de la empresa hasta los que están en la base. Un modelo correcto tiene procedimientos disciplinarios claros y apropiados, y considera hacer públicas, al interior de la empresa, las sanciones aplicadas, demostrando que las acciones antitéticas e ilegales tienen seguras y rápidas consecuencias.

También apuntan en la dirección correcta el establecimiento de incentivos positivos, sea en la evaluación del personal, en las promociones, bonos, premios, entre otras medidas que resguarden la ética y el cumplimiento.

#### g) Denuncias anónimas e investigaciones internas

Sostiene el documento que un modelo de prevención de delitos efectivo debe incluir un mecanismo de denuncia confidencial que resguarde las represalias que se pudieren adoptar en contra del denunciante.

Se alude a las líneas telefónicas “hotlines” que permiten una comunicación directa y anónima del denunciante con la oficina del oficial de prevención. Además, tras la denuncia, la compañía debe abrir rápidamente un proceso de investigación interno, adoptando sanciones disciplinarias o las medidas que sean apropiadas.

## h) Mejora continua: revisión y pruebas periódicas

Un buen programa de cumplimiento debiera constantemente evolucionar, y por lo tanto, los cambios en el mercado, en las legislaciones, en los riesgos, en nuevos negocios asumidos, deben ser permanentemente monitoreados por la empresa, adaptando el modelo de prevención de delitos.

## IV. Los requisitos mínimos del artículo 4° de la Ley N°20.393<sup>19</sup>

Tras esta rápida revisión de los estándares mínimos que EE.UU. ha desarrollado para la verificación de un eficiente programa de cumplimiento, a continuación analizaremos los principales aspectos regulados en la Ley N°20.393, que son los mínimos que debe cumplir todo modelo de prevención de delitos al interior de la empresa, aunque complementados con los criterios que hemos conocido a partir de dicha normativa comparada.

Los elementos básicos de un modelo de prevención de delitos son aquéllos señalados en el artículo 4° de la Ley N°20.393<sup>20</sup>, y que son los siguientes:

19 Las ideas fundamentales de este capítulo coinciden en lo esencial con lo publicado por el autor en FERNÁNDEZ, ob. cit., págs. 88-92, aunque sin perjuicio que aquí el tema ha sido objeto de un mayor desarrollo y tomando en cuenta la perspectiva comparada que antes fue *expuesta*.

20 *Artículo 4°.- Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:*

1) *Designación de un encargado de prevención. a) La máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea ésta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante la "Administración de la Persona Jurídica", deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración. b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna. En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.*

2) *Definición de medios y facultades del encargado de prevención.*

*La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos:*

a) *Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.*

b) *Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.*

3) *Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos.*

*El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contem-*

## a) Encargado de Prevención

En primer lugar, la ley dispone que debe existir un encargado de prevención, quien tiene como una de sus principales funciones, la de elaborar, en conjunto con la administración de la empresa, el modelo de prevención de delitos apropiado a esa compañía. Es una figura similar a la de los “oficiales de cumplimiento” existentes en las empresas o sujetos obligados, producto de las obligaciones que se derivan de la Ley de Lavado de Dinero (Ley N°19.913).

Además, es quien debe supervisar la implementación y aplicación del sistema de “compliance”, detectar las fallas del modelo, proponer su actualización si fuera necesario, y rendir cuenta de sus labores a la administración de la entidad.

Estos encargados pueden durar hasta 3 años en su cargo, renovable por iguales períodos, quienes deben contar con la debida autonomía de la administración de la empresa y de sus dueños o controladores, precisamente por el rol clave que deben cumplir en cuanto a la prevención de los delitos y eventualmente, en cuanto a ser los encargados de representar las conductas de riesgo de la compañía y de realizar las denuncias que correspondan en la sede penal competente.

---

*plar a lo menos lo siguiente: a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°. b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos. c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados. d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos. Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.*

*4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.*

*a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad. b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica. Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador. c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal.*

La ley actúa bajo el supuesto que la autonomía se traduce en la creación de un nuevo cargo dentro de la compañía que se dedica en exclusiva al desarrollo de un sistema de cumplimiento. Sin perjuicio de ello, y por razones de economía, la ley excluyó de esta autonomía organizacional al contralor interno de la empresa, quien puede entonces desempeñarse como encargado de prevención, y en las pequeñas y medianas empresas<sup>21</sup>, se autoriza que el propio dueño, socio o accionista, sea quien puede realizar personalmente las tareas de prevención del delito.

Sin embargo, la ley no explicitó en qué consiste esta autonomía, ni de qué manera la empresa debe garantizarla, ni tampoco se establecen sanciones por el incumplimiento. La ley sólo entrega ciertas señales que deberán tomarse en cuenta, para analizar si el encargado de prevención tiene o no la suficiente autonomía.

En ese sentido por ejemplo, la alusión al plazo de 3 años de duración de los encargados de prevención, sin considerar ni regular una forma especial de contratación, parece ser una mera declaración de “buenas intenciones”, pues siguen vigentes las disposiciones del Código del Trabajo, por lo que podría ser perfectamente posible, que un encargado de prevención pudiera ser contratado a un plazo fijo menor a los 3 años, o bien de forma indefinida, lo que igualmente permite ser cesado de sus funciones antes de los 3 años. El tema será analizar si la forma de contratación de este encargado le permite desarrollar su función de manera autónoma, entendiendo que el estándar mínimo de la ley, es que su duración en el cargo sea por el indicado plazo.

La autonomía del encargado de prevención también se podrá apreciar en su independencia para adoptar decisiones dentro de su área, si pudo o no aplicar las sanciones disciplinarias propuestas, si pudo o no realizar la denuncia a la fiscalía correspondiente, si pudo o no tener acceso a la información de una determinada gerencia o área del negocio, o bien, si tuvo acceso a los antecedentes que manejan las principales autoridades de la compañía.

Asimismo, la autonomía de este encargado, aunque la ley la dispone respecto de la administración de la empresa, por las funciones que cumple, de control de la actividad de todos aquellos que trabajan en la empresa, debe entenderse también respecto a otras áreas de la compañía. En este sentido, Piña sostiene que “el artículo 4° debe interpretarse *A FORTIORI*, es decir, que garantizada la independencia de la administración se subentiende toda autonomía respecto de otros estamentos de la persona jurídica”<sup>22</sup>.

A nuestro juicio existe una clara relación entre la autonomía para desempeñar las funciones de encargado de prevención con su estabilidad en el cargo, y por

21 Personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento.

22 PIÑA, ob. cit., p. 56.

lo tanto, de existir un despido de éstos, puede resultar de interés en la investigación penal correspondiente, indagar las razones de la salida del encargado de prevención, a los efectos de verificar, precisamente, si el cese de sus funciones estuvo o no relacionado con, por ejemplo, coartar las atribuciones de un encargado de prevención “demasiado” autónomo o proactivo.

De no existir esta independencia del encargado de prevención, y de acreditarse en juicio esta circunstancia, sería uno de los indicios respecto a la inadecuada implementación del modelo y la falta de cumplimiento de parte de la empresa de sus deberes de dirección y supervisión.

## b) Definición de medios y facultades del encargado de prevención

La administración de la persona jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, contemplando la ley algunos mínimos que deberá considerar y que son:

- i) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica

Esta exigencia ha sido contemplada en forma amplia por la ley, y por lo tanto será la jurisprudencia administrativa o judicial, la que determine si el encargado de prevención contaba o no con los recursos suficientes para realizar su labor.

En ese sentido, y en el contexto de una investigación penal, se debieran revisar los recursos económicos y humanos con los que contaba el encargado de prevención de una entidad para cumplir sus funciones, siendo importante conocer, entre otros aspectos:

- El tamaño de su presupuesto.
- La factibilidad de viajar a las sucursales.
- La cantidad de personal de apoyo.
- La calidad de sus oficinas, del soporte computacional y de los programas informáticos que tenga a su disposición.
- La facilidad de acceso a las fuentes de información externas e internas.
- La existencia de programas de auditoría preventiva.
- La existencia de canales fluidos de denuncia, a disposición de los empleados de la empresa.

Evidentemente que la cantidad de recursos que una empresa puede poner a disposición de los encargados de cumplimiento va a depender del tamaño de la empresa, de su capacidad económica y de los riesgos que ésta deba enfrentar<sup>23</sup>, mas, lo que en definitiva se busca desentrañar al analizar los medios materiales y humanos con que cuenta el área de prevención, es el real compromiso de la administración de la empresa con el modelo de prevención de delitos.

- ii) Acceso directo a la administración de la persona jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente

La ley establece una obligación al encargado de prevención y que es la de rendir cuenta de su gestión semestralmente ante la administración de la entidad. Ahora bien, y aunque no lo dice expresamente, lo importante es que el encargado de prevención tenga “línea directa” con la administración de la persona jurídica a los efectos de reportarle oportunamente que un ejecutivo o empleado de la empresa está realizando actividades irregulares, ilícitas o que parecerían de carácter delictivo, a los efectos que la compañía adopte las medidas correctivas del caso.

En este ejercicio de rendición de cuentas, uno de los aspectos más importantes, considerando que las mejores prácticas sugieren que un modelo de prevención de delitos es evolutivo, el encargado de prevención debiera hacer presente y recomendar a la administración, las adecuaciones que sean necesarias de realizar al sistema de cumplimiento a partir de su experiencia a cargo del control de la ética de la entidad, tomando en consideración los cambios que a nivel de negocio, modificaciones legales u otros que impacten en el modelo empresarial y que hagan necesario un ajuste o actualización del programa de “compliance”.

En el contexto de una investigación penal por un delito cometido al interior de la empresa, debieran solicitarse (o incautarse) estos reportes semestrales de los encargados de prevención, a efectos de analizarlos a la luz de si representan un verdadero modelo de prevención o si bien, sólo es un cumplimiento formal de las obligaciones de la Ley N°20.393, verificando, entre otros aspectos, si las propuestas de actualización del modelo presentadas por el oficial de prevención fueron o no tomadas en cuenta por la administración de la entidad, lo que puede ser orientador respecto al verdadero compromiso de la compañía con el programa de cumplimiento.

23 En similar sentido, PIÑA, ob. cit., p. 57.

### c) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos

Como se dijo, el encargado de prevención, en conjunto con la administración de la persona jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos, preocupándose la ley de establecer ciertos mínimos que debe cumplir dicho modelo, y que son:

- i) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos base

La empresa debe analizarse introspectivamente y realizar una gestión de riesgos que implique conocer aquellas áreas del negocio que puedan vincularse con los delitos que son base para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciendo prioridades y las auditorías aleatorias correspondientes, enfocadas en los principales sectores de riesgo.

El análisis de los “procesos de trabajo” tampoco debe ser olvidado, como se vio en las FSGO, parece relevante que la empresa tenga el debido control al delegar un poder “discrecional” a una persona o departamento de la empresa, pues precisamente, se genera un riesgo con esa delegación que pareciera debiera controlarse y auditarse periódicamente.

Otra área crítica parece ser la vinculada con el manejo de los recursos financieros al interior de la empresa, lo que generalmente está bien controlado, por temor más bien a los fraudes internos que puede sufrir la compañía, más que por razones de ética o cumplimiento.

En materia de prevención del delito de cohecho, entre los procesos que deben ser controlados, resultan evidentes aquéllos vinculados con la prestación de servicios de la empresa a Organismos del Estado y las relaciones que se establecen con funcionarios públicos, con fiscalizadores y autoridades, o aquellos procesos de trabajo vinculados con la participación de la compañía en licitaciones públicas de carácter nacional e incluso de nivel internacional. En este contexto, un modelo de prevención de delitos, debiera contemplar en sus códigos de conducta reglas claras acerca de la política de regalos a autoridades públicas, y de cómo actuar en las licitaciones abiertas por los Estados, así como el financiamiento de campañas políticas.

Dado que la realidad de cada empresa es diferente, parece entonces como una consecuencia necesaria de esta diversidad, que los sistemas de prevención de delitos no pueden ser “copiados y pegados” de una compañía a otra, por lo que siempre se debieran considerar las especiales características del negocio, de sus riesgos, del tamaño de la empresa, entre otros aspectos, a los efectos de desarrollar el “modelo” apropiado al cumplimiento de la ley.

- ii) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos

En la experiencia comparada, no son pocas las empresas que cuentan con “códigos de conducta” o los “compliance manuals” (manuales de cumplimiento), que son “compilados normativos que ajustan el comportamiento de los empleados a las exigencias de los programas de cumplimiento”<sup>24</sup>. Además, generalmente regulan los procedimientos a seguir ante una determinada falta o incumplimiento de sus disposiciones por parte de un trabajador de la compañía.

Dado que el objetivo que, actualmente, busca la Ley N°20.393 es la prevención de cuatro determinados delitos<sup>25</sup>, para cumplir con dicho rol preventivo el reglamento, manual o código de conducta debe referirse expresa y principalmente a este tipo de actuaciones ilícitas, prohibiendo el cohecho a sus empleados y la utilización de la empresa en actividades de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo.

La ley señala que estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en “los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto”, por lo tanto, el código de conducta deberá incorporarse como reglamento de la empresa, precisando la Dirección del Trabajo, en el dictamen antes aludido, que ello debe realizarse en el “reglamento interno de orden, higiene y seguridad”, pues “la exigencia que impone una ley, como la N°20.393, en orden a crear modelos de organización, administración y supervisión destinados a prevenir ciertos y específicos delitos reprochables a las personas jurídicas por el legislador, en nada altera la exigencia según la cual, si uno de los medios utilizados por una empresa para aplicar las referidas exigencias legales, consiste en dictar unilateralmente normas que dan cuenta de obligaciones y prohibiciones que deben cumplir los trabajadores en relación a sus labores, deban incorporarse al ya indicado Reglamento Interno”<sup>26</sup>, desde que conforme a lo dispuesto en el artículo 153 y 154 del Código del Trabajo, dicho reglamento debe contener “las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los tra-

24 PIÑA, ob. cit., p. 47.

25 Los delitos contemplados en la Ley 20.393 podrían ser modificados si prosperan las iniciativas parlamentarias que buscan ampliar el catálogo de delitos que permitirían generar la responsabilidad de las empresas. En este sentido la moción de 13 de octubre de 2010 que “Modifica la ley N°20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliando el catálogo de delitos”, boletín N°7265-07, y la moción de 19 de marzo de 2012 que “Extiende la responsabilidad penal de las personas jurídicas a las empresas destinadas al transporte público de pasajeros cuyos dependientes hayan incurrido en los delitos o cuasidelitos que indica”, boletín N°8204-07.

26 Dictamen de la Dirección del Trabajo N°3199 antes citado.

bajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento”<sup>27</sup>.

Asimismo, la ley obliga a que los códigos de conducta deban ser comunicados a todos los trabajadores, y además, que toda esta normativa interna deba ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

Parece básico también, que debiera darse por parte de la persona jurídica una adecuada capacitación a sus empleados sobre los códigos de conducta de manera de otorgarle seriedad y certeza al cumplimiento de este requisito por parte de la empresa, dado que estas actividades apuntan a que el modelo de prevención de delitos sea comprendido y seguido adecuadamente por todos los niveles de la compañía.

El código de conducta debe contemplar la regulación de los procedimientos internos, de la forma cómo se investigará una eventual infracción por parte del personal de la empresa, quién lo hará, las sanciones que serán aplicadas, entre otros aspectos que podrían resultar de interés cautelar en el manual de cumplimiento.

En estos códigos se deben establecer los pasos a seguir tras el fin de la investigación interna, debiendo contemplar al menos la obligación del encargado de prevención de reportarlo a la administración de la compañía, y de denunciarlo al Ministerio Público si existen hechos que pudieren ser constitutivos de los delitos base aludidos en la Ley 20.393. Si bien es cierto, no existe una obligación de denuncia a la fiscalía, ello es “altamente recomendable para efectos de demostrar la existencia y efectividad del modelo de prevención de delitos, así como una cultura corporativa transparente y comprometida con la evitación

27 El artículo 153 inciso 1° del Código del Trabajo, dispone: “Las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, estarán obligadas a confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento”.

El artículo 154 del mismo cuerpo legal, en su inciso 1° N°5 y 10, e inciso final, dispone: “El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones:

“5. las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores;”

“10. las sanciones que podrán aplicarse por infracción a las obligaciones que señale este reglamento, las que sólo podrán consistir en amonestación verbal o escrita y multa de hasta el veinticinco por ciento de la remuneración diaria;”

“Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador”.

de delitos, que sea la propia empresa la que ponga a disposición del órgano persecutor la información recabada”<sup>28</sup>.

En todo caso, el hecho de realizar la denuncia está contemplado en la Ley N°20.393, al menos, como una atenuante de la responsabilidad de la empresa<sup>29</sup>.

En otras palabras, el objetivo de un buen modelo de prevención de delitos, no es que nunca se produzca un ilícito, sino que busca promover una cultura organizacional de cumplimiento ético que prevenga la comisión de delitos a su interior, pero que de consumarse uno de ellos, pueda el modelo detectarlos a tiempo y como consecuencia necesaria denunciarlos a la justicia para que los responsables, personas naturales, sean sancionados.

En este sentido, también es una señal de la cultura organizacional comprometida con el cumplimiento, la actitud de la empresa durante la investigación penal, siendo importante analizar si prestó o no la debida colaboración con la misma<sup>30</sup>, verificando, por ejemplo, si accedieron o no a la entrega voluntaria de documentación y computadores, o si dieron su autorización para el levantamiento del secreto bancario de sus cuentas corrientes, o si compartieron los antecedentes recabados en una investigación interna, entre otras actuaciones que pudieran resultar relevantes.

iii) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados

Como antes se señaló, no basta que el sistema de prevención de delitos contemple una serie de obligaciones y sanciones por su incumplimiento, deben existir también los controles adecuados correspondientes, entre otros, la implementación de procedimientos de auditoría de los recursos económicos que se encuentren a cargo de los ejecutivos principales de la entidad o de aquellas personas que pudieran obrar por cuenta de la empresa.

El encargado de prevención, como vimos antes, debiera contar con los sistemas de monitoreo y los programas informáticos adecuados, según el tamaño,

28 PIÑA, ob. cit., p. 70.

29 El artículo 6 N°2 de la Ley 20.393, establece: “2) *La prevista en el número 9° del artículo 11 del Código Penal. Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados*”.

30 La colaboración con la investigación es además constitutiva de la atenuante contemplada en el artículo 6 N°2 de la Ley 20.393, en tanto hayan “*aportado antecedentes para establecer los hechos investigados*”.

capacidad económica y riesgos que enfrente la entidad, para realizar un permanente control de los recursos financieros empresariales que pudieran mal utilizarse y desviarse a fines delictuales.

iv) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos

El modelo de prevención de delitos debe contemplar no sólo la existencia de sanciones internas y su procedimiento disciplinario por el incumplimiento de las políticas de la empresa, sino también debe contemplar un procedimiento de denuncia.

Pese a que la ley no lo exige, la experiencia comparada nos muestra que junto con proveer un canal de denuncia, deben adoptarse las medidas de resguardo, confidencialidad o de protección del denunciante, evitándole que pudieran adoptarse represalias en su contra. El fundamento de esta exigencia de protección a los denunciantes parece vinculada con el real compromiso de la empresa con la prevención de la comisión de un delito, pues estas medidas están orientadas a favorecer la detección de los ilícitos.

El antes aludido dictamen de la Dirección del Trabajo, también apunta en este sentido cuando declara que “las medidas de control en comento no resultan inocuas con relación a la vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores. El exigir, bajo sanciones de diverso tipo, incluyendo el despido, la denuncia (interna) de conductas genéricas e imprecisas eventualmente imputables no sólo a compañeros de trabajo, sino también a personal jerárquico superior, sin ninguna garantía de la confidencialidad de la misma o de algún otro resguardo a no sufrir consecuencias desfavorables por tal acción, así como la posibilidad cierta de verse expuestos los trabajadores a ser imputados de acciones con los señalados rasgos de incerteza, ciertamente compromete la vigencia de diversos derechos constitucionales de aquéllos, en especial, el derecho a la privacidad, a la integridad psíquica y a la dignidad”<sup>31</sup>.

Por otra parte, si bien la ley no lo reguló como uno de sus mínimos, una empresa podría perfectamente establecer un sistema de incentivos positivos a los trabajadores que reflejan de mejor manera la política de cumplimiento de la ley impulsada en la empresa, los que dependiendo de la creatividad de la compañía, puedan consistir en una premiación, bono, ascenso, u otro similar que beneficie al empleado que haya internalizado de mejor manera el modelo de prevención de delitos de la entidad.

---

31 Dictamen de la Dirección del Trabajo N°3199 antes citado.

#### d) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos

La ley establece una obligación del encargado de prevención en conjunto con la administración de la persona jurídica, respecto a establecer métodos para la “aplicación efectiva” del modelo de prevención de los delitos, con el fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

Vinculado a ello, la ley permite a las entidades obtener una certificación de parte de empresas auditoras externas, clasificadoras de riesgo y otras registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros<sup>32</sup>, respecto a la “adopción e implementación” de su modelo de prevención de delitos. Algo inédito y que no existe en otras legislaciones comparadas.

Dicho certificado constatará si el modelo de prevención de una determinada empresa contempla o no los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) del artículo 4°, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica. En otras palabras, no existirá un certificado estándar, sino que será adecuado a la realidad de cada entidad.

La Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante SVS) ha regulado las menciones que el certificado debe contener<sup>33</sup>, entre ellas, su “período de

32 Norma de carácter general N°302 de 25 de enero de 2011, de la Superintendencia de Valores y Seguros que establece normas que deben cumplir las empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo y demás entidades para cumplir la labor de certificación de modelos de prevención de delitos a que se refiere la Ley 20.393.

33 En la citada norma de carácter general N°302/2011 de la SVS, en su párrafo V se regulan las menciones que debe tener el certificado sobre la adopción e implementación del modelo de prevención de delitos, señalando que “deberá contener al menos la siguiente información”:

- Fecha de emisión del certificado.
- Período de vigencia del certificado, en la que en opinión de la entidad certificadora, resulta razonable volver a pronunciarse respecto de la existencia e implementación del modelo de prevención de delitos, para constatar que ésta posee en todos sus aspectos significativos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) del artículo 4° de la Ley 20.393, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica. En todo caso, este período no podrá ser superior a 2 años, pudiendo subordinarse dicho período a condiciones establecidas en el contrato de prestación de servicios de certificación correspondiente.
- Razón social, R.U.T. y número de inscripción en el Registro de Entidades Certificadoras de Modelos de Prevención de Delitos, de la entidad certificadora.
- Razón social y R.U.T. de la persona jurídica para la que se está emitiendo el certificado.
- Que la persona jurídica cuenta con un modelo de prevención de delitos, que éste se encuentra implementado y que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) del artículo 4° de la Ley 20.393, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica, de conformidad a lo dispuesto en la letra b) del número 4) de dicho artículo.
- Nombre completo y número de Cédula de Identidad de quien suscribe el certificado.

vigencia”, el cual queda entregado al plazo “que en opinión de la entidad certificadora, resulta razonable volver a pronunciarse respecto de la existencia e implementación del modelo de prevención de delitos”, para constatar que ésta posee en todos sus aspectos significativos los requisitos del artículo 4° de la Ley N°20.393. En todo caso, indica la SVS, que este período no podrá ser superior a 2 años.

Otro aspecto interesante regulado por la SVS es el relacionado con las inhabilidades de las empresas certificadoras<sup>34</sup>, las que no podrán prestar al mismo tiempo el servicio de diseño del modelo de prevención de delitos, con el de certificación de su implementación, resguardándose de esta manera, una mínima transparencia y seriedad del proceso de certificación. Por lo mismo, tampoco puede prestar ambos servicios a las personas jurídicas integrantes del mismo grupo empresarial al que la entidad certificadora pertenece.

Esta posibilidad que da la ley a una empresa para certificar su modelo de prevención de delitos, está íntimamente ligada con la presunción simplemente legal del artículo 3° inciso 3°, pues evidentemente, la entidad sostendrá que por el hecho de tener una certificación vigente ha cumplido su deber de dirección y supervisión al adoptar un sistema preventivo y al acreditar que el mismo se

- 
- Nombre completo y número de Cédula de Identidad de las personas a cargo de la dirección del proceso de certificación correspondiente.
  - Nombre completo y número de Cédula de Identidad de las personas a cargo de la evaluación del modelo de prevención de delitos.
  - Indicación del hecho que la misma entidad que emite el certificado, o un relacionado a ésta, no ha asesorado a la persona jurídica que está siendo certificada o a una entidad del grupo empresarial a la que ésta pertenece, para efectos del diseño o implementación de su modelo de prevención de delitos.
  - Indicación del hecho que la entidad que emite el certificado, no pertenece al grupo empresarial de la persona jurídica que está siendo certificada.

El certificado deberá ser emitido en medios físicos o electrónicos que garanticen su fidelidad e integridad, por un periodo de al menos 10 años a contar de la fecha de su otorgamiento.

34 En el capítulo III de la Norma General N°302/2011 de la SVS se regula la incompatibilidad de servicios, señalando que “*Las entidades certificadoras no podrán prestar los servicios de certificación a que se refiere la letra b) del número 4), del artículo 4° de la Ley 20.393, a las siguientes personas jurídicas:*

*a) A la misma persona jurídica a la que la entidad certificadora, o una relacionada a ésta, le prestó servicios de asesoramiento o consultoría para efectos del diseño o implementación de su modelo de prevención de delitos.*

*b) A las personas jurídicas que integran el grupo empresarial al que pertenece la persona jurídica a la que la entidad certificadora prestó asesoramiento o consultoría para efectos del diseño o implementación de su modelo de prevención de delitos.*

*c) A las personas jurídicas integrantes del grupo empresarial al que la entidad certificadora pertenece.*

*Los conceptos de grupo empresarial y relacionada a una entidad, se encuentran definidos en los artículos 96 y 100 de la ley de mercado de valores, respectivamente”.*

encuentra operativo, tal como lo demuestra el análisis que ha realizado una empresa externa de certificación.

Este escenario, genera uno de los mayores desafíos para el órgano de persecución penal, pues se vislumbra que el estándar de convicción que deberá superarse será superior al común y corriente, o en otras palabras, será más dificultoso poder sostener que la empresa ha incumplido su deber de dirección y supervisión, si cuenta efectivamente con un modelo de prevención de delitos, con un encargado de prevención, con procedimientos internos, cumpliendo todos los requisitos exigidos en el artículo 4°, y si a todo ello se suma, que existe una certificación de una empresa independiente que valida tal cumplimiento de obligaciones legales.

Sin embargo, con la misma claridad podemos señalar que la sola certificación no exime de responsabilidad a la empresa, pues la aplicación efectiva del modelo no termina con la recepción del certificado, la empresa tiene que, día a día, seguir cumpliendo con los deberes de dirección y supervisión, existiendo entonces, la posibilidad que se trate de un modelo formal diseñado para aparentemente cumplir con la normativa, pero que en la realidad de la empresa no sea la verdadera política de negocios imperante.

Se refuerza este análisis, por cuanto en el segundo trámite parlamentario<sup>35</sup> fueron eliminadas dos propuestas del Poder Ejecutivo que establecían, por una parte que el certificado constituiría una “presunción legal de la existencia y pertinencia del modelo de prevención de los delitos” y por otra parte, que era posible auditar el funcionamiento del sistema, dándole al informe de auditoría que señalare un correcto funcionamiento del mismo el valor de constituir una “presunción legal del cumplimiento de los deberes de implementación y supervisión que exige esta ley”.

Eliminadas esas presunciones, quedará a criterio del Tribunal y conforme a los antecedentes que el Ministerio Público aporte en el juicio respectivo, respecto a si el modelo de prevención era realmente aplicado, efectivo y preventivo de la comisión de los delitos base, girando la discusión sobre uno de los presu-

---

35 En las discusiones del Senado se puede encontrar el debate sobre el punto, destacando especialmente, las opiniones del abogado Jorge Bofill, cuya sugerencia fue acogida, quien indicó “no parece necesario reiterar en el artículo 4° que el certificado de auditoría genere una nueva presunción. Como no parece razonable consagrar la expedición de dos certificados diferentes –como se propone en las letras b) y c) analizadas– sugirió a la Comisión eliminar la letra c) y, en la letra b), disponer que las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. Señaló que esta propuesta implicaría reconocer en la letra b) del número 4 del artículo 4° la misma distinción que ya se efectuó en el inciso tercero del artículo 3°”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.393... ob cit., p. 247-256, 2009. Disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?anio=2009](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?anio=2009) [fecha de consulta: 10 mayo 2013].

puestos de la imputación penal cual es que el delito cometido se haya podido producir por el incumplimiento de parte de la empresa de sus deberes de dirección y supervisión.

Para garantizar la seriedad con que las empresas auditoras y otras registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros cumplirán con el cometido de certificar a las empresas, la ley estableció que se entenderá que las personas naturales que participen en las actividades de certificación cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal, pudiendo entonces perseguirse su responsabilidad por alguno de los delitos funcionarios del título V del Libro II del Código Penal, como por ejemplo, el cohecho o la negociación incompatible.

## V. Reflexiones finales

Para que los modelos de prevención de delitos puedan cumplir con su función de desligar de responsabilidad penal a la empresa, por el delito cometido a su interior, no basta con una “adopción” e “implementación” de naturaleza meramente formal, sino que el sistema de cumplimiento debe ser el reflejo de un convencimiento, de una forma de trabajo internalizada y vigente en una persona jurídica, en otras palabras, el modelo trasunta la existencia en la compañía de una clara política contra la comisión de delitos, convicciones que comienzan en la cúpula de la entidad y que fluye a todos sus colaboradores.

No basta con la mera existencia de un reglamento o de un código de buenas prácticas al interior de la persona jurídica, para develar la efectiva implementación de un modelo de prevención de delitos, es necesario que la norma sea conocida por los miembros de la empresa, que sea entendida por todos y aplicada como una política más del negocio.

Tampoco sirve el copiar el modelo de prevención de delitos adoptado por una empresa de la competencia, porque cada programa de cumplimiento debe ser ajustado a la medida de las necesidades específicas de cada persona jurídica, teniendo en consideración su tamaño, su capacidad económica y los riesgos a los que se ve expuesta.

Parece claro que un buen programa de cumplimiento no puede ser estático, sino por el contrario debe evolucionar, y por lo tanto, debe estar atento a los cambios que ocurran en el mercado, a los nuevos negocios que desarrolle la empresa, a las modificaciones legales que vayan surgiendo y a los nuevos riesgos que puedan haber aparecido, todo lo cual lleva a la actualización constante del modelo de prevención de delitos.

Pareciera que, en resumen, las claves para contar con un sistema de cumplimiento exitoso pasan primero, por una cuidadosa etapa de diseño del modelo realizando un análisis exhaustivo de los procesos de trabajo más riesgosos.

Luego, por una implementación del modelo en forma seria, dando a conocer y capacitando a los empleados de la compañía en los códigos de conducta adoptados, aplicando cuando corresponda las sanciones internas que procedan, realizando monitoreos y auditorías permanentes a los procesos de trabajo de la empresa. De esta manera, es como se podría prevenir la comisión de los delitos contemplados en la Ley N°20.993, al detectarlos oportunamente, cumpliendo con denunciarlos a la Justicia, colaborando con la investigación, y adoptando permanentemente las correcciones que sean necesarias de introducir al modelo de prevención de delitos.



UNIDAD ESPECIALIZADA  
DE TRÁFICO ILÍCITO  
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

---



## IMPLICANCIAS DE LA LEY 20.603 RESPECTO DE LA LEY 20.000 QUE SANCIONA EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

*Ximena Marcazzolo Awad<sup>1</sup>*

### I. Introducción

La finalidad que perseguimos con este trabajo es analizar las implicancias de la Ley 20.603, “*que modifica la Ley 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad*”, en relación con la Ley N°20.000 que sanciona el tráfico ilícito de drogas.

Lo que nos motiva a efectuar este análisis preliminar, radica en la constatación que ésta, respecto de los delitos de tráfico de droga, presenta algunas modificaciones en relación con el estatuto anterior, las cuales estimamos relevante estudiar y destacar.

Desde ya hacemos presente que la jurisprudencia existente sobre la materia es escasa y en general dice relación con la vigencia diferida de la ley<sup>2</sup> y particularmente con lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal.

- 
- 1 Abogada, Subdirectora de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
  - 2 Chile, Ley N°20.603, que modifica la Ley 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas y restrictivas de libertad. Diario Oficial 27 de junio de 2012. Artículo 8°.- Las normas de esta ley entrarán en vigencia a contar de la publicación en el Diario Oficial de las adecuaciones que, en virtud de ésta, deban ser incorporadas en el decreto supremo N°1.120, de 1984, del Ministerio de Justicia, reglamento de la ley N°18.216. No obstante, las siguientes penas entrarán en vigencia, gradualmente, en la forma que se indica:
    - a) La pena de libertad vigilada intensiva, contemplada en el artículo 15 bis de la ley N°18.216, regirá desde el momento señalado en el encabezamiento de este precepto. Sin embargo, sólo procederá su control mediante monitoreo telemático, en la forma prevista en el artículo 23 bis, inciso tercero, de la misma ley, respecto de aquellos sujetos a quienes se les hubiere sustituido la pena privativa de libertad impuesta, cuya duración sea superior a cuatro años y no exceda de cinco. Lo anterior no obstará a que la pena de libertad vigilada intensiva se imponga igualmente a los demás condenados, en los casos señalados en la letra b) del mencionado artículo 15 bis.
    - b) El control mediante monitoreo telemático de la pena de libertad vigilada intensiva contemplado en el artículo 23 bis, inciso tercero, de la ley N°18.216, comenzará a regir, respecto de la totalidad de los casos del artículo 15 bis, letra b), de la misma ley, transcurrido un año desde la publicación de las adecuaciones a las que alude el encabezamiento de este precepto.
    - c) La pena mixta prevista en el artículo 33 de la ley N°18.216, entrará en vigencia transcurridos dos años desde la mencionada publicación. Sin perjuicio de los plazos de entrada en vigencia anteriormente contemplados, Gendarmería de Chile podrá

## II. Aspectos generales de la historia legislativa<sup>3</sup>

El fundamento de estas penas sustitutivas se origina en la constatación realizada por el Poder Ejecutivo relativa al crecimiento de la población penal y la necesidad de establecer mecanismos que permitieran descongestionar las cárceles.

La tramitación en el Congreso se inició con el Mensaje N°66-356 de 31 de marzo de 2008<sup>4</sup>, el cual pretendía modificar las medidas alternativas a las penas privativas de libertad contempladas en la Ley 18.216. En esa oportunidad se consignaba lo necesario que resultaba modernizar la justicia criminal desde la perspectiva de la ejecución de las penas. Asimismo, se hacía presente la doble función que cumplen las medidas alternativas, como prevención especial y al mismo tiempo como control del delito<sup>5</sup>.

Las modificaciones sugeridas en esa oportunidad incorporaban la reparación del daño respecto de la víctima y el trabajo en beneficio de la comunidad, como una forma de resarcir los perjuicios causados por el delito. Se establecía la improcedencia de la libertad vigilada en caso de delitos graves y se consagraba el sistema de monitoreo electrónico, entre otras propuestas.

Posteriormente, el nuevo gobierno realiza indicaciones sustitutivas<sup>6</sup> al proyecto y particularmente en la correspondiente a agosto de 2010<sup>7</sup>, señala que las medidas alternativas han sido consideradas como un beneficio que los imputados no cumplen, por lo que no se logra el fin rehabilitador que se pretende con ellos. Que, a través de esta nueva propuesta se pretende fortalecer el sistema de sanción, evitar la reincidencia y proteger a las víctimas, por ello se establece un sistema de penas alternativas.

---

dar inicio al proceso de licitación al cual hace mención el artículo 23 quáter de la ley N°18.216 desde la publicación de la presente ley.

Las adecuaciones señaladas en el inciso primero de este artículo deberán efectuarse dentro de los dieciocho meses siguientes a la publicación de la presente ley.

- 3 Para este trabajo nos centraremos en el Mensaje N°66-356 y la Indicación Sustitutiva N°151-358.
- 4 Mensaje N°66-356 de S.E. la Presidenta de la Republica con el que se Inicia un Proyecto de Ley Tendiente a Modificar la Ley N°18.216, que Establece Medidas Alternativas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad. De 31 de marzo de 2008.
- 5 Mensaje 66-356, op. cit., p. 6.
- 6 Con fecha 18 de agosto de 2010, se Formula Indicaciones (N°151-358) a la Indicación Sustitutiva del Proyecto de Ley Tendiente a Modificar la Ley N°18.216, que Establece Medidas Alternativas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad (Boletín N°5838-07), de 13 de octubre de 2009.
- 7 Indicación 151-358. op. cit., pp. 18- 19.

Agrega que el sistema de penas alternativas se construirá de acuerdo a los siguientes principios<sup>8</sup>:

**1. Cumplimiento de penas inteligentes:** esto consistiría en hacer un uso eficiente de las sanciones, castigando severamente a quienes cometan delitos graves y tendiendo a la integración social de quienes delinquen por primera vez. Lo expresado, obedecería a un sistema “inteligente” de cumplimiento de penas, lo cual permite distribuir los recursos disponibles de la mejor forma posible.

**2. Establecimiento de un catálogo de delitos que serán siempre sancionados con cárcel:** mediante el establecimiento de un listado de delitos que no podrán ser objeto de penas sustitutivas, por lo que su cumplimiento siempre se realizará privado de libertad.

**3. Uso de nuevas tecnologías para controlar su cumplimiento:** su objetivo es evitar la impunidad que se produciría al no cumplir las medidas alternativas, por lo que el objetivo perseguido es controlar su cumplimiento, a través de sistemas de radiofrecuencia y GPS.

**4. Los incumplimientos y quebrantamientos serán detectados:** para estos efectos se consagran mayores deberes de supervisión de parte de los jueces y se establecen sanciones severas para el caso de incumplimientos.

**5. El objetivo de estas sanciones será evitar la reincidencia delictual:** para estos efectos se propenderá a un mayor énfasis en la rehabilitación por una parte y también en el control en el cumplimiento de las medidas.

**6. Se diversificará la repuesta penal:** en el contexto de la ejecución penal inteligente, se instará por la aplicación de penas que se adecuen a los perfiles delictuales y criminológicos de los condenados. Ello, de acuerdo con la finalidad de mayor protección a las víctimas, en cuya consecuencia se incorpora la vigilancia telemática, especialmente respecto de aquellas que han sido afectadas por delitos sexuales o casos graves de violencia intrafamiliar.

**7. Gradualidad de su implementación:** debido a lo que significa incorporar tecnología que permite el seguimiento telemático, se tomó la decisión de implementar un sistema de vigencia gradual.

Ahora bien, el contenido de la indicación sustitutiva consistió:

a. Establecimiento de penas sustitutivas a las privativas o restrictivas de libertad:

Se modifica la nomenclatura “medida alternativa” por “pena sustitutiva”, con el objeto de hacer hincapié que no se trata de un beneficio, sino que de una sanción que sustituye la originalmente impuesta.

<sup>8</sup> Indicación 151-358.op. cit., pp. 19-21.

**b. Causales de improcedencia para la aplicación de penas sustitutivas:**

En consideración a la gravedad de ciertos delitos se establece un catálogo de ilícitos respecto de los cuales no será procedente la sustitución de pena.

En esos casos deberá darse cumplimiento a la pena privativa o restrictiva de libertad de manera efectiva.

**c. Diversificación del catálogo de penas sustitutivas:**

Se incorpora la reclusión parcial y la libertad vigilada intensiva. La primera reemplazaría a la reclusión nocturna bajo el propósito que ésta se efectúe preferentemente en el domicilio del condenado mediante los controles telemáticos que se proponen. Por su parte la libertad vigilada intensiva es una forma más severa de dar cumplimiento a la antigua libertad vigilada.

**d. Obligación de asistencia a programas de rehabilitación por consumo problemático de drogas y alcohol:**

Reconociendo la relación droga delito se decide incluir dentro de las condiciones de la libertad vigilada y libertad vigilada intensiva, la obligación de asistir a programa de rehabilitación en drogas y alcohol.

**e. Sistema de monitoreo telemático:**

Se establece un sistema de monitoreo telemático para la vigilancia de la reclusión domiciliaria parcial y de la libertad vigilada intensiva. Se dispone que el control deberá recaer en Gendarmería de Chile y se deberá dictar un reglamento para estos efectos<sup>9</sup>.

### **III. Aspectos generales de la nueva ley**

Mediante la dictación de la Ley N°20.603 se reemplazan las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad por penas sustitutivas, las que a diferencia de las primeras, tal como lo indica su nombre, son sanciones que se conceden en sustitución de las originalmente impuestas, por lo que los condenados cumplen la pena privativa o restrictiva de libertad pero no en régimen tradicional o alternativo, sino que a través de alguna de las modalidades contempladas en el artículo 1 o 33 de la mencionada normativa.

---

9 Chile, Decreto N°515 aprueba reglamento de monitoreo telemático de condenados a penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Publicado en el Diario oficial el 18 de enero de 2013.

Las penas sustitutivas están mencionadas en el artículo 1 de la modificada Ley 18.216, esto es:

1. Remisión condicional.
2. Reclusión parcial.
3. Libertad vigilada.
4. Libertad vigilada intensiva.
5. Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.
6. Prestación de servicios a beneficio de la comunidad.

En el mismo artículo se establece un catálogo de delitos<sup>10</sup> respecto de los cuales no es procedente la sustitución de penas, lo que equivale a señalar, que las sanciones privativas o restrictivas de libertad a las que fueron condenados siempre serán de cumplimiento efectivo.

El artículo 3 define **la remisión condicional** como “...*la sustitución del cumplimiento de la pena privativa de libertad por la discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo*”. Por su parte, el artículo 4 menciona sus requisitos y sus prohibiciones, una de los cuales dice relación con el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, al cual nos referiremos en lo sucesivo de este trabajo<sup>11</sup>. Finalmente, el artículo 5 se refiere al período de observación y las condiciones.

A continuación se regula **la reclusión parcial**, definida en el artículo 7: “*la pena de reclusión parcial consiste en el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, durante cincuenta y seis horas semanales*”. Esta pena sustitutiva puede verificarse durante el día, la noche o los fines de semana. A continuación el artículo 8 establece los requisitos de procedencia de esta sanción sustitutiva.

10 Artículo 141 incisos tercero, cuarto y quinto; 142, 361, 362, 372 bis, 390 y 391 N°1 del Código Penal, salvo cuando en la determinación de la pena se hubiera considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del Código Penal. También se proscriben los servicios a beneficios de la comunidad para los casos de crímenes y simples delitos de la Ley 20.000 y las demás penas sustitutivas en caso de los reincidentes por estos delitos. Finalmente, tampoco podrán aplicarse respecto de los autores del delito consumado del artículo 436, inciso primero del Código Penal, que hubiere sido condenado anteriormente por algún ilícito de los contemplados en los artículos 433, 436 y 440 del cuerpo punitivo.

11 Artículo 4 inciso final: “*Con todo, no procederá la remisión condicional como pena sustitutiva si el sentenciado fuere condenado por aquellos ilícitos previstos en los artículos 15, letra b), o 15 bis, letra b), debiendo el tribunal, en estos casos, imponer la pena de reclusión parciales, libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, si procediere*”.

El artículo 10 regula la pena de **prestación de servicios en beneficio de la comunidad**, definiéndola como: “...*consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad, coordinadas por un delegado de Gendarmería de Chile*”.

Más adelante, en el artículo 14, se regula la institución de **la libertad vigilada**, entendiéndose por tal: “...*someter al penado a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su reinserción social a través de una intervención individualizada, bajo la vigilancia y orientación permanente de un delegado*”. Posteriormente se señala **que la libertad vigilada intensiva** “.. *consiste en la sujeción del condenado al cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales*”.

Los requisitos, procedencia y duración de la libertad vigilada se regulan en los artículos 15, 15 bis, 16, 17, 17 bis y 17 ter, 17 quáter y 18. Los delegados de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva se encuentran regulados entre los artículos 20 y 23.

Más adelante, el Título III se refiere **al monitoreo telemático**, esto es, “...*toda supervisión por medios tecnológicos de las penas establecidas por esta ley*”. Los artículos comprendidos en este acápite son el 23 bis, 23 bis A, 23 ter, 23 quáter, 23 quinquies, 23 sexies, 23 septies y 23 octies.

El incumplimiento y quebrantamiento de las penas sustitutivas se encuentra contemplado en el Título IV, artículos 24 al 31.

Los artículos 32 y 33 respectivamente regulan **el reemplazo de la pena sustitutiva y las penas mixtas**.

El artículo 34 contempla una pena sustitutiva que es aplicable sólo a los extranjeros, esto es, **la expulsión**.

Los artículos 35, 36, 37, 38, 39 y 40 contienen disposiciones generales relativas a la sentencia condenatoria, a la apelación, entre otras materias.

#### **IV. Implicancias de la dictación de Ley 20.603 en relación con la Ley 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópica**

Como se explicitó en el primer capítulo de este trabajo, nuestro objetivo es analizar la nueva Ley 20.603 a la luz de la Ley de Drogas, con el propósito de comparar la situación anterior a la dictación de dicho estatuto legal.

La Ley 18.216, modificada por la Ley 20.603, hace referencia a los delitos de tráfico ilícito de drogas en los artículos 1, 4 y 15. Además, el artículo 5 de la Ley 20.603 ordena una modificación en el artículo 62 de la Ley 20.000.

Además de revisar los artículos mencionados precedentemente, también nos referiremos a la pena de expulsión de extranjeros contemplada en el artículo 34 de la modificada Ley 18.216, dado que un porcentaje importante de personas que pueden ser objeto de esta pena sustitutiva, serán los condenados por delitos de tráfico ilícito de drogas e ilícitos conexos.

## 1. Artículo 1 Ley 18.216

Este artículo es de gran relevancia por cuanto enumera las penas sustitutivas y al mismo tiempo establece el catálogo de delitos a cuyo respecto no serán procedentes.

En relación con la Ley de Drogas, lo relevante es lo dispuesto en el inciso tercero, cuyo texto reza: *“En ningún caso podrá imponerse la pena establecida en la letra f) del inciso primero a los condenados por crímenes o simples delitos señalados por las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403. No se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en esta ley a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por algunos de dichos crímenes o simples delitos en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la ley 20.000”.*

Del inciso referido se pueden desprender dos situaciones:

### 1.a. Prestación de servicios en beneficio de la comunidad

El legislador proscribió la posibilidad de aplicar la pena sustitutiva de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, cuando la condena hubiese sido por un crimen o un simple delito contemplado en la actual Ley de Drogas o en sus antecesoras 19.366 y 18.403.

Esta pena sustitutiva se encuentra regulada en el artículo 10 y siguientes de la Ley 18.216, respecto de condenas de hasta 300 días de duración, vale decir, se trata de hipótesis de penas privativas de libertad inferiores a un año.

### 1.b. Restantes penas sustitutivas

Las restantes penas sustitutivas no son aplicables a los reincidentes por delitos contemplados en la Ley de Drogas, con una sola excepción, esto es, respecto de aquellos que hubiesen cooperado eficazmente en la investigación.

De lo expresado, se desprende que los reincidentes de delitos de la Ley 20.000 no pueden optar a las penas sustitutivas, salvo aquellos que hubieren cooperado eficazmente en la investigación, siempre que cumplan con los requisitos que la Ley 18.216 exige respecto de la pena sustitutiva que corresponda.

A nuestro juicio, la circunstancia de haber cooperado eficazmente en la investigación no significa que debe procederse sin más a la concesión de penas sus-

titutivas, sino que en cada caso deberá darse cumplimiento a los requisitos de aquella sustitutiva que se alega. Esto, en contraposición a una interpretación del artículo 62 de la Ley 20.000, idéntico al inciso en comento, respecto de la cual algunas defensas invocaban en los juicios que procedían los beneficios de la Ley 18.216 aun cuando no se cumpliera con todos los requisitos ya que por especialidad debía primar el artículo 62 por sobre la mencionada ley.

Nosotros discrepamos con esta posición ya que la única excepcionalidad que franquea la cooperación eficaz es la procedencia de pena sustitutiva a los reincidentes que cumplan con los requisitos de la Ley 18.216, pero no la procedencia de la pena sustitutiva y además la modificación de los requisitos para conceder una pena sustitutiva.

A mayor abundamiento, estimamos que nuestra interpretación es más coherente con el tratamiento que esta ley le otorga a los condenados por delitos de tráfico ilícito de drogas y conexos.

## 2. Artículo 4 Ley 18.216

Este artículo dice relación con la remisión condicional de la pena, específicamente, con los requisitos para su procedencia.

Ahora bien, para los efectos de este comentario, lo relevante es lo dispuesto en su inciso final, el cual expresa: *“Con todo, no procederá la remisión condicional como pena sustitutiva si el sentenciado fuere condenado por aquellos ilícitos previstos en los artículos 15, letra b), o 15 bis, letra b), debiendo el tribunal, en estos casos, imponer la pena de reclusión parcial, libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, si procediere”*.

Por su parte, el artículo 15 letra b) menciona a la figura contemplada en el artículo 4 de la Ley de Drogas, es decir, el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, por lo que el reenvío del inciso final del artículo 4 de la Ley 18.216, en definitiva dispone que no puede aplicarse en materia de microtráfico la pena sustitutiva de la remisión condicional, no obstante haberse dado cumplimiento a los restantes requisitos contenidos en dicha norma.

Lo expresado, no obsta a la concesión de otra pena sustitutiva como la reclusión parcial, la libertad vigilada o la libertad vigilada intensiva cuando ello fuera procedente.

## 3. Artículo 15 de la Ley 18.216

Esta disposición contempla los requisitos de procedencia de la libertad vigilada, señalando expresamente:

*“la libertad vigilada podrá decretarse:*

*a) Si la pena privativa o restrictiva que impusiere la sentencia fuere superior a dos años y no excediere de tres.*

*b) Si se tratare de alguno de los delitos contemplados en el artículo 4 de la ley N°20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, o en los incisos segundo y tercero del artículo 196 del decreto con fuerza de ley N°1, de 2009, del Ministerio de Transporte y telecomunicaciones, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Tránsito, y la pena privativa o restrictiva de libertad que se impusiere fuere superior a quinientos cuarenta días y no excediere de tres años”.*

Del párrafo transcrito se constata que en materia de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, procede la libertad vigilada cuando la pena supere los quinientos cuarenta y un días y no exceda de tres. Esta disposición debe armonizarse con lo dispuesto en el artículo 4 de la misma ley, el cual, como se señaló, estableció la improcedencia de la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena tratándose de este delito y por su parte reduce el marco penal del artículo 15 letra a), que es la regla general de la libertad vigilada, a quinientos cuarenta y un días en vez de dos años para que sea procedente.

En el evento que una persona sea condenada por un delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga a una pena inferior a quinientos cuarenta y un días, lo cual podría ocurrir en caso que concurren varias circunstancias atenuantes y ninguna agravante, dicha pena no podría ser sustituida por la remisión condicional de la pena o la libertad vigilada, habida consideración de lo consignado en las normas reseñadas.

#### 4. Artículo 34 de la Ley 18.216

Esta disposición contempla una pena sustitutiva que es exclusiva para extranjeros no residentes en Chile, consistente en la expulsión de éstos del país.

De acuerdo al artículo 34, para que proceda la expulsión:

- 4.1. Debe tratarse de un extranjero no residente en Chile.
- 4.2. Haber sido condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo.
- 4.3. Que el juez de oficio o a petición de parte decreta la expulsión de país.
- 4.4. La procedencia de esta pena debe resolverse en audiencia, a la cual debe ser citado el Ministerio del Interior y Seguridad Pública para ser oído.

En caso que se decreta la expulsión se oficiará al Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. El expulsado no podrá ingresar al territorio nacional en el plazo de diez años.

Si el condenado regresa al territorio nacional antes de cumplirse los diez años, deberá cumplir el saldo de la pena privativa de libertad que le hubiese sido impuesta originalmente.

Si bien el artículo 34 no hace referencia alguna a la Ley 20.000, consideramos oportuna mencionarla expresamente por cuanto, un porcentaje importante de extranjeros no residentes que cometen delitos en Chile incurrir en figuras penales de la Ley de Drogas.

## 5. Artículo 5 de la Ley 20.603

El artículo 5 de la Ley 20.603, adecuándose a la nueva nomenclatura, dispone que en el artículo 62 de la Ley 20.000 debe sustituirse la expresión “Medidas alternativas” por “penas sustitutivas”.

Como se señaló precedentemente, el artículo 62 de la Ley 20.000 regulaba la procedencia de las medidas alternativas de la Ley 18.216 en relación con dicha ley y a partir de la modificación lo efectúa en relación con las penas sustitutivas.

A este respecto nos remitimos a lo señalado en relación con el artículo 1 de la Ley 18.216.

## Conclusiones

1. La pena sustitutiva de prestación de servicio en beneficio de la comunidad, no es aplicable a los condenados por crímenes o simples delitos contemplados en la Ley de Drogas.
2. Los reincidentes de delitos de la Ley 20.000 o sus normativas predecesoras, no pueden optar a ninguna pena sustitutiva, con excepción de aquellos que hubieran colaborado eficazmente en la investigación, siempre que cumplan con los demás requisitos propios de cada pena sustitutiva.
3. Los condenados en virtud de la figura contemplada en el artículo 4 de la Ley 20.000, esto es, tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga no pueden ser beneficiarios de la pena sustitutiva de la remisión condicional.
4. El legislador dispuso que respecto de los condenados por la figura contemplada en el artículo 4 de la Ley 20.000, siempre que se cumpla con lo demás requisitos de la Ley 18.216 y que la pena supere los quinientos cuarenta y un días pero no exceda de tres años, podrá decretarse la pena sustitutiva de libertad vigilada.
5. La pena de expulsión del territorio nacional para extranjeros no residentes consideramos oportuna de mencionar por cuanto, un porcentaje

importante de extranjeros no residentes que cometen delitos en Chile, incurrir en figuras penales de la Ley de Drogas.

### **Normas citadas**

- Chile, Ley 20.603, que modifica la Ley N°18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, publicada en el Diario Oficial al el 27 de junio de 2012.
- Chile, Ley 20.000, que sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2005.
- Historia de la Ley, N°20.603, Modifica la Ley N°18.216, que establece medidas, alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad.



## SENTIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 43 DE LA LEY 20.000

*Jorge Valladares Opazo<sup>1</sup>*

---

El presente artículo representa un esfuerzo por refundir las opiniones que, por espacio de seis meses a la fecha, la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas del Ministerio Público ha tenido ocasión de emitir, especialmente con aquellas consultas formuladas en relación con el alcance del artículo 43 de la Ley 20.000 y los efectos que el mismo pueda tener en la determinación de los tipos penales contemplados en los artículos 3° y 4°, ambos en relación con el artículo 1° de la mencionada ley, y dilucidar si, por aplicación de los mismos, nos enfrentamos a un problema de error de derecho, un problema de prueba o bien, incluso, si nos enfrentamos a un problema inexistente o artificial.

En el contexto aludido, para el redactor de este artículo, aparece como fundamental reconocer el importante aporte de los abogados de nuestra Unidad Especializada en la construcción de una opinión constante, y del cual surge en gran medida este texto, reconocimiento que resulta forzoso, entre otras razones, por honestidad intelectual.

Como cuestión importante, para adentrarnos en el conocimiento de este asunto, es necesario dejar constancia que estas consultas han surgido a partir de la dictación, por parte de la Excma. Corte Suprema, de dos fallos que se han referido especialmente a la aplicación del artículo 43 de la Ley 20.000 y han atribuido al mismo un alcance interpretativo distinto, de acuerdo al estado de discusión preexistente a los mismos. Nos referimos específicamente a los fallos dictados en Rol 4215-12 y Rol 9034-12. Por lo mismo, la tarea de interpretación del sentido de la ley resulta ineludible y, para ello, habrá que recurrir no sólo a su intención o espíritu, sino también a la historia fidedigna de su establecimiento, cuestión que esperamos sea lo suficientemente clarificadora.

El primero de estos fallos, dictado en Rol 4215-12, data de fecha 25 de julio de 2012, y en él, la Excma. Corte Suprema, conociendo del recurso de nulidad deducido en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, y que fuera fundado en tres capítulos, en carácter subsidiario, respectivamente, por las causales contempladas en el artículo 373 letra a), 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c); y 373 letra b), todos del Código Procesal Penal, luego de desestimar las dos primeras

---

1 Director de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

causales invocadas, acoge el tercer fundamento y hace lugar al recurso de nulidad por haber incurrido la sentencia en un error de derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, dictando al efecto sentencia de reemplazo absolutoria.

En honor al tiempo, no nos referiremos a las otras causales invocadas y a los fundamentos tenidos en consideración por el Máximo Tribunal para desestimarlos, no obstante la necesaria referencia que deba hacerse de ellos a propósito del presente estudio. Sin embargo, es inevitable y, por lo mismo, forzoso referirse a los hechos que se dieron por establecidos en la sentencia recurrida, los que se reproducen a continuación: *“Que en virtud de una investigación desarrollada por la Sección OS-7 de Carabineros, se determinó la existencia de transacciones de droga en un inmueble ubicado en XXX. Así, el día 19 de Mayo de 2011, cerca de las 19:00 horas, funcionarios del OS-7 se constituyeron en el lugar, pudiendo observar que un sujeto de estatura media, contextura gruesa, que vestía de jeans y pollerón rojo gris, pelo corto, se encontraba en la entrada del domicilio ya referido, siendo atendido por el acusado V.R.O.C., apodado “V.C.”, quien le vendió tres envoltorios de pasta base de cocaína, droga que le fue encontrada al primer sujeto cuando se le efectuó un control de identidad. Por ello, en vista de estar en presencia de un delito flagrante, se ingresó, por parte de Carabineros, al inmueble ya sindicado, procediendo a golpear la puerta de ingreso, siendo atendidos por una mujer, quien alertó al encartado de su presencia, desplazándose éste hacia una dependencia destinada a cocina y lanzando al interior de la cocina a leña que se encontraba encendida, un objeto que logró ser rescatado de las brasas por uno de los policías, consistente en un monedero de cuero, color negro, en cuyo interior se encontraban 14 envoltorios de papel blanco cuadriculado de pasta base de cocaína; al mismo tiempo que en el piso, se encontró un calcetín de color blanco con negro, cuyo interior contenía 36 envoltorios de la misma confección y sustancia. Los envoltorios arrojaron un peso bruto total de 8 gramos 600 miligramos de pasta base de cocaína. Asimismo, en poder del imputado se encontró la suma de \$6.000 (seis mil pesos) presumiblemente de las ventas de dicha sustancia”.*

Sobre la base de estos hechos, incontrovertibles por el tercer capítulo invocado, transcurre la discusión promovida por los recurrentes que entiende que en la calificación jurídica de estos hechos, ha existido infracción al artículo 1° del Código Penal, porque se estimó delito una conducta carente de la necesaria antijuridicidad material como para ser sancionada penalmente, al tiempo que se denuncia la errónea aplicación del artículo 1° en relación al artículo 4° de la Ley N°20.000 y, según insiste en su argumentación el recurrente, se afecta el principio limitador del *ius puniendi* estatal, cual es el de lesividad –en estricto rigor el principio al que cabría acudir es el de exclusiva protección de bienes jurídicos–, que implica que la conducta debe ser capaz de afectar el bien jurídico protegido en términos tales que la intervención del derecho penal se encuentre legitimada.

Del contenido de los dos párrafos precedentes aparece la inexactitud de la proposición planteada por la defensa en el recurso, desde el momento en que la conducta descrita, y que el Tribunal de San Antonio entiende como hechos acreditados, se reúnen las condiciones necesarias para sostener que en ellas se ha incurrido en una conducta subsumible en la figura del artículo 4°, al describir en ellas actividades de posesión, guarda y porte manifestadas por actividades de transferencia, suministro y facilitación (a cualquier título que se haya operado), con tal latitud y precisión, que ello nos lleva a examinar el alcance del mismo artículo 4°, inciso 3°, que entiende no concurrir la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad “o” pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito “o” cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título. Es necesario dejar establecido que el fallo de nulidad no cuestiona que pericialmente se haya establecido la presencia de cocaína. De igual forma, es completamente pacífico que la sustancia estupefaciente incautada en el procedimiento que motiva el recurso, por su cantidad, impidió que se pudiera amplificar el grado de pureza.

Para seguir adecuadamente el razonamiento del recurso deducido por la defensa, ésta sostiene que el error de derecho estaría dado por la ausencia, en la conducta descrita, de la necesaria antijuridicidad material, exigible por el artículo 1° del Código Penal. Más allá del yerro que puede significar el hecho de estimar como error de derecho la supuesta infracción de un principio, lo cierto es que, de acuerdo con lo razonado por el Excmo. Tribunal en los considerandos décimo cuarto y décimo quinto, y aunque no lo manifiesta expresamente, parece inferirse que la exigencia de la antijuridicidad material y su manifestación en tanto principio, lesividad (según la alegación de la recurrente), estaría consagrada en el artículo 4°, inciso 3°, antes reproducido, y de allí la necesaria referencia al artículo 43 y la perentoria exigencia de protocolo de análisis químico que le atribuye el Excmo. Tribunal, en tanto elemento de convicción establecido obligatoriamente en la ley, de suerte tal que, no informada valoración alguna por el servicio obligado a hacerlo, la sustancia incautada no tendría la aptitud suficiente para afectar al bien jurídico protegido (no obstante que el mismo informe contenga la afirmación del respectivo perito en el sentido de existir sustancia estupefaciente o sicotrópica).

Así se desprende del fallo cuando señala que *“la sola determinación de encontrarse presente cocaína base en una sustancia que también está integrada por carbonatos –que corresponden a una sustancia inocua– sin que haya sido posible establecer los porcentajes o concentración de cada uno de ellos en el total de la mezcla incautada, impide establecer si esta tiene o no la idoneidad o aptitud para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública y, en consecuencia, los hechos que se han tenido por comprobados en el proceso no pueden ser tipificados de*

*tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica de aquellas que describe el artículo 1 del inciso 1° de la Ley N°20.000”.*

El corolario de este razonamiento es conocido: en concepto de la Excma. Corte Suprema “*establecer lo contrario, configura efectivamente el error de derecho denunciado por la defensa*”.

El sentido contrario u opuesto a aquel sobre el cual razona nuestro Máximo Tribunal, significa simplemente que una vez establecida la existencia de sustancia estupefaciente, aun cuando no se llegue a determinar el grado de pureza, permite tener por acreditado en juicio la existencia del objeto material del delito, y correlativamente, dotar a la conducta típica del componente de antijuridicidad requerido por el legislador.

Sobre el particular, es importante ofrecer, en abono de nuestra tesis, tres argumentos que nos parecen significativos y que apuntan tanto a la raíz del problema como a la base de la argumentación expuesta en el fallo:

1.- Nuestro legislador considera que el **objeto material** del delito está definido por sustancias que, o son estupefacientes “o” son sicotrópicas. Sin embargo, nuestro legislador ha exigido que, junto con el atributo o propiedad estupefaciente o sicotrópico, estas sustancias deban producir dependencia física “o” síquica y ser capaces de provocar graves efectos tóxicos “o” daños considerables a la salud.

Normativamente entonces, las posibilidades son tantas, cuantas la combinatoria de tres pares de alternativas nos permiten, a saber:

- a) Sustancias estupefacientes, productoras de dependencia física, que provoquen graves efectos tóxicos.
- b) Sustancias estupefacientes, productoras de dependencia física, que provoquen daños considerables a la salud.
- c) Sustancias estupefacientes, productoras de dependencia síquica, que provoquen graves efectos tóxicos.
- d) Sustancias estupefacientes, productoras de dependencia síquica, que provoquen daños considerables a la salud.
- e) Sustancias sicotrópicas, productoras de dependencia física, que provoquen graves efectos tóxicos.
- f) Sustancias sicotrópicas, productoras de dependencia física, que provoquen daños considerables a la salud.
- g) Sustancias sicotrópicas, productoras de dependencia síquica, que provoquen graves efectos tóxicos.
- h) Sustancias sicotrópicas, productoras de dependencia síquica, que provoquen daños considerables a la salud.

A lo anterior cabe agregar la enorme cantidad de sustancias, de una u otra calidad, que caben dentro del espectro y que, no obstante, su uso autorizado excluye toda posibilidad de castigo.

Conforme a lo explicado, parece del todo razonable que nuestro legislador optara por el sistema “nominal”, conforme al cual, sobre la base de un Reglamento, se señala un listado de las sustancias que quedan incluidas bajo estas distintas hipótesis normativas –contenidas entre las letras a) a la h) de este número– y, de esta forma, se completa el precepto. De esta forma, ha sido un Reglamento (Decreto N°867 del Ministerio del Interior, publicado el 19 de febrero de 2008) el que se ha encargado de designar qué sustancias son aquellas a las que se refiere, para los efectos de lo que se viene razonando, el artículo 1° de la Ley 20.000.

Si no fuera ese el sentido del Reglamento, carecería de toda importancia la existencia del listado si, conforme a la exigencia planteada por este fallo de la Excma. Corte Suprema, se podría acreditar por esta vía que una determinada sustancia, no incluida en el listado, produce tal afectación al bien jurídico por reunir los requisitos previstos en el infringido artículo 1°. Cada año surgen nuevas sustancias, algunas de alto poder adictivo y otras de alta toxicidad que, no obstante dicha condición, deberán esperar a su inclusión en el listado para castigar las conductas que estén destinadas a su comercialización o cualquiera otra de las descritas en la Ley 20.000.

2.- El Artículo 4°, inciso 3, se ha encargado de establecer, también en términos disyuntivos, y a modo de una opinable presunción, cuando se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Si bien, es cierto que resulta posible repetir el ejercicio practicado en el número 1.- precedente, parece innecesario en este caso, máxime si las hipótesis surgidas de los términos disyuntivos en que está planteada esta norma, amplía significativamente las posibles combinaciones, lo que convertiría al mismo, además de innecesario, en ocioso.

Sin embargo, sí parece pertinente y necesario señalar que la hipótesis que señala el fallo en comento, relativo a la pureza de la droga, es una de las tantas posibles y, para el caso particular del que tuvo ocasión de conocer el Máximo Tribunal, la pureza de la droga aparece como un elemento intrascendente, casi insignificante frente a la contundencia de la conducta que sí da por establecida la sentencia recurrida –que el fallo de nulidad no toca– indiciarias, clara e inequívocamente, del propósito de traficar a cualquier título (oneroso en este caso). Dicho de manera más simple, para los efectos del caso en estudio, no se trataba de una *mera* posesión, transporte, guarda o porte a la que se refiere la primera frase del artículo cuarto, inciso cuarto, sino de una posesión, transporte, guarda o porte *circunstanciado* e indiciario del propósito de traficar.

Esta afirmación, por cierto no es antojadiza, y se basa en los claros términos del inciso tercero del artículo 4° de la Ley 20.000, en tanto existen en ella dos proposiciones que se plantean en términos disyuntivos: una de ellas, a la que hemos aludido como *meras* conductas de posesión, transporte, guarda o porte, por sobre las otras, precedidas de la expresión “o” (lo que supone entender que se debe optar por una u otra de las hipótesis, a riesgo de vulnerar el principio de contradicción), refieren actividades que circunstanciadamente permiten inferir una conducta de tráfico y para lo cual, forzoso es concluir, no resulta necesario indagar acerca de la pureza o calidad de la droga. Razonar en sentido contrario a esta línea de interpretación, nos llevaría a conclusiones poco afortunadas, según se explica en el número siguiente.

3.- Finalmente, también surge la necesidad de apelar al razonable efecto que se espera del rol uniformador de un fallo dictado por el Máximo Tribunal. Esto porque, de su atenta lectura, parece desprenderse que cuando en el proceso de análisis pericial no se logre amplificar pureza (proceso tendiente a determinar el porcentaje de la misma) nunca se entendería cometido el delito. Por sus alcances, esta línea de interpretación podría incluso ser estimada como una especie de despenalización de las conductas cuando la cantidad traficada impida obtener como resultado la valoración de la misma. Pero una tal conclusión resulta absurda, por cuanto en caso alguno el fallo plantea una propuesta desincriminadora y el legislador en parte alguna ha formulado una propuesta en dicho sentido.

Conforme a lo expuesto, el fallo dictado en Rol Ingreso 4215-12, debe ser apreciado en la justa dimensión del efecto relativo de las sentencias, lo que significa no atribuir otro efecto que el de resolver el asunto actualmente sometido a su decisión, sin esperar que ello pueda ser un criterio a replicar en otras causas, como de hecho ha ocurrido; en efecto, la exigencia de amplificación del grado de pureza de la sustancia ilícita incautada no ha sido sometida a nuevo pronunciamiento por parte del Máximo Tribunal y, aunque el marco normativo es idéntico –artículo 43 de la Ley 20.000–, los presupuestos para su aplicación han sido diametralmente distintos en el caso Rol Ingreso de Corte 9034-12, como veremos en los párrafos siguientes.

En efecto, el fallo dictado en Rol 9034-12, fue pronunciado en recurso de nulidad deducido en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, en causa RUC 1100393037-K, con fecha 28 de enero de 2013, la que fue impugnada por dos capítulos, en carácter subsidiario, invocando las causales de los artículos 373 letra a) y 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c), todos del Código Procesal Penal.

Al igual que en el análisis del fallo anterior, prescindiremos de exponer los argumentos y razonamientos por la primera causal invocada, y rechazada, centrando nuestro análisis en la segunda causal, acogida, y en los fundamentos de la nulidad decretada.

En este caso, a diferencia del anterior, no existe incautación de sustancia estupefaciente, y lo que en realidad se busca desentrañar es si es posible la condena en un caso en el que, por la vía científica, no ha logrado ser acreditado el objeto material del delito, y consecuentemente, tampoco se podría, en concepto del recurrente, formular una vinculación del imputado con dicho objeto material. Al no contar con incautación de sustancia estupefaciente, sino evidencia material que contenía “restos” de sustancias estupefacientes, ha sido imposible someter al análisis pericial que permita emitir siquiera un informe cualitativo (que indica exclusivamente la presencia de algún principio activo de sustancias controladas); huelga argumentar que, en estos casos, junto con ser imposible detectar la presencia de principios activos, es imposible obtener la amplificación de pureza de la sustancia debitada y sometida a análisis.

Al igual que en el caso anterior, para el adecuado entendimiento, es necesario reproducir los hechos que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán dio por establecidos:

*“G.C. se dedicaba a la compra y venta de drogas. A raíz de lo cual el día 15 de noviembre del año 2011, aproximadamente a las 09:30 horas, se procedió a la entrada, registro e incautación del inmueble ubicado en XXX, ocasión en la cual fue detenido en posesión de elementos conocidamente utilizados para la dosificación de la droga, la cantidad de \$800.000 (ochocientos mil pesos), dinero producto de la venta de drogas, y en posesión y ocultos en el patio de la casa ocho contenedores ya vacíos con capacidad aproximada de medio kilo de cocaína, tres de ellos, y de quinientos gramos de marihuana en un cuarto contenedor. Embalajes todos, que el imputado adquirió y luego vendió, en el lapso que duró la investigación”. El fallo de nulidad refiere otros hechos, que sirven de fundamento a la sentencia condenatoria impugnada, pero que tienen que ver más con el establecimiento de proposiciones fácticas que sirven de base para la construcción del razonamiento sobre la base de indicios, es decir, que permiten la acreditación de la teoría del caso, más que con la cuestión de fondo que nos ocupa y que dice relación con el valor específico que se le atribuye al protocolo análisis de drogas; en efecto, señala “Adicionalmente a esos hechos, que son coincidentes con los contenidos en la acusación y que fueron comunicados al acusado al darle a conocer el veredicto condenatorio, el fundamento octavo añade que “la última negociación la realizó el 15 de noviembre a las 0.28 horas. Asimismo, no cabe duda y se probó que G.C. le depositaba frecuentemente a L., su proveedor de Rancagua, importantes sumas de dinero, y no podría ser a otro título que en pago de la droga que le vendía, dado el tenor literal de las comunicaciones telefónicas habidas entre ellos. De igual forma ... tampoco existe duda que el acusado el 15 de noviembre de 2011 a las 02.20 horas recibió conforme la droga que le envió L. y que a las 02.28 acordó con él el precio. También se acreditó que siete horas más tarde el domicilio del enjuiciado G. fue allanado por personal de la Policía de Investigaciones, oportunidad en que se encontraron el teléfono monitoreado, bolsas de nylon, \$800.000 y ocho contenedores, cuatro de los cuales tenían resto de droga, tres restos de cocaína y uno restos de marihuana”.*

Nos hemos permitido esta mínima digresión, con la finalidad de evidenciar un aspecto insoslayable: según damos cuenta a continuación, el fallo roza aspectos que describen al sistema acusatorio en su conjunto y que tienen que ver con instituciones que le son propias, sea en el orden normativo, sea en el orden de los principios en que se sustenta. En específico, me refiero a la imposibilidad que se introduce, por la vía de esta sentencia de nulidad, de probar por cualquier medio producido e incorporado, en conformidad a la ley, de **todos los hechos y circunstancias pertinentes** para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento, que es la manifestación normativa del principio de libertad de prueba consagrado en el artículo 295 del CPP. Esto porque en estricta aplicación de dicho principio, la sentencia recurrida concluyó *“más allá de toda duda razonable, que J.A.G.C. el 15 de noviembre de 2011 a las 02.20 horas adquirió la droga antes señalada y que vendió en el tiempo intermedio antes del allanamiento, diligencia que se practicó a las 09:30 horas, es decir siete horas después de que G. tuviese la droga en su poder, sin que esté demás señalar que tuvo de sobra para vender la mercancía, esconder el dinero y tapar lo mejor que pudo los contenedores de droga”*. Este razonamiento es de vital importancia porque sirve de corolario a una serie de otros argumentos que permiten entender por qué, sin contar con la prueba científica del objeto material, es posible sin embargo acreditar una conducta constitutiva de tráfico ilícito de drogas, cuestión que la sentencia de nulidad se encarga de deconstruir.

Nos permitimos afirmar que el ejercicio de deconstrucción es, no obstante, incompleto. En efecto, el proceso mismo gira, en sentido opuesto, en torno a la construcción de una verdad casi de orden axiológico, que sustentaría la declaración de nulidad sobre la base de estimar que en la sentencia recurrida no se contiene la exposición clara, lógica y completa de los hechos y circunstancias que se dieron por probados —el fallo de nulidad, sin embargo, reproduce gran parte de ellos—, y no se contendría porque *“no existió prueba material de la droga”*. Para auxiliar esta última afirmación se recurre al expediente legal, atribuyendo al artículo 43 un alcance que está lejos de su sentido natural y obvio y mucho más lejano aún de la historia fidedigna de su establecimiento.

En efecto, sostenemos que la exigencia del protocolo de análisis, en carácter de *condictio sine qua non* de un fallo condenatorio no guarda relación con la exigencia típica de los artículos 3° y 4° de la Ley 20.000, ni menos con la discusión que llevó a su actual fisonomía al mencionado artículo 43 del citado cuerpo legal. Si el razonamiento seguido por la Excm. Corte Suprema se estimara válido y se aplicara con carácter general, nunca se podría formar convicción por la vía de presunciones. El seguimiento de la jurisprudencia a nivel nacional, aun con posterioridad a este segundo fallo, da cuenta que se trata de un criterio que no ha sido de recibo en las distintas Cortes de Apelaciones del país.

El tránsito seguido por nuestra legislación, al menos en esta parte, referido a la exigencia de un protocolo de análisis químico de la sustancia estupefaciente o sicotrópica incautada, no ha sufrido demasiados sobresaltos. El artículo 17 de la Ley 18.403, de 1985, reproduce en esta parte el contenido de la Ley 17.934 de 1973 que, en su artículo 15, ya contenía una explícita mención al referido protocolo, aunque reducido a identificar “*el producto y sus características*” y a señalar “*su peso o cantidad aproximados*” y que la Ley 18.403 mantuvo en idénticos términos como recién señaláramos. Por su parte, el artículo 26 de la Ley 19.366, dictada el año 1995, mantuvo la necesidad de su existencia, pero introdujo, en esta oportunidad, la obligación del Servicio de Salud de indicar, además, la “*peligrosidad que revista para la salud pública*”.

La necesidad de incluir el grado de pureza en el protocolo de análisis aparece recién con la dictación de la Ley 20.000 del año 2005. Sin embargo, en el proyecto de ley remitido por el ejecutivo no aparece esta mención. En efecto, el artículo 40 del proyecto en mención reproducía similares términos a los de la Ley 19.366, que pretendía derogar, cuestión que no mereció reparos de la E. Corte Suprema al momento de emitir su informe en relación con este proyecto, como tampoco en la Comisión Especial de Drogas de la Cámara de Diputados en sus primer y segundo informes e, incluso, durante gran parte del Segundo Trámite Constitucional.

Sólo luego de casi 5 años de tramitación del proyecto de ley, el artículo que finalmente corresponde al actual 43 de la Ley 20.000, sufre una modificación sustancial que lo deja con su actual fisonomía (y por cierto su componente normativo) y surge a propósito del Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado (de 3 de agosto de 2004) que introduce modificaciones a los artículos 5° y 41 del proyecto. El artículo 5° del proyecto (y de la Ley 20.000), sanciona el suministro de hidrocarburos aromáticos a menores de edad. En su inciso tercero, obligaba al Ministerio Público a solicitar del Servicio de Salud correspondiente el análisis químico de la sustancia suministrada, su naturaleza, contenido y composición, como asimismo, un informe acerca de los efectos tóxicos o sicotrópicos que produce.

De acuerdo con el informe complementario, el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (CONACE) propuso trasladar esta regla al inciso primero del artículo 41 (actual artículo 43 de la Ley 20.000), que obliga al Servicio de Salud a remitir al Ministerio Público, en el más breve plazo, un protocolo de análisis de la sustancia que le haya suministrado, en el que se identificarán el producto y sus características, señalando peso y cantidad y se indicará su peligrosidad para la salud pública. Añade que se conservará una cantidad determinada de dicha sustancia para el evento de que cualquiera de los intervinientes solicite nuevos análisis de la misma. Se expresa, en el referido informe complementario, que CONACE –en la actualidad SENDA– informó que “la propuesta había sido sugerida por el Ministerio Público y la

estimaba conveniente, porque permitiría mejorar la calidad de la información que emite el Instituto de Salud Pública, al extender las exigencias que se hacen en el artículo 5° respecto de los inhalantes a todas las demás drogas (naturaleza, contenido, composición y efectos tóxicos), **para saber qué están consumiendo los chilenos y no echar mano de mitos**”(el subrayado es nuestro).

La Comisión acogió esa recomendación, quedando el artículo 43 con su actual redacción.

Dos conclusiones, de enorme trascendencia, surgen de la revisión de la historia fidedigna del establecimiento de la redacción de la norma contenida en el artículo 43:

1. Que se trata de una obligación de orden administrativo, por lo que podemos entender, correlativamente, que no estuvo en la mente del legislador imponer un peritaje obligatorio o una valoración legal del mismo, soluciones por lo demás absolutamente contradictorias y hasta repugnantes con el sistema acusatorio, a la sazón, en pleno proceso de consolidación a nivel nacional.
2. Que su objetivo, al menos aquél que aparece significativamente explicitado, apunta a determinar la trazabilidad de las sustancias estupefacientes y sicotrópicas, es decir, en términos simples, va en la búsqueda de tres aspectos básicos en relación con las mismas, como son: el origen de sus diversos componentes, el conjunto de procesos que se han aplicado en su elaboración y también fijar tanto la distribución como la localización de las sustancias al momento de su incautación (determinando en este caso el lugar de la cadena en que fue incautada, que va desde la producción hasta su expendio).

Huelga argumentar en el sentido de la necesidad e importancia que representa tal información, particularmente en la construcción de una política de persecución penal del narcotráfico para quien precisamente ejerce dicha función, como es el caso del Ministerio Público, quien, conforme se encarga de precisar la historia fidedigna del establecimiento de la ley, tuvo un activo rol en la redacción actual de la norma contenida en el tantas veces mencionado artículo 43 de la Ley 20.000.

Ha sido tan evidente y persistente este propósito que, habiéndose iniciado el sistema acusatorio el año 2000, y encontrándose aún vigente la Ley 19.366 del año 1995, fue necesario dictar una serie de normas que adecuaran la legislación al sistema en proceso de implementación (conocido entonces como Reforma Procesal Penal) dictándose para dichos efectos la Ley 19.806 o “Ley Adecuatoria”. Entre otras, introdujo una importante modificación a la mencionada Ley 19.366, en específico para el tema en estudio, a su artículo 26, el que mantenía la obligación de remitir, en este caso al Ministerio Público, un

protocolo de análisis, pero modificaba esencialmente dicha norma al eliminar la referencia al valor probatorio contenido en la redacción original (hasta antes de la dictación de la Ley 19.806, el artículo 26 de la Ley 19.366 obligaba a valorarlo conforme al artículo 472 del Código de Procedimiento Penal de 1906, es decir como prueba suficiente del hecho).

Dado el nuevo contexto, ahora con la Ley 20.000 vigente y conforme a lo que se viene señalando, sostener que *“la prueba sobre la naturaleza de la droga efectuada por un ente distinto al indicado en la ley no cumple los estándares básicos exigidos por nuestro sistema de valoración, pues ante un delito de tráfico de estas sustancias es indispensable que a través de una actividad probatoria mínima queden aclaradas las circunstancias indicadas en el artículo 43 de la Ley N°20.000, y se conozca en forma fehaciente la peligrosidad que esas sustancias revisten para la salud pública, –bien jurídico protegido que debe ser puesto concretamente en peligro– lo cual no se encuentra justificado en la sentencia recurrida”*, como señala la segunda de las sentencias de nulidad en análisis, no resulta una afirmación concordante con los principios sustentadores del sistema acusatorio, entre los que cabe consignar, especialmente, el de libertad de prueba. Por lo mismo, es posible constatar que se quiso resolver un problema de estándar (que podría no haber alcanzado el suficiente para condenar).

Casi como recurso retórico, conviene traer a colación las reglas de interpretación de la ley contenidas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil, según las cuales cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, señala el artículo en la frase siguiente, para interpretar una expresión oscura, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma –cuyo no parece ser el caso– o **en la historia fidedigna de su establecimiento** (el subrayado es nuestro).

En el contexto aludido, parece válido recordar el fallo dictado hace casi 10 años, en causa 0300018602-2, seguida ante el Tribunal de Juicio Oral de Arica, en cuyo considerando decimosexto, a propósito de una discusión similar, relativa a la falta de acreditación del objeto material del delito, por no contarse con el protocolo de análisis de pureza sostiene que *“éste quedó acreditado –el objeto material– con la evidencia material, en especial, un frasco de vidrio primitivamente destinado a contener alimento para lactantes... que muestra rastros de habersele practicado un examen de narcotest con resultado positivo, dada la coloración azul que exhibe, situación que concuerda plenamente con las declaraciones de los funcionarios policiales que depusieron en el juicio... todos los cuales fueron precisos, categóricos y concordantes en afirmar que las sustancias incautadas en el delito investigado corresponden a clorhidrato y pasta base de cocaína, afirmación que sustentan en el hecho de haber practicado al momento de la incautación de dichas sustancias, la correspondiente prueba de campo, como asimismo a los contenedores, los que según el auto de apertura del juicio oral, contenían droga, hecho que,*

*por otra parte, pudieron los integrantes de este tribunal apreciar directamente por medio del olfato, el olor característico a cocaína que ellos expelen...*”. En el párrafo siguiente, como forma de complementar el anterior razonamiento se agrega: *“Para arribar a tal conclusión, estos sentenciadores tienen presente que el artículo 26 de la Ley 19.366, al referirse a los análisis que se deben practicar... sólo se limita a señalar la forma y circunstancia en que tal análisis debe practicarse, sin que en momento alguno se indique que éste sea el único medio para probar el que, efectivamente, nos encontramos en presencia de tales sustancias”*.

Es de esperar que el paso del tiempo no sea el causante de un alejamiento de las bases fundacionales del sistema acusatorio y que, particularmente, en casos en los que se debe recurrir a la prueba indiciaria, como es frecuente en los juicios por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, se permita a los tribunales hacerse cargo en su fundamentación de los hechos acreditados y no desestimarlos *a priori*, como parece ocurrir en este segundo caso en análisis, en el que se invalida el proceso de análisis y construcción dialéctica del razonamiento, únicamente por no contar con una prueba que, creemos erradamente, se considera de carácter obligatorio por exigencia legal.

Igualmente, es de esperar que los fallos que hemos reproducido, objeto del presente análisis, no extiendan sus conclusiones ni se asiente como una doctrina que predomine a nivel nacional pues, por las especiales características de las investigaciones referidas a tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, la elevación de los estándares de convicción y fundado en una aparente e inexistente exigencia legal podría tener consecuencias de las cuales el sistema de persecución no estaría en condiciones de satisfacer.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL  
Y EXTRADICIONES

---



## LA INMUNIDAD DIPLOMÁTICA

*Karinna Fernández Neira  
Eduardo Bolados Ampuero<sup>1</sup>*

*El presente texto tiene por objeto dar a conocer algunos de los principales aspectos relativos a la inmunidad diplomática, especialmente en lo concerniente a su origen, regulación y efectos. Además, con el fin de orientar los procedimientos a seguir en casos de existir agentes diplomáticos o consulares involucrados en una investigación penal, se mencionan aspectos de carácter práctico y se refieren casos concretos en los que ha asistido la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional (UCIEX).*

### I. Aspectos generales

**La inmunidad diplomática** se refiere a los beneficios de inmunidad o inviolabilidad que goza un diplomático<sup>2</sup> <sup>3</sup> sobre su persona, en el país donde reside y se desempeña oficialmente<sup>4</sup>, entre los que destaca el que los tribunales de dicho país, en principio, no podrán conocer de las acciones dirigidas en su contra<sup>5</sup>.

Esos privilegios, inmunidades y exenciones diplomáticos, no se conceden en beneficio de las personas, sino con la finalidad jurídica de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados.

El sustento jurídico del carácter absoluto de inmunidad diplomática, fue explicado por la doctrina y jurisprudencia del siglo XIX en la independencia, dignidad e igualdad de derechos de los Estados soberanos, la que impide que sean sometidos a los tribunales de otro, por cuanto siendo todos ellos iguales

1 Abogados de la Unidad Especializada en Cooperación Internacional y Extradiciones, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Funcionario público que ejerce la representación de su Estado.

3 En Chile, según el D.F.L. N°33, vigente desde el 9 de marzo de 1979, llamado “Estatuto del Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores”, la Planta de Servicio Exterior está conformada por los siguientes grados diplomáticos: - Embajador - Ministro Consejero o Cónsul General - Consejero o Cónsul General - Primer Secretario o Cónsul - Segundo Secretario o Cónsul - Tercer Secretario o Cónsul.

4 El diplomático puede ejercer sus funciones en una misión diplomática o consular, ante un organismo internacional, en el Ministerio de Relaciones Exteriores al que pertenece o destacado ante cualquier repartición estatal en el interior de su país.

5 GUZMÁN, Diego. *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 3ª edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 553.

no pueden asumir ni someterse a una jurisdicción extranjera sin renunciar a los derechos fundamentales de sus representantes<sup>6</sup>.

Se entiende que el diplomático representa una soberanía diferente, que por ello no puede ser objeto de juzgamiento en una jurisdicción distinta a la de su país, ni el ejercicio legítimo de sus funciones puede verse obstaculizado.

Así la **inmunidad** se concreta en la medida en que el Estado receptor debe abstenerse de juzgar los actos del diplomático extranjero, que actúa en representación de su Estado, es decir, se trata de un límite a la actividad jurisdiccional de los distintos Estados, en relación con los sujetos, el que determina que un Estado soberano no debe ser sometido a la potestad jurisdiccional de los tribunales de otro.

Por ello los agentes diplomáticos tienen derecho a no ser llamados a juicio, toda vez que ningún tribunal extranjero puede declararse competente para conocer de acciones intentadas en contra de un agente diplomático extranjero, un soberano extranjero o un Estado extranjero.

El respeto a este principio importa, “en el invaluable ámbito de las relaciones entre las naciones, el reconocimiento y resguardo de las soberanías del Estado receptor y del acreditado, en pro, ciertamente, de la reciprocidad, por cuanto sobre la base de dicha igualdad, se protegen los derechos fundamentales”<sup>7</sup>.

De igual forma, “el reconocimiento de la **inmunidad**, se explica mejor, por la legítima preocupación sobre el efecto que sus decisiones puedan tener en las relaciones internacionales de Chile con otro Estado, aún actuando dentro de los límites de su competencia”<sup>8</sup>.

Es cierto que los diplomáticos gozan de inmunidad de la jurisdicción penal, civil y administrativa del Estado receptor. Sin embargo, el Estado acreditante puede renunciar a esa inmunidad y tiene además facultades para juzgar a su agente por los ilícitos perpetrados en el territorio del Estado receptor.

Otro aspecto relevante, es el de la **inviolabilidad de la sede diplomática**, según el cual a los locales de la sede diplomática<sup>9</sup> sólo se podrá acceder con la aprobación del jefe de la misión, lo que rige incluso si aquellos locales son uti-

6 Corte Suprema, 14 de septiembre de 2010, Rol: 3493-10, considerando 9°.

7 *Ibidem*, considerando 10°.

8 GUZMÁN, ob. cit., págs. 553 y 554.

9 Por “locales de la misión”, se entiende los edificios o las partes de los edificios, sea cual fuere su propietario, utilizados para las finalidades de la misión, incluyendo la residencia del jefe de la misión, así como el terreno destinado al servicio de esos edificios o de parte de ellos.

lizados para la planificación de delitos. Este principio tiene especial relevancia para la utilización práctica de la concesión de un asilo diplomático<sup>10</sup>.

Ahora bien, las limitaciones o excepciones a estos principio están descritas en las mismas normas internacionales que las consagran, por ello los países no pueden generar cuerpos normativos internos que restrinjan su implementación, por tal razón a las normas que regulan el derecho diplomático se les conoce como *self-contained regime*, ya que las contramedidas admisibles a las facultades otorgadas se desprenden solamente de las mismas disposiciones que las originan, representando un sistema cerrado en sí mismo<sup>11</sup>.

En ese sentido se debe considerar que si bien, los diplomáticos gozan de inmunidad de la jurisdicción penal, civil y administrativa del Estado receptor, el Estado acreditante siempre puede renunciar a esa inmunidad y tiene además facultades para juzgar a su agente por los ilícitos perpetrados en el territorio del Estado receptor. Este aspecto es de especial importancia, pues permite afirmar que el establecimiento de la inmunidad no implica que no sea imputable y exigible la responsabilidad. De esta forma, es siempre aconsejable que ante situaciones criminales en las que participen agentes diplomáticos se realicen todas las diligencias necesarias que no involucren o afecten a la persona cuya inmunidad le protege, pues los antecedentes podrían ser relevantes de iniciarse posteriores investigaciones penales en el país de origen.

Además, un Estado receptor, si considera que existe un uso abusivo del estatus diplomático o de la sede, puede declarar “en cualquier momento sin indicar las razones” a los miembros de la misión como *persona non grata*, decretando su expulsión. Como *ultima ratio* también puede romper completamente las relaciones diplomáticas con el Estado acreditante, teniendo sus funcionarios que abandonar el país y con ello dejar la misión. Sin embargo, el Estado receptor no puede adoptar medidas que se dirijan directamente contra la misión y con ello cuestionar su inviolabilidad o incluso levantarla<sup>12</sup>.

## II. Normas aplicables

La inmunidad diplomática está regulada por la **Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961**<sup>13</sup>. En su preámbulo, ella aparece fundada

10 Instituto regulado y consagrado específicamente en Latinoamérica en la Convención sobre Asilo Diplomático, de 28 de marzo de 1958, en vigor desde el 29 de diciembre de 1954, no ratificada por Chile, concurriendo únicamente a su firma.

11 AMBOS, Kai. *El caso de Julian Assange: orden de detención europea versus asilo diplomático*. En prensa. 2013.

12 *Ibidem*.

13 Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961, en vigor desde el 24 de abril de 1964, ratificada por Chile el 9 de enero de 1968. Se trata de una Convención de carácter universal, suscrita por 187 Estados.

en nociones de cortesía internacional, desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones, al margen de sus diferencias de régimen constitucional y social y, además, en la clara necesidad de garantizar a los agentes el eficaz desempeño de sus funciones de representación de sus Estados, más que beneficiar a particulares con determinados privilegios o **inmunidades**.

Esta misma Convención, es la que consagra el principio universalmente reconocido de la **inviolabilidad de la sede diplomática**<sup>14</sup>.

Además, la mencionada Convención posee dos Protocolo facultativos, uno sobre adquisición de nacionalidad<sup>15</sup>, y el otro sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias<sup>16</sup>.

La **Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1964**<sup>17</sup>, que tuvo por objeto complementar la **Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas**, regulando principalmente los derechos y prerrogativas que le corresponden al Cónsul y a cualquier otro funcionario consular reconocido oficialmente como tal, pero limitándolo al ejercicio de sus funciones.

Adicionalmente, existen ciertos Convenios Bilaterales suscritos por Chile, los que en su mayoría se refieren a la autorización para que los familiares del personal diplomático puedan ejercer labores remuneradas en el Estado receptor<sup>18</sup>, también existen convenios destinados a exceptuar recíprocamente a los miembros de las Misiones Diplomáticas y Consulares, acreditados y no acreditados, de obtener la respectiva visación para ingresar o permanecer de acuerdo a las regulaciones de residencia, durante el período de su misión en los respectivos países<sup>19</sup>.

14 Especialmente en sus artículos 22 y 41.

15 Disponible en: [http://treaties.un.org/doc/Treaties/1967/06/19670608%2002-19%20AM/Ch\\_III\\_7p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1967/06/19670608%2002-19%20AM/Ch_III_7p.pdf)

16 Disponible en: [http://treaties.un.org/doc/Treaties/1967/06/19670608%2002-19%20AM/Ch\\_III\\_8p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1967/06/19670608%2002-19%20AM/Ch_III_8p.pdf)

17 Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963, en vigor desde el 19 de marzo de 1967, ratificada por Chile el 9 de enero de 1966.

18 Por ejemplo; Decreto N°148, de 14 de abril de 1992, Acuerdo con Canadá por el cual se autoriza a los familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de las misiones diplomáticas y consulares acreditados en los respectivos países y a familiares dependientes del personal de cualquiera de ambos gobiernos acreditados ante una organización internacional con sede en el otro país, para desempeñar actividades remuneradas en el estado receptor.

19 Por ejemplo, Decreto N°244, de 11 de junio de 1985, Convenio sobre exención de visaciones en los pasaportes diplomáticos, oficiales, especiales y de servicio, suscrito entre el gobierno de la Republica de Chile y el Gobierno de la Republica Árabe de Egipto, en la ciudad de El Cairo.

### III. Personas que pueden invocar la inmunidad diplomática

#### Agentes Diplomáticos

1. **Los agentes diplomáticos oficiales<sup>20</sup> y los miembros de su familia que formen parte de su casa<sup>21</sup>, siempre que no sean nacionales del Estado receptor.**

No sólo el jefe de la misión, también pueden ser los subordinados, pero deben contar con la calidad de diplomáticos. Quienes no podrán ser objeto de ninguna forma de detención o arresto<sup>22</sup>, no están obligados a testificar<sup>23</sup>.

También sus residencias particulares gozarán de la misma inviolabilidad de los locales de misión.

2. **Los miembros del personal administrativo y técnico de la misión, con los miembros de sus familias que formen parte de sus respectivas casas, siempre que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente<sup>24</sup>.**
3. **Los miembros del personal de servicio de la misión que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente, gozarán de inmunidad por los actos realizados en el desempeño de sus funciones<sup>25</sup>.**
4. Respecto a los *criados particulares de los miembros de la misión*<sup>26</sup>, que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente, **el Estado receptor podrá ejercer su jurisdicción de modo que no estorbe indebidamente el desempeño de las funciones de la misión.**
5. El *agente diplomático que sea nacional de ese Estado* o tenga en él *residencia permanente* sólo gozará de inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad por los *actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones*.

20 Cancilleres de Embajadas y los agregados de Embajadas.

21 Art. 29-36 y Art. 37.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

22 Art. 29 Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

23 Art. 31.2 Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

24 Art. 37.2 Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

25 Art. 37.3 Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

26 Por "criado particular", se entiende toda persona al servicio doméstico de un miembro de la misión, que no sea empleada del Estado acreditante.

## Cónsules

Es importante hacer presente que *los cónsules*, no forman parte del personal diplomático, y sus actos pueden ser perseguidos penalmente, sólo gozan de inmunidad respecto de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones oficiales. Incluso si no existe, misión diplomática<sup>27</sup>.

Así, expresamente la Convención indica “Los funcionarios consulares y los empleados consulares no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en **el ejercicio de las funciones consulares**”<sup>28</sup>. Por su parte las funciones consulares, se encuentran descritas y enumeradas en el artículo 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Adicionalmente, en el caso de **cargos interinos**, si bien el Estado receptor debe protección al interino, no estará obligado a otorgar a un jefe interino las facilidades, privilegios e inmunidades de que goce el titular, en el caso de que en aquél no concurren las mismas condiciones que reúna el titular.

Específicamente en relación al proceso penal la Convención indica; “Cuando se instruya un procedimiento penal contra un funcionario consular honorario, éste **estará obligado a comparecer** ante las autoridades competentes. Sin embargo, las diligencias se practicarán con la **deferencia debida** a ese funcionario por razón de su carácter oficial y, excepto en el caso de que esté detenido o puesto en prisión preventiva, de manera que se perturbe lo menos posible el ejercicio de las funciones consulares. Cuando sea necesario detener a un funcionario consular honorario, se iniciará el procedimiento contra él con el menor retraso posible”<sup>29</sup>.

Se entiende por la doctrina, que la forma de hacer cumplir la inmunidad es mediante un incidente<sup>30</sup>, que el imputado deberá interponer en el proceso penal reclamando, acreditando y probando su inmunidad, así como la naturaleza de los actos que originaron el hecho por el que se le investiga.

## Funcionarios de Organizaciones Internacionales

Los Estados también reconocen y otorgan privilegios e inmunidades a representantes de organismos internacionales que tienen sede en el Estado Receptor, con el objeto de que puedan ejercer sus funciones libre de presiones, obstáculos o de cualquier otro tipo de actos contrarios a su labor y objetivos.

27 Art. 17.1 Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1964.

28 Art. 43 Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1964.

29 Art. 63 Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1964.

30 GUZMÁN, ob. cit., p. 557.

También se otorgan a los agentes de organismos internacionales que realizan funciones específicas en el territorio de otro Estado, como por ejemplo a los integrantes de la Corte Penal Internacional<sup>31</sup>. Evidentemente, en estos casos la inmunidad se va limitar al ejercicio de sus funciones, las que se encuentran descritas en el correspondiente Tratado Constitutivo, Convenio Bilateral o Decreto, aunque en términos generales se entiende que una organización internacional requiere: (1) transferir personal sin dificultades de un país a otro; (2) administrar y convertir sus recursos financieros sin las restricciones impuestas por la política cambiaria y monetaria de cada Estado miembro; (3) tener libre acceso a los medios de comunicación; (4) contratar y poseer bienes muebles e inmuebles; (5) encontrarse libre de obstáculos impuestos por procesos judiciales en un Estado miembro con la finalidad de obstaculizar o frustrar las acciones de la mayoría<sup>32</sup>.

#### IV. Duración de los beneficios de inmunidad o inviolabilidad

Este aspecto está regulado en el artículo 39 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, fijando los siguientes casos:

1. Toda persona que tenga derecho a privilegios e inmunidades gozará de ellos desde que **penetre en el territorio del Estado receptor para tomar posesión de su cargo** o, si se encuentra ya en ese territorio, **desde que su nombramiento haya sido comunicado** al Ministerio de Relaciones Exteriores o al Ministerio que se haya convenido.
2. **Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él**, pero subsistirán hasta entonces, aun en caso de conflicto armado. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el **ejercicio de sus funciones como miembro de la misión**.
3. En caso de fallecimiento de un miembro de la misión, los miembros de su familia continuarán en el goce de los privilegios e inmunidades que les correspondan hasta la expiración de un plazo razonable en el que puedan abandonar el país.

31 D.S. 137, 18 de enero de 2012, promulga el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional.

32 BERENSON, William. Privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales: el acuerdo de sede entre la Organización de Estados Americanos y los Estados Unidos [en línea]. Disponible en: [www.oas.org/legal/english/PrivilegiosInmunidadesBerenson.doc](http://www.oas.org/legal/english/PrivilegiosInmunidadesBerenson.doc) [fecha consulta: 10 de mayo 2013].

## V. Acreditación<sup>33</sup>

Ambas Convenciones<sup>34</sup> prescriben que la identidad de las personas que gozan de inmunidad debe ser comunicada al Estado receptor, por ello el Departamento de Acreditaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores cuenta con un listado actualizado de los nombres que pueden ser consultados por los operadores de justicia, constituyendo un sistema ágil y expedito para que el Fiscal mediando la colaboración de UCIEX, pueda tener certeza de si una persona forma parte o no de dicho registro.

Es importante mencionar que la acreditación es un requerimiento que se realiza diplomáticamente, por tanto son susceptibles de ser rechazadas. Además las personas acreditadas y sus familiares cuentan con la calidad de Residente Oficial.

## VI. Aspectos prácticos

1. Aspectos a considerar en el evento de que un sujeto extranjero alegue inmunidad:
  - a) A toda persona acreditada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores (MINREL)<sup>35</sup> se le estampa en su pasaporte una **Visa especial** en la que consta su carácter, la procedencia o no del beneficio de inmunidad.
  - b) Sin perjuicio de la Visa indicada y ante el evento que la persona no esté en poder de su pasaporte, el MINREL entrega además una **tarjeta especial de identificación**, de color celeste por el frente y de color blanco en su anverso. En sus leyendas de identificación se indica que ha sido otorgada por el MINREL (en su parte superior) con Escudo Nacional, a color, a la izquierda de la leyenda y que identifica a la persona con dos fotografías, siendo la que se encuentra en el costado derecho de un menor tamaño. En ella se identifica personalmente a la persona, y la calidad que amerita su registro y el otorgamiento de esa identificación.

33 [http://www.minrel.gob.cl/prontus\\_minrel/site/artic/20080813/pags/20080813191827.php#T0](http://www.minrel.gob.cl/prontus_minrel/site/artic/20080813/pags/20080813191827.php#T0)

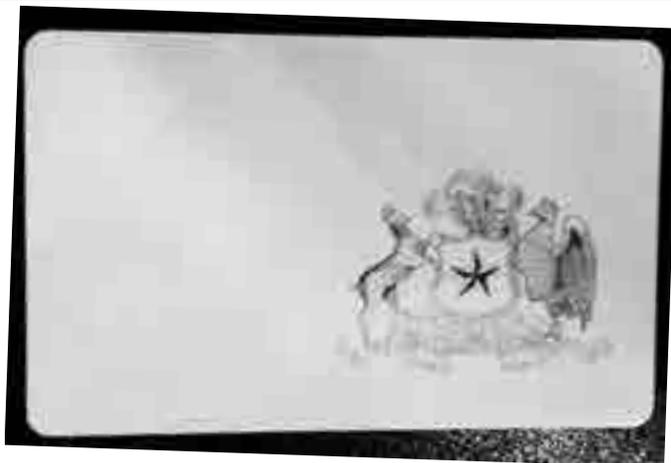
34 Art. 24 Convención de Viena sobre Relaciones Consulares e 1964; Arts. 13, 19, 39 Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

35 Las Acreditaciones se realizan y registran en la Subdirección de Acreditaciones y Liberaciones de MINREL.

En este sentido parece relevante, observar muestras visuales de los aspectos recién descritos:

### MUESTRAS VISUALES TARJETAS DE IDENTIFICACIÓN:

Fotografía de Anverso de documento sin datos. Importante destacar escudo de color azul.



Anverso de documento con datos, importante destacar lectura de encabezado, escudo nacional<sup>36</sup>

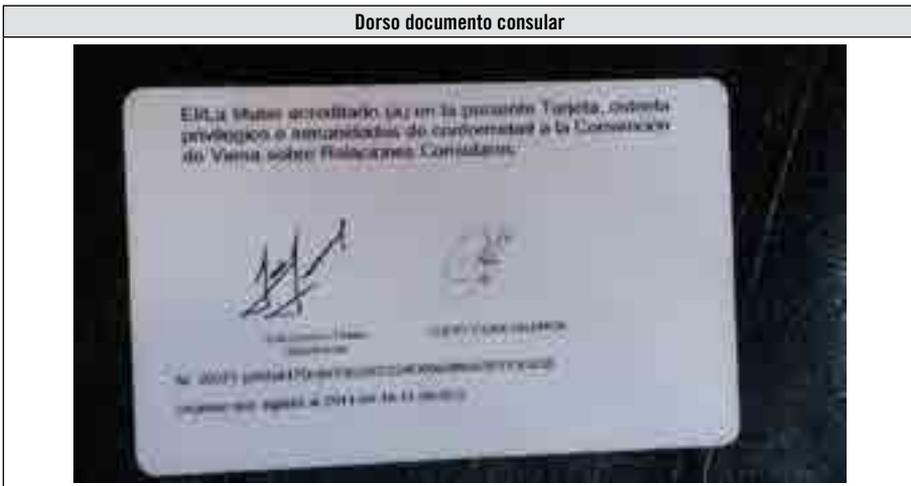


<sup>36</sup> No se permitió fotografiarlo íntegro por pertenecer a diplomático. La foto no corresponde a agente diplomático ni consular, se utilizó para efectos demostrativos del formato documental.

Dorso de documento diplomático



Dorso documento consular



- c) Además, es importante tener presente que a todo extranjero que es beneficiado con inmunidad el MINREL le otorga un número de **cédula de identidad especial, que comienza con 49 millones** y que para todos los efectos legales es equivalente al entregado por el Registro Civil.
2. Breve referencia a casos relativos a inmunidades diplomáticas recientemente consultados a UCIEX

a) Caso ref. 3484-2:

Consultados sobre la inmunidad de un Cónsul General, se indicó que como antecedente previo fundamental para reconocer “inmunidad de jurisdicción”,

el Ministerio Público debe requerir al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile que certifique si el referido diplomático se encontraba “acreditado” en Chile al momento de cometer el hecho, pues en muchos casos (especialmente cuando recientemente ingresan al país), aun siendo diplomáticos, no se encuentran todavía acreditados por MINREL, lo que implica que no gozan de la inmunidad.

Agregando, que debe siempre considerarse que la Fiscalía debe agotar la investigación y remitir copia de todos los antecedentes al país acreditante –de Gobierno a Gobierno–, a través de los conductos diplomáticos que corresponden, configurando una *denuncia internacional*, como consecuencia de la cual deberá iniciarse la correspondiente investigación en el país de origen del diplomático que goza de inmunidad.

b) Caso ref. 3544-2:

Consultados sobre la inmunidad de una Cónsul Honoraria, se informó que la inmunidad, por no tratarse de una agente diplomática, se limita al ejercicio de sus funciones consulares, y que puede comparecer ante el Fiscal conforme lo prescribe el Art. 63 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1964. Paralelamente, se solicitaron las certificaciones correspondientes al MINREL.

c) Caso ref. 3649-2:

Consultados sobre la inmunidad del hijo de un funcionario extranjero acreditado como parte de un organismo internacional con sede en Chile, se remitió el correspondiente oficio al MINREL, quienes indicaron que en la materia regía un Convenio Bilateral suscrito entre Chile y el organismo internacional, el que otorga inmunidad a los funcionarios acreditados, únicamente respecto de las acciones realizadas en el marco de su función pública, prerrogativa que no involucra a su grupo familiar.

d) Caso ref. 3696-3:

Consultados sobre la inmunidad alegada por el agregado militar de una misión diplomática, imputado en una causa por lesiones, se remitió el correspondiente oficio al MINREL, quienes indicaron, que si bien se encontraba acreditado como miembro de misión hasta una fecha anterior a la del hecho que se le imputa, lo estaba en calidad de *personal administrativo y técnico de la misión*, y por tanto, la inmunidad se entiende limitada al ejercicio de sus funciones diplomáticas, agregando que si los hechos se produjeron con posterioridad a la expiración de su rango, la inmunidad siempre se entiende limitada a actos realizados en **ejercicio de sus funciones como miembro de la misión**.



UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN DELITOS SEXUALES  
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

---



## MALTRATO INFANTIL Y LOS DELITOS SEXUALES

Catalina Duque González<sup>1</sup>

### I. Aspectos generales

El maltrato a niños, niñas y adolescentes constituye una realidad que obedece a la interacción de diversos factores, tanto sociales, psicológicos, culturales como biológicos<sup>2</sup>, que requiere la participación de instancias tales como justicia, educación, salud y desarrollo social, para así abordar integralmente esta temática tan compleja.

El maltrato transgrede los derechos fundamentales de la infancia y adolescencia, y es dentro de este contexto que la respuesta de la institucionalidad a este tipo de hechos debe ser su interrupción, y el establecimiento de condiciones que brinden protección a niños, niñas y adolescentes, dando así inicio a la recuperación de los efectos adversos de la violencia en las víctimas.

### II. Concepto de maltrato infantil

La Convención sobre los Derechos del Niño define el maltrato infantil como “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”<sup>3</sup>.

Por su parte, el Informe Mundial sobre La Violencia Contra los Niños y Niñas<sup>4</sup> nos señala que por su falta de autonomía, derivada de su corta edad y los altos niveles de dependencia emocional, económica y social respecto de los adultos o de las instituciones, se les confiere un alto grado de vulnerabilidad a los niños y adolescentes, lo que les dificulta poner freno a la situación que padecen, a pedir ayuda o denunciar los hechos.

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

2 BRONFENBRENNER, Urie. *La Ecología del Desarrollo Humano: Experimentos en Entornos Naturales y Diseñados*. Barcelona, España, Editorial Paidós, 1987.

3 ARTÍCULO 19, PÁRRAFO 1. *Convención de Los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>.

4 PINHEIRO, Paulo Sergio. Informe Mundial sobre La Violencia Contra los Niños y Niñas, Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños [en línea]. Nueva York: Naciones Unidas, 2006. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5036.pdf> [fecha de consulta 17 de abril 2013].

El Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud de la OMS<sup>5</sup> distingue cuatro tipos de maltrato infantil: físico; sexual; psicológico, y la negligencia<sup>6</sup>.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), señala que “Los menores víctimas de maltrato y abandono son aquel segmento de la población conformado por niños, niñas y jóvenes hasta los 18 años que sufren ocasional o habitualmente actos de violencia física, sexual o emocional, sea en el grupo familiar o en las instituciones sociales. El maltrato puede ser ejecutado por omisión, supresión o trasgresión de los derechos individuales y colectivos e incluye el abandono completo o parcial”<sup>7</sup>.

Otro aporte en la materia es el 4° Estudio de Maltrato Infantil del año 2012 de la UNICEF Chile, que señala entre sus conclusiones<sup>8</sup>:

*“El maltrato es una grave vulneración de derechos, que afecta transversalmente a niños, niñas y adolescentes de todos los sectores sociales, ya que el 71% dice vivir violencia en sus hogares”.*

*“El abuso sexual es un delito. Es una experiencia traumática que causa un grave daño en la salud mental de los niños y niñas que lo han sufrido. Un 8,7% reconoce haber vivido situaciones de abuso sexuales”.*

### III. Normativa nacional

La normativa nacional sobre protección a menores frente al maltrato infantil encuentra su sustrato básicamente en la Constitución Política de la República (artículo 19 N°1), la Convención sobre los Derechos del Niño; la Ley de Menores N°16.618; la Ley N°20.066 de Violencia Intrafamiliar; el Código Civil (en especial, artículos 222, 234, 242); el Código Penal; el Código Procesal Penal y la Ley N°19.968 de Tribunales de Familia.

5 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Informe Mundial sobre la violencia y la salud [en línea]. Washington D.C.: 2002. Disponible en: [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/world\\_report/en/summary\\_es.pdf](http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/summary_es.pdf) [fecha de consulta 17 de abril 2013].

6 La negligencia entendida como la desatención y abandono, por parte de un progenitor u otro miembro de la familia –cuando están en condiciones de ofrecérselo– con respecto al desarrollo y bienestar del niño, niña, adolescente, en uno o más de los aspectos siguientes: salud, educación, desarrollo emocional, nutrición, vivienda y condiciones de vida seguras y protegidas.

7 NACIONES UNIDAS CEPAL-UNICEF. Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los objetivos de desarrollo del Milenio N°9, El maltrato Infantil: Una Dolorosa Realidad Puertas Adentro [en línea]. 2009. Disponible en: [http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos\\_documento/297/Boletin-Desafios9-CEPAL-UNICEF.pdf](http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/297/Boletin-Desafios9-CEPAL-UNICEF.pdf). [fecha de consulta 17 de abril 2013].

8 LARRAÍN, Soledad y BASCUÑAN, Carolina. 4° Estudio de Maltrato Infantil. UNICEF Chile, 2012, p. 19.

Acorde a lo señalado en tales normas, nuestra legislación e institucionalidad deben garantizar que efectivamente los niños, niñas y adolescentes gocen del derecho a la salud, a la integridad física y psíquica, a la vida y, en definitiva, a la dignidad y a ser considerados sujetos de derechos frente a los adultos.

Resulta interesante y novedosa en esta materia la Ley N°20.536<sup>9</sup> que modificó la Ley General de Educación e instauró la obligación legal para todos los establecimientos educacionales del país, de diseñar estrategias de prevención y protocolos de actuación para abordar situaciones de maltrato escolar ya sea entre los alumnos, como de maltrato de adultos de la comunidad escolar a alumnos(as). El nuevo artículo 16 D, destaca la especial gravedad de la conducta del adulto, quien gozando de autoridad al interior de la comunidad educativa, ejerce violencia física y/o psicológica contra un estudiante, por cualquier medio<sup>10</sup>.

Ahora bien, el maltrato infantil, circunscrito a nivel penal, puede llegar a configurar entre otros: delitos de lesiones, delitos contra la vida, abandono, violencia intrafamiliar (maltrato infantil, físico y psicológico) y/o delitos sexuales. En estos ilícitos, además de realizarse las tareas investigativas por el órgano persecutor, se activan por parte de los operadores las acciones tendientes a interrumpir la agresión y protegerlos. El Fiscal, sin perjuicio de las medidas autónomas que puede adoptar<sup>11</sup>, podrá solicitar ante el Tribunal de Garantía medidas judiciales de protección específicas para niños y adolescentes víctimas de delitos de violencia intrafamiliar, y en los casos que corresponda se pueden solicitar medidas cautelares respecto del imputado como la prisión preventiva y la prohibición de acercamiento a la víctima. Igualmente, de manera paralela al curso de una investigación penal, el Juzgado de Familia puede decretar medidas de protección.

Finalmente, en relación a la obligación de denunciar, conforme al artículo 175 del Código Procesal Penal, en caso de maltrato infantil se advierte especialmente esta obligación en las personas mencionadas en las letras d) y e) del artículo transcrito, por su contacto más frecuente con niños y adolescentes, a saber:

9 Publicada en el Diario Oficial del 17 de septiembre del 2011.

10 VARGAS, Manuela. Ley de violencia escolar: una oportunidad para prevenir el maltrato en la escuela [en línea]. Disponible en: <http://www.buenastareas.com/ensayos/Ley-De-Violencia-Escolar/4890540.html> [fecha de consulta 18 de abril del 2013].

11 Las Medidas de Protección Autónomas del Ministerio Público son decretadas por los fiscales, utilizando el apoyo de las policías, y la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos (URAVIT), algunas de ellas son: Ordenar patrullajes especiales en el domicilio de la víctima; Contacto telefónico prioritario; Darle a la víctima un teléfono directo a la comisaría artículo 1 de LOC 19.640, artículos 6 y 78 del CPP.

*d) Los jefes de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares y, en general, los profesionales en medicina, odontología, química, farmacia y de otras ramas relacionadas con la conservación o el restablecimiento de la salud, y los que ejercieren prestaciones auxiliares de ellas, que notaren en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito, y*

*e) Los directores, inspectores y profesores de establecimientos educacionales de todo nivel, los delitos que afectaren a los alumnos o que hubieren tenido lugar en el establecimiento”.*

Dicha obligación debe ser cumplida dentro de las 24 horas siguientes a las que se tuvo conocimiento de los hechos, sancionándose su incumplimiento en el artículo 177 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 494 del Código Penal, con la pena de multa.

#### **IV. Maltrato y delitos sexuales**

Los delitos sexuales contra menores de edad constituyen una de las vulneraciones más graves de los derechos de niñas, niños y adolescentes, pues además de producir consecuencias en el normal desarrollo de su sexualidad trae efectos sociales, psicológicos y biológicos.

Actualmente estos ilícitos se han hecho más visibles en nuestra sociedad y ello ha impulsado modificaciones legales que buscan una mayor protección. No obstante lo anterior y teniendo presente que este tipo de delitos abarcan un amplio espectro de conductas, se evidencia la necesidad de seguir avanzando en materia legal a fin de abordar de manera integral el fenómeno, y otorgar una respuesta adecuada de los órganos del Estado que tienen a su cargo la prevención, protección, persecución y reparación de las víctimas, tales como SENAME; Ministerio de Salud; Ministerio Público; órganos auxiliares a la persecución (Servicio Médico Legal, Centro de Atención de Víctimas de Atentados Sexuales; Laboratorio de Carabineros de Chile) y ONGs especializadas; UNICEF y otras.

La regulación de los delitos sexuales se establece básicamente en los Títulos VII y VIII del Libro Segundo del Código Penal, donde se encuentran delitos tales como la violación, el abuso sexual y el estupro. Conjuntamente a lo señalado, dentro del maltrato infantil hay que referirse a un fenómeno llamado Explotación Sexual Comercial de Niñas, Niños y Adolescentes “ESCENNA”, dicho fenómeno está constituido principalmente por diversas formas de violación de los derechos de la infancia como son la prostitución infantil, la utilización de niños en pornografía, la trata de niños con fines sexuales.

Ahondando en el concepto de la **Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (ESCENNA)** podemos señalar que desde la perspectiva del Derecho Internacional, se la ha definido de la siguiente manera: “*La explo-*

*tación sexual comercial de los niños es una violación fundamental de los derechos del niño. Esta comprende el abuso sexual por adultos y la remuneración en metálico o en especie al niño o niña y a una tercera persona o varias. El niño es tratado como un objeto sexual y una mercancía. La explotación sexual comercial de los niños constituye una forma de coerción y violencia contra los niños, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud<sup>12</sup>.*

Por otra parte, entre los delitos que registraron las mayores alzas de denuncias el año 2012 respecto del año 2011 se encuentran los abusos sexuales contra menores de 14 años, de acuerdo a lo señalado por el Fiscal Nacional en su última cuenta pública: “(...) fue un ilícito que evidenció un fuerte incremento, de 31,5%, es decir de 4.970 denuncias pasamos a 6.537”<sup>13</sup>. A lo anterior se debe sumar que muchos de estos hechos son cometidos por conocidos o familiares y considerando las características de este tipo de víctimas no cabe duda de la necesidad de la intervención de profesionales con especialización en el área infante - juvenil.

En la línea de lo señalado, el Ministerio Público en su plan estratégico establece una orientación especial para la investigación de este tipo de delitos. Por ello los investigan Fiscales especializados en delitos sexuales con carácter preferente y conjuntamente la División de Víctimas y Testigos de la Fiscalía Nacional generó un modelo de atención para este tipo de víctimas, el cual se utiliza en todas las Fiscalías Regionales del país, y que permite adoptar rápidamente medidas de protección.

## Iniciativas Legislativas

En materia de maltrato infantil, resulta de especial interés la convocatoria realizada por el Congreso Nacional, particularmente la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, que a fines del año 2012 citó a los principales actores en la materia, entre ellos al Ministerio Público, con el objeto de recibir antecedentes respecto de las reformas a la legislación vigente necesarias para:

1. Una mejor protección de las niñas, niños y adolescentes víctimas de toda forma de maltrato, incluidos aquellos de connotación sexual.
2. Analizar los mecanismos que puedan hacer más efectiva la prevención, respuesta y erradicación de situaciones de esta naturaleza, en el con-

12 Asamblea de Naciones Unidas, Declaración y Agenda para la Acción de Estocolmo [en línea]. 1996. Disponible en: [http://white.oit.org.pe/ipcc/documentos/decla\\_estocolmo.pdf](http://white.oit.org.pe/ipcc/documentos/decla_estocolmo.pdf) [fecha de consulta: 22 de abril de 2013].

13 Cuenta Pública Fiscal Nacional del Ministerio Público Año 2013 [en línea]. Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013. Disponible en: [http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/cuentas\\_cp2013.jsp](http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/cuentas_cp2013.jsp) [fecha de consulta: 22 de abril de 2013].

texto de los últimos hechos conocidos por la opinión pública respecto de la red de prostitución infantil.<sup>14</sup>

Como punto central en esta materia para el Ministerio Público, está la necesidad de un tratamiento orgánico e integral que considere las características de los niños, niñas y adolescentes y que garantice el respeto de sus derechos durante todo el proceso, junto con una normativa que haga más fluida la intervención coordinada de los organismos pertinentes, pues si bien han existido numerosas acciones para enfrentar este problema, persisten algunas dificultades.

Un reflejo de lo anterior fue la propuesta del Ministerio Público ante el Congreso de refundir los actuales proyectos de ley que se tramitan ante el Congreso Nacional sobre delitos sexuales de forma tal de hacer un análisis orgánico de ellos y que finalmente den una respuesta adecuada y ajustada a derecho.

Dentro de los actuales proyectos en tramitación ante el Congreso Nacional encontramos modificaciones al Código Penal, Código Procesal Penal, Ley 18.216, Ley N°20.594, Decreto Ley N°409, Ley N°19.856 Sistema de Reinserción Social de los Condenados Sobre la Base de la Observación de Buena Conducta, a saber:

#### Código Penal

**Boletín 6956-07** Declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores.

**Boletín 7191-07** Aumenta la penalidad de los delitos sexuales contra menores cometidos en un jardín infantil o sala cuna.

**Boletín 7393-07** Modifica circunstancias delito de estupro.

**Boletín 8134-07** Aumenta las penas de los artículos 361, 362, 363 del Código Penal y declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores (artículo 369 quáter).

**Boletín 8256-07** Elimina la irreprochable conducta anterior respecto de los delitos de homicidio, violación, secuestro y abusos sexuales perpetrados contra menores de edad.

**Boletín 8491-07** Extiende las penas de inhabilitación a quienes cometan delitos sexuales contra menores, en los casos que indica.

**Boletín 8697-07** Modifica Art. 367 del Código Penal, relativo a la prostitución infantil.

14 *Red de Prostitución infantil, Operación Heidi*. En el mes de noviembre del 2012, se desbarató a la Red de Explotación Sexual Infantil, resultando 16 personas detenidas.

**Boletín 8703-07** Modifica el artículo 1° de la Ley N°20.594, que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores.

**Boletín 8711-07** Tipifica nuevas conductas como el delito de pornografía infantil.

**Boletín 8712 -07** Aumenta penalidad del artículo 367 ter, sobre obtención de servicios sexuales.

#### Código Procesal Penal

**Boletín 7538-07** Modifica Ley N°19.968 y Código Procesal Penal respecto a la declaración video grabada de menores.

**Boletín 7783-07** Modifica en materia de declaraciones de menores de edad víctimas o testigos de delitos sexuales.

**Boletín 8445-07** Modifica Art. 140 incorporando examen psicológico a imputado por delitos de acción sexual contra menores.

**Boletín 8657-07** Modifica Art. 111 ampliando la facultad para ejercer querrela en delitos de carácter sexual en contra de menores de edad.

#### LEY 18.216

**Boletín 8705-07** Modifica la Ley 18.216 que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad para que no procedan estas medidas sustitutivas respecto de los delitos relacionados con la producción de material pornográfico en que hubiesen sido utilizados menores de edad y aquéllos relacionados con la promoción y facilitación de la prostitución de menores.

#### LEY N°20.594

**Boletín 8437-07** Modifica el artículo 2° de la Ley N°20.594, que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades, incorporando una sanción de multa en caso de incumplimiento de la obligación de efectuar la solicitud de información de condenas en los casos que señala la referida Ley.

#### DECRETO LEY N°409

**Boletín 7178-07** Incorpora un nuevo inciso tercero al artículo 1 del Decreto Ley N°409, estableciendo que los beneficios contemplados en este artículo no se concederán a quienes hayan sido condenados por alguno de los delitos contemplados en los párrafos quinto, sexto, séptimo y octavo del título VII del Libro Segundo del Código Penal, contra menores de edad.

LEY N°19.856 SISTEMA DE REINserCIÓN SOCIAL DE LOS CONDENADOS SOBRE LA BASE DE LA OBSERVACIÓN DE BUENA CONDUCTA

**Boletín 8702-07** Modifica la Ley N°19.856, que crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta, limitando su aplicación, en caso de los condenados por delitos sexuales.

Del conjunto de proyectos se puede observar que ellos buscan mejorar tipos penales relacionados con delitos sexuales contra menores, establecer sistemas de seguimiento y control más eficientes de los condenados e imputados por estos delitos y restringir el acceso de acusados y condenados a determinadas circunstancias modificatorias y beneficios.

## V. Consideraciones finales

De lo expuesto se advierte que el fenómeno de maltrato infantil ya se encuentra visibilizado, que se han realizado acciones a nivel de instituciones para su abordaje, pero que se debe avanzar para lograr un actuar mancomunado.

Finalmente, sirven como guía de acción y motivación el 4° Estudio de Maltrato Infantil publicado por la UNICEF<sup>15</sup> que señala entre sus conclusiones:

*“3.- El maltrato le hace mal a niños y niñas. La violencia produce efectos severos y profundos en la vida de los niños, niñas y adolescentes, que afecta seriamente su desarrollo y crecimiento: deteriora relación con los padres, afecta rendimiento escolar, genera problemas de salud mental, produce problemas con sus compañeros de colegio, entre otros”.*

*“4.- El abuso sexual es un delito. Es una experiencia traumática que causa un grave daño en la salud mental de los niños y niñas que lo han sufrido...”.*

Vemos que la tarea de las instituciones es brindar una respuesta oportuna y suficiente que permita reestablecer al niño, niña y adolescente en el goce de sus derechos. Para ello se debe trabajar, como ya se ha mencionado, fuertemente en el establecimiento de una legislación que permita un abordaje con un tratamiento especializado y de mayores recursos, tanto técnicos, humanos y económicos que den cuenta de una orgánica clara y que constituya una política de Estado. En esta línea se encuentra Proyecto De Ley De Protección De Derechos De Los Niños, Niñas y Adolescentes N°8911-19, ingresado con fecha 30 de abril del 2013 al Congreso Nacional vía mensaje del Presidente de la República, el cual quedó radicado en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados. El referido proyecto señala como objetivos en su mensaje establecer los lineamientos y criterios esenciales a ser considerados para prevenir vulneraciones, promover y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ser una “Ley marco” y busca un fortalecimiento de la intersectorialidad.

15 LARRAÍN y BASCUÑAN, ob. cit., p. 19.

## RESULTADOS DE LA ACTUALIZACIÓN DE ESTUDIO SOBRE METAPERITAJES REALIZADOS POR LA DEFENSA A INFORMES PSICOLÓGICOS Y PSIQUIÁTRICOS DE EVALUACIÓN PERICIAL DE CREDIBILIDAD DE TESTIMONIO Y EVALUACIÓN PERICIAL DE DAÑO, PRESENTADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO EN AUDIENCIAS DE JUICIO ORAL LOS AÑOS 2010-2011

Sofía Huerta Castro<sup>1</sup>

---

### Introducción

Los delitos sexuales constituyen uno de los delitos que mayor complejidad presentan en su investigación y acreditación en nuestro sistema penal. Lo anterior debido a que se trata de delitos en los que, en la inmensa mayoría de los casos, no existen testigos directos que puedan aportar al esclarecimiento de los hechos a través de sus testimonios, agregándose que es poco frecuente que las agresiones sexuales dejen alguna evidencia física. De esta manera, la detección y develación de los delitos sexuales, la determinación de la existencia del hecho y sus características, y la determinación de la identidad del presunto responsable dependen, en gran medida, de lo que la víctima es capaz de contar sobre sus experiencias, capacidad que se vincula, por una parte, a sus destrezas narrativas y, por otra, a las condiciones motivacionales asociadas para una eventual develación y la entrega de un testimonio.

Es así como la valoración del testimonio que pueda entregar la víctima, así como la evaluación del daño asociado al delito, cobra gran relevancia en el proceso investigativo y judicial, tanto para la configuración del tipo penal como para la determinación de la pena correspondiente. Al respecto las directrices del Fiscal Nacional vertidas en el Oficio FN N°160/2009, del 30 de marzo de 2009, señalan que “el fiscal podrá ordenar la realización de evaluaciones periciales psicológicas y/o psiquiátricas a la víctima respecto de la credibilidad de su relato, su condición mental, el daño psicológico producido por el efecto directo del delito o las consecuencias del mismo, u otros que se estimen pertinentes”.

A este respecto, según el tribunal lo consigna en una de las sentencias revisadas, *“es lógico concluir que la ciencia u arte profesada para determinar si un relato es creíble o no, parte de metodologías aceptadas por la ciencia médica, llegando a conclusiones sustentadas en ellos y que otorgan al Tribunal elementos de juicio para la valoración del testimonio, entre ellos, la determinación de diversas hipótesis, des-*

---

1 Psicóloga de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

*cartadas o no, para concluir por ejemplo, si un menor ha sido objeto de sugestión, si existe algún elemento, ajeno al hecho, que lo haga declarar como lo hizo, si existe ganancia secundaria o, finalmente, si es posible atribuir, aún todas las imprecisiones, el carácter de creíble o no a su testimonio, no obstante las omisiones y contradicciones”* (Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 29 de noviembre 2010, abuso sexual en RUC N°060033976-7; RIT N°164-2010)<sup>2</sup>.

En este escenario, y desde hace varios años, se ha incorporado por parte de la defensa la presentación de prueba pericial que se ha centrado en el análisis y crítica de las pericias psicológicas y psiquiátricas que presenta el ente persecutor, especialmente en el caso de juicios orales por delitos sexuales, pronunciándose principalmente sobre la idoneidad técnica de pericias que son parte de la investigación fiscal. A este tipo de actuaciones se le ha denominado metaperitajes, dado su nivel lógico de análisis, es decir, una pericia sobre una pericia<sup>3</sup>. De esta manera los metaperitajes se solicitan, en general, para pronunciarse sobre la evaluación pericial de credibilidad y daño, y han tenido como objetivo, de manera histórica, evidenciar una supuesta falta de rigurosidad científica en las evaluaciones forenses e informes periciales de quienes han elaborado los peritajes solicitados por el Ministerio Público.

En este contexto, en el estudio del que provienen los antecedentes expuestos en este artículo, se revisó y analizó la totalidad de las sentencias de juicio oral por delitos sexuales de los años 2010 y 2011<sup>4</sup>, en que participaron metaperitos de la defensa deponiendo respecto de peritajes presentados por el Ministerio Público, relevando el análisis del contenido de dichas sentencias en lo que respecta a la caracterización de los casos y la valoración que realiza el tribunal de ellas.

## Procedimiento

Se realizó el levantamiento desde la Base de Datos de Sentencias de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional de aquellos archivos que, de acuerdo al Buscador, contuvieran parte o el nombre completo de los profesionales que usualmente desarrollan labores como metaperitos contratados por la Defensa, para el análisis de pericias psicológicas y/o psiquiátricas.

2 Todos los fallos citados en este artículo están firmes y ejecutoriados.

3 HUERTA CASTRO, Sofía y MAFFIOLETTI CELEDÓN, Francisco. “Acerca del valor de los llamados metaperitajes sobre evaluaciones periciales psicológicas a víctimas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°41, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2009, p. 115.

4 Contenidas en la Base de Datos de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional.

Luego de acopiar la totalidad de dichas sentencias se eliminaron todas aquellas que no cumplieran con el criterio de inclusión, es decir, que no correspondieran a sentencias dictadas durante los años 2010-2011, así como aquellas en que dichos peritos hubieran actuado como peritos de la defensa evaluando directamente a las víctimas en virtud del art. 320 CPP, así como aquellas en que se hiciera alguna referenciación bibliográfica respecto a alguno de estos profesionales, por ejemplo a través de la referencia a alguna publicación en la que hubieran participado.

Enseguida se elaboró una planilla Excel en la cual se vaciaron los siguientes datos mínimos obtenidos de la revisión de las sentencias, incluyendo la identificación del caso (nombre del archivo, RUC, RIT, Tribunal, iniciales víctima):

a) Tipo de delito, b) Edad de las víctimas, c) Vínculo con el imputado, d) Pregunta psicolegal, e) Nombre del profesional que realizó el metaperitaje, f) Institución pericial; g) Solicitud de la defensa; h) Fiscalía Regional; i) Calidad Defensor (público, privado); j) Nombre perito; k) Profesión perito; l) Valoración Tribunal peritaje; m) Resultado: Condena/Absolución; n) Valoración metaperitaje (Positiva, Negativa, No considera); o) Observaciones.

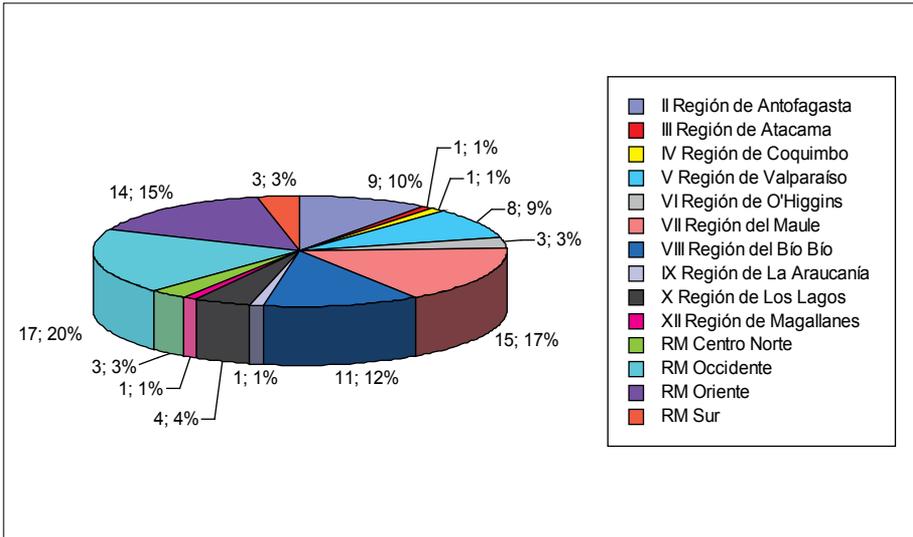
## Resultados

Cabe señalar que el total de las sentencias en que han participado metaperitos de la defensa deponiendo respecto de peritajes presentados por el Ministerio Público, para el período 2010-2011, corresponde a 92.

Respecto a las instituciones en las cuales laboran los peritos cuyos informes son analizados, se trata de un amplio espectro, desde profesionales de los Centros de Diagnóstico Ambulatorio dependientes del Servicio Nacional de Menores (DAM), Servicio Médico Legal, Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales de la Policía de Investigaciones, Departamento de Criminalística de Carabineros de Chile, peritos del registro de peritos licitados, peritos privados. Así también, en algunos casos, se analizan por los metaperitos los informes elaborados por los profesionales tratantes cuando las víctimas han ingresado a algún programa reparatorio, perteneciente en general a la red de asistencia victimológica pública, realizando un análisis de dichos informes de acuerdo a parámetros correspondientes al ámbito forense.

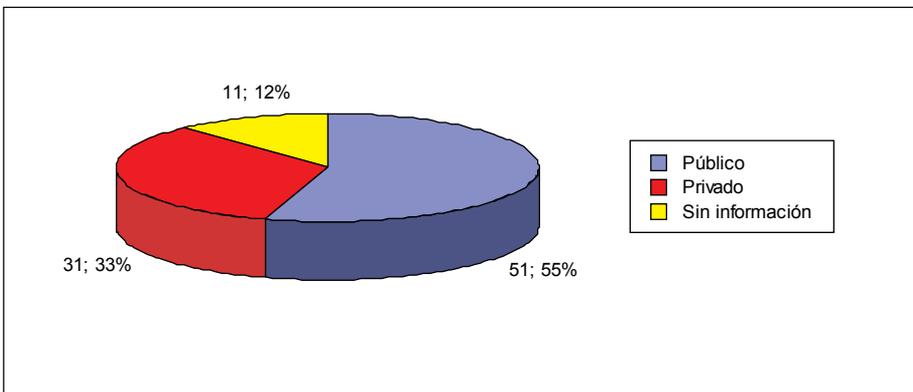
La distribución a nivel nacional de juicios orales en que han llegado a ser presentados metaperitajes para los años señalados, indica una preponderancia de dicha actuación en las Fiscalías Regionales Metropolitanas Occidente y Oriente, y en la Fiscalía Regional del Maule, según se ilustra en el siguiente gráfico:

**GRÁFICO 1**



Respecto a la calidad del defensor se registra la siguiente información:

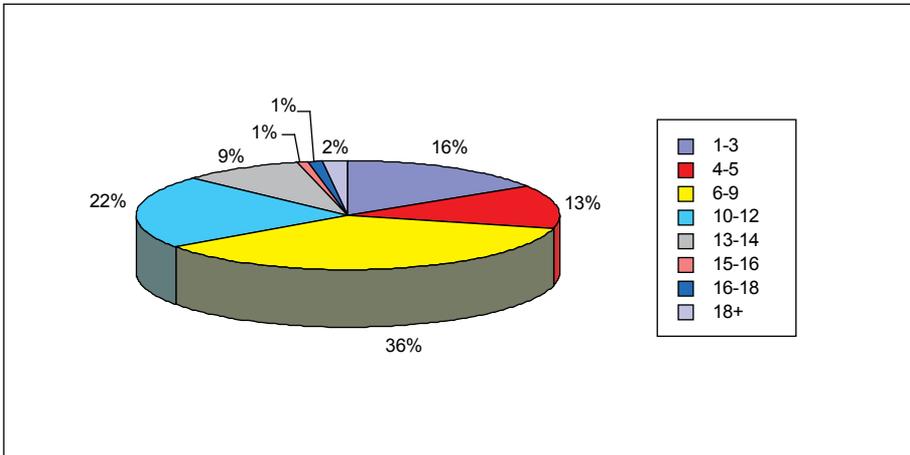
**GRÁFICO 2**



En cuanto al número de víctimas en los 92 casos en que los metaperitajes han sido requeridos y han llegado a ser presentados en juicio oral, se puede señalar que se trata de 127 víctimas, con 18 casos que registran más de una víctima.

La distribución por edades, si se considera la edad de inicio de las agresiones, es la siguiente:

**GRÁFICO 3**

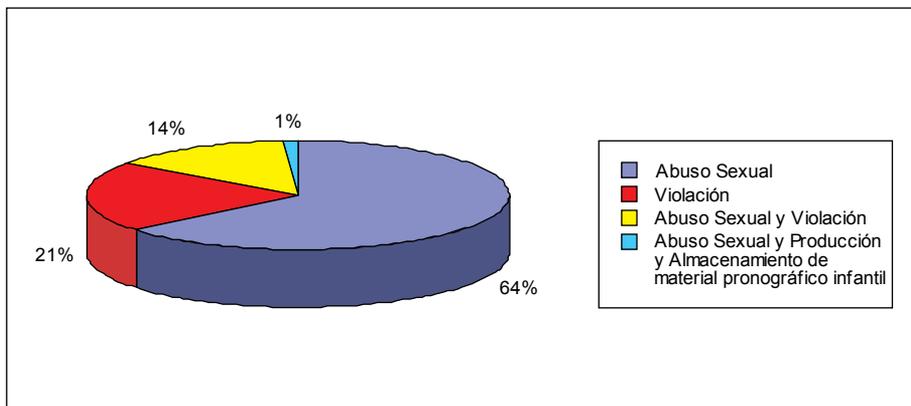


Como se observa en el gráfico, hay una elevada proporción de víctimas entre los seis y los doce años (58%) para cuyas evaluaciones periciales se han realizado metaperitajes, lo que resulta consistente con la fenomenología de estos delitos en los cuales la mayor proporción de casos denunciados se encuentra en este rango de edad<sup>5</sup>. No obstante se observa, igualmente, una elevada proporción para el grupo de preescolares (29%) pudiendo hipotetizarse que por las características evolutivas en esta etapa, que incidirían en una mayor dificultad para obtener testimonio de las víctimas por las restricciones propias del desarrollo del lenguaje y a una dificultad mayor para conceptualizar las vivencias abusivas como tales, el metaperitaje constituiría una herramienta útil de la defensa para desacreditar el valor del testimonio y la prueba pericial. Más adelante se realizará un análisis en mayor profundidad sobre este punto.

5 ECHEBURÚA, Enrique y GUERRICAECHEVARRÍA, Cristina. *Abuso Sexual en la Infancia: Víctimas y Agresores. Un enfoque clínico*. Barcelona, España, Ediciones Centro Reina Sofía para el estudio de la violencia, 2005.  
CENTRO DE ASISTENCIA A VÍCTIMAS DE ATENTADOS SEXUALES METROPOLITANO. *Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales: 16 años de experiencia*. Santiago, Chile, Publicación SENAME-PICH, 2004.

En cuanto al tipo de delito se presentó la siguiente distribución:

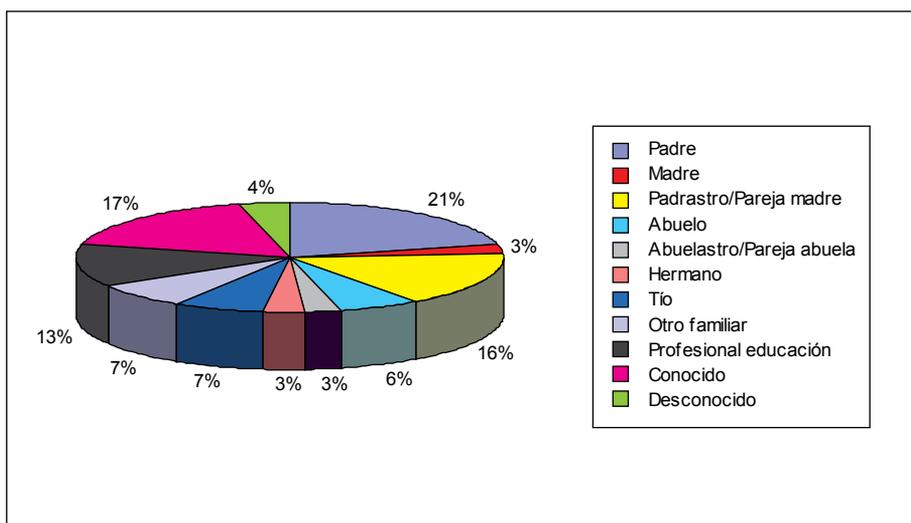
**GRÁFICO 4**



Nuevamente se puede hipotetizar que al tratarse de delito de abuso sexual el metaperitaje puede, eventualmente, adquirir mayor valor al no existir, en general, medios de prueba distintos al testimonio de la víctima y, por lo tanto, su credibilidad y el procedimiento por el cual ésta se establece pueden ser cuestionados con mayor propiedad.

En cuanto al vínculo con el agresor, destaca que en la inmensa mayoría de los casos de la muestra se trata de un agresor conocido para la víctima (96%), existiendo vínculos de parentesco por consanguinidad y afiliación en el 74% de estos casos.

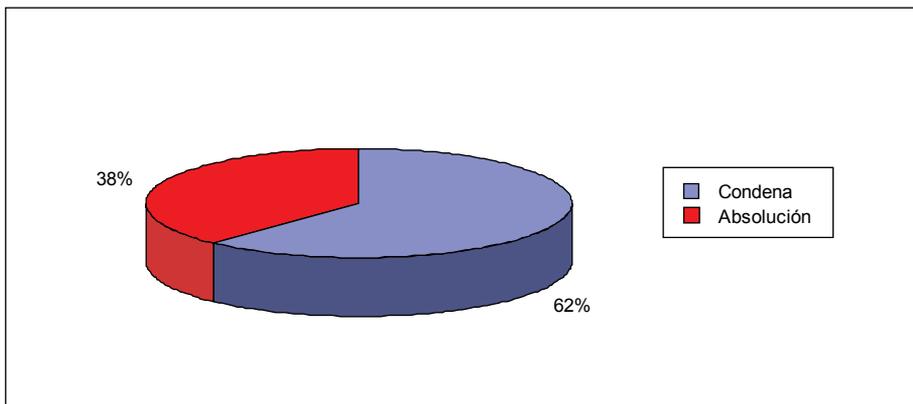
**GRÁFICO 5**



Que del total de los casos en que declara un metaperito en juicio oral, en un 96 por ciento de ellos exista un vínculo entre la víctima y el imputado puede explicarse por las características de la dinámica abusiva que se da en este contexto, en el cual es más posible aludir, por parte de los metaperitos, a motivación para denunciar en falso y ganancias secundarias y a la no exploración adecuada de éstas por los peritos que realizan los peritajes de credibilidad. Se trata, además, de víctimas inmersas en dinámicas abusivas muchas veces de manera crónica, o por lo menos con una reiteración de episodios dada la vinculación existente, lo que incide en la cualidad del testimonio y por ende del proceso evaluativo.

En lo que respecta a los resultados judiciales, se dio la siguiente proporción entre condena y absolución:

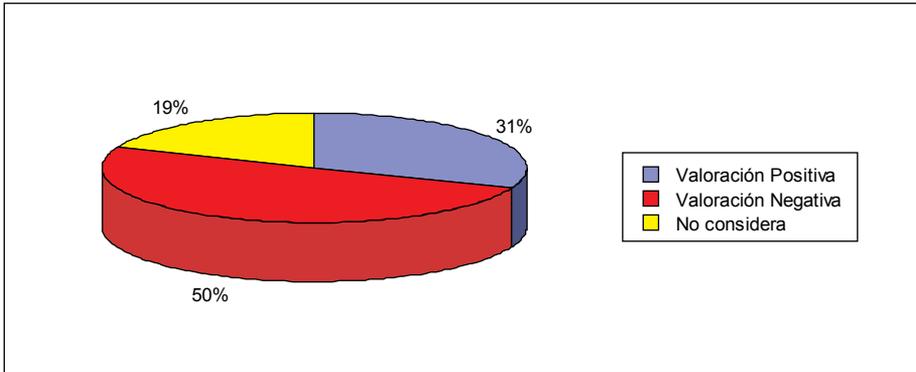
**GRÁFICO 6<sup>67</sup>**



En este punto cabe realizar un análisis de la valoración que realiza el tribunal de la actuación del metaperito, y si aquello se refleja en el resultado judicial de la causa. Cabe señalar que en 57 de las 92 causas analizadas se arribó a condena (62%), y en 35 a una sentencia absolutoria (38%). Sin embargo, al analizar la valoración que realiza el tribunal del metaperitaje en la sentencia, se puede observar que su valoración es abiertamente negativa en un 50% de los casos, informando el tribunal que no tomó en consideración la declaración de los metaperitos en un 19% de los casos.

- 6 En aquellos casos de concurso de delitos en que se condene por alguno de ellos se cuantificará como condena aun cuando en otro se resuelva la absolución.
- 7 En causas con múltiples víctimas se cuantificará como condena aun en el caso que se absuelva por alguna de ellas.

GRÁFICO 7



Resulta importante señalar que en el grupo de preescolares se registra un 36% de condenas y un 64% de absoluciones, mientras en los niños entre 6 y 12 años las condenas representan un 64% del total y las absoluciones un 36%. En el grupo de mayores de 13 años, las condenas representan un 67% y las absoluciones un 33%.

TABLA 1

Rangos Edades	N°Condena	Porcentaje	N°Absolución	Porcentaje	Total
1-5	9	36 %	16	64 %	25
6-12	38	64 %	21	36 %	59
12 +	10	67 %	5	33 %	15
<b>Total</b>	<b>57</b>		<b>42</b>		<b>99</b>

De esta manera, el único grupo etáreo en que el porcentaje de absolución es mayor al porcentaje de condena lo constituye el grupo de preescolares. Esto se puede explicar por las dificultades probatorias propias de aquellos delitos que afectan a este tramo etáreo, principalmente por las características de la etapa evolutiva en que se encuentran, que reúne condiciones especiales de vulnerabilidad que se encuentran vinculadas, principalmente, a limitaciones en la capacidad para comunicar verbalmente sus vivencias, y la posibilidad de conceptualización de éstas. En este sentido, si bien en esta etapa se encuentra en desarrollo la capacidad de simbolizar en el niño –a través de la evolución progresiva en su capacidad para conceptualizar, la posibilidad de poner sus recuerdos en palabras y el desarrollo del juego como reflejo de su experiencia<sup>8</sup>– su lenguaje es aún rudimentario e inmaduro para la comunicación verbal de sus vivencias, siendo limitada su capacidad de entregar detalles e incorporar

8 HEWITT, Sandra. *Assessing Allegations of Sexual Abuse in Preschool Children: Understanding Small Voices*. USA, Sage Publications, 1999.

narraciones en un contexto. Lo anterior desafía la evaluación pericial, particularmente en lo que dice relación con la evaluación de credibilidad y daño, y constituye un terreno fértil para la invalidación de lo que los niños son capaces y están dispuestos a contar, así como de la efectividad de la evaluación forense en este grupo etáreo.

## Valoración de los metaperitajes por el tribunal

En primer lugar cabe señalar que el tribunal distingue entre la credibilidad a la que se refiere un perito en su exposición, y aquella que es propia de la labor del juez de la causa, en cuanto adjudicador de cualidades a los testimonios que recibe, en busca de la construcción de la verdad procesal. Tal consideración ha llevado a que en algunos tribunales se recoja la declaración de los peritos en cuanto testigo de oídas, o para contextualizar o determinar la consistencia en el tiempo del testimonio, limitando con esto su labor como perito forense, explicitando la no consideración de las conclusiones del profesional que depone sobre credibilidad y daño (“...la referencia del perito sobre los dichos de la menor, concordantes con la demás prueba rendida, sirvieron para formar convicción en el tribunal sobre la efectividad de los asertos emitidos por la niña M.J., del modo en que se describió en el considerando decimocuarto de este fallo, con independencia de las conclusiones efectuadas por el perito cuestionado, pues la credibilidad de los testigos que deponen en un juicio oral, es de exclusiva competencia de los sentenciadores ante los cuales se prestan las declaraciones”; Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 7 de septiembre 2010, abuso sexual en RUC N°0900632199-K; RIT 232-2010).

*El Tribunal debe resolver con el mérito de toda la prueba rendida en la audiencia, por ello es fundamental el tema de la intermediación, siendo una más de ella los resultados de la evaluación pericial, que no dejan de ser opiniones de profesionales sobre ciertos temas. En definitiva es el Tribunal el que tiene que decidir en un sistema de libre valoración de la prueba sin que deba estar necesariamente vinculado ni a las conclusiones del perito de la fiscalía como tampoco a las conclusiones de la perito de la defensa. Los informes de veracidad vienen a constituir uno de los elementos de juicio que el Tribunal debe ponderar para establecer la existencia de los hechos, sin embargo dicho informe no reemplaza la constatación directa que deben hacer los juzgadores, para apreciar la veracidad del relato de cada uno de los testigos, labor que constituye la esencia del análisis crítico de las probanzas expuestas en el juicio. No se puede olvidar que si bien las pericias responden a metodologías científicas, ellas sólo se constituyen en un elemento más a tener en consideración por el Tribunal, al momento de formar su convicción con respecto a la ocurrencia del hecho y la participación punible, no siendo por ende vinculante en términos de privarlo de su legítimo rol de valorar la prueba y resolver, sino sólo orientador de la labor jurisdiccional. El Tribunal, tal como ha quedado plasmado en los considerandos anteriores, busca el descubrimiento de una verdad histórica sobre la base de una pluralidad de antecedentes cuya mayor o menor coherencia permitirán formar su convicción (Sexto*

*Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 13 de junio de 2010, abuso sexual y violación de menor de 14 años, en RUC N°0801014393-5; RIT 221-2010).*

En esta línea resulta necesario destacar el lugar que ocupa para el tribunal el testimonio que presta la víctima en la audiencia de juicio oral. En un importante porcentaje de los casos el Tribunal *espera* que la víctima entregue un testimonio coherente, consistente, sólido, circunstanciado, que permanezca en el tiempo de manera casi inamovible salvo en detalles superfluos, que incorpore la descripción de tiempo, lugar y la referencia a demás antecedentes anexos que posibilitaron la comisión de los hechos, y que además resulte consistente en relación a lo que declaran los testigos. Cuando el testimonio reúne tales características pareciera neutralizarse cualquier intento de la defensa por invalidar dicho testimonio o por restar valor a la pericia psicológica, la que viene a respaldar este análisis de coherencia mediante la declaración del perito cuando éste ha concluido que el testimonio es creíble y válido, y se constata el daño provocado a raíz de los hechos sufridos. En este caso la existencia de un buen testimonio viene a ser reforzado por la evaluación de credibilidad, y el meta-peritaje no resulta suficiente para desvirtuar las conclusiones del peritaje y poner en duda el testimonio de los menores de edad. Habiéndose estimado por el tribunal como creíble un relato acerca del hecho y la participación de un imputado en base a toda la prueba aportada y no únicamente en base a lo expuesto por el perito del ente persecutor, una metapericia no es suficiente para desvirtuar el convencimiento del Tribunal. El peritaje no es el único elemento en que descansa la decisión condenatoria, sino que éste constituye uno de los elementos que contribuyen a reforzar los dichos del menor.

*“Finalmente, es necesario consignar que los llamados “contraperitajes”, que consisten en una evaluación de la calidad técnica y/o rectitud científica de una pericia incorporada al proceso (la denominación de meta peritajes se aplica a los análisis de aspectos de interés procesal basado en el conjunto de antecedentes incorporados en la investigación, tales como declaraciones, documentos médicos, informes de exámenes, etc., según el Centro chileno-alemán de las Ciencias Forenses) no se encuentran excluidos de nuestro procedimiento penal, donde existe libertad de prueba “para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento”, debiendo ajustarse a principios regulatorios según lo establecen los artículos 295 a 297 de nuestro Código Procesal Penal. Sin embargo, su valor probatorio radicará exclusivamente de la importancia que el Tribunal le asigne, basado en los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, el mérito científico (objetividad, imparcialidad, racionalidad) y su congruencia en el contexto de la prueba, como en este caso se ha efectuado en los considerandos precedentes” (Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 8 de septiembre de 2010, abuso sexual, en RUC N°0800601737-2; RIT 130-2010).*

Cuando, por el contrario, el testimonio que se ha rendido en la evaluación pericial y/o el tribunal ha sido breve, vago, o con pocos detalles, se encuentran argumentos para desacreditar el relato entregado en ambas instancias (“En

*efecto, los dichos de la menor de iniciales C. F. C. M., única prueba directa sobre los hechos propiamente abusivos que configurarían los tipos penales hechos valer en la Acusación, contienen incoherencias internas que los privan de la capacidad de provocar convicción en estos Sentenciadores”, Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 8 de septiembre de 2010, abuso sexual, en RUC N°0800601737-2; RIT 130- 2010), reforzando en su exposición en el fallo las argumentaciones planteadas por el metaperito. De esta manera se valora el metaperitaje cuando los dichos no aparecen como creíbles para el tribunal.*

Lo anterior plantea un punto de inflexión en que la relevancia en la valoración que hace el tribunal del caso según la calidad de un testimonio por parte de las víctimas permite formular la siguiente pregunta: ¿Qué ocurre en aquellos casos en que las víctimas, por las características propias a la etapa evolutiva en que se encuentran, por ejemplo en el caso de los preescolares, o cuando debido al vínculo con el agresor, el involucramiento en dinámicas abusivas crónicas o las consecuencias de la victimización, entregan un testimonio en juicio oral que aparece como limitado, coartado, constreñido o, incluso, retractado, imposibilitando el cumplimiento de los parámetros de complejidad acordes al estándar impuesto por el Tribunal?.

¿Qué ocurre cuando estas *incoherencias* corresponden más bien a la omisión o adición de información (“... fue modificando sus dichos en el curso de la investigación, y a la perito le narró situaciones que no había mencionado en otras instancias, y no le mencionó circunstancias que a este Tribunal le señaló”; Segunda Sala Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, 22 de agosto de 2011, violación en RUC N°0801190471-9; RIT 54-2011)?; ¿cómo se logra determinar que dichas *incoherencias* responden a una falsa denuncia y no a las características propias de la fenomenología de los delitos sexuales –conocimiento científicamente afianzado–, incluyendo, por ejemplo, el concepto de la develación progresiva o de la retractación?; ¿qué ocurre cuando de tan crónicos los abusos y tan temprano en la infancia se hace prácticamente imposible para las víctimas ubicar temporalmente los episodios de manera que se pueda establecer su correspondencia temporal con la acusación (“... incuestionablemente el relato en mención debe estar imbuido de firmeza, consistencia, claridad, sustentabilidad en el tiempo y estar exento de incertidumbres, vaguedades y contradicciones tanto en sí mismo como con el resto de los elementos probatorios”, Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 10 de enero de 2011, abuso sexual y violación en RUC N°0900461153-2, RIT 595-2010 )?.

En contra, se ha señalado:

*Pensar que los dichos de un testigo que no declara en juicio, pero que si lo hace durante la investigación, no pueden ser valorados cuando se introducen de otra manera, es limitar esta libertad de prueba, que dejaría por este hecho, de ser tal, implicaría desconocer fenómenos como la retractación, como el justo temor de verse expuesto con sus dichos a un daño mayor para sí o en este caso para el acusado, impli-*

*caría negar la existencia de eventos inesperados que hacen imposible que un testigo se presente, privando al Tribunal el poder determinar la verdad. Probablemente si un testigo que sirviera a los intereses de la defensa, que estableciera una coartada para su defendido, se negare a declarar en juicio, pese a que lo ha hecho durante la investigación, el discurso y argumentos de la defensa no serían sostenidos (Segunda Sala Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, 20 de julio de 2010, abuso sexual en RUC N°0800009902-4, RIT 40- 2010).*

## **Argumentos del Tribunal para desestimar el valor de los metaperitajes**

En cuanto a los argumentos reseñados por el Tribunal en las distintas sentencias para desestimar el valor de los metaperitajes y realizar una valoración negativa de ellos, o no considerarlos para la formulación del veredicto, a continuación se presentan aquellos que son esgrimidos con mayor habitualidad:

- 1) Al no tener el metaperito un contacto directo con la fuente, se carece de la información básica y necesaria para emitir un juicio fundado:
  - *Respecto a la declaración de la perito Greter Macurán por la cual desacredita el peritaje psicológico del Ministerio Público, sus observaciones, enfocadas al aspecto procedimental de su facción, se basó en la sola lectura y estudio del respaldo documental de aquel, por lo que nunca tuvo un contacto directo e inmediato con la paciente, cuestión que en el campo del estudio del comportamiento resulta imprescindible (Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 12 de abril de 2010, violación de menor de 14 años en RUC N°0900089109-3, RIT 80-2010).*
  - *La pericia psicológica debe efectuar una conclusión acerca del relato de la menor y no exige la transcripción íntegra del mismo, más si se explica suficientemente de que partes o extractos de la misma se puede concluir lo que afirma el perito, lo que se cumplió en la especie, sin que además el perito deba precaver que será cuestionado por otra profesional que ni siquiera se entrevistó personalmente con la menor que ha sido objeto de él, siendo su contacto sólo con un documento que da cuenta de una pericia efectuada por otro profesional, pero en caso alguno tiene la inmediatez que se observa en el trabajo del primer profesional que le permite observar gestos, emociones, relatos y actitudes de la periciada (Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, 27 de agosto de 2011, abuso sexual de menor de 14 años en RUC N°1000392026-2, RIT 276-2011).*
  - *Además, las afirmaciones sobre las características de personalidad de la menor y elementos de interés psicológico, no pueden ser ponderados ni contrastados con el resto de los antecedentes, debido a que la perito de la Defensa no tuvo acceso a la menor y sus dichos sólo se basan en los datos y referencias a los que logró tener acceso y que fija como parciales, presentados a través de un copia de audio y referencias escritas, igualmente sesgadas e incompletas, lo que la*

*priva de credibilidad* (Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 8 de septiembre de 2010, abuso sexual en RUC N°0800601737-2, RIT 130-2010).

- *Lo primero que debemos señalar es que el respaldo a sus alegaciones mediante la presentación de su prueba, no tuvo efecto alguno, careciendo de todo valor para argumentar su postura, como lo hemos indicado al apreciar la prueba rendida en juicio en el considerando respectivo. Su prueba pericial presentada, carece de valor para fundar su teoría, debido a que no trabaja con todos los elementos existentes para hacer una evaluación seria y circunscrita al caso concreto, sino que está destinada como único objetivo a desacreditar el método empleado por el perito del Ministerio Público que sí trabajó con la totalidad de los datos investigativos y por supuesto con la menor* (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante, 21 de agosto de 2010, abuso sexual reiterado en RUC N°0700455672-0, RIT 51-2010).
- 2) En ocasiones, traspasando los límites que impone la disciplina, los metaperitos no sólo dan cuenta del análisis del informe de otro profesional que sí ha tenido contacto directo con la persona evaluada, sino que emiten una conclusión o pronunciamiento respecto del diagnóstico, estado mental o credibilidad de ésta.
- *En tal sentido y si bien Greter Macurán describió lo que a su entender se trataba de deficiencias y errores de procedimiento pericial, su análisis no sólo se centró en el informe escrito sino que se extendió a situaciones relacionadas con la develación o con la falta de detalles de que adolecía el relato de la menor, que excedían el marco de su contra pericia, en cuanto ponían en duda la efectividad de los hechos narrados por la niña o la oportunidad en que develó los abusos* (Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 7 de septiembre de 2010, abuso sexual en RUC N°0900632199-K, RIT 232-2010).
- 3) Lo que cobra pleno valor de peritaje es lo manifestado de forma oral por el perito en la audiencia de juicio oral, pudiendo dicha declaración ser sometida al procedimiento de examen y contraexamen propias del sistema acusatorio, y no los documentos que son objeto de análisis en las metapericias:
- *(...) pero aunque ello no es de relevancia para este Tribunal, sí lo es la circunstancia que habiéndose estimado por éste creíble un relato acerca del hecho y participación de un imputado en base a toda la prueba aportada y no únicamente en base a lo expuesto por el perito del ente persecutor, una metapericia no es suficiente para desvirtuar el convencimiento del Tribunal. En definitiva, al haber tenido la pericia de Greter Macurán, un objetivo de una prueba solo enunciada y aún no rendida conforme a la ley; y que sus reproches fueron explicados uno a uno por el perito Cañete, debe negársele valor* (Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso,

27 de agosto de 2011, abuso sexual de menor de 14 años en RUC N°1000392026-2, RIT 276-2011).

- (...) que la señora Macurán fue categórica en referir que su pericia correspondió a un análisis metodológico cuyo objeto es el peritaje escrito, documento que no se presentó en la audiencia como prueba documental, por ende, el tribunal carece de los antecedentes para valorar el análisis por ella realizado (Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, diez de junio de dos mil once, abuso sexual en RUC N°1000403209-3, RIT 48-2011).
  - La desestimación de esa pericia se funda en que la deposición de la experta dice relación con el informe elaborado por doña Verónica Romo Fernández, psicóloga, antecedente que no fue incorporado como prueba, ya que este tipo de antecedentes se conoce por este Tribunal a través de la respectiva declaración de la perito, conforme lo disponen los artículos 314 y 319 del Código Procesal Penal, esto es, se hace cuestión por la Defensa respecto de una prueba no incorporada al Juicio (Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 8 de septiembre de 2010, abuso sexual en RUC N°0800601737-2, RIT 130-2010).
  - (...) esto es, el informe escrito no es la prueba pericial, ésta es la que se rinde en el juicio; es evidente que no puede ser sustancialmente diferente a la anunciada, sin embargo, ella puede ser ampliamente explicada, como ocurrió en la especie. Pretender que el perito concurra al juicio sólo a recitar un informe escrito, hace que su comparecencia personal al juicio sea absolutamente innecesaria. De este modo, la metapericia efectuada por Greter Macurán Nodarse, tuvo un objeto incompleto, un informe escrito sin las debidas explicaciones que se dieron en el juicio, baste ello para desestimarlo (Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, 27 de agosto de 2011, abuso sexual de menor de 14 años en RUC N°1000392026-2, RIT 276-2011).
  - (...) sin embargo cabe recordar que en este sistema procesal nuevo, la convicción que adquieren los sentenciadores, se hace sobre la base de lo declarado en audiencia; en la cual los que deponen explican su pericia y las conclusiones del mismo, la forma en que se llevó a efecto y la metodología empleada, es decir, estos informes se validan, sólo en la medida que sean expuestos en forma oral y pública; pericias respecto de las cuales la citada profesional no emitió opinión, y pericias que a juicio de este Tribunal al ser explicadas y expuestas en juicio resultaron válidas, idóneas y coherentes con el resto de la prueba (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, 20 de julio de 2010, abuso sexual en RUC N°0800009902-4, RIT 40- 2010).
- 4) El metaperitaje constituye una revisión puramente académica de un informe que sí corresponde en propiedad a una pericia:
- El perito presentado –Sra. Macurán– para contrarrestar el valor de la prueba pericial del Ministerio Público, emite una opinión desde una perspec-

*tiva teórica, carente de los elementos reales y concretos reunidos en la investigación para emitir un pronunciamiento del caso. Que naturalmente no efectúa, como lo reconoce, sino se limita a desacreditar el método empleado por el sicólogo Muñoz desde la visión de la literatura y práctica (...) (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante, 21 de agosto de 2010, abuso sexual reiterado en RUC N°0700455672-0, RIT 51-2010).*

- *Por su parte, la psicóloga Greter Macurán Nodarse, presentada por parte de la Defensa, con un análisis de parámetro de validez de un informe pericial psicológico, realizado a la menor de nombre F, de 10 años a la fecha de la evaluación, Informe firmado por la psicóloga Arce y otro a la menor de iniciales C, firmado por la psicóloga Strobl, no convence al tribunal como para desistir de estos últimos, toda vez que se trata de un análisis efectuado por una profesional en que emite su opinión y apreciación sin que ésta vaya aparejada de otros antecedentes o fundamentos que den credibilidad a lo por ella expuesto, en oposición a los informes de peritajes presentados por el Ministerio Público que en todo momento se encuentran avalados por el resto de la prueba que ha sido presentada en este juicio, la que se condice una con otra, sin encontrar discrepancias entre sí (Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 5 de abril de 2011, violación y abuso sexual en RUC N°1000138663-3, RIT 819 -2010).*
- 5) El metaperitaje como medio de prueba, al pretender valorar la calidad de un peritaje realizado por un profesional, realiza una actividad propia del tribunal, esto es, valorar el rigor técnico y credibilidad de una pericia:
- *En otras palabras, todas las aprehensiones o críticas de esta deponente, se basan en insuficiencias o ausencias que la señora Condemarín percibe en el informe escrito que resume lo hecho por la perito Sra. García, pero es lo cierto que ese documento **no es la pericia, sino sólo un respaldo o resumen de lo realizado** porque en rigor, el Código Procesal Penal es claro en cuanto a que **la pericia está constituida sólo y únicamente por la declaración en juicio –salvo las únicas tres excepciones que se contienen en el artículo 315 del estatuto ya referido–** de la perito y entonces, toda crítica realizada sin conocer la integridad de la pericia es por definición parcial e incompleta, (...), siendo naturalmente el juicio oral el lugar donde las peritos bajo las reglas del contra examen deben dar acabada cuenta de sus hallazgos, metodología y conclusiones, lo que la perito García hizo muy satisfactoriamente en este caso. En este sentido, las llamadas metapericias podrán ilustrar al tribunal acerca del procedimiento que debe seguirse para que un determinado peritaje tenga valor científico en una determinada disciplina, pero la constatación de si se dio o no cumplimiento a estas exigencias metodológicas y técnicas compete hacerla sólo al tribunal, único órgano que tiene acceso a la totalidad de la pericia y puede ponderar su calidad y atingencia.*

*Dado lo anterior, los peritos de la defensa no lograron desvirtuar ni desacreditar la prueba de cargo, resultando fútiles sus intentos al respecto. En otras palabras, la prueba pericial de descargo no permitieron alterar la convicción condenatoria del tribunal, desde que ambas metapericias se fundan en objeciones al antecedente escrito que tienen como informe, en circunstancias que la pericia propiamente tal y en términos rigurosos es la que se rinde en juicio, que es mucho más extenso, ilustrativo y rico en información que el antecedente ya referido, dándose respuesta satisfactoria en la prueba pericial de estrados a casi todas las observaciones y dudas metodológicas o reparos que ambas profesionales de la defensa formularon (Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 13 de junio de 2011, violación en RUC N°0900426275-9, RIT 18 -2011).*

- 6) Se realiza una evaluación respecto de la metodología aplicada por el perito y no respecto de la credibilidad de la víctima, a quien no se entrevista, por lo tanto el análisis efectuado por el metaperito presentado por la defensa en nada resta credibilidad al relato de el/la ofendido/a.
- 7) Cabe señalar, finalmente, que la valoración que se realiza del metaperitaje se vincula, en reiteradas ocasiones, con la valoración que se realiza del peritaje y el perito y la acreditación que se hace de éste en cuanto a su experiencia y formación, su rigurosidad y el cumplimiento de los parámetros establecidos para la evaluación forense:
  - *“Ahora bien, la ponderación de esta prueba (la metapericia), tiene que ver con el valor probatorio que el tribunal le otorga o le resta a la pericia del Ministerio Público, según llegue a la convicción de la falta de idoneidad del método empleado para determinar la credibilidad o falsedad del relato del menor y lo acertado de sus conclusiones. Así las cosas, si se tiene en cuenta que el objetivo de la prueba pericial es ilustrar al tribunal sobre los conocimientos de una ciencia o arte que profesa un profesional o experto para la resolución de un asunto preciso y determinado —en la especie la forma como se hizo el peritaje— estos juzgadores no logran obtener una convicción cierta que el conocimiento del perito de la defensa tenga una calidad profesional superior a los conocimientos de la perito del Ministerio Público, de modo de preferir el método y las conclusiones que él profesa por sobre el método y las conclusiones de la pericia del ente acusador. De este modo, teniendo claro dicha circunstancia, al pronunciarnos sobre el valor de esta meta pericia, necesariamente deberemos determinar qué conclusión resulta más idónea, para otorgar o restar credibilidad al relato del menor. En este sentido, estos sentenciadores creen que la pericial del Ministerio Público otorga mayor garantía de credibilidad que la incorporada por la defensa. En efecto, lo que cuestiona la defensa es la metodología empleada por la perito de cargo, pero en su prueba pericial no se observa —además de su cuestionamiento teórico— una vinculación directa con el menor para generar en estos juzgadores —luego de usar*

*la metodología pericial que propugna como idónea— una convicción distinta o generar al menos una duda razonable sobre la credibilidad del relato de la víctima. Es en este contexto, que estos sentenciadores estiman que no se ha acreditado —en el juicio— una suficiencia fáctica del método que patrocina la perito de la defensa, de modo de hacer —más allá de una crítica teórica— una demostración real de su mejor método pericial, de modo de preferir ésta por sobre la otra. Por el contrario, la pericial del Ministerio Público tuvo una vinculación directa con el niño, logrando explicar razonablemente los motivos que hace creíble el relato del menor y es totalmente congruente con el resto de la prueba aportada en el juicio” (Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, 5 de octubre de 2011, violación de menor de 14 años en RUC N°0900605437-1, RIT 37-2011).*

En cuanto a los argumentos reseñados por el tribunal en las distintas sentencias para valorar positivamente los metaperitajes, cabe señalar que éstos resultan bastante menos genéricos que los argumentos para la valoración negativa del metaperitaje, y se vinculan de manera más directa a las características particulares de cada causa, especialmente a la actuación del perito y la calidad de su declaración.

## Comentario final

Ha quedado claro en el curso de esta revisión que el pronunciamiento respecto al rigor técnico y credibilidad de una pericia corresponde al tribunal en su función de valoración de la prueba.

En este contexto, la reforma procesal penal ha significado para los profesionales de la psicología que se desempeñan en el ámbito forense la necesidad de aplicar, con cada vez mayor rigurosidad, metodologías válidas y reconocidas, con sustento teórico y técnico, que impliquen la fundamentación de sus apreciaciones profesionales, y que les permitan sortear con éxito el proceso de interrogatorio y contrainterrogatorio<sup>9</sup>, así como contrapesar la influencia de la metapericia, valorada disciplinariamente como un ejercicio, al menos, cuestionable<sup>10</sup>.

9 HUERTA y MAFFIOLETTI, ob. cit., p. 124

10 La Asociación Chilena de Psicología Jurídica y Forense, adopta “una posición, en general, contraria a la práctica del metaperitaje, toda vez que supone un pronunciamiento profesional orientado a evaluar y, eventualmente, descalificar el trabajo de un/a colega en el contexto público del foro penal y que, además, en diversas ocasiones ha incorporado una valoración del trabajo pericial de otro colega sin tener acceso a la persona periciada ni al procedimiento de peritaje (Documento de fecha 20 de enero 2009 dirigido por Rodrigo Pantoja Vera, Director de la Asociación Chilena de Psicología Jurídica y Forense a Félix Inostroza Díaz, Director de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional).

Lo anterior se sustenta en la necesidad de no trasladar al tribunal una discusión propia al ámbito teórico y académico respecto a las consideraciones técnicas y metodológicas correspondientes a las evaluaciones periciales, así como en el imperativo de no trasladar a la víctima el peso de falencias metodológicas en la evaluación pericial, que llevan a restarle valor científico a la misma y, consecuentemente, toda credibilidad al relato de las víctimas, cuando en rigor, en estos casos, cabría de mejor manera restar credibilidad a la actuación del perito.

*“Lo único que nos queda claro con este metaperitaje es la compleja relación existente entre la ciencia y el proceso judicial y, en especial, la difícil discriminación acerca de cuáles conclusiones periciales pueden considerarse científicas respecto de aquellas otras que no llegan a ese nivel. Es cada vez más frecuente encontrar que circunstancias relevantes para las decisiones judiciales intentan ser averiguadas y luego valoradas con instrumentos científicos y otros que no lo son tanto. Evidentemente, frente a un conocimiento científico afianzado –normalmente originado a través de las llamadas ciencias duras–, que aporta por ende una conclusión de máxima certeza respecto de las hipótesis en conflicto, nada cabe decir en contrario a los jueces; sin embargo, si lo concluido no proviene de una fuente de ese rango, si no más bien de metodologías opinables y discutidas, surge la posibilidad de que el juzgador aporte su experiencia profesional y defina lo que se tendrá por cierto, más allá de las opiniones de los peritos” (Tribunal Oral en lo Penal de Talca, 11 de mayo de 2010, abuso sexual en RUC N°0800172027-K, RIT 148-09).*

## FILICIDIO EN CHILE. INCIDENCIA ESTADÍSTICA Y ANÁLISIS DE LAS DENUNCIAS SOBRE MUERTES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A MANOS DE SUS PADRES ENTRE LOS AÑOS 2010 A 2012

Roberto Rodríguez Manríquez<sup>1</sup>

### Resumen

*En el siguiente estudio se describe y analiza la incidencia estadística del filicidio en Chile, se compara la frecuencia de los casos ocurridos desde el año 2010 a 2012 observando diversas variables descriptivas asociadas a los hechos y se exploran de manera cualitativa las circunstancias de los crímenes que culminaron con la muerte de niños/as por sus padres. Se incorpora al análisis aspectos relacionales y contextuales asociados al filicidio de acuerdo a las categorías de Resnick<sup>2</sup> y a factores psicosociales que permiten distinguir las características que asume el neonaticidio y filicidio en nuestro país.*

*Palabras Claves: filicidio, neonaticidio, muerte de niños/as por sus padres.*

### Introducción

El asesinato de niños a manos de sus padres se ha producido históricamente, en distintas partes del mundo y en diferentes culturas<sup>3</sup>. En Chile no existen estudios que midan la magnitud del fenómeno, que ha sido estudiado a través de estudios de prevalencia sobre maltrato infantil<sup>4</sup>, existiendo escasa información acerca de su incidencia. La presente investigación busca identificar la dimensión del filicidio en Chile y categorizar los diferentes contextos intrafamiliares en los cuales se producen las muertes de niños, niñas y adolescentes.

Se espera que el estudio permita mejorar la identificación de los niños/as y adolescentes que están en mayor riesgo de ser víctima de filicidio y, para ello,

- 1 Trabajador Social de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 RESNICK, Phillip. "Child Murder by Parents: A Psychiatric Review of Filicide". En: *American Journal of Psychiatry*, vol. 126, N°3, EE.UU. Asociación Americana de Psiquiatría, 1969, pp. 325-334.
- 3 GONZÁLEZ TRIJUEQUE, David y MUÑOZ RIVAS, Marina. "Falicidio y Neonaticidio. Una Revisión". En: *Revista Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Madrid, España, U. de Complutense, Vol. 3, N°2, 2003, pp. 92-93.
- 4 UNICEF. Indicadores de Maltrato Infantil [en línea], Santiago, Chile. Disponible en: <http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Maltrato-Infantil> [fecha de consulta 04 de marzo de 2013].

ésta es una investigación que se aproxima al fenómeno a partir de las denuncias que han ingresado a la Fiscalía de Chile los años 2010, 2011 y 2012.

Metodológicamente se han levantado y analizado los hechos delictuales de las causas de infanticidio, parricidio, muertes y hallazgos de cadáver (entre otros tipos penales) que comprometen la vida de niños/as y adolescentes en el contexto intrafamiliar. Al respecto, es importante advertir que existiría un número desconocido de niños fallecidos cuya muerte podría no haber sido denunciada o descubierta. También es importante indicar que existen casos de niños maltratados gravemente por sus padres y que se constituyen en sobrevivientes de filicidio. La Ley de Violencia Intrafamiliar sanciona estos hechos, pero la vulneración grave a la integridad física y psicológica de los niños muchas veces se mantiene en silencio, configurando impunidad o una importante “cifra negra” del fenómeno en estudio.

Se espera que la información que se presenta pueda ser de utilidad para los distintos operadores del sistema de persecución penal y también para quienes conforman las redes de protección a la infancia, organismos de educación y salud entre otras instancias, ya que éstos se convierten en los terceros que tienen el deber y la capacidad para denunciar e interrumpir hechos constitutivos de delito y graves vulneraciones de derechos que afectan niños, niñas y adolescentes.

En la primera parte de este estudio se abordarán brevemente antecedentes históricos y culturales sobre el asesinato de niños, señalando también las formas jurídicas en que se ha definido el problema. En la segunda parte se hará una reseña conceptual del término *filicidio*, definiendo y presentando las distintas categorías del fenómeno elaboradas por Phillip Resnick. A continuación, se resumen los resultados del análisis de la incidencia del filicidio en Chile durante los años 2010 a 2012 ocupando estadística descriptiva. Por último, se presenta un anexo en el que se describen ejemplos de filicidios ocurridos en Chile que forman parte de la muestra del estudio con la finalidad de hacer un análisis cualitativo y crítico sobre las categorías de filicidio empleadas.

## I. Antecedentes históricos

Estudios antropológicos e históricos reportan que en la población indígena americana se ejercían ritos filicidas femeninos. En Grecia, específicamente en Esparta, el niño recién nacido era arrojado del Monte Taigeto luego de ser examinado por sus padres frente a la comunidad de ancianos, quienes decidían si éste vivía o debía ser arrojado desde la altura al presentar anomalías físicas, baja estatura o enfermedades, lo que representaba características no aptas para un ciudadano espartano nacido para la guerra. En Roma, el “pater familias” podía decidir si un hijo debía ser cuidado o expuesto a la muerte. Consta que asesinar al hijo recién nacido se convirtió en delito en la

ley romana en el 374 D.C., no obstante, los autores de estos hechos raramente eran juzgados<sup>5</sup>.

Hasta el siglo XIX, en la India, el sistema social de castas perpetuaba y legitimaba la muerte de niñas como una manera de mantener estatus social. A excepción de leyes cristianas y judías, la muerte de niños pequeños a manos de sus padres ha sido aceptada o, por lo menos, mantenida sin sanción. En Occidente los hijos ilegítimos han estado expuestos al asesinato asociado a sentimientos de vergüenza y honor. Actualmente demógrafos señalan que es muy probable que en China pueda mantenerse el filicidio selectivo<sup>6</sup>.

Desde una perspectiva jurídica, los términos utilizados para describir los asesinatos ocurridos dentro del seno familiar son numerosos. En la legislación comparada, el parricidio (del latín *parricidium*) es el término más utilizado para describir asesinatos intrafamiliares y se le define comúnmente como dar muerte a uno o ambos padres. Sin embargo, también puede ser definido como matar a un hijo o a cualquier otro descendiente o ascendiente legítimo o ilegítimo, o al propio cónyuge<sup>7</sup>. Como se aprecia, la definición de parricidio es amplia, abarca una serie parentescos y por lo tanto se focaliza en distintos tipos de víctimas según tramo de edad y género. En tal sentido, la legislación penal chilena ha adoptado la definición de otros dos tipos penales que ocurren en contexto intrafamiliar: el *infanticidio* (Artículo 394 del Código Penal) en el cual el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos, dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente; y el *femicidio* (Artículo 390 inciso 2° del Código Penal) cuando el autor da muerte a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, siendo castigado como parricida.

En el presente estudio, se utiliza el término filicidio para abordar la muerte de niños y adolescentes asesinados por sus padres por ser un concepto que se aparta de las definiciones penales y médico legales que varían según cada país y que a la vez provocan problemas y discusiones de diverso orden. Por ejemplo, en el Diccionario de la Real Academia Española, *filicidio* está definido como “muerte dada por un padre o una madre a su propio hijo” e *infanticidio* (del latín *infanticidium*) tiene como significado la “muerte dada violentamente

5 GRIMBERG, Carl. *Historia Universal. El Alba de la Civilización*. Madrid, España, Ediciones Daimon, 1967, pp. 12-84.

6 TOYNBEE, Arnold. *Estudio de la Historia. Compendio*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Emece, 1959, pp. 23-47.

7 En la actualidad, varios países han acuñado el término *femicidio* para definir el asesinato del cónyuge o conviviente de sexo femenino con el fin de visualizar el fenómeno de violencia contra la mujer. En Chile, es un tipo penal autónomo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 390 inciso 2° del Código Penal.

a un niño de corta edad<sup>8</sup>. En el Código Criminal francés, infanticidio está limitado al asesinato de un recién nacido, mientras que en el Código inglés se considera como tal, la muerte de un niño/a desde el nacimiento hasta los dos o tres años de edad<sup>9</sup>. Al respecto, se aprecia un esfuerzo por parte de la doctrina para derogar esta figura penal, tal como ocurre en el Código Español de 1995 y el Código Alemán donde no existe el tipo penal de infanticidio<sup>10</sup>.

Filicidio sería el término genérico más adecuado para describir el asesinato de un hijo por parte de alguno de sus progenitores. Para Resnick, el concepto filicidio está referido a los casos en los que uno de los progenitores acaba con la vida de su propio hijo si éste tiene más de 24 horas de vida, ya que si es menor de un día el vocablo más indicado sería el de *neonaticidio*<sup>11</sup>.

## II. Marco conceptual

Se utiliza el concepto de filicidio como el asesinato de niños por parte de sus padres y se distingue del término neonaticidio, ambos términos referidos por Resnick en 1969, para diferenciar el asesinato de un bebé dentro de las primeras 24 horas de vida. En 1969, tras una revisión de 131 casos acerca del asesinato de niños por parte de sus madres, el autor diferenció cinco motivaciones principales que delimitan cinco categorías de filicidio: altruista, por hijo no deseado, accidental, psicótico agudo y filicidio vengativo<sup>12</sup>.

### 1. Filicidio altruista:

La madre o el padre terminan con la vida de su hijo plenamente convencidos de “salvarlo” de alguna situación insostenible tales como la extrema pobreza, maltrato, enfermedad, abuso, rechazo. Se mata al hijo “por amor”, creyendo que el interés superior del niño se subordina a la muerte, por ser ésta “la mejor salida para el hijo”. Como ejemplo, puede ocurrir que madres suicidas

8 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario, 22ª edición [en línea]. Disponible en: [www.rae.es](http://www.rae.es) [fecha de consulta 04 de marzo de 2013].

9 DE LA ESPRIELLA GUERRERO, Ricardo. “Filicidio: Una revisión”. En: *Revista Colombiana de Psiquiatría*, N°35, N°1- 2006, p. 73.

10 POLITOFF, Sergio, RAMÍREZ, Ma. Cecilia, MATUS, Jean Pierre, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte Especial, 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, pp. 81 y ss.

11 HATTERS FRIEDMAN, Susan & RESNICK, Phillip. Child murder by mothers: patterns and prevention [en línea]. En: *World Psychiatry*. Edición en Español. Vol 5, N°3. Diciembre, 2007. Pp. 137-141. Disponible en: [http://www.wpanet.org/uploads/Publications/WPA\\_Journals/World\\_Psychiatry/Past\\_Issues/Spanish/wpa-12-2007-spa.pdf](http://www.wpanet.org/uploads/Publications/WPA_Journals/World_Psychiatry/Past_Issues/Spanish/wpa-12-2007-spa.pdf) [fecha de consulta 06 de noviembre de 2012].

12 RESNICK, Phillip. Child-Murder by Parents and Insanity [en línea]. Los Ángeles, EE.UU.: Asociación Forense de Salud Mental de California, 2007. Disponible en: <http://www.fmhac.net/Assets/Documents/2007/Resnick%20Child%20Murder%202007.pdf> [fecha de consulta 4 de marzo de 2013].

no deseen dejar a su hijo para que éstos se enfrenten a un mundo intolerable, o un padre psicótico puede creer que está salvando a su hijo de un destino peor que la muerte. El hecho de que un porcentaje importante de los filicidios cometidos se expliquen por “motivos altruistas” es el dato que lo diferencia claramente de cualquier otro tipo de homicidio. En esta categoría se incluyen los casos de trastornos depresivos mayores, depresiones psicóticas y psicosis propiamente tal. Desde una perspectiva penal, es esencial saber diferenciar en estos casos si se está ante “motivaciones altruistas” sin presencia de psicosis o ante trastornos de tipo delirante porque éstas serían causales de inimputabilidad, es decir, se comete el asesinato del hijo a causa de una alteración psíquica que deberá probarse durante la investigación criminal. Dentro de esta categoría de filicidio se distinguen dos subtipos bien diferenciados.

- 1.1. *Filicidio altruista asociado al suicidio del agresor*: los agresores alegan un profundo sufrimiento personal que les hace querer suicidarse y consideran además, que no son capaces de abandonar a sus hijos “solos en el mundo”, por lo que suelen acabar con las vidas de ellos y luego suicidarse.
- 1.2. *Filicidio que se comete para aliviar el sufrimiento de la víctima*: en estos casos el progenitor decide acabar con la vida del hijo con el fin de aliviar algún tipo de sufrimiento real o imaginado en la víctima.

## 2. Filicidio por ser hijo no deseado:

Los estudios de Resnick han encontrado una alta incidencia de casos en que la madre mata a su hijo por considerarlo un estorbo, porque no desea al hijo o no está en condiciones de criarlo. En esta categoría son incluidos los asesinatos cometidos por padres por el mero hecho de que las víctimas son hijos no deseados, situación ésta que corresponde más habitualmente a muertes de recién nacidos que niños mayores. Resnick acuñó el término *neonaticidio* para describir el asesinato de un bebé dentro de las primeras 24 horas de vida<sup>13</sup>. La ilegitimidad del hijo o el hecho de la ausencia de una figura paterna que se ocupe de él son las principales causas de que algún ascendiente termine con su vida. En los varones, el hecho de tener dudas sobre su paternidad o el percibir al hijo como un obstáculo para progresar en su carrera profesional son los motivos más habituales de los filicidios paternos. Además de las relaciones extramaritales, las dificultades económicas son también significativas en relación a esta categoría. De hecho, se ha constatado que los factores de tipo socioeconómico, si son muy adversos, incrementan el riesgo de que se produzca un *neonaticidio*<sup>14</sup>.

13 RESNICK, Phillip et al. “Asesinato de niños por sus padres”. En: *World Psychiatry*, Ed. Español, 2007, Octubre, p. 137.

14 LAMBIE, Ian. “Mothers who kill: The crime of infanticide”. En: *International Journal of Law and Psychiatry*, 24, 2001, pp. 71-80.

### 3. Filicidio accidental<sup>15</sup>:

Son casos que ocurren como resultado de maltrato infantil por parte de los padres, es decir, situaciones de abuso físico o negligencia a través de prácticas cotidianas de control autoritario y abusivo hacia el hijo/a. Quedan definidos como accidentales porque la intención homicida no es evidente y deberá probarse durante la investigación penal el carácter crónico del maltrato o si efectivamente no hubo dolo en el agresor. No está claro para Resnick si suelen ser los padres o madres los que cometen este tipo de filicidio. La casuística muestra que las muertes ocurren con mayor facilidad debido a arranques de violencia, frecuentemente relacionados como una forma de aplicar disciplina y educación al hijo. En este grupo también se deben incluir las muertes accidentales ocasionadas por el zarandeo o síndrome del niño zarandeado ya que cualquier movimiento brusco de la cabeza puede generar lesiones e incluso la muerte del niño. En estos casos se trata de padres con elevados niveles de estrés y que frecuentemente han sido víctimas de abusos y actos negligentes durante su infancia<sup>16</sup>. Para evaluar correctamente estos casos es importante conocer el tipo de abuso o maltrato ejercido y son especialmente importantes tres aspectos: i) los factores estresores que pueden originar un estado de crisis en el agresor; ii) si el agresor tiene (o percibe) una carencia de apoyos significativa de parte de sus redes; iii) el agresor percibe defectos en la víctima y ejerce crónicamente violencia abusiva hacia el niño.

### 4. Filicidio psicótico-agudo:

La madre o el padre agreden y matan a su hijo en una situación relativamente inesperada, dominada por algún trastorno mental severo. En esta categoría no estarían incluidos todos los filicidios cometidos por psicóticos (muchos de ellos pertenecen a la categoría donde se presenta una depresión mayor), pero sí aquellos en los que los padres matan a alguno de sus hijos bajo la influencia de alucinaciones, ideas delirantes o estados epilépticos. Aparecen en esta categoría trastornos mentales mayores donde predomina la ausencia de raciocinio. Los impulsos afectivos se transforman en comportamientos violentos dirigidos a una víctima vulnerable como es el hijo. Es importante señalar que en esta categoría resulta primordial descartar aspectos como el abuso de alcohol como causa directa del filicidio.

15 La traducción literal del inglés (*fatal maltreatment*) para esta categoría sería "filicidio por maltrato fatal" pero en la bibliografía en español se denomina "*filicidio accidental*".

16 RESNICK, ob. cit., p. 4.

## 5. Filicidio por venganza:

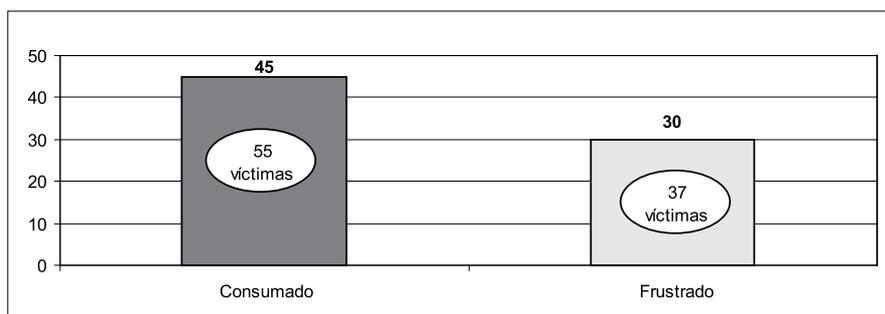
La madre o el padre asesinan al hijo como una respuesta letal hacia su pareja. Por causas de abandono, engaño o maltrato en cualquiera de sus formas. En esta categoría se hallan casos en los que un progenitor mata a su hijo como una forma deliberada de hacer sufrir al otro progenitor. A este tipo de filicidio se le ha denominado “Complejo de Medea”, descrito en la mitología clásica, donde la madre (Medea) presenta deseos de muerte hacia su propio hijo como una forma de venganza contra el padre. Las edades de las víctimas suelen ser más altas que las de otras categorías. En este tipo de filicidio se encuentran los agresores con trastornos severos de la personalidad, relaciones de pareja caóticas e importantes historias de autolesiones y violencia masculina abusiva<sup>17</sup>.

### III. Incidencia estadística del filicidio en Chile

Gráfico 1. Casos de filicidios ocurridos desde el año 2010 al año 2012 (N 75)

En este gráfico se muestra la incidencia de casos de filicidios ocurridos entre los años 2010 a 2012, lo que permite comparar y observar la evolución del fenómeno. Para efectuar este análisis los delitos incorporados al estudio fueron infanticidio, parricidio, homicidio, muerte y hallazgo de cadáver. La valoración de si el hecho es consumado o frustrado se hizo en base a la calificación jurídica del Fiscal. Se puede además distinguir en el gráfico el número de víctimas directas fallecidas, que es mayor al número de casos, debido a que se contabilizaron hechos donde el padre o a la madre asesinaban a dos o más hijos en un mismo acto. En resumen, en base a los registros de Fiscalía, han fallecido 55 niños, niñas y adolescentes a manos de sus padres.

#### Nº DE CASOS DE FILICIDIOS OCURRIDOS ENTRE LOS AÑOS 2010 Y 2012



Como ya se señaló, existiría una “cifra negra” de víctimas fallecidas y sobrevivientes que configuran la brecha de impunidad frente a casos de maltrato

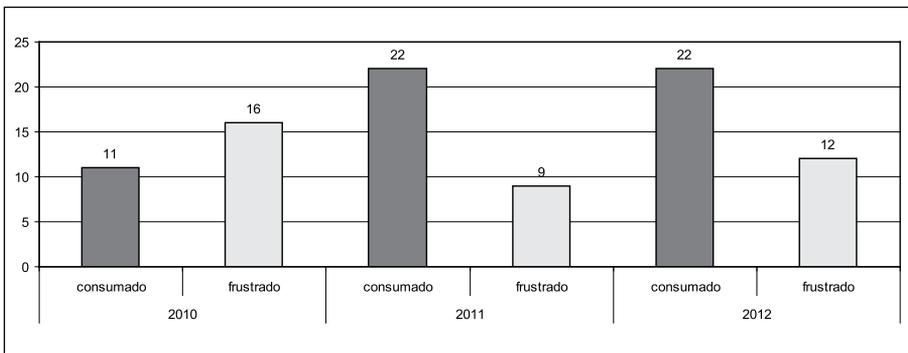
17 LAMBIE, ob. cit., p. 4.

infantil grave. Para abordar más eficazmente se hace necesario mejorar los circuitos de intervención jurídica, tanto familiar como penal, que pretenden proteger a los niños y perseguir los hechos constitutivos de delito. A su vez, es necesario hacer más eficiente la coordinación entre tribunales, Fiscalía y los organismos de las redes sociales que diagnostican, denuncian y evalúan el riesgo para abordar integralmente el maltrato infantil en su faceta más grave.

**Gráfico 2. Víctimas de filicidio consumado y frustrado por año (N 92)**

El siguiente gráfico describe la evolución del fenómeno por año, lo que permite plantear preguntas sobre cuáles serían los factores asociados a la incidencia de muertes de niños, cuestión que se intentará responder más adelante a la luz del análisis de los contextos de los hechos según tipo de filicidio.

**N° DE VÍCTIMAS DE FILICIDIO POR AÑO**



**Gráfico 3. Número de casos de filicidio y neonaticidio consumados (N 45)**

El neonaticidio, que se asimilará al concepto jurídico aplicado en Chile, es decir, casos de recién nacidos fallecidos a manos de sus progenitores en el transcurso de sus primeras 48 horas de vida –delito de infanticidio, tipificado en el artículo 394 del Código Penal–, alcanza una cifra de 25 casos con 28 víctimas fatales (se registró un triple infanticidio).

**N° DE CASOS DE FILICIDIO Y NEONATICIDIO CONSUMADOS**

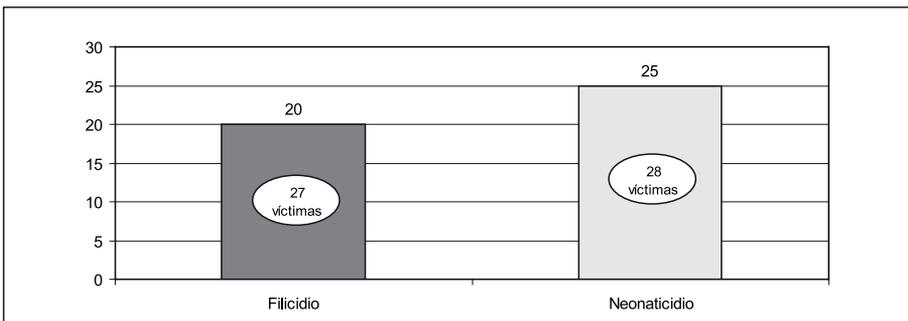


Gráfico 4. Casos de filicidio y neonaticidio consumados por zona geográfica (N 45)

Llama la atención que la cifra de neonaticidios ocurridos en la zona sur, supera doblemente a los casos ocurridos en la zona central de Chile, que como se sabe, presenta una mayor densidad urbana. Cabe preguntarse por los factores sociales, culturales y económicos que podrían estar influyendo en estas cifras comparativas por zonas, constituyéndose en un área de estudio inexplorada en Chile.

**CASOS CONSUMADOS POR ZONA GEOGRÁFICA**

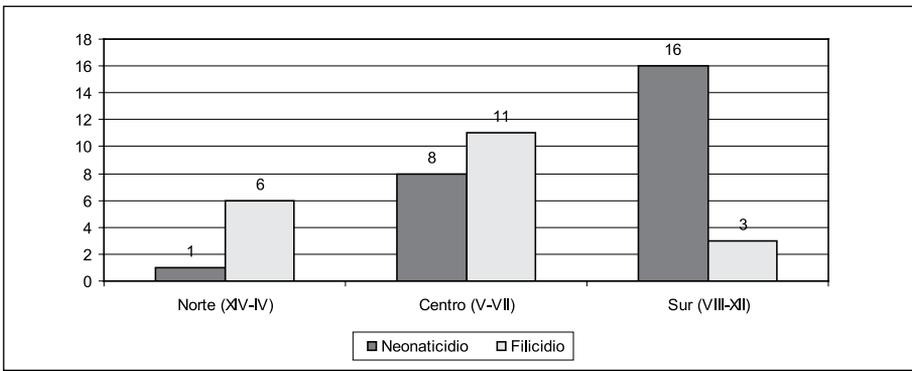
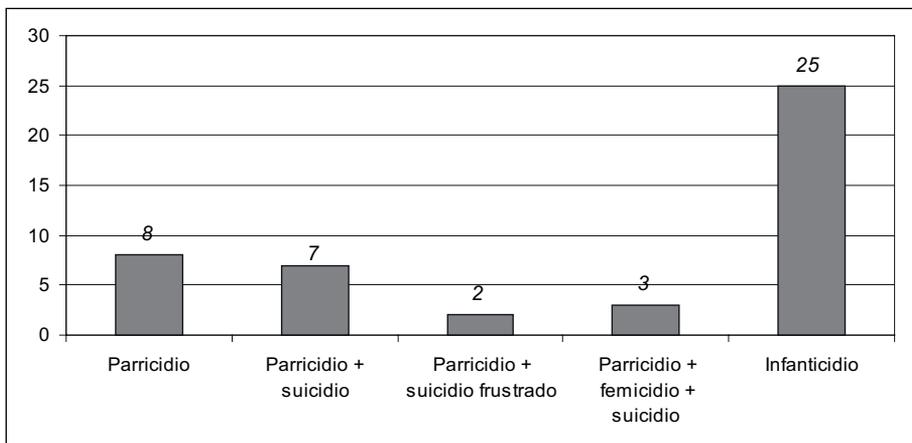


Gráfico 5. Hechos delictivos que configuran filicidio y neonaticidios consumados (N 45)

Esta variable permite apreciar los distintos delitos que en la legislación chilena asumen los filicidios consumados.

**HECHOS DELICTIVOS DE CASOS CONSUMADOS**



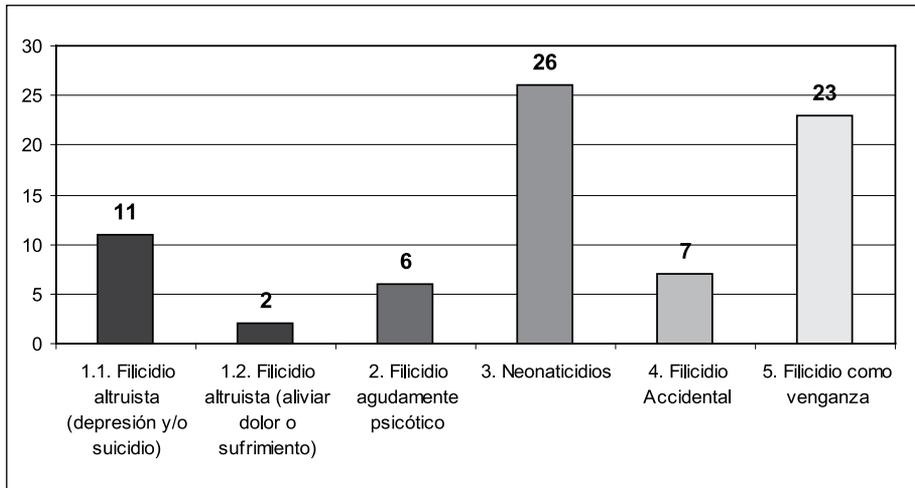
El riesgo de un niño de ser asesinado por sus padres es mayor durante el primer año de vida, la abultada cifra de infanticidio así lo demuestra. Este dato podría estar subestimado probablemente debido a exámenes forenses inexactos y a que algunos cuerpos nunca son descubiertos.

Otro factor que llama la atención es la presencia del suicidio del padre o la madre en las demás categorías de delito. Estos casos de suicidio podrán analizarse y comprenderse de forma más precisa ocupando las distintas categorías de filicidio presentadas, tal es el caso del filicidio altruista o por venganza.

Gráfico 6. Tipos de filicidio de acuerdo a las categorías de Resnick (N 75)

Las categorías Neonaticidios y Filicidios como Venganza se instalan con las más altas frecuencias.

**TIPOS DE FILICIDIO (RESNICK)**

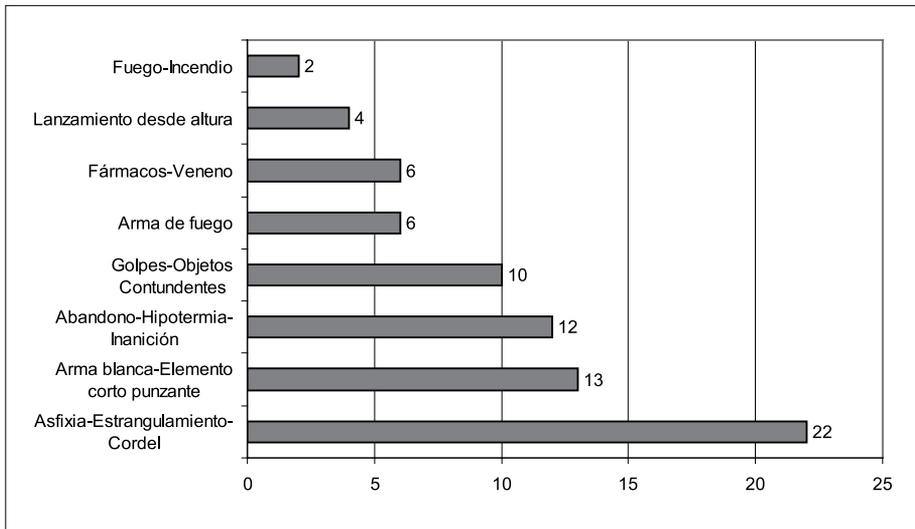


Respecto de los *Neonaticidios* se puede señalar que, salvo un caso, las madres fueron las autoras y que su motivación principal fue que el hijo no era deseado. La segunda causa de muerte más alta es el *Filicidio como venganza* donde está claramente identificada la motivación de hacer daño emocional al padre o madre del niño asesinado en contextos de violencia doméstica, separaciones y divorcios conflictivos. Respecto del filicidio altruista es una señal de alerta para los equipos de salud mental, no subestimar los relatos de madres que presentan depresión y que tienen pensamientos de hacer daño a sus hijos.

**Gráfico 7. Medio utilizado para cometer el filicidio (N 75)**

Resulta dramático analizar y comentar los medios utilizados para perpetrar los asesinatos de niños, a simple vista la “asfixia” (22 casos) ya sea por estrangulamiento o cordel es el *modus operandi* más utilizado, lo que se relaciona con las muertes de niños recién nacidos, al igual que para el “abandono” (12 casos), tercera causa con mayor frecuencia y que ocasiona la muerte por hipotermia o inanición de neonatos.

**MEDIO UTILIZADO**

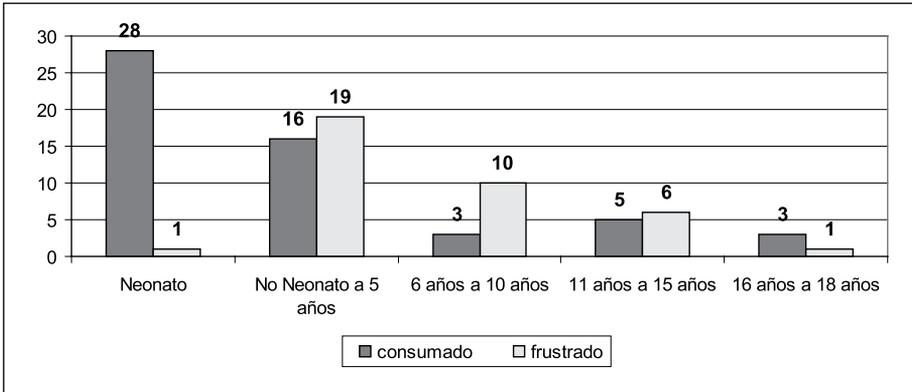


En segundo lugar, la utilización de “armas blancas y elementos corto punzantes” (13 casos) junto con “golpes y objetos contundentes” se configura en una variable que estaría más asociada a la muerte de niños mayores en contextos de filicidios altruistas y por venganza. Luego, los demás medios utilizados se dispersan en distintos tipos de filicidios llamando la atención el uso de “arma de fuego” (6 casos) y fármacos (6 casos) como medios vinculados a filicidios por venganza y filicidio altruista con suicidio o psicosis de parte de alguno de los padres.

**Gráfico 8. Tramo de edad de las víctimas de acuerdo a si es un hecho consumado o frustrado (N 92)**

Se observa una tendencia de riesgo mayor a ser víctima de asesinato por parte de los padres en niños desde el nacimiento hasta los cinco años.

VÍCTIMAS POR TRAMO DE EDAD SEGÚN ESTADO DE EJECUCIÓN

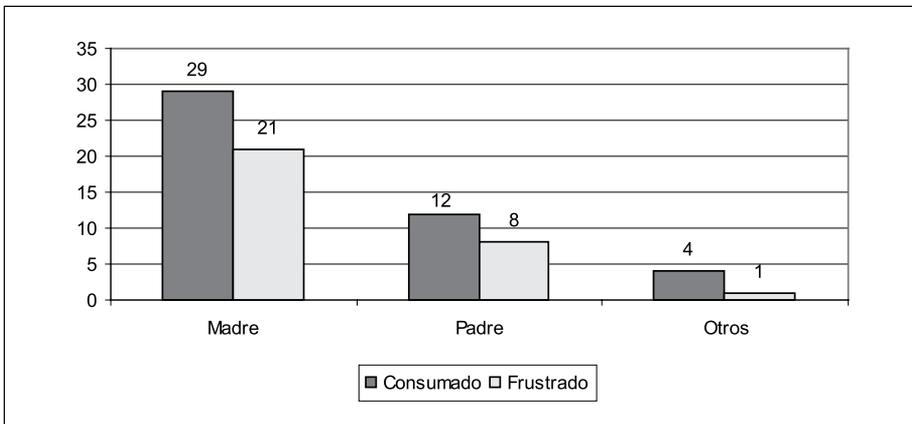


Tanto en casos consumados como frustrados la tendencia de riesgo disminuye a medida que los niños van aumentando en edad. La prevención se focaliza entonces en las instituciones preescolares y de salud familiar comunitaria que pueden pesquisar situaciones de vulneración que comprometan la vida de los niños. Por otra parte, el sistema de justicia familiar puede intervenir oportunamente si los diagnósticos son co-construidos desde una perspectiva multidisciplinaria que complemente la evaluación médica pediátrica, psiquiátrica y psicosocial.

Gráfico 9. Parentesco o vínculo del filicida (N 75)

Esta variable muestra claramente a las madres como las autoras principales de filicidio. Cabría preguntarse por las condicionantes individuales, emocionales, económicas y sociales que estarían relacionadas con la alta incidencia de madres en la autoría de estos hechos. Un área interesante de investigar sería la relación entre filicidio materno y violencia de género.

FILICIDA

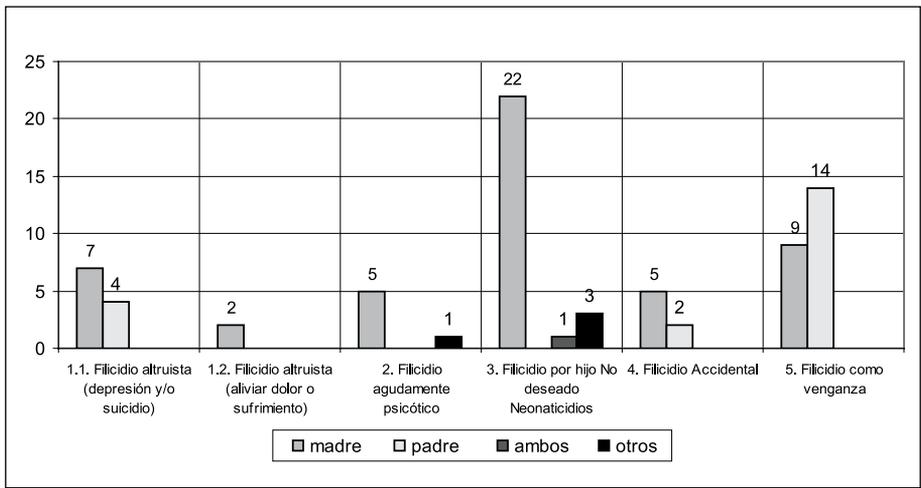


Como se aprecia, la mayoría de los neonaticidios son cometidos por las madres, en cambio los filicidios son cometidos indistintamente por padre o madre en diferentes contextos que se analizan a la luz de la conceptualización de Resnick. Al analizar los casos nos encontramos con que las autoras de preferencia han sido madres jóvenes, solteras, con embarazos no deseados que no reciben atención prenatal y han escondido su embarazo por cuestiones económicas y normas sociales.

Gráfico 10. Padre o madre autor según tipo de filicidio (N 75)

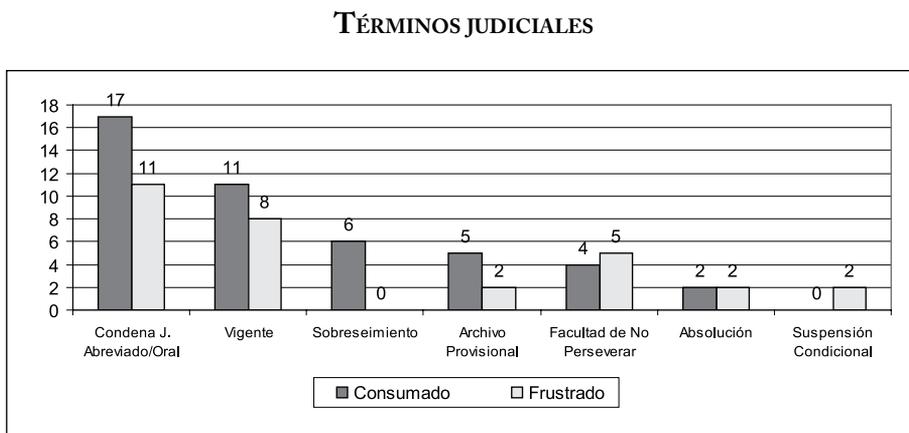
Se observa predominancia de la madre como autora de filicidio en la mayoría de las categorías de filicidio. No obstante, en el filicidio por venganza el padre surge como el autor principal.

**PADRE/MADRE SEGÚN TIPO DE FILICIDIO**



Es alarmante la alta frecuencia de filicidio por venganza. Esta categoría es difícil de predecir, pero existen patrones de acoso y violencia por parte de la pareja masculina que podrían ser un claro signo de advertencia para los operadores de justicia. Al respecto, los instrumentos de evaluación de riesgo en violencia intrafamiliar se transforman en indicadores importantes para tomar en cuenta por la policía, la fiscalía y los tribunales de familia, cuando deben intervenir en la disputa conflictiva del cuidado personal de menores. Analizados los casos de filicidio por venganza surge la infidelidad conyugal y el conflicto de custodia de los niños como los elementos gatilladores del asesinato del hijo para causar daño al otro progenitor.

Gráfico 11. Términos judiciales (N 75)



Resulta interesante observar que los casos consumados y frustrados han tenido una significativa judicialización lo que es coherente con los criterios de persecución de estos hechos y con el alto impacto público, exposición mediática y reproche social del filicidio. Sin embargo, se hace necesario estudiar con mayor detención los tipos de condenas alcanzadas así como las medidas cautelares y de protección respecto de los niños sobrevivientes.

#### IV. Anexo

##### Descripción de categorías de filicidio y hallazgos sobre el fenómeno

###### 1. Filicidio altruista:

La madre o el padre terminan con la vida de su hijo plenamente convencidos de “salvarlo” de alguna situación insostenible tales como la extrema pobreza, maltrato, desolación, abuso, rechazo. Resnick explica que se mata al hijo “por amor”, creyendo que el interés superior del niño se subordina a la muerte, por ser ésta “la mejor salida para el hijo”<sup>18</sup>.

**1.1. Filicidio altruista asociado con el suicidio del agresor:** los agresores alegan un profundo sufrimiento personal que les hace querer suicidarse y consideran, además, que no son capaces de abandonar a sus hijos solos en el mundo sin ellos por lo que suelen acabar con sus vidas antes de suicidarse.

18 RESNICK, ob. cit., p. 3

Ejemplo a partir de extracto de carta suicida:

*“quiero que me perdonen por todo lo que hice yo lo hice por amor y me llevo a mi hijo para que no sufra en la calle y para que me pague todo el daño que me hizo la Carola y que también sufra como yo sufrí por ella y quiero que mis hijos me perdonen por haberlos abandonados chaoooooo Eugenio y Bastián chao los quiero mucho a todos mis hijos y nietos”.*

Acá se aprecia un texto relacionado con el suicidio altruista. Como todo modelo teórico, la clasificación de Resnick simplifica la realidad y ésta supera al concepto. Por lo anterior, no es posible distinguir, en algunos casos de filicidio estudiados, la categoría de forma pura. En este caso, el suicida no sólo mata a su hijo de cuatro años de edad bajo el impulso altruista: *“me llevo a mi hijo para que no sufra en la calle”*, sino que también mata al niño para dañar a su conviviente por la separación y la disputa por el cuidado del pequeño: *“... y para que me pague todo el daño que me hizo la Carola y que también sufra como yo sufrí por ella...”*.

**1.2. Filicidio que se comete para aliviar el sufrimiento de la víctima:** en estos casos el progenitor decide acabar con la vida del hijo con el fin de aliviar algún tipo de sufrimiento real o imaginado en la víctima.

Ejemplo a partir de nota de prensa:

*“... la mujer quedó en prisión preventiva al ser acusada de haber suministrado el medicamento Tramadol a su hijo de cuatro años, quien se encontraba internado. El menor había ingresado a la Unidad de Cuidados Intensivos del recinto asistencial con un cuadro severo de distensión abdominal y espasmos epilépticos, convulsiones y compromiso de conciencia. De acuerdo al relato de la fiscalía, desde esa fecha y hasta el 30 de marzo el niño estuvo inconsciente, por lo que se le suministró alimentación endovenosa, ocasión que habría aprovechado la mujer para inyectar el medicamento a su hijo. El fármaco que se usa como analgésico para dolores crónicos, especialmente para pacientes con cáncer, no es apto para menores de edad” (Diario El Mercurio, 09 de Agosto de 2012).*

El diagnóstico temprano y certero de depresiones u otros trastornos puede prevenir el filicidio por motivos altruistas o agudamente psicóticos por depresión, manía o delirio. En el caso del ejemplo, el padre señaló a la fiscalía que dos años antes, un hermano de la víctima, en esa época de seis meses de vida, también había llegado hasta el recinto hospitalario con los mismos síntomas. Lamentablemente falleció y con estos antecedentes la fiscalía solicitó la exhumación del cuerpo del niño. Se encontró altas dosis de tramadol en los peritajes biológicos. La madre fue formalizada por parricidio consumado quedando en prisión preventiva.

2. Filicidio por ser hijo no deseado:

Se ha encontrado alta incidencia de casos en que la madre mata a su hijo por considerarlo un estorbo, porque no desea al hijo o no está en condiciones de criarlo. En esta categoría son incluidos los asesinatos cometidos por el mero hecho de que las víctimas son hijos no deseados, situación ésta que corresponde más habitualmente a muertes de recién nacidos que niños mayores, lo que Resnick acuñó con el término *neonaticidio*.

Extracto de acusación del Fiscal<sup>19</sup>:

*“...Primer hecho: Durante el primer semestre del año 2008, la acusada, se encontró en estado de gravidez y ocultó este estado a sus familiares, amigos y empleadores, aduciendo que padecía una enfermedad al colón, un tumor, utilizando ropas anchas y faja, hasta que finalmente se produjo el parto en las dependencias de su domicilio... específicamente en el baño común de dicho inmueble, donde realizó el trabajo de parto, hasta que finalmente se produjo el alumbramiento, acto seguido la acusada cortó el cordón umbilical y lanzó al recién nacido al interior del baño de la citada casa habitación, donde la criatura comenzó a llorar hasta que finalmente falleció por la acción desplegada por la acusada.*

*...Segundo Hecho: en el tiempo que media entre el mes de junio del año 2008 y el primer trimestre del año 2010, nuevamente la acusada se encontró en estado de gravidez y ocultó dicho estado a sus familiares, amigos y personas conocidas, esgrimiendo las mismas razones, esto es, que padecía de una enfermedad al colon, un tumor, utilizando ropas anchas y fajas, con el fin de ocultar este estado, hasta que a finalmente se produjo el parto, al interior de la pieza que ocupaba, donde en fecha indeterminada dentro del período descrito, realizó el trabajo de parto, hasta que finalmente se produjo el alumbramiento, acto seguido la acusada cortó el cordón umbilical, realizando diversas acciones tendientes a terminar con la vida del recién nacido, lo que finalmente logra, produciéndose el deceso del recién nacido.*

*...Tercer hecho: Dentro del período que va desde el segundo trimestre del año 2010 y el cuarto trimestre del mismo año, la acusada se encontró en estado de gravidez y ocultó este estado a sus familiares, amigos y empleadores, aduciendo que padecía una enfermedad al colón, un tumor, utilizando ropas anchas y faja, hasta que finalmente se produjo el parto, a finales del año 2010, al interior de la pieza que ocupaba, donde realizó el trabajo de parto, hasta que finalmente se produjo el alumbramiento, acto seguido la acusada cortó el cordón umbilical y lanzó al recién nacido sobre un lavatorio y como éste comenzó a llorar lo tapó con una sábana y posteriormente con una frazada, hasta que éste dejó de llorar, falleciendo por la acción desplegada por la acusada.*

*Los cuerpos de los tres (03) recién nacidos, fueron encontradas el día 26 de Abril de 2011, al interior de un tambor de metal que se encontraba en el inmueble de la acusada”.*

19 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. RIT 52-2012 Rol Único de Causa: 1100419245-3

La escalofriante narración de la acusación fiscal resta comentarios acerca del carácter premeditado de los tres neonaticidios. No se encontró en la acusada ningún rasgo psicótico, depresión o alucinatorio. Los tres bebés eran hijos no deseados. Es importante evaluar y descartar antecedentes de depresión post parto u otra patología que podría presentar la mujer imputada.

### 3. Filicidio accidental:

Son casos que ocurren como resultado de maltrato infantil por parte de los padres, es decir, situaciones de abuso físico o negligencia a través de prácticas cotidianas de control autoritario y abusivo hacia el hijo/a. Quedan definidos como accidentales porque la intención homicida no es evidente y deberá probarse durante la investigación penal el carácter crónico del maltrato o si efectivamente no hubo dolo en el agresor. No está claro para Resnick si suelen ser los padres o madres los que cometen este tipo de filicidio. La casuística muestra que las muertes ocurren con mayor facilidad debido a arranques de violencia, frecuentemente relacionados como una forma de aplicar disciplina y educación al hijo.

Extracto de denuncia realizada por médico pediatra en Fiscalía en caso terminado por sentencia condenatoria:

*“...la denunciante (médico pediatra) da cuenta que el niño de dos años quedó al cuidado de su padre, quien lo trasladó desde la ciudad de Copiapó hasta la ciudad de Victoria, donde permaneció bajo su cuidado... durante el transcurso de este tiempo el menor fue víctima de agresiones múltiples de parte de su padre, siendo la última de ellas el día 20 de mayo del año 2010, oportunidad en que ambos se encontraban solos en dicho domicilio, debido a la entidad de tal agresión el menor resultó con pérdida de conciencia, por lo que éste lo trasladó al hospital de Victoria donde ingresó aproximadamente a las 16 horas, presentando un traumatismo encefalo craneano en evolución y compromiso de conciencia, por lo que fue derivado al hospital regional de Temuco donde ingresó por TEC en evolución, compromiso de conciencia, hemorragia cerebral, equimosis radiada de más de un centímetro, de distinta data, en tronco y extremidades superiores. En tal hospital el médico de turno formuló denuncia por cuanto las lesiones que presentaba el menor no eran compatibles con una caída, como había informado el padre, sino más bien con la acción violenta por parte de terceros. El día 24 de mayo el menor falleció en el hospital”.*

El 4° Estudio de Maltrato Infantil de Unicef Chile reveló altos índices de violencia intrafamiliar que afecta a los niños, señalando que el 71% de los niños, niñas y adolescentes son víctimas de violencia al interior de su hogar. Un 25,9% de los niños, niñas y adolescentes es víctima de violencia física grave, un 25,6% de violencia física leve y un 19,5% es víctima de violencia psicológica. La investigación consignó que un 20,7% y un 23% de los niños y

niñas que sufren violencia tienen una relación mala o regular con su madre y con su padre, respectivamente<sup>20</sup>.

#### 4. Filicidio psicótico-agudo:

La madre o el padre agreden y matan a su hijo en una situación relativamente inesperada, dominada por algún trastorno mental severo.

Ejemplo a partir de informe policial de un caso en el que se determinó en un juicio oral que la imputada actuó a causa de un trastorno mental transitorio.

*“una vez que personal policial llegó al sitio del suceso encontró a la madre desnuda sobre una cama con un cuchillo carnicero ensangrentado en los pies de la cama, y la imputada manifestó que había intentado matar a su hijo, apuñalándolo en la cabeza e indicó que su hijo de un año y medio manipulaba la mente de las personas y que no era hijo de ella, que era hijo del diablo y que por eso quiso matarlo”.*

Es gravitante para investigación penal el diagnóstico forense que permita dilucidar si los progenitores que asesinan o intentan asesinar a sus hijos cometieron el filicidio padeciendo alguna psicosis, depresión e ideación suicida y si tenían antecedentes de asistencia a programas de salud mental. Tanto a nivel preventivo como para la persecución penal, es primordial establecer si existen diagnósticos de trastornos de personalidad u otras patologías asociados a filicidio altruista o con psicosis aguda.

#### 5. Filicidio por venganza:

La madre o el padre asesinan como una respuesta letal hacia su pareja, o quienes la hayan abandonado, engañado o maltratado en cualquiera de sus formas. En esta categoría se hallan casos en los que un progenitor mata a su hijo como forma deliberada de hacer sufrir al otro progenitor del menor.

##### EJEMPLO 1:

Padre encuentra a hijo de 5 meses inconsciente y con pulso débil debido a intoxicación por medicamentos provocada por su madre quien deja nota que se transcribe a continuación:

*“cualquier cosa que le suceda a nuestra hija la responsabilidad será tuya y de tu nueva pareja”*

20 UNICEF. Indicadores de Maltrato Infantil [en línea], Santiago, Chile. Disponible en: <http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Maltrato-Infantil> [fecha de consulta 4 de marzo de 2013].

## EJEMPLO 2:

Nota de Prensa que relata el asesinato de tres adolescentes a manos de su padre, un destacado médico pediatra de la ciudad.

*“El triple parricida habría realizado un “rito de sometimiento a sus hijos” y su objetivo habría sido que su mujer sufriera el resto de su vida...en un crimen trágico y lleno de interrogantes, el imputado envió a su esposa al supermercado, durante su ausencia asesinó a sus tres hijos de 14, 16 y 17 años con tres disparos en la nuca, bebió un trago con su mujer cuando regresó de las compras y, finalmente, se quitó la vida frente a ella.*

*En el dormitorio matrimonial quedaron hechas las maletas para el viaje que la familia emprendería el próximo sábado... Todos los detalles de la noche macabra que vivió la madre y esposa, se los contó al fiscal del caso y al sacerdote amigo de la familia...” (Diario La Tercera, 30 de Agosto de 2012).*

Estadísticamente, ha quedado demostrado en este estudio que los filicidios por venganza en Chile son la segunda causa de muerte de los hijos cuando son asesinados por sus padres o madres. Como se señaló, el objetivo es provocar un daño irreparable al otro progenitor del niño asesinado. Los contextos en los cuales se producen son violencia de género, especialmente casos de “terrorismo patriarcal”<sup>21</sup> en el caso de hombres filicidas. También se presenta en contextos de separaciones y divorcios conflictivos.

En el filicidio por venganza el dolor y el daño se proyectan hacia los hijos buscando hacer daño a la parte más sensible que tiene todo padre o madre. En relación a la detección temprana, es complejo adelantar o predecir un filicidio por venganza, pero hay ciertos patrones que se observan: presencia de violencia psicológica, violencia física, violencia en escalada simétrica (cuando existe equilibrio de poder entre hombre y mujer) o escalada complementaria (con desequilibrio de poder y abuso predominantemente del hombre hacia la mujer).

21 JOHNSON, Michael. “Patriarchal terrorismo and common couple violence: two forms of violence against women in U.S families”. Journal of Marriage and the Family, Vol. 57, N°2, pp. 283-294. Mayo, 1995. Disponible en: <http://cooley.libarts.wsu.edu/schwartz/pdf/johnsondv.pdf>



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

---



## ACERCA DE LOS REQUISITOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL COMENTARIOS A PROPÓSITO DEL FALLO DEL DENOMINADO “CASO ADN”<sup>1</sup>

Andrés Salazar Cádiz<sup>2</sup>

### I. Introducción

La imputación de delitos al interior de estructuras empresariales es una tarea compleja en atención a la división funcional del trabajo y a la consecuente distribución de ámbitos de responsabilidad en el contexto y desarrollo de la actividad industrial. Uno de los criterios que la jurisprudencia comparada ha utilizado para delimitar esferas de incumbencia al interior de organizaciones productivas es el principio de confianza, el cual, nacido como criterio para dirimir casos complejos en el ámbito del tráfico rodado, ha sido extrapolado luego al derecho penal económico.

En las siguientes páginas, se analizará el principio de confianza a partir de su inédita aplicación en el denominado caso ADN, el cual constituye el más importante caso de responsabilidad penal por el producto que haya sido dirimido por nuestros tribunales.

### II. Breves consideraciones respecto del surgimiento, fundamento y configuración del enunciado que formula el principio de confianza

Tal y como se adelantó, el principio de confianza surgió como criterio de delimitación de la responsabilidad penal en el ámbito del tráfico viario en Alemania, a mediados del siglo pasado. Mediante el empleo de aquel axioma, *“los tribunales alemanes pretendieron limitar el deber de cuidado de los conductores, reconociéndoles la posibilidad de confiar en la conducta correcta de los demás partícipes del tráfico, siempre que las circunstancias del caso concreto no hicieran pensar lo contrario”*<sup>3</sup>.

- 1 El presente artículo analiza con detenimiento algunos pasajes de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, RUC: 0800102576-8, RIT N°38-2012. Dicho pronunciamiento fue ratificado por la sentencia de Corte Suprema, 27 de diciembre de 2012, ROL N°6831-12, encontrándose ejecutoriado al momento de la redacción de este documento.
- 2 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 3 MARAVER GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en el Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Editorial Civitas, 2009, p. 35. Tal y como indica este autor, la utilización de este criterio

No obstante, la configuración actual del principio de confianza surge como reacción a la jurisprudencia existente en Alemania en los primeros años del siglo XX. En efecto, en aquella época, el automóvil aún era visto como un aparato peligroso, cuyo empleo generaba un riesgo para los peatones, por lo que el *Reichsgericht* estableció, a través sus pronunciamientos, una serie de deberes para los conductores, entre los cuales se incluían no sólo la de respetar las escasas reglas vigentes a la fecha en materia vial, sino además, la obligación de contar con la conducta incorrecta de peatones o choferes, utilizándose la noción de “previsibilidad” para sancionar cualquier tipo de lesiones causadas en este contexto<sup>4</sup>.

Sólo una vez que se establecieron frondosos cuerpos legales que regulaban la conducta de los conductores de vehículos motorizados y que el uso de este medio de transporte se masificó, la jurisprudencia alemana comenzó a buscar un nuevo criterio que morigerara la excesiva responsabilidad que pesaba sobre los hombros de los automovilistas. Tal y como señala Roxin, este ajuste jurisprudencial se debe quizás, de manera preponderante, a la gradual aceptación de la práctica de manejar como una conducta habitual en el marco de la interacción social, hecho que determinó que ésta comenzare a ser entendida, paulatinamente, como un riesgo general de la vida (esto es, traducido en el lenguaje empleado por la doctrina de la imputación objetiva, un riesgo permitido).

Sin embargo, curiosamente, durante los primeros años de utilización de la confianza como máxima jurisprudencial ésta se basó en (se confundió con) el criterio de la previsibilidad (él mismo que se había utilizado con anterioridad para negarle a los conductores la posibilidad de fiarse en la corrección de los comportamientos ajenos). Sin embargo, así entendida (la confianza basada en la previsibilidad) no era sino un criterio que demandaba ponderar caso a caso las circunstancias fácticas concretas para tomar una decisión a partir de consideraciones de carácter subjetivo. Como bien se puede apreciar, esta forma de operar no implica de ningún modo el reconocimiento de un principio normativo de carácter general<sup>5</sup>.

Hoy en día existen dos corrientes principales acerca de la fundamentación del principio de confianza y ellas no apelan a un criterio subjetivo para cimentarla, sino a consideraciones de orden “objetivo”.

---

*“trataba en última instancia, de limitar el excesivo alcance del criterio de previsibilidad, permitiendo a los conductores no tener que contar constantemente con las previsibles actuaciones incorrectas de los terceros”.*

4 Maraver, ob. cit., pp 36-41. En el mismo sentido Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I*. Editorial Civitas, 2003, p. 1004. Se habla en ambos casos de “principio de desconfianza”.

5 MARAVER, ob. cit., pp. 44-49.

La primera de ellas señala que el principio de confianza deriva de la noción de riesgo permitido (la cual constituye hoy en día la posición dominante en la doctrina comparada)<sup>6</sup>. Esta tesis parte de la base de que no parece razonable negar que la conducta incorrecta de los terceros sea una circunstancia siempre previsible (de acuerdo a nuestra experiencia cotidiana), por lo tanto, debe entenderse que esta máxima responde “a la necesidad de tolerar determinadas conductas a pesar de la previsibilidad del resultado lesivo”<sup>7</sup>. En otras palabras, la confianza es un antecedente necesario para desarrollar actividades riesgosas, evitando su paralización. De ahí que el principio de que se trata sea compatible con la existencia de ámbitos de la vida humana donde es necesario tolerar un cierto margen de riesgo.

La segunda corriente postula la derivación del principio de confianza a partir del principio de autorresponsabilidad. La premisa fundamental de esta tesis es que los ordenamientos jurídicos reconocen a las personas como sujetos libres y responsables de sus actos. De este sinalagma (libertad/responsabilidad por las consecuencias) se desprende consecuentemente que, en general, las personas no deben responder por las conductas incorrectas de terceros. De ahí que el principio de confianza sea una concreción del principio de autorresponsabilidad, y su función específica sea la de permitir “la delimitación de la responsabilidad del sujeto ante la intervención de terceros”<sup>8</sup> igualmente libres y responsables por las consecuencias que emanen de sus propia conducta<sup>9</sup>.

6 Roxin a este respecto nos señala en relación de la vigencia del principio de confianza respecto de los posibles delitos dolosos que pudieran cometer terceros que “si se debiera prescindir de ofrecer a otros ocasión para cometer delitos dolosos, la vida social moderna sería igual de imposible que si se renunciara al tráfico automovilístico. En esta medida se trata también de un caso de riesgo permitido: los peligros inevitables se asumen o soportan en atención a las ventajas individuales y sociales que el principio de confianza ofrece también en este terreno”. ROXIN, ob. cit., p. 1006.

7 MARAVER, ob cit, p. 152.

8 MARAVER, ob. cit, p. 171.

9 Existen otras tesis que no hemos tomado en consideración y que también pretenden determinar el fundamento del principio de confianza. Por ejemplo, Frisch, en términos extremadamente sucintos, sostiene que el principio de confianza es meramente una ponderación de intereses. Sin embargo, si hoy en día los principios se entienden como máximas de optimización sujetas a un ejercicio de ponderación su definición no aporta nada nuevo. En relación con esto, ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª edición. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 67-149. Tampoco presta utilidad, a nuestro juicio, el hecho de constatar que las normas, en ciertos ámbitos, funcionan como esquemas de coordinación y que su fijación tiene como antecedente una ponderación de intereses que se da en sede legislativa, ya que es de la esencia de la actividad política que al sancionar una ley se tome postura, definiendo un interés preponderante en un cierto ámbito de vida, con la finalidad de orientar la conducta de los ciudadanos en torno a la protección o fomento de ese bien. En este sentido Bascuñán Rodríguez, Antonio. “Derechos fundamentales y Derecho Penal”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N°9, 2007, pp. 47-74. La posición de Frisch aquí criticada se ha tomado a partir de la exposición que de ella hace MARAVER ob. cit., pp. 167-170.

A partir de estas concepciones modernas del fundamento del principio de confianza se han sostenido al menos dos formulaciones distintas del mismo axioma:

El primer enunciado, representa la formulación tradicional de este axioma y la que es, hasta ahora, la concepción más acogida del principio de confianza. Según esta postura: *“una relación está regida por el principio de confianza cuando el que obra de modo conforme a Derecho en su ámbito de organización puede partir de que los demás también lo harán en el suyo, salvo que se haga evidente lo contrario”*<sup>10</sup>.

Una segunda forma de enunciar el principio de confianza sostiene que *“quien obra de modo conforme a Derecho en su propia esfera de competencia no tiene por qué neutralizar los efectos de la actuación deficiente de un tercero en la suya”*<sup>11</sup>. Como se puede apreciar, esta última alternativa implica una concepción fuerte de este principio.

No nos corresponde aquí indagar respecto de cuál de las formulaciones es la que merece mayor plausibilidad. Sin embargo, creemos que con esta breve exposición nos basta para destacar ciertas consideraciones relevantes acerca de la moderna concepción del principio de confianza y respecto del cual existe relativo acuerdo:

- 1) El principio de confianza, como criterio que determina la exclusión de la imputación, tiene una naturaleza objetiva y no puede identificarse meramente con criterios subjetivos como el de previsibilidad.
- 2) Es requisito para la aplicación del efecto excluyente, exigido transversalmente en todas las formulaciones que el mencionado principio ha adoptado, que el sujeto que ha invocado la situación de confianza haya mantenido su actuación dentro del ámbito de lo permitido por el Derecho.
- 3) La confianza no posee naturaleza contrafáctica<sup>12</sup>. Tal y como lo indica la naturaleza jurídica que ésta posee (esto es, un principio y no una

10 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Deberes de los miembros de un consejo de administración (a propósito de la STS num. 234/2010 (Sala de lo Penal), de 11 de marzo). En [http://www.indret.com/pdf/editorial\\_2.11cast.pdf](http://www.indret.com/pdf/editorial_2.11cast.pdf); En este sentido, ROXIN, ob. cit, p. 1004.

11 SILVA SÁNCHEZ, ob. cit.

12 Cabe hacer presente que Jakobs sí postula que podría reconocerse, eventualmente, una vigencia contrafáctica de este principio circunscrita a determinados ámbitos, posición abrumadoramente minoritaria en la doctrina. Así JAKOBS, Gunter. “La prohibición de regreso en los delitos de resultado”. En: *Moderna dogmática Penal. Estudios compilados*. 2ª edición. Editorial Porrúa, 2006. pp. 380 y ss. De hecho, el mismo Jakobs se ha mostrado partidario a una utilización moderada del principio de confianza en alguno de sus escritos. Así por ejemplo ha señalado que: *“el principio de confianza (...) concluye cuando el reparto de trabajo pierde su sentido, especialmente cuando puede verse que la otra parte no hace,*

regla), su aplicación depende de las circunstancias objetivas que se den caso a caso<sup>13</sup>.

Todas estas consideraciones, deben retenerse ya que serán relevantes a la hora de analizar si la aplicación del principio de confianza al caso ADN es coherente con los requisitos exigidos para su procedencia. No obstante, aún debemos realizar otro breve excurso antes de emprender la valoración del mencionado fallo desde la perspectiva de la institución en análisis. Y es que, como veremos a continuación, la aplicación del principio de confianza en el contexto del Derecho Penal Económico tiene sus propias particularidades.

### III. Importancia y alcances del principio de confianza en el Derecho Penal de la empresa

Tal y como quedó asentado en las líneas precedentes, el principio de confianza importa el establecimiento de un criterio de delimitación de responsabilidad penal útil para aquellos casos en que la producción de un resultado lesivo se encuentra condicionada por la intervención de terceras personas<sup>14</sup>.

A partir de esta constatación, parece evidente que esta máxima podría tener un interesante rendimiento en otros contextos, distintos del tráfico rodado, donde la producción de resultados lesivos se encuentra, de igual modo, influenciada por el concurso de varias personas. Y este es precisamente el caso del denominado Derecho Penal Económico, en particular de la criminalidad producida al interior de las empresas y, especialmente, en lo que guarda relación con la elaboración defectuosa de productos. Así lo entendieron la doctrina y jurisprudencia comparadas que extendieron la aplicación del principio de confianza a los delitos cometidos en el contexto de organizaciones empresariales.

La circunstancia que determina la posibilidad de aplicación del principio de confianza en el contexto empresarial está dada por la división del trabajo<sup>15</sup>. La importancia de la actividad colectiva a través de organizaciones de personas

---

*o no ha hecho, justicia a la confianza de que cumplirá las exigencias de su rol. En tales casos ya no resulta posible repartir el trabajo para alcanzar un resultado exitoso*". JAKOBS, Gunter. "La imputación objetiva en el Derecho Penal". En: *Moderna dogmática Penal. Estudios compilados*. 2ª edición. Editorial Porrúa, 2006. pp. 380 y ss.

13 Tal y como señala Feijoo Sánchez, depende "del contexto y de los otros". FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas. Disponible En:

<http://www.ciidpe.com.ar/area1/imputacion%20de%20hechos%20delictivos.feijooosanchez.pdf>

14 MARAVER, ob. cit., p. 98.

15 En este sentido, por ejemplo, Jakobs ha señalado que "el principio de confianza está destinado a hacer posible la división del trabajo". JAKOBS, Gunter. "La imputación objetiva en el Derecho Penal", ob. cit., p.215. En el mismo orden de ideas, FEIJOO, ob. cit., p. 25.

con división funcional del trabajo ha sido puesta de relieve desde temprano por la economía<sup>16</sup> y la sociología<sup>17</sup>. Así por ejemplo, Durkheim describía este fenómeno (a fines del siglo XIX) con las siguientes palabras: “*no hay que hacerse ya ilusiones sobre las tendencias de nuestra industria moderna; se inclina cada vez más a los mecanismos poderosos, a las grandes agrupaciones de fuerzas y de capitales, y, por consecuencia, a la extrema división del trabajo. No solamente en el interior de las fábricas se han separado y especializado las ocupaciones hasta el infinito, sino que cada industria es ella misma una especialidad que supone otras especialidades (...) y mientras esta evolución se realiza con espontaneidad, los economistas que escrutan las causas y aprecian los resultados, lejos de condenarla y combatirla, proclaman su necesidad. Ven en ella la ley superior de las sociedades humanas y la condición del progreso*”<sup>18</sup>.

Tal y como Durkheim anticipaba, la situación se ha agudizado en nuestros días: las organizaciones empresariales son cada vez complejas y las ciencias de la ingeniería han creado modelos de alta sofisticación para la organización y gestión de estas entidades.

En la actualidad, se han consolidado plenamente los modelos de organización que distribuyen la actividad empresarial en distintos niveles jerárquicos, desde los operativos, situados en la base de la organización, hasta los directivos, que administran la empresa e informan de su gestión a los dueños o controladores de la misma. De esta constatación emana la necesidad para el Derecho de reconocer esa realidad y distribuir el peso de los deberes (y responsabilidades emanadas de ellos) de manera justa y proporcionada al interior de las organizaciones empresariales. Tal y como señala Raquel Montaner “*la relevancia jurídico-penal del principio de la división del trabajo en la empresa estriba en las consecuencias que supone su aplicación. Que exista división de trabajo implica que se han repartido las funciones o tareas y, de ahí, las competencias y responsabilidades*”<sup>19</sup>.

En este tipo de organizaciones, la confianza entre los distintos miembros de la empresa es fundamental para el desarrollo eficiente y eficaz de la tarea común:

16 Así por ejemplo, SMITH, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Fondo de Cultura Económica. 2ª edición. 2012, pp. 7-23 o MILL, Jhon Stuart. *Principios de economía política*. Fondo de Cultura Económica. 2ª edición. 2006, pp. 123-136. También puede leerse un análisis de su importancia económica en MARX, Carl. *El Capital*. Fondo de Cultura Económica. 3ª edición, 2010, pp. 285-296.

17 En este sentido, WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica. 2ª edición. 2008, pp. 87 y ss.

18 DURHEIM, Emile. *La división del trabajo social*. 4ª edición. Editorial Akal. 2001, pp. 47 y 48.

19 MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*. Editorial Atelier, 2008, p. 83.

de no existir confianza en el trabajo realizado por los demás, todos los sujetos que ocupan un determinado rol en la cadena productiva deberían destinar parte importante de tiempo y esfuerzo en verificar e inspeccionar cada uno de los actos en que ha intervenido el resto de los participantes en el proceso productivo. Una situación como ésta llevaría a la paralización de la actividad comercial.

Sin que nos sea posible, por razones de extensión, adentrarnos en tópicos muy relacionados con el que es objeto de nuestro análisis (como por ejemplo, el de la delegación de funciones), debemos dejar asentada aquí una idea fundamental: el principio de confianza no posee los mismos alcances para todas las personas que trabajan en la organización. En dogmática, existe pleno acuerdo respecto del hecho de que *“el nivel de confianza permitido en una empresa depende del plano en el que se mueva una persona y la posición que ocupe dentro de la organización”*<sup>20</sup>.

En este orden de ideas, se distingue entre relaciones verticales y horizontales de trabajo. Las relaciones verticales se encuentran marcadas por el principio de jerarquía, de modo tal que uno de los participantes de la relación es el superior jerárquico de otro; por su parte, son relaciones horizontales de trabajo las que se dan entre personas que se encuentran situadas en un mismo nivel jerárquico al interior de la empresa. Lo relevante de esta distinción es que el principio de confianza sólo puede tener plena cabida en las relaciones horizontales de trabajo; de hecho, para las relaciones verticales de trabajo se postula frecuentemente que rige el principio inverso, esto es, el principio de desconfianza<sup>21</sup>.

La diferencia de tratamiento no es arbitraria: ella tiene fundamento en la constatación de que existen ciertos deberes que no pueden ser delegados por quienes se encuentran en las posiciones superiores de la empresa: la vigilancia, supervisión, dotación de medios técnicos y económicos, la selección adecuada del personal y su instrucción son deberes que sólo recaen en quienes ostentan la posición de jerarquía. En este contexto se plantea que *“en la cooperación con*

---

20 FEIJOO, ob. cit., p. 27.

21 En este sentido SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 1; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Imputación objetiva y principio de lesividad. Disponible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=47797&print=2>; También, Feijoo, quien además si da algún valor al principio de confianza en estructuras verticales de trabajo, pero su mayor incidencia estaría en el sentido “ascendente”, señalando que *“la vigencia del principio de confianza es mucho más evidente para el que tiene una posición subordinada, sobre todo cuando existen grandes desniveles en cuanto a la preparación y al poder dentro de la empresa. En sentido inverso, cuanto menores sean la preparación, experiencia y poder del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior y, correlativamente, menor será el alcance del principio de confianza”*. FEIJOO, ob. cit., pp. 26 y 27.

*división de trabajo, el principio de confianza debe retroceder cuando los intervinientes poseen especiales deberes de vigilancia (...) u otras misiones de control*<sup>22</sup>. En vinculación con este razonamiento se ha planteado otra importante limitación al principio de confianza que puede ser formulada en los siguientes términos: “*sólo se puede confiar si no existe un deber de evitar o compensar la conducta incorrecta de un tercero*”<sup>23</sup>.

Especial atención nos merecen los deberes de vigilancia, control o supervisión. Y es que la concurrencia de estos deberes limita de manera importante la posibilidad del sujeto que los detenta para fiarse de la conducta de terceros.

En estos casos “*el sujeto no puede esperar que se presenten, en el caso concreto, circunstancias que hagan pensar que el tercero se va a comportar incorrectamente*”; muy por el contrario, de estos deberes emana para él la obligación de comprobar positivamente que la persona a su cargo se ciñe estrictamente a las reglas, debiendo evitar que, de aquel sujeto, emane cualquier tipo de conducta lesiva mientras se desempeña en las funciones que le han sido encargadas al interior de la empresa. En este escenario, si el obligado a vigilar no cumple con su deber no puede ampararse en el principio de confianza e incurre en responsabilidad a pesar de que la infracción provenga de un tercero. En buenas cuentas, quien infringe esta clase de obligaciones incurre en lo que se denomina una *culpa in vigilando* y ese es el fundamento de su propia responsabilidad<sup>24</sup>.

De todo lo anterior pueden desprenderse otras dos consideraciones relevantes para la aplicación del principio de confianza en casos de criminalidad empresarial:

- 1) El principio de confianza si bien rige plenamente en relaciones horizontales de trabajo, se ve fuertemente limitado cuando se trata de relaciones verticales, basadas en la jerarquía.
- 2) La persona sobre la que pesan deberes de vigilancia, control o compensación de conductas incorrectas de terceros no puede ampararse en la confianza.

Culminada esta breve revisión de los alcances del principio de confianza en el derecho penal de la empresa, evaluaremos si su utilización en el caso ADN se condice con los presupuestos de aplicación que han sido fijados por la doctrina y la jurisprudencia. Para ello, deberemos revisar previamente los hechos que fueron acreditados durante el juicio de que se trata.

22 ROXIN, ob. cit., p. 1006.

23 MARAVER, ob. cit., pp. 137 y ss.

24 En sentido similar, MARAVER, ob. cit., p. 141.

#### IV. Hechos del caso ADN y utilización del principio de confianza por el Tribunal de la instancia

Como es de público conocimiento, entre los años 2007 y 2008 se produjo en nuestro país una crisis epidemiológica generada por un producto alimenticio destinado (preferentemente) a personas sometidas a regímenes especiales: en dicho lapso de tiempo se constató que muchos pacientes, de distintas zonas del país, sometidos a este tipo de restricciones alimentarias, habían experimentado inusitadas crisis de *hipokalemia severa*<sup>25</sup>, esto es, una disminución excesiva de los niveles normales de concentración de potasio en el cuerpo humano capaz de exponer a las personas a un riesgo vital.

En este punto, cabe aclarar que lo que más preocupaba a los médicos encargados del cuidado de este tipo de pacientes, no era que éstos sufrieran *hipokalemia* (ya que es habitual encontrar niveles bajos de potasio en la sangre en el contexto de atenciones de urgencia, fenómeno que puede ser asociado a causas comunes de pérdida del mencionado electrolito, como lo son, por ejemplo, diarreas y vómitos), sino los bajísimos niveles de concentración de potasio en el cuerpo de los afectados, ya que, como se dijo más arriba, ese era el factor que los exponía al riesgo de perder la vida<sup>26</sup>.

Lamentablemente, el riesgo descrito se terminó concretando en algunos casos y durante el tiempo en que se extendió la crisis epidemiológica en nuestro país, se registraron muertes cuya causa fue atribuida, por parte de los médicos encargados de la salud de estos pacientes, a cuadros de hipokalemia severa (opinión que fue consignada incluso en algunos certificados de defunción).

En un principio, los médicos no podían explicar la situación que se estaba produciendo: *¿cómo podían estos pacientes perder tal cantidad de potasio, si todos los alimentos y medicamentos que se les había suministrado eran los adecuados para su dieta, de acuerdo a sus dosis y a la información contenida en el rotulado o etiqueta de estos?*

Luego de una investigación iniciada por la Autoridad Sanitaria se pudo determinar que uno de los alimentos que consumían estos pacientes (trans-

---

25 Tal y como fue acreditado por la sentecnia del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, RUC: 0800102576-8, RIT N°38-2012., el rango de concentración normal de potasio en la sangre va entre los 5,0 y 3,0 mEq/l; el déficit de potasio situado entre los 2,9 mEq/l y los 2,5 mEq/l es considerada una hipokalemia moderada y si el nivel de concentración en la sangre desciende de los 2,5 mEq/l se constata que estamos en presencia de una hipokalemia severa.

26 Respecto de los perniciosos efectos de la hipokalemia en el cuerpo humano (teniendo en cuenta que se trata de una persona con importantes patologías de base), nos parece gráfico el caso de la menor N.G.V.A, relatado entre las páginas 323 y 328 del fallo en estudio.

versalmente) presentaba un defecto: poseía insignificantes niveles de potasio, circunstancia que contradecía abiertamente la información exhibida en el rótulo del producto; ese alimento se denominaba “Nutricomp ADN” y el mencionado defecto fue encontrado en todas las versiones de la línea (ADN Estándar, ADN Pediátrico, ADN Fibra, ADN Diabético, etc.), a pesar que cada una de ellas afirmaba poseer una distinta composición química.

Durante el proceso penal, se determinó que este defecto de producción tuvo su origen en un error en la solicitud de las materias primas: el responsable de la fórmula requirió a un productor extranjero que fabricara el “*premix de minerales*” (materia prima del producto Nutricomp ADN) con potasio al 1%, en circunstancias que lo correcto habría sido pedir su confección con un potasio al 100% (hecho que habría ocurrido el día 18 de abril de 2007, de acuerdo a lo que consta en la sentencia<sup>27</sup>).

Además, se constató que la empresa responsable de la fabricación del producto no había dispuesto medidas idóneas para controlar la calidad de éste con anterioridad a su lanzamiento al mercado, por lo que no existía modo alguno de verificar, de manera fehaciente, la correlación entre lo declarado en las etiquetas del alimento y su efectiva composición química<sup>28</sup>. De esta forma, las partidas de Nutricomp ADN carentes de potasio comenzaron a distribuirse y venderse en junio del año 2007<sup>29</sup>.

Pero lo más grave fue (tal y como quedó acreditado en el proceso penal) que se constató que en algún momento del mes de noviembre del año 2007<sup>30</sup>, los responsables del producto tomaron conocimiento, por sus propios medios, de la deficiencia que lo aquejaba y en vez de ordenar el retiro del mercado de los lotes de alimento defectuoso (o al menos informar a la autoridad sanitaria de esta situación) decidieron mantener dichas partidas a la venta y continuaron utilizando la misma materia prima carente de potasio para las futuras producciones de ADN, morigerando sus perniciosos efectos por la vía de adicionar (a través de métodos artesanales) una parte del mineral faltante en el producto final<sup>31</sup>.

27 Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, RUC: 0800102576-8, RIT N°38-2012, considerando 14°, pp. 378 y 381.

28 Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, RUC: 0800102576-8, RIT N°38-2012, considerando 14°, pp. 397 y 399.

29 Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, RUC: 0800102576-8, RIT N°38-2012, considerando 14°, p. 383; respecto de los valores de potasio con que era vendido el producto al momento de la inspección del Servicio de Salud, pp.385; 391 y 392.

30 Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, RUC: 0800102576-8, RIT N°38-2012, considerandos 14° y 15°, pp.418-419 y 430.

31 Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, RUC: 0800102576-8, RIT N°38-2012, considerandos 14° y 15°, pp. 415-419 y 430.

El resultado de esta improvisada operación fue que, de todos modos, ninguna de las nuevas partidas lanzadas al mercado cumplió con la cantidad de potasio que declaraba poseer cada uno de sus potes, manteniendo de esta forma el sesgo en la información que afectaba al alimento que pusieron directamente a disposición del público o que fueron distribuidos en hospitales, clínicas, centros asistenciales y farmacias.

Finalmente, durante las audiencias del juicio oral se pudo acreditar que esas unidades defectuosas fueron adquiridas y, luego, consumidas por una gran cantidad de personas (muchas de las cuales, por prescripción médica, utilizaban el producto Nutricomp ADN como alimento exclusivo en su dieta)<sup>32</sup>, luego de lo cual, algunas de ellas manifestaron crisis de hipokalemia severa, exponiéndose consecuentemente al riesgo de perder la vida<sup>33</sup>.

Por el momento debemos detenernos aquí para evaluar la utilización que los jueces del caso realizaron del principio de confianza.

Como se expone latamente en el fallo, el tribunal liberó de responsabilidad penal, como autores del delito culposo contemplado en el artículo 317 inciso 2° en relación con el artículo 315 inciso 2° del Código Penal<sup>34</sup>, tanto al gerente general como al gerente de exportaciones de la compañía que era responsable de la fabricación del producto (ambos, además, directores de la empresa),

---

32 Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, RUC: 0800102576-8, RIT N°38-2012, considerando 15°, p. 430.

33 Cabe hacer presente que, finalmente, el deceso que se produjo en algunos de estos pacientes a consecuencia de una crisis de hipokalemia severa (condición que produce, entre otros efectos paros cardiacos y respiratorios, a consecuencia del desequilibrio hidroelectrolítico causado por la falta de potasio en el cuerpo humano), sin embargo, a pesar de las declaraciones de los médicos de cabecera de estos pacientes y de la documentación presentada en juicio, el tribunal atribuyó ese lamentable resultado a un conjunto de factores, dentro de los cuales no se podía descartar la influencia que tuvo el consumo de un producto carente de potasio en el proceso de deterioro de la salud de los afectados. En otras palabras, lo que llevó al tribunal a desestimar el vínculo de causalidad entre las muertes producidas en este período de tiempo y el consumo de Nutricomp ADN, fue que este hecho no fue la causa exclusiva de su mal estado de salud (ya que ellos presentaban otras causas de pérdidas de potasio), lo que en el contexto de personas que presentaban enfermedades de base (condición que sus médicos pretendían tratar, entre otras cosas, a través de la administración de este producto) parece una afirmación abiertamente contradictoria.

34 El artículo 317 inciso 2°, del Código Penal, establece un delito imprudente, en lo que nos es pertinente, con ocasión de la fabricación, venta o distribución de un alimento adulterado o con menoscabo apreciable de sus propiedades alimenticias. En este sentido, el legislador ha señalado expresamente en la citada norma que: *“si alguno de tales hechos punibles (entre los cuales se encuentra el delito del artículo 315 inc. 2° del Código Penal) se cometiere por imprudencia temeraria o por mera negligencia con infracción de los reglamentos respectivos las penas que serán de presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales”*.

determinación para la cual los sentenciadores hicieron uso del criterio que hemos estudiado en las páginas precedentes.

Para llegar a la conclusión absolutoria el tribunal tuvo presente entre otras consideraciones la falta de previsibilidad que habría afectado a los acusados R.O.L. y J.C.C., vinculando tal falta de previsibilidad al principio de confianza. Así se desprende de la lectura de los párrafos pertinentes<sup>35</sup>:

*“...El tribunal considera que (...) desde una perspectiva subjetiva el requisito de previsibilidad del peligro que su comportamiento entrañaba no se encuentra del todo esclarecido (...) en este punto del análisis, útil resultan las consideraciones que la doctrina ha hecho acerca del principio de confianza al interior de los delitos imprudentes...”*<sup>36</sup>.

En este orden de ideas, nos parece relevante la cita que el tribunal realiza al profesor alemán Claus Roxin, ya que a través de ésta fija su posición respecto de cuál es la formulación adecuada del principio de confianza. El argumento de autoridad invocado por el tribunal para apoyar sus posteriores razonamientos fue expuesto de la siguiente forma:

*“...el profesor Claus Roxin Señala que el principio de confianza (...) “en su forma más general afirma que quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que los otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario... se reconoce en principio su extensión al caso de la cooperación con división del trabajo sobre todo en el ámbito de la actuación médica... En la cooperación con división del trabajo, el principio de confianza debe retroceder cuando los intervinientes tienen especiales deberes de vigilancia u otras misiones de control... A quién alcanzan estos deberes especiales derogatorios del principio de confianza y hasta dónde llegan los mismos se debe examinar con mayor precisión aún para las concretas formas de división del trabajo”*<sup>37</sup>.

De esta forma, los jueces que tuvieron a la vista el presente caso, tomaron posición y consideraron que la forma correcta de entender el principio de confianza era la descrita por la corriente que hemos denominado en las páginas anteriores como “tradicional” o “moderada”.

Sentadas estas premisas el tribunal reconoció que debía realizar un análisis “más atento” respecto de la actuación de ambos imputados, ya que los mismos, además de sus respectivas gerencias, ostentaban el cargo de director

35 Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, RUC: 0800102576-8, RIT N°38-2012, considerando 14°, pp. 400 y 401.

36 Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, RUC: 0800102576-8, RIT N°38-2012, considerando 14°, p. 400.

37 Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, RUC: 0800102576-8, RIT N°38-2012, considerando 14°, pp. 400 y 401.

de la Sociedad Anónima. Con esto, entendemos que el Tribunal reconoció alguna relevancia a la posición jerárquica que ambos imputados ocupaban en la empresa.

Antes de continuar con el análisis que hemos emprendido, es necesario que volvamos a revisar otros hechos que fueron examinados durante el juicio y que guardan relación con la eventual concurrencia de los supuestos de que depende la aplicación del principio de confianza a este caso.

En este punto, creemos relevante consignar que el incidente que culminó con la elaboración de un alimento carente de potasio no fue el primer problema de calidad que enfrentó la empresa durante el tiempo que tuvo a su cargo la fabricación del producto Nutricomp ADN.

Y es que, tal y como quedó establecido en distintos pasajes de la sentencia, el primer contratiempo que enfrentó la empresa, a propósito de la elaboración de este mismo producto, se registró durante el año 2006 y se manifestó en problemas de tipo organoléptico (pintas negras y mal olor)<sup>38</sup>, situación que derivó en una gran cantidad de devoluciones por parte de los clientes y la posterior destrucción de una importante cantidad de producto terminado. Posteriormente, la planta de producción experimentó problemas para abastecerse de otro de los componentes químicos contemplados por la fórmula original del producto, el “citrato de colina”, circunstancia que habría ocasionado que durante el año 2006, se habrían liberado al mercado partidas de Nutricomp ADN, sin contar con este elemento<sup>39</sup>. No obstante, cabe hacer presente que a raíz de este último episodio, la gerencia general determinó la creación de un comité de materias primas al interior de la organización empresarial para evitar que eventos como el descrito volvieran a suceder. Esta actitud “preventiva” fue reconocida por el tribunal para fundamentar luego la posición de confianza de los acusados.

También es necesario, para nuestros efectos, reparar en la ocurrencia de un evento anexo, al cual el Tribunal también le atribuye gran trascendencia a la hora de aplicar el principio de confianza (ya que, de acuerdo a su concepción, tal hecho había reforzado la posición subjetiva de los imputados): este suceso es la revisión realizada por fiscalizadores del SEREMI el día 14 de noviembre del año 2007 donde, luego de ser registrados los asientos documentales de la planta de producción (no los componentes físico-químicos del producto), la empresa en cuestión obtuvo una excelente evaluación<sup>40</sup>.

38 Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, RUC: 0800102576-8, RIT N°38-2012, considerando 14°, considerando 14°, p. 135.

39 Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, RUC: 0800102576-8, RIT N°38-2012, considerandos 10° y 14°, pp. 138 y 402.

40 Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, RUC: 0800102576-8, RIT N°38-2012, considerando 14°, pp. 401 y ss. De ahí que el tribunal asuma el

Es, entonces, la suma de estos factores la que el tribunal consideró como suficiente para amparar a los imputados en el *principio de confianza*, entendiendo que, en virtud de éste, la responsabilidad por los hechos acaecidos (y que resultaron en la elaboración de un producto defectuoso y peligroso para la salud humana), no debería extenderse hasta su ámbito de competencia. Así las cosas, los sentenciadores desarrollaron la conclusión de su razonamiento, del siguiente modo:

*“Por lo tanto, si el ámbito de relación en el cual R.O.L. y J.C.C. ejecutaron sus acciones implicaba que: a) se habían tomado nuevas precauciones para evitar problemas de calidad como los que en el pasado se habían producido; b) que los anteriores mecanismos de control, estando en manos de personas técnicamente preparadas para ello, continuaron en funcionamiento; c) que no se habían reportado nuevos eventos conflictivos y d) que sometidos a un examen de la autoridad, no hubo cuestionamientos sobre la materia; lo que el tribunal opina es que tanto el uno como el otro estaban en situación de confiar en que las instancias previas a su intervención cumplirían con sus funciones, permitiéndoles así desarrollar la propia sin tener que permanentemente cuestionarse acerca de la calidad de la sustancia que vendían...”.*

No obstante, antes de emprender nuestra evaluación respecto de esta decisión que hemos transcrito, debemos tener presente otra circunstancia perteneciente a la litis que creemos tiene una importancia fundamental en la posición que desarrollaremos a continuación: Los relatados no fueron los únicos hechos que revestían carácter delictivo y que fueron examinados por este Tribunal en el contexto del juicio RIT 38-2012. Además del delito imprudente contra la salud pública por el cual fueron absueltos según lo visto más arriba, tanto el gerente general de la compañía como el gerente de exportaciones de la misma fueron acusados y condenados por los delitos de contrabando propio y uso indebido de marca comercial, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas y 190 del Código Penal, respectivamente.

Los hechos, que resultaron acreditados por el Tribunal Oral en lo Penal, consignan que entre los años 2006 y 2008, ambos acusados exportaron producto Nutricomp ADN, en cuya rotulación se indicó que su fabricante era la empresa Watt’s S.A., en circunstancias que el verdadero productor era la compañía que dirigían los acusados<sup>41</sup>.

De acuerdo a lo establecido por los sentenciadores, el objetivo que los acusados buscaban alcanzar a través de esta falsificación era eludir una serie de restricciones que sufrían sus productos en los países de destino (entre otros,

---

siguiente presupuesto: “...es decir, para un fiscalizador ajeno y experto, cuyo trabajo consistió en efectuar un control de diversos parámetros entre los que se encuentran los de procedimientos y seguridad, B. Braun Medical cumplía con óptimos estándares de calidad...”.

41 Sentencia TOP San Bernardo, RIT 38-2012, considerando decimosexto, p. 434.

Argentina, Brasil, Filipinas, Singapur, Malasia, Rusia, etc.), restricciones que la empresa Watt's no tenía, ya que contaba con las respectivas autorizaciones sanitarias para ingresar a aquellos mercados<sup>42</sup>.

En definitiva, huelga tener presente en lo sucesivo que los mismos acusados que fueron absueltos por el delito contra la salud pública contenido en el artículo 317 inciso 2° del Código Penal, por aplicación del principio de confianza, fueron condenados, en el marco del mismo juicio oral, por los delitos contemplados los artículos 168 de la Ordenanza de Aduanas y 190 del Código Penal.

Asentada esta última consideración, creemos que estamos en condiciones de realizar una evaluación de la forma en que se ha procedido a aplicar el principio de confianza en el caso que nos ocupa.

## V. Comentarios críticos. Coherencia en la utilización del criterio seleccionado. El alcance del principio de confianza para los miembros del directorio

Recapitulando lo que hemos establecido hasta el momento respecto del principio de confianza podemos afirmar que:

- a) *En su concepción contemporánea, éste se trata de un criterio objetivo, por lo tanto, no puede identificarse con la idea de previsibilidad que hace referencia a un estándar de tipo subjetivo.*
- b) *Quien invoca la situación de confianza, debe haber obrado conforme a Derecho.*
- c) *La aplicación de este principio debe evaluarse caso a caso. Tal requisito guarda relación con la limitación que indica que éste no opera en los casos en que "existan motivos que hagan pensar que el tercero se comportará de manera incorrecta".*
- d) *En contextos empresariales, el principio de confianza rige plenamente sólo en relaciones horizontales de trabajo, sufriendo una importante relativización en relaciones verticales de trabajo, y;*
- e) *No puede invocarse el principio de confianza la persona en quien recaen especiales deberes de vigilancia, control o compensación de conductas incorrectas de terceros.*

Pues bien, de los requisitos de aplicación expuestos, surge inmediatamente el primer reparo que es susceptible de ser formulado a la sentencia emitida por el Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo: su concepción del principio de confianza, vinculada a la idea de previsibilidad, es la misma que fue abando-

42 Sentencia TOP San Bernardo, RIT 38-2012, considerando decimosexto, p. 435.

nada durante la segunda mitad del siglo pasado por la doctrina y jurisprudencia comparadas. Si bien es cierto este reparo puede ser calificado como uno de menor entidad (debido a que la idea de previsibilidad sí tiene influencia en la configuración de deberes en el ámbito de la imprudencia) lo cierto es que, en este contexto, constituye un error utilizar esta noción como presupuesto de aplicación del principio de confianza<sup>43</sup>.

Más relevante nos parece una segunda crítica relativa a problemas de justificación interna que padecería el razonamiento expuesto por los jueces<sup>44</sup>. En este sentido, se puede percibir una notable incoherencia entre las premisas empleadas por el tribunal para aplicar el principio de confianza y el resto de las decisiones contenidas en la misma sentencia.

Y es que, si el principio de confianza requiere para su aplicación que quién lo invoca mantenga su actuación dentro del marco de lo que es permitido por el Derecho, de esto se sigue que no es posible aplicar el mismo principio en beneficio de quien ha obrado ilícitamente.

Es esta la paradoja que queda en evidencia cuando se toma en consideración que el tribunal ha condenado a los mismos imputados que beneficia con la aplicación del principio de confianza por hechos delictivos cometidos coetáneamente y en el mismo contexto empresarial. Luego, no puede sino estimarse que los sentenciadores infringen el propio principio que invocan, incurriendo en una abierta contradicción que, desde una perspectiva lógica, invalida todo el razonamiento desarrollado por ellos.

43 Muy por el contrario, si hoy en día existen autores que utilizan la noción de previsibilidad en el marco del principio de confianza es precisamente para el efecto contrario, esto es, de limitar los alcances del principio de confianza. En este sentido, por ejemplo, la profesora española Mirentxu Corcoy nos señala que “*el principio de confianza permite delimitar cuáles son los riesgos que, pese a proceder de terceros o de la víctima, se pueden atribuir al autor. En principio, podría entenderse que cada sujeto ha de ser responsable de los riesgos que crea y que tiene que controlarlos. Sin embargo, la experiencia demuestra que no es así y, en consecuencia, cuando sea previsible ex – ante el fallo del tercero o de la víctima, la evitación o deber de control de ese riesgo ha de ser abarcado por el deber objetivo de cuidado del autor y, por tanto, entrará en el riesgo típicamente relevante a éste atribuible*”. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente*, segunda edición, Editorial B de F, p. 316. Lo señalado en este punto guarda una estrecha vinculación con el tercero de los requisitos aquí enunciados para la aplicación del principio de confianza, esto es, que el mismo debe evaluarse caso a caso, atendidas las circunstancias concretas del caso en cuestión. Y es que, desde este punto de vista, teniendo en cuenta los tremendos problemas de producción que había experimentado en tan breve tiempo la fábrica en la que trabajaban los imputados, ¿no cabía en vez de invocar una confianza ciega en sus subordinados exigirles que actuaran a la altura de sus cargos, de conformidad con las directrices que establece el principio de precaución? Sobre estas consideraciones se profundizará más adelante.

44 Al respecto, ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Editorial Palestra. 2007, pp. 306-317.

Por otra parte, cabe formular una tercera crítica a partir de las consideraciones que hemos tenido a la vista a propósito de la aplicación del principio de confianza en el Derecho Penal de la Empresa. Para estos efectos quisiéramos volver sobre una afirmación que se encuentra plasmada en el texto de la sentencia y que ya hemos citado con anterioridad:

*“...lo que el tribunal opina es que tanto el uno como el otro [los acusados] estaban en situación de confiar en que las instancias previas a su intervención cumplirían con sus funciones, permitiéndoles así desarrollar la propia sin tener que permanentemente cuestionarse acerca de la calidad de la sustancia que vendían...”*

El problema de esta afirmación es que, como hemos visto, contradice los presupuestos de aplicación del principio de confianza en estructuras empresariales complejas, y ello es así porque los jueces no repararon en el hecho de que las “*instancias previas*” a las que se refieren están compuestas por subordinados de los acusados, esto es, personas que se ubican en niveles inferiores de los que ellos ocupan (recordemos, una vez más, que ambos son gerentes y directores de la Sociedad Anónima). En otras palabras, a través del presente razonamiento los jueces hicieron aplicable directamente el principio de confianza a un ámbito vertical de relación laboral, cuestión que choca derechamente con los presupuestos de establecidos para la utilización de este criterio.

Por otra parte, huelga poner en cuestión la segunda parte de la afirmación recién citada, en lo que guarda relación con el hecho de que, supuestamente, la confianza que debían depositar ambos acusados y directores de la compañía, en las instancias inferiores de la empresa (que ellos mismos dirigían) era la base que les permitiría a éstos desarrollar sus propias tareas “*sin tener que permanentemente cuestionarse acerca de la calidad de la sustancia que vendían*”.

Lo grave de esta afirmación es que el tribunal incurre en una falacia, ya que no se da cuenta de que precisamente, la principal tarea que poseen los directores y administradores de la empresa es “*preocuparse, permanentemente, de que la calidad de los productos que ofrecen al mercado sea la adecuada*”; y es que ese es el giro principal del negocio que ellos gestionan, esto es, la venta de alimentos; y dada la densa regulación que existe en materia alimenticia (por ejemplo, las normas contenidas en el Código Sanitario, en el Reglamento Sanitario de Alimentos, las normas internacionales incluidas en instrumentos como el Codex Alimentarius, en la legislación de protección al consumidor, etc.), su gestión implica necesariamente elaborar y ofrecer productos que cumplan con los estándares de salubridad impuestos por la normativa nacional, garantizando la inocuidad de los alimentos que producen.

En otras palabras, la gestión de los directores y administradores de las empresas del rubro alimentario, no sólo debe estar orientada hacia el mercado (output), sino que también debe estar enfocada hacia adentro de la organización empresarial que dirigen, de modo de garantizar tanto la calidad de alimentos

que producen como la continuidad del giro del negocio al respetar las normas dictadas por la Autoridad Sanitaria.

Luego, si como hemos visto, es efectivo que los jefes de la empresa siempre retienen para sí los deberes de selección y capacitación del personal, vigilancia y supervisión de sus subordinados, no cabe duda que éstos no podían simplemente bajar la guardia ante nuevos riesgos que pudieran surgir durante el desarrollo de la actividad industrial<sup>45</sup>. Muy por el contrario, el deber de vigilancia acompaña a los sujetos obligados mientras éstos permanezcan en sus cargos<sup>46</sup>. Recordemos que incluso es posible sostener con el apoyo de cierta doctrina que las relaciones verticales de trabajo se encuentran dominadas por el principio de desconfianza.

Finalmente, no es posible ignorar que los acusados poseían deberes especiales, impuestos por el ordenamiento jurídico, que les impedían asilarse en el tantas veces citado principio confianza. Nos referimos aquí a los deberes que le impone a todo director de Sociedad Anónima la Ley N°18.046.

En efecto, mientras el artículo 41 de la Ley N°18.046 dispone en términos imperativos que “*Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables*”, el artículo 42 del mismo cuerpo normativo señala en su séptimo numeral que “*los directores no podrán (...) [e]n general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social. Los beneficios percibidos por los infractores a lo dispuesto en los tres últimos números de este artículo pertenecerán a la sociedad, la que además deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio*”.

La fuerza de las disposiciones citadas impide entender que los directores puedan descansar en la organización que subyace a éstos. Lejos de ello, deben controlar permanentemente lo que sucede en los estratos inferiores de la organización empresarial. Así las cosas, parece evidente que los artículos 41 y 42

45 Y esto aún es así aunque en el pasado hubieran adoptado medidas que permitieron subsanar defectos que se presentaron en el desarrollo de la actividad productiva, ya que con dicha actitud no hicieron más que cumplir con su permanente obligación.

46 Tal afirmación es coherente con la teoría aún dominante en materia de posiciones de garante, en particular respecto de aquellos que detentan la función de vigilancia de las fuentes de peligro que dominan. En este sentido KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Marcial Pons. 2006, pp. 289-293. En nuestro país, una clara descripción de esta teoría puede encontrarse en HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N°10, 2008, pp. 185 y ss.

de la Ley N°18.046 poseen el efecto derogatorio del principio de confianza, en el sentido al que hace referencia el propio profesor Roxin<sup>47</sup>.

Todas las consideraciones recientemente expuestas nos llevan a entender que el principio de confianza ha sido mal aplicado en el caso ADN.

De esta forma, creemos haber demostrado en las líneas precedentes, que en el caso concreto, no sólo no se dieron los supuestos de hecho que hacen procedentes los efectos del mencionado principio (cualquiera sea la formulación de éste que se estime correcta), sino que además, su utilización aparece paradójica a partir del análisis del propio contenido del fallo, ya que a pesar de haber condenado a los acusados R.O.L. y J.C.C. por los delitos de contrabando y uso indebido de marca comercial (que fueron cometidos a partir del año 2006), los sentenciadores estimaron que los mismos estaban en posición de confiar en la actuación de sus dependientes (por hechos que ocurrieron a partir del año 2007). Como hemos visto todo esto implica un desconocimiento grave del mismo principio que pretenden aplicar.

## VI. Conclusiones

Si bien es cierto que el principio de confianza ha demostrado ser un criterio de gran utilidad a la hora de deslindar esferas de competencia en materia de delitos imprudentes, es necesario que su aplicación en la criminalidad empresarial se realice de conformidad a los estándares consensuados por la doctrina y jurisprudencia comparada, de modo de garantizar un empleo eficiente y racional de dicha institución<sup>48</sup>.

Como hemos visto, los presupuestos de aplicación del principio de confianza incluyen la necesidad de que quien lo invoca haya mantenido su actuación en el marco del Derecho; de que no existan indicios de que los terceros en que se pretende confiar se comportarán de modo incorrecto y; que no concurren circunstancias especiales que denoten la existencia de un deber de evitar o compensar la conducta incorrecta de esos terceros.

---

47 Para finalizar, cabe hacer presente que, que el tribunal pretenda otorgarle un alcance relevante al hecho de que la empresa B Braun haya obtenido un 90% de cumplimiento en una auditoria meramente documental, a propósito de la revisión llevada a cabo por la Autoridad Sanitaria el día 14 de noviembre del año 2007, no puede sustentar la aplicación del principio de confianza, sobre todo teniendo en consideración que tal confianza sólo podría haber durado unas pocas horas, ya que fue al día siguiente de la revisión documental, esto es, el día 15 de noviembre de 2007, que el condenado E.H. descubrió que el alimento que se vendía, al menos desde junio del año 2007, carecía completamente de potasio.

48 Acerca de la influencia de la dogmática en la función judicial, particularmente, en relación con la teoría de la adjudicación. ATRIA LAMAITRE, Fernando. Concepciones de la función judicial; el caso de la igualdad ante la ley. En: *Cuadernos de análisis jurídico*, N°10. Escuela de Derecho Universidad, Diego Portales. 2000, pp. 111 y ss.

Al mismo tiempo, hemos podido apreciar que, al momento de utilizar esta herramienta, se debe tener a la vista las circunstancias del caso concreto, condición que incluye la de tomar en cuenta el tipo de relación laboral que une al sujeto que invoca la confianza con las otras personas que intervienen en el acto lesivo. El principio de confianza no tiene el mismo alcance en las relaciones horizontales de trabajo que en las relaciones verticales.

Finalmente, se ha pretendido demostrar que si bien tanto el principio de confianza como la noción de previsibilidad juegan un rol relevante en el ámbito de los delitos imprudentes (tanto así que a principios del siglo XX se consideraba que existía una vinculación muy estrecha entre ambas), con el tiempo se ha ido aclarando su relación hasta constatar que ambas nociones rigen ámbitos de imputación diversos: mientras el primero tiene relevancia en el marco de la imputación objetiva de delitos dolosos e imprudentes, el segundo constituye un criterio de imputación subjetiva de delitos culposos.

Con esto se ha pretendido además clarificar los verdaderos alcances que posee el principio de confianza en materia penal y establecer que su correcta aplicación demanda, por parte del tribunal, la corroboración previa de una serie de situaciones de hecho y de derecho, sin las cuales, el efecto excluyente de la responsabilidad penal que se le atribuye, no puede ser concedido.

Como ocurre con toda norma jurídica (se trate ésta de una regla o de un principio) para la aplicación de sus consecuencias se requiere necesariamente verificar la concurrencia de su(s) supuesto(s) de hecho. De no ser así, se corre el riesgo de incurrir en una aplicación arbitraria del Derecho.

## LA FIGURA DEL “TESTAFERRO” DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO, CON RELACIÓN AL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

Angélica Torres Figueroa<sup>1</sup>

En las páginas siguientes se otorgarán algunos criterios orientadores que puedan ayudar o dar solución a una problemática muy concreta, que resulta bastante frecuente en las investigaciones por delitos de lavado de dinero.

En términos simples, el problema puede enunciarse como sigue: ¿Qué delito debe imputarse a una persona que pertenece a una asociación ilícita dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes, cuyo rol en la organización es actuar como testaferro? Concretamente, la duda es si se debe imputar tanto el delito de asociación ilícita como el de lavado de dinero o sólo uno de ellos<sup>2</sup>.

### Consideraciones previas

Para intentar dar respuesta a esta interrogante me parece necesario realizar algunos comentarios previos:

#### a) Respecto a la expresión “Testaferro”

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, la voz testaferro se refiere a la “*persona que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona*”.

En el contexto de lavado de dinero, debe tenerse presente que el artículo 27 letra a) de la Ley 19.913 establece:

*Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:*

a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N°18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N°17.798, sobre control de armas; en

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

2 Se ha escogido esta problemática teniendo en consideración que es un fenómeno de gran ocurrencia y que la mayoría de las investigaciones y sentencias condenatorias por el delito de lavado de dinero tienen como delito base el tráfico ilícito de estupefacientes.

el Título XI de la ley N°18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N°3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; en los Párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367, 411 bis, 411 ter, 411 quáter y 411 quinquies del Código Penal; o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.

Del artículo 27 letra a) se desprende que el ocultamiento o disimulación puede referirse tanto al del origen ilícito de los bienes, como a los bienes en sí mismos y puede presentarse “de cualquier forma”. En la práctica, tanto a nivel internacional como interno, ha podido observarse que existen ciertos actos de ocultamiento o disimulación que se han venido repitiendo sistemáticamente en investigaciones de lavado de dinero, recibiendo la denominación de “tipologías de lavado de dinero”. Como señala Paul Allan Schott<sup>3</sup>, estos actos varían desde pequeños depósitos de dinero en efectivo en cuentas corrientes bancarias (para transferirlos posteriormente) hasta la compra y venta de artículos de lujo, tales como antigüedades y joyas. Los fondos ilícitos también pueden transferirse a través de una serie de transacciones financieras internacionales complejas<sup>4</sup>. Para GAFISUD una tipología es una clasificación y descripción de las técnicas utilizadas por las organizaciones criminales para dar apariencia de legalidad a los fondos de procedencia lícita o ilícita y transferirlos de un lugar a otro o entre personas para financiar sus actividades criminales<sup>5</sup>. Para la Unidad de Análisis Financiero de nuestro país, una tipología de lavado de dinero es un “conjunto de actos o procedimientos utilizados por los lavadores de dinero para ocultar o disimular el origen ilícito de ciertos bienes, o los bienes en sí mismos. Las diferentes tipologías identificadas se han detectado a partir de casos reales y no constituyen un listado taxativo”<sup>6</sup>.

Dentro de estas tipologías se encuentra el uso de testaferros, consistente en inscribir bienes a nombre de terceros que no son sus legítimos dueños, pero aparentan serlo, con el fin de ocultar el origen de los mismos<sup>7</sup>.

3 ALLAN SCHOTT, Paul. *Guía de referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo*. Banco Mundial, Washington, Estados Unidos, 2003, p. I 10.

4 En Chile, la jurisprudencia ha reconocido mayormente actos menos complejos, sin llegar a exigir complejas operaciones de carácter internacional, en la medida que satisfagan el tipo penal.

5 GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE SUDAMÉRICA. Tipologías Regionales GAFISUD 2010. [en línea] Diciembre 2010. [http://www.gafisud.info/documentos/esp/doc\\_interes/gafi-tipologias/006-Informe%20de%20Tipolog%EDas%20Regionales%20de%20GAFISUD%202010.pdf](http://www.gafisud.info/documentos/esp/doc_interes/gafi-tipologias/006-Informe%20de%20Tipolog%EDas%20Regionales%20de%20GAFISUD%202010.pdf) [fecha de consulta: 16 abril 2013].

6 UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO. Tipologías y señales de alerta de lavado de activos en Chile. [en línea] Santiago, Chile. Abril 2012. Disponible en [http://www.uaf.cl/publicaciones/senales\\_nac.aspx](http://www.uaf.cl/publicaciones/senales_nac.aspx) [fecha de consulta: 16 abril 2013].

7 *Ibidem*.

En Chile, esta es una de las tipologías más recurrentes observadas en la jurisprudencia<sup>8</sup>.

## b) Respecto al delito de Asociación Ilícita

El artículo 292 del Código Penal establece que “*toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse*”.

Los artículos 293 y 294 establecen la pena para este delito, atendiendo al plan criminal u objeto de la asociación (crimen o simple delito) y a la calidad de las personas que la componen (jefes u otros intervinientes).

Los artículos 292 y siguientes establecen el “tipo básico” o general de asociación ilícita, en tanto algunas leyes especiales establecen asociaciones ilícitas que pueden denominarse “tipos especiales”<sup>9</sup> los que se diferencian de la primera principalmente por su finalidad, y también por la pena, que en caso de las asociaciones ilícitas especiales, por lo general, resulta ser más alta.

Mañalich señala, a propósito de la clasificación de las asociaciones ilícitas, que el delito base se encuentra tipificado en los arts. 290 y siguientes y exige que el objeto de la asociación consista en la perpetración de hechos constitutivos de crímenes o simples delitos, en tanto en las formas especiales, el objeto debe consistir en la perpetración de hechos adscritos a un específico ámbito delictivo<sup>10</sup>.

8 De acuerdo a información de la Unidad Especializada en Lavado De Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado (ULDDECO) de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, a noviembre de 2012 esta tipología era recogida en los siguientes fallos: Fallo de fecha 23 de octubre de 2007 del Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle (TOP), RUC N°0300139452-4; Fallo de fecha 12 de octubre de 2007 del 2° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N°0700177992-8; Fallo de fecha 19 de marzo de 2009 y 11 de marzo de 2010, del Juzgado de Garantía de San Bernardo, RUC N°0800165077-8; Fallo de fecha 19 de octubre de 2009, del Juzgado de Garantía de Talcahuano, RUC N°0800331065-6; Fallos de fecha 2 de diciembre de 2009, 22 de enero de 2010, 15 de abril de 2010 y 2 de julio de 2010, del 10° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N°0900048976-7; Fallo de fecha 11 de diciembre de 2010 del 6° TOP de Santiago, RUC N°0700500869-1; Fallo de fecha 5 de enero de 2011, del Juzgado de Garantía de San Bernardo, RUC N°0900493160-K; Fallo de fecha 22 de enero de 2011 del Juzgado de Garantía de Los Andes, RUC N°0600515420-9 y fallo de fecha 12 de marzo de 2011 del TOP de Concepción, RUC N°0700350845-K.

9 Así por ejemplo, el artículo 411 del Código Penal; el artículo 28 de la Ley 19.913; el artículo 2 N°5 de la Ley 18.314; el artículo 16 de la Ley N°20.000.

10 MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”. En: *Revista chilena de derecho*, Vol. 38 N°2, 2011, p. 293.

La jurisprudencia ha entendido que, tanto el tipo básico como los tipos especiales comparten los mismos elementos, diferenciándose sólo en la finalidad. Así, el Tribunal Oral en lo Penal de Colina<sup>11</sup> señala que *“El delito de asociación ilícita descrito en la norma antes citada, habla de la simple organización para cometer algunos de los delitos que la ley sanciona, en este caso, conforme se lee el hecho de la acusación: tráfico de drogas. Los demás elementos que permiten la definición y contenido del injusto han de ser buscados en la norma base que se encuentra en el artículo 292 del Código Penal, la que está en relación de género a especie (sic) con el delito del artículo 16 de la ley 20.000”*.

Respecto a los elementos del tipo penal, existe un relativo consenso en doctrina y jurisprudencia en cuanto a que los elementos de la asociación son cuatro: pluralidad de personas, organización, estabilidad o permanencia en el tiempo y finalidad ilícita. Por otra parte, respecto al tipo subjetivo, debe existir el dolo de formar parte de la asociación para cometer delitos, un acuerdo de voluntades con un propósito común<sup>12</sup>.

De acuerdo al ejemplo que se ha otorgado, en este caso la asociación ilícita se dedica al tráfico de drogas, por lo que parece lógico tener presente algunos aspectos de la asociación ilícita prevista en el artículo 16 de la Ley N°20.000 que establece: *“Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley serán sancionados por este solo hecho, según las normas que siguen:*

- 1) *Con presidio mayor en sus grados medio a máximo, al que financie de cualquier forma, ejerza el mando o dirección, o planifique el o los delitos que se propongan.*
- 2) *Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamientos, escondite, lugar de reunión o cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización”*.

## Propuestas

Teniendo en consideración las precisiones realizadas, corresponde analizar las distintas alternativas para dar respuesta a la interrogante inicial. Éstas son:

11 Tribunal Oral en lo Penal de Colina, 30 de junio de 2009, RUC N°0600578577-2, considerando 11°.

12 GAJARDO ORELLANA, Tania. “Elementos del tipo penal de asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal. Propuesta, análisis doctrinal y jurisprudencial”. En: *Revista Jurídica el Ministerio Público*, N°45, Diciembre de 2010, pp. 231 y ss.

i.- Imputar sólo un delito<sup>13</sup>:

- Sólo el delito de asociación ilícita previsto en el artículo 292 y siguientes del Código Penal.
- Sólo el delito de asociación ilícita previsto en el artículo 16 de la Ley N°20.000.
- Sólo el delito de lavado de dinero previsto en el artículo 27 de la Ley N°19.913.

ii.- Imputar dos delitos:

- Asociación ilícita del artículo 292 y siguientes del Código Penal y lavado de dinero previsto en el artículo 27 de la Ley N°19.913.
- Asociación ilícita del artículo 16 de la Ley N°20.000 y lavado de dinero previsto en el artículo 27 de la Ley N°19.913.

i.- Posibilidad de imputar sólo un delito:

Considero que esta alternativa no es la adecuada, por las siguientes razones:

En primer lugar, el delito de asociación ilícita es un delito autónomo, independiente del plan criminal. Sustentan esta afirmación argumentos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales.

Desde la perspectiva normativa, el propio artículo 292 señala que el delito de asociación ilícita existe por el solo hecho de organizarse. Por su parte, el artículo 294 bis establece que las penas de los artículos 293 y 294 se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, por los crímenes o simples delitos cometidos con motivo u ocasión de tales actividades.

A nivel doctrinario, Grisolí entiende que *para la consumación del delito de asociación ilícita resulta irrelevante la efectiva ejecución de los delitos programados*<sup>14</sup>. Mañalich refiriéndose al injusto afirma que *el injusto de la asociación ilícita no se presenta en modo alguno como un injusto dependiente de algún determinado hecho delictivo futuro a ser ejecutado por sus miembros*<sup>15</sup>. Señala además que *el principio*

13 Una cuarta alternativa podría ser el delito de asociación ilícita para lavar dinero. Sin embargo, debe tenerse presente que, si bien es cierto en el ejemplo concreto existe una persona que desempeña el rol de testaferro, debe descartarse de plano la aplicación del artículo 28 de la Ley N°19.913, ya que, como se señaló, el plan criminal de la agrupación es el tráfico de drogas y no el lavado de dinero. Si el plan criminal fuese sólo este último, el sujeto debiera ser sancionado por dos delitos: el delito de lavado de dinero del artículo 27 de la Ley N°19.913 y el delito de asociación ilícita del artículo 28 de la misma ley.

14 GRISOLÍA CORBATÓN, Francisco. "El delito de asociación ilícita". En: *Revista chilena de derecho*, Vol. 31 N°1, 2004, p. 84.

15 MAÑALICH, ob. cit., p. 293.

de la punibilidad autónoma fijado en el art. 294 bis resulta aplicable por defecto en tales ámbitos específicos<sup>16</sup>, refiriéndose a las asociaciones ilícitas denominadas “especiales” como la del artículo 16 de la Ley N°20.000.

A nivel jurisprudencial, se ha señalado, por la Excelentísima Corte Suprema que “la ilicitud de la organización criminal es un injusto autónomo, independiente de los delitos concretos que se pretenden ejecutar mediante ella”<sup>17</sup>. Por su parte, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel ha señalado que “si en autos de acuerdo con las reglas de la sana crítica se ha logrado comprobar fehacientemente que los individuos encausados efectivamente han conformado o sido parte de una organización o asociación criminal para cometer delitos (...) aunque éstos ilícitos no se hayan concretado, dichas acciones propositivas deben ser de todos modos castigadas punitivamente”<sup>18</sup>.

Considero que ambos delitos deben conservar su autonomía, aunque en el ejemplo propuesto ésta no se analiza respecto del plan criminal, escenario en que usualmente dicha autonomía es analizada.

En segundo lugar, ambos delitos protegen bienes jurídicos absolutamente distintos. Respecto al delito de lavado de dinero, Prams afirma que la postura claramente mayoritaria en la doctrina universal afirma que el bien jurídico protegido es la administración de justicia<sup>19</sup>. De forma minoritaria, parte de la doctrina ha señalado que el bien jurídico protegido es el orden público económico<sup>20</sup>, la seguridad del Estado<sup>21</sup> o el bien jurídico protegido por el delito base.

En cambio, respecto al delito de asociación ilícita suele afirmarse en doctrina y jurisprudencia que el bien jurídico protegido es el orden público y la seguridad pública. Parte de la doctrina estima que el bien jurídico protegido es el orden social y el regular ejercicio de la libertad de asociación<sup>22</sup>, en tanto otros

16 Ibidem.

17 Excelentísima Corte Suprema, 15 de marzo de 2010, ROL N°7712-2008, considerando 10°.

18 Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, 16 de enero de 2002, ROL N°1309-2001.

19 PRAMBS JULIÁN, Claudio. *Estudio teórico – práctico. El delito de blanqueo de capitales en el derecho chileno con referencia al derecho comparado*. Santiago, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005, p. 65.

20 MANRÍQUEZ, Juan Carlos. Delitos de blanqueo y lavado de activos, en el marco de operaciones sospechosas. Notas sobre la ley N°19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero (UAF). [en línea] Disponible en: [http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com\\_content&view=article&id=181:delitos-de-blanqueo-y-lavado-de-activos-en-el-marco-de-operaciones-sospechosas-&catid=41:parte-especial&Itemid=27](http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=181:delitos-de-blanqueo-y-lavado-de-activos-en-el-marco-de-operaciones-sospechosas-&catid=41:parte-especial&Itemid=27) [fecha de consulta: 17 abril 2013].

21 PRAMBS, ob. cit., pp. 58 y ss.

22 GRISOLÍA, ob. cit., p. 79.

consideran que es el mismo que protege el delito que se cometerá de acuerdo al plan criminal.

A pesar existir opiniones dispares en doctrina respecto al bien jurídico protegido en ambos delitos, es claro que en ningún caso se trata del mismo.

#### ii.- Posibilidad de imputar dos delitos:

Por los argumentos vertidos en el apartado anterior, principalmente la autonomía e independencia de ambos delitos, y los distintos bienes jurídicos protegidos por ellos, considero que éste debe ser el camino a seguir, es decir, imputar tanto el delito de asociación ilícita, así como el delito de lavado de dinero. Ciertamente uno de los elementos más importantes para poder llegar a esta conclusión vendrá de la mano del análisis del tipo subjetivo del delito de asociación ilícita, es decir, la existencia del acuerdo de voluntades entre los miembros de la asociación, y el sentido de pertenencia del sujeto a la asociación ilícita, el saber que los demás miembros cuentan con su rol y que él puede contar con los demás para llevar a cabo el plan criminal. Distinta será la situación si, por ejemplo, existe un acuerdo de voluntades para traficar, y el rol de testaferra se “externaliza” a un tercero que no pertenece a la asociación en los términos expuestos. En este sentido, Ziffer ha señalado que el carácter preparatorio de este delito impide admitir la participación “por fuera” de la asociación, siendo sólo punible quien participa como miembro, es decir, “desde el interior” del grupo. Agrega que, aunque es posible la participación ocasional en el hecho, por encargo del grupo, ello no convierte al partícipe en un miembro de la asociación, sino sólo del delito concretamente cometido<sup>23</sup>.

Ahora bien, habiendo decidido que se imputarán dos delitos, es necesario determinar si se imputará la asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal o la del artículo 16 de la Ley N°20.000.

#### LAVADO DE DINERO Y ASOCIACIÓN ILÍCITA DEL ARTÍCULO 292 DEL CÓDIGO PENAL

Si se opta por imputar asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal, se asume que el testaferra está cometiendo el delito de lavado de dinero, y los demás miembros de la asociación están cometiendo el delito de tráfico de drogas, por lo que, en definitiva, la asociación ilícita tendría dos objetivos, o dos delitos fines. En principio lo anterior pareciera ser coherente con la redacción del tipo penal de acuerdo al artículo 292, desde el momento que establece que ésta puede formarse para atentar contra el orden social, las buenas costumbres, las personas o propiedades, sin delimitar el plan criminal a un solo delito. Sin embargo, la solución pareciera no ser del todo coherente con

23 ZIFFER, Patricia. *El delito de asociación ilícita*. Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc, 2005, pp. 219-220.

el elemento subjetivo propuesto en el ejemplo, desde que el plan criminal que contó con el acuerdo de voluntades de los miembros de la asociación, consistía en la comisión de delitos contemplados en la Ley N°20.000. Considero que la solución no puede consistir en añadir un nuevo delito al plan criminal y en este sentido, corresponde tener presente lo señalado por Grisolia, quien afirma que es posible que dentro de la asociación ilícita alguno de los asociados ejecute un delito que no esté incluido en la actividad criminosa prevista en el vínculo asociativo, de modo que él solo será responsable de su propio delito<sup>24</sup>. En el ejemplo concreto, por los argumentos que se enunciarán a continuación, el sujeto será responsable de su propio delito, pero, al calzar su conducta con una de las hipótesis descritas por el artículo 16 de la Ley N°20.000, también deberá serlo por el delito de asociación ilícita de dicho artículo.

#### LAVADO DE DINERO Y ASOCIACIÓN ILÍCITA DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY N°20.000

Considero que esta es la alternativa más adecuada para dar solución al problema propuesto. Como se señaló al comienzo, el artículo 16 sanciona a los que se asocien u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en la Ley N°20.000, por ese solo hecho. Luego, al establecer la pena que corresponde a cada uno de los sujetos que conforman la asociación, distingue entre el que financia, ejerce el mando o dirección, o planifica el o los delitos que se proponga cometer la organización y los que simplemente colaboran con la consecución de sus fines<sup>25</sup>.

En estricto rigor un testaferro, en los términos que se ha definido, no está cometiendo alguno de los delitos contemplados en la Ley N°20.000, como lo establece el encabezado del artículo 16; sin embargo, su conducta sí calza con la descrita en el N°2 del artículo 16, es decir, realiza una conducta que es una forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización.

Ahora bien, debe analizarse de qué forma esta conducta puede considerarse “colaboración”. Pareciera contradictorio afirmar que el delito de lavado de dinero puede ser una forma de colaboración a la asociación ilícita para el tráfico de drogas, sobre todo si previamente se ha hecho referencia a la autonomía de ambos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, al poder otorgar colaboración en los términos del artículo 16 N°2 “de cualquier forma”, ésta puede ser –en sí misma– lícita o ilícita. Formas de colaboración en sí mismas lícitas son, por ejemplo, *comprar tarjetas telefónicas, para mantener mediante teléfono móviles la necesaria comunicación entre los miembros de la organización, dar el dinero necesario para pasajes y estadía fuera de Chile (...), entregar y recibir*

24 GRISOLÍA, ob. cit., p. 84.

25 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Algunos aspectos de la Ley N°20.000”. En: *Informes en Derecho*, N°4, Santiago, Chile, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2008, p. 151.

dinero, previo cambio de moneda extranjera en algunos casos y otras actividades más (...)»<sup>26</sup>. En el ejemplo propuesto la forma de colaboración es en sí misma un delito, el de lavado de dinero.

En jurisprudencia, una forma de colaboración que constituye en sí misma un delito ha sido reconocida, por ejemplo, por el Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, que condena a un acusado cuyo rol era, entre otros, mantener armas para el resguardo de los fines de la asociación ilícita dedicada al tráfico de drogas, por el delito de asociación ilícita del artículo 16 N°2 de la Ley N°20.000, y además por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego.

El tribunal afirma *“que, valoradas todas las pruebas rendidas en el juicio, el Tribunal adquirió convicción, más allá de toda duda razonable, que a lo menos desde marzo de 2009 y hasta el día de 22 de mayo del año 2009, para la adquisición, comercialización, acopio, transporte y distribución de droga, PAQL, AENH, CMTA, MAHS, ACTA, LAMS, DPHC y LACM, entre otros, estructurados jerárquicamente y en forma organizada realizaban diferentes acciones, cumpliendo estas personas distintas funciones o roles con la finalidad de lucrarse con las actividades del tráfico ilícito de drogas, droga que comercializaban en Santiago, especialmente en la zona sur, en la comuna de El Bosque.*

*Para cumplir esta finalidad, además, esta estructura organizada, (sic) otras acciones que eran funcionales a este objetivo, algunas de las cuales podrían configurar ilícitos»<sup>27</sup>.*

En esta misma línea, considero que el lavado de dinero puede ser una forma de colaboración, desde la perspectiva de su propio objeto de protección. Así, si una asociación ilícita para el tráfico de drogas comparte los elementos de la asociación ilícita genérica que se han enunciado precedentemente, necesariamente requerirá permanencia en el tiempo, por una parte, y un acuerdo de voluntades de sus miembros en el sentido de cometer una cantidad indeterminada de delitos en el tiempo, por otra. Pues bien, para asegurar el cumplimiento de estos dos objetivos, es de toda lógica pensar que la asociación requerirá de medios para evadir la administración de justicia, entendida no como función jurisdiccional, sino que elevada a la categoría de bien jurídico –protegido por el delito de lavado de dinero–, como por ejemplo actuar con cautela, aumentar las medidas de protección de la organización, y también intentar dar apariencia de legitimidad a los bienes que provienen de la actividad ilícita, ocultando o disimulando su origen o los bienes en sí mismos, por ejemplo, mediante el uso de testaferrós. De esta forma, al ocultar o disimular

26 Tribunal Oral en lo Penal de Colina, 30 de junio de 2009, RUC N°0600578577-2, considerando 12°.

27 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 19 de marzo de 2013, RUC N°0800749089-6, RIT N°431-2012.

el origen ilícito de los bienes, o estos en sí mismos, la asociación puede seguir funcionando de manera permanente, con la expectativa de poder seguir cometiendo delitos de manera indeterminada en el tiempo<sup>28</sup>.

Esta afirmación no implica que estemos frente a una hipótesis de concurso medial, en que *un delito sea el medio necesario para la comisión de otro*<sup>29</sup>, sino sólo frente a un caso en que la forma de colaboración –de acuerdo al artículo 16 N°2– es en sí misma un delito distinto, pero que en ningún caso es el medio para cometer el delito de asociación ilícita.

Por otra parte, como señalé antes, la autonomía del delito de asociación ilícita debe estar presente frente al delito de lavado de dinero, acá entendido como una forma de colaboración, no siendo lógico ni coherente subsumir la conducta de lavado de dinero, tendiente a ocultar o disimular los bienes o su origen ilícito, dentro de la conducta de asociación ilícita, en la que se reprocha la pertenencia a la asociación, la que, por lo demás, mantendrá como plan criminal la comisión de un solo tipo de delitos, aquellos previstos en la Ley N°20.000.

Podría discutirse si se está frente a un concurso ideal heterogéneo, en que un mismo hecho satisface a la vez los requisitos de los dos tipos penales. Sin embargo, como señalan Politoff, Matus y Ramírez<sup>30</sup> –citando a Cury y Etcheberry– *“los ejemplos de auténtico concurso ideal que pueden proponerse son escasos y muchos de ellos de índole más bien académica”*<sup>31</sup>. Por su parte, Garrido Montt, al referirse a los presupuestos del concurso ideal, señala estar de acuerdo con

28 Otra forma de colaboración derivada del actuar de un testaferro, podría venir aparejada a la posibilidad de obtener utilidades o beneficios del delito fin. Al realizar actos de ocultamiento o disimulación de los bienes o su origen, además de vulnerar el bien jurídico protegido por el delito de lavado de dinero, se podría permitir a los sujetos gozar del provecho del delito fin. En este sentido, cabe recordar que originalmente el artículo que sancionaba la asociación ilícita de la Ley 19.366 establecía lo siguiente: *“El inciso segundo define, para estos efectos, como organización delictual, a aquella sociedad criminal constituida por un grupo de dos o más personas, jerárquica y disciplinariamente constituido, unidas todas por el propósito común y de permanencia en el tiempo, de incurrir en una indeterminada cantidad de delitos, a fin de repartirse las utilidades o beneficios que de ellos provengan”*. Finalmente la redacción del artículo fue modificada porque la Comisión Especial de Drogas consideró que *esta figura constituye uno de los delitos más graves de la ley de drogas, por lo que debe simplificarse su tipificación, sobre todo respecto de la definición de asociación ilícita, puesto que parte señalando que se trata de una sociedad, dificultando la prueba*.

29 POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003, p. 448.

30 POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., p. 447.

31 Dentro de esos ejemplos señalan la distinción entre concurso ideal heterogéneo y homogéneo: el primero es el que se produciría cuando los tipos penales concurrentes son diferentes (p. ej., violación e incesto); en tanto que en el segundo el tipo penal infringido será el mismo (dar muerte a varias personas con un solo artefacto explosivo).

Cury en que en el concurso ideal *existen dos o más finalidades perfectamente diferenciables, las cuales si bien se manifiestan externamente con apariencia unitaria, en realidad dan vida a distintas acciones*. Afirma que *en la mayor parte de los casos señalados como de concurso ideal hay pluralidad de acciones, cada una de las cuales conforma un tipo penal independiente*, por lo que en definitiva se trata de un concurso real<sup>32</sup>. Por lo tanto, considero que este caso, al igual que el concurso entre el delito de asociación ilícita y el plan criminal, debe resolverse de acuerdo a las reglas del concurso real, de conformidad al artículo 74 del Código Penal.

---

32 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General. Nociones fundamentales de la teoría del delito*. 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica 2005, Tomo II, p. 455.



UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN RESPONSABILIDAD  
PENAL ADOLESCENTE  
Y DELITOS VIOLENTOS

---



## EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE DESDE LA ÓPTICA DE LA FISCALÍA, A CINCO AÑOS DE SU ENTRADA EN VIGENCIA<sup>1</sup>

*Eva Curia Castro<sup>2</sup>*

*María José Taladriz Eguiluz<sup>3</sup>*

### I. Antecedentes

La ley de Responsabilidad Penal Adolescente –en lo sucesivo Ley N°20.084 o LRPA– ajustó la normativa interna a la legislación internacional suscrita por nuestro país.

El objetivo de la ley es reconocer al infractor adolescente como sujeto de derecho al cual, si bien no se le puede dar un trato como mayor de edad, se le puede exigir una responsabilidad especial adecuada a su edad y desarrollo evolutivo, garantizando la aplicación de las normas del debido proceso a su respecto, y estableciendo un sistema diferenciado de los adultos, mediante una intervención socioeducativa responsabilizadora acorde a su etapa de madurez.

Para facilitar la aplicación de esta nueva ley, y dar una respuesta especializada, eficaz y oportuna, la Fiscalía desarrolló una serie de orientaciones contenidas en distintos instrumentos que luego fueron sistematizadas en el Oficio FN N°483/2009, de 18 de agosto del referido año, que concentra todas los criterios de actuación impartidos a los fiscales con ocasión de la LRPA, destacándose el énfasis socioeducativo perseguido por las diversas estrategias de respuestas que se reflejan en las desestimaciones facultativas, las salidas alternativas y los términos judiciales.

A cinco años de vigencia de la Ley N°20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal y no obstante los importantísimos avances en la materia, advertimos las deficiencias del sistema y la necesidad de reformar algunas normas de la LRPA. Sin embargo, y antes de destacar los nudos críticos, consideramos necesario revisar las estadísticas y cifras relevantes<sup>4</sup> y los proyectos de especialización desarrollados por la Fiscalía.

- 1 Este artículo tiene como antecedente el Informe del Ministerio Público presentado ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en sesión de 03 de abril de 2012 (Boletín N°155-14).
- 2 Abogada Asesora de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos de la Fiscalía Nacional.
- 3 Abogada Asesora de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos de la Fiscalía Nacional.
- 4 Los datos han sido extraídos de los boletines estadísticos del Ministerio Público correspondientes a los años 2007 a 2012 y del Sistema de Apoyo a Fiscales (SAF). Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>.

## II. Estadística y cifras relevantes

### 1. Ingresos

Desde la entrada en vigencia de la Ley N°20.084, a diciembre de 2012 han ingresado al Ministerio público 303.154 delitos cometidos por adolescentes, concentrándose el mayor número de ingresos en las regiones Metropolitana, V y VIII, como se observa en la Tabla N°1.

La cantidad de delitos cometidos por adolescentes ha presentado un comportamiento constante durante los años 2008, 2009 y 2011, con 55.623, 56.555 y 55.959 delitos respectivamente, registrándose una baja de los mismos durante los años 2010 y 2012. Así, durante el año 2012 se presentó una disminución de 3.846 ingresos, lo que representa una baja de un 7.3 % menos en relación al año anterior. Ver Tabla N°2.

**TABLA N°1:**  
**RESUMEN DE DELITOS RPA A NIVEL NACIONAL,**  
**POR REGIÓN ENTRE 08/06/2007 Y 31/12/2012<sup>5</sup>**

Región	Delitos
	Ingresos 2007-2012
I	6.946
II	13.694
III	7.752
IV	12.610
V	33.793
VI	15.428
VII	16.382
VIII	31.371
IX	17.812
X	15.461
XI	2.737
XII	2.498
XIV	6.681
XV	3.549
RM Centro Norte	34.824
RM Oriente	28.064
RM Occidente	27.685
RM Sur	25.867
Total nacional	303.154

5 Datos extraídos de la Tabla N°46 del Boletín Estadístico 2012.

**TABLA N°2:**  
**RESUMEN DE DELITOS RPA A NIVEL NACIONAL**  
**ENTRE 08/06/2007 Y 31/12/2012<sup>6</sup>**

Año	Delitos ingresados
2008	55.623
2009	56.555
2010	51.088
2011	55.959
2012	52.113

Por otra parte, los delitos cometidos por adolescentes correspondieron al 4,1% del total de los delitos ingresados al Ministerio Público, lo que equivale a 287.994 casos. La Tabla N°3 demuestra una disminución progresiva de los casos ingresados con adolescentes, en relación a los ingresos totales del Ministerio Público, a partir del año 2007. Así, durante el año 2007, los ingresos del Ministerio Público con imputados adolescentes correspondieron al 4,6%, mientras que durante el año 2012 ese porcentaje disminuyó al 3,7%.

**TABLA N°3:**  
**RELACIÓN DE CASOS CON IMPUTADOS ADOLESCENTES**  
**CON EL TOTAL DE CASOS INGRESADOS AL MINISTERIO PÚBLICO**

Año ingreso	Casos ingresados	Casos RPA ingresados	Porcentaje de ingresos
Jun-Dic 2007	662.293	30.519	4,6%
2008	1.214.757	52.728	4,3%
2009	1.276.286	53.709	4,2%
2010	1.247.148	48.623	3,9%
2011	1.378.868	53.047	3,8%
2012	1.323.661	49.368	3,7%
Total ingreso	7.103.013	287.994	4,1%

## 2. Delitos

Con respecto al tipo de delito cometido por los adolescentes durante el periodo de vigencia de la ley, los de mayor ocurrencia correspondieron a las faltas con un 20,55%, los hurtos con 14,40% y, las lesiones con 14,05%, lo que en su conjunto representan el 49% de los delitos, como se observa en el Gráfico N°1.

Por su parte, el bien jurídico mayormente afectado por los adolescentes es la propiedad, alcanzando un 40% de los delitos ingresados. Cabe destacar que

6 Los datos de las Tablas N°2 y N°3, han sido extraídos del Sistema de Apoyo a Fiscales. Información actualizada al 23 de febrero de 2013.

en materia de robos, los robos violentos llegaron al 8,39%, mientras los no violentos alcanzaron un 8,23%.

**GRÁFICO N°1:**  
**PORCENTAJE DE DELITOS INGRESADOS POR CATEGORÍA (2007-2012)**

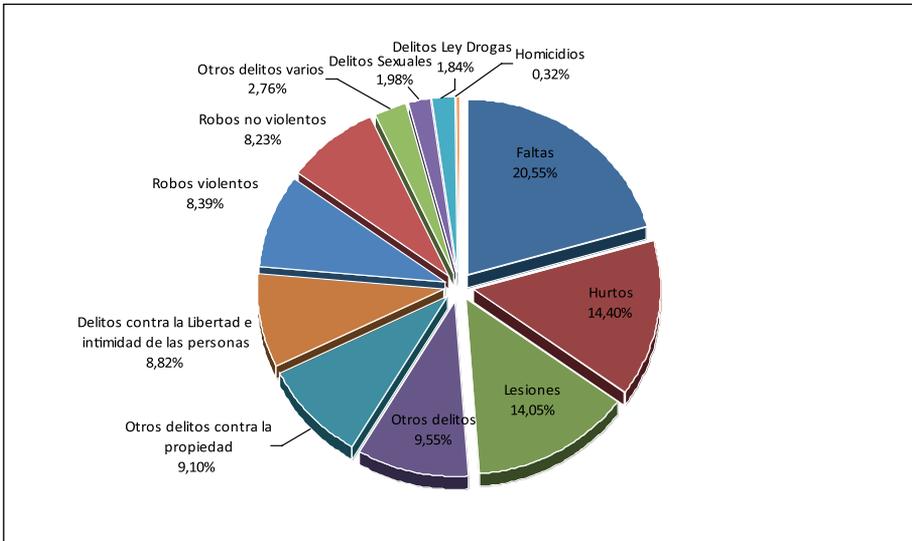


Gráfico elaborado con datos extraídos de la Tabla N°47 del Boletín Estadístico 2012.

En cuanto a la comisión de delitos de mayor gravedad, que afectan la vida, la integridad física y psíquica, la libertad e indemnidad sexual y la salud pública, éstos alcanzaron un total de 38.022 delitos (983 homicidios, 25.447 robos violentos, 6.017 delitos sexuales y 5.575 delitos contenidos en la Ley de Drogas), lo que corresponde a un 12,53% del total de delitos cometidos por adolescentes.

Finalmente, en relación a los delitos de mayor incidencia con imputado adolescente, las faltas se concentraron en las Fiscalías Regionales II (26,9%), I (24,6%) y Metropolitana Centro Norte (24,5%); por su parte los hurtos se concentraron principalmente en la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente (24,3%), y en las Fiscalías Regionales VIII (16,6%) y X (15%); mientras las lesiones se desarrollaron mayoritariamente en las Fiscalías Regionales XI (20,55%), XII (19,82%), y VI (18,68%)<sup>7</sup>.

### 3. Términos aplicados

Desde la entrada en vigencia de la Ley N°20.084, las salidas judiciales en materia de responsabilidad penal adolescente, han ido aumentando sosteni-

<sup>7</sup> Datos extraídos de la Tabla N°47 del Boletín Estadístico del Ministerio Público del año 2012.

damente, anotándose una creciente baja de las salidas no judiciales, como se observa en la Tabla N°4.

Tratándose de salidas judiciales las sentencias definitivas condenatorias y suspensiones condicionales del procedimiento son los términos de mayor ocurrencia, con un 29,59% y un 15,27%, respectivamente.

En cuanto a las salidas no judiciales, éstas en su total alcanzaron el 43,55% de los términos aplicados, siendo el principio de oportunidad, la salida no judicial más utilizada en adolescentes, registrando un 21,28 %, siguiéndole el archivo provisional con un 15,14%. Especial mención merece el porcentaje de utilización del principio de oportunidad que da cuenta de la aplicación a lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley N°20.084, en el sentido de tener en consideración de manera especial la incidencia de la decisión en la vida futura del adolescente imputado.

**TABLA N°4:**  
**PORCENTAJE DE TÉRMINOS APLICADOS A NIVEL NACIONAL<sup>8</sup>**

Tipo de términos <sup>9</sup>	Total nacional 2007-2012
Sentencia definitiva condenatoria	29,59%
Sentencia definitiva absolutoria	0,73%
Sobreseimiento definitivo	3,16%
Sobreseimiento temporal	0,30%
Suspensión condicional del procedimiento	15,27%
Acuerdo reparatorio	2,40%
Facultad para no investigar	5%
Salida judicial	56,45%
Archivo provisional	15,14%
Decisión de no perseverar	3,83%
Principio de oportunidad	21,28%
Incompetencia	3,30%
Salida no judicial	43,55%
Total	100,0%

#### 4. Internación provisoria

El número de imputados adolescentes sometidos a la medida cautelar de internación provisoria durante los años calendario 2008-2012 ascendió a 9.942, representando un 3,3% del total de imputados adolescentes ingresados en dicho período. Comparando este porcentaje con el 12,53% que represen-

8 Datos extraídos de la Tabla N°48 del Boletín Estadístico del Ministerio Público del año 2012.

tan los delitos violentos y de mayor connotación cometidos por adolescentes<sup>9</sup> y que un importante porcentaje de los adolescentes sujetos a la medida son reincidentes<sup>10</sup>, es posible concluir que el uso de esta cautelar resulta racional y proporcional.

En la tabla siguiente, se observa que la cifra de adolescentes sujetos a la referida cautelar, registró un importante descenso durante los años 2010 y 2011, marcándose un leve aumento el año recién pasado. No obstante, en general se mantiene su baja en comparación a los dos primeros años de vigencia de la LRPA.

**TABLA N°5:**  
**INFRACTORES MENORES DE EDAD SOMETIDOS A INTERNACIÓN PROVISORIA<sup>11</sup>**

Año	Total		
	Total infractores ingresados al MP	Adolescentes sometidos a IP	Porcentaje
2007	36.783	N/I <sup>2</sup>	-
2008	70.761	2.753	3,9%
2009	58.542	2.447	4,2%
2010	53.428	1.685	3,2%
2011	62.947	1.483	2,4%
2012	56.140	1.574	2,8%
Total	301.818	9.942	3,3%

## 5. Edad de los imputados.

En lo referente al tramo etéreo, los infractores menores de edad ingresados al Ministerio Público fueron mayoritariamente mayores de 16 años, rango que representa un promedio del 68% de imputados adolescentes a lo largo de estos cinco años.

9 Ver Gráfico N°1 y análisis respectivo.

10 Durante el período acumulado del 8 de Junio de 2007 al 7 de Mayo de 2009, del total de adolescentes ingresados al sistema, el 5,4% fue objeto de internación provisoria. El nivel de uso de esta medida cautelar se incrementó considerablemente según el número de ingresos que experimentó el adolescente. Así, sólo el 1,6% de los que ingresaron una vez al sistema fue internado provisoriamente, mientras que ese porcentaje se eleva al 41% de los que ingresaron 6 o más veces. (Datos obtenidos de presentación del Director de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar del año 2009, Sr. Iván Fuenzalida Sánchez, en Seminario Sobre Responsabilidad Penal Adolescente organizado por el Ministerio de Justicia, del mismo año.)

11 Información obtenida de los Boletines Estadísticos correspondientes a los años 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012.

12 Boletín Estadístico del año 2007 no contempló información en esta materia.

La distinción resulta relevante, toda vez que el artículo 18 de la Ley N°20.084 ha considerado la diferencia de rango etáreo para regular el límite máximo de las sanciones privativas de libertad, las que no pueden exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez si tuviere más de esa edad. Además, uno de los criterios de determinación de la naturaleza de la pena es precisamente, la edad del adolescente infractor (letra d) del artículo 24 de la LRPA).

Estas cifras pueden resultar relevantes a la hora de relacionar la población de los centros de cumplimiento de las sanciones privativas de libertad con el principio de separación, explicando la existencia de adultos en los mismos<sup>13</sup>.

**TABLA N°6:**  
**INFRACTORES ADOLESCENTES INGRESADOS AL MINISTERIO PÚBLICO,**  
**SEGÚN TRAMO ETÁREO<sup>14</sup>**

Año	Total infractores ingresados		
	Tramo de edad		TOTAL
	14-15	16-17	
2007	11.301	25.482	36.783
2008	22.665	48.096	70.761
2009	18.286	40.256	58.542
2010	16.990	36.438	53.428
2011	20.097	42.850	62.947
2012	17.890	38.250	56.140
Total	107.229	231.372	338.601
Total %	32%	68%	100%

Del análisis estadístico anterior, podemos concluir lo siguiente:

- El número de delitos cometidos por adolescentes ha presentado, en general, un comportamiento constante.
- El bien jurídico mayormente afectado por los adolescentes es la propiedad.
- Las formas de término más utilizadas fueron: sentencias condenatorias, principio de oportunidad y suspensión condicional del procedimiento.

13 Sobre este aspecto, ver en: *Balace a cinco años de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente de SENAME*, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en la evaluación de la Ley N°20.084 en sus cinco primeros años de vigencia (Boletín N°S 1.555-14). Ver pág. 121 del mencionado informe. Disponible en: [http://www.senado.cl/prontus\\_senado/site/artic/20130306/asocfile/20130306161051/informe\\_constituci\\_\\_n.pdf](http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20130306/asocfile/20130306161051/informe_constituci__n.pdf).

14 Datos extraídos del Sistema de Apoyo a Fiscales.

- La medida cautelar de internación provisoria ha sido utilizada proporcional y racionalmente.
- Los imputados adolescentes se concentraron en el rango etéreo más alto.

### III. Dificultades del sistema de responsabilidad penal adolescente

Desde la entrada en vigencia de la LRPA se han detectado diversos nudos críticos en su aplicación práctica, los que agrupamos en cuatro áreas: 1. Especialización del sistema penal adolescente y dotación; 2. Idoneidad de la sanción; 3. Dificultades normativas: 3.1. Artículo 31; 3.2. Ejecución de sanciones y de las sanciones en particular; 3.3. Otros; y 4. Obstáculos para el abordaje y tratamiento de adolescentes con problemas de adicciones por alcoholismo y drogadicción.

#### 1. Especialización del sistema penal adolescente y dotación

El artículo 29 de la Ley N°20.084 consagra el principio de especialidad del sistema de justicia penal adolescente y en cumplimiento del mismo, la Fiscalía ha organizado y desarrollado seminarios nacionales e internacionales<sup>15</sup>, programas de capacitación<sup>16</sup> y proyectos que tienden a la especialización. Esta tarea es de suma importancia, si se considera que las causas con imputado adolescente abarcan una gran gama de delitos en los que deben intervenir fiscales de otras especialidades como por ejemplo: delitos violentos, delitos sexuales, delitos de violencia intrafamiliar y delitos de drogas, los que necesariamente deben complementar sus conocimientos con las materias propias del sistema de responsabilidad penal adolescente.

En esta línea, la Fiscalía ha desarrollado programas tendientes a trabajar de manera especializada la problemática de los adolescentes. Se destacan: los

15 Como el Seminario internacional sobre “Responsabilidad Penal Adolescente logros y desafíos a diez años de la Reforma Procesal Penal”, en el que se contó con la presencia de especialistas nacionales e internacionales y la intervención de los actores más relevantes en la materia como SENAME, División de Defensa Social del Ministerio de Justicia, Paz Ciudadana y UNICEF. En este contexto, se llevaron a cabo talleres de capacitación y jornadas de reflexión con los organismos colaboradores de Servicio Nacional de Menores, DIPROFAM, fiscales especializados y abogados asesores (noviembre de 2010).

16 Todos los años se formulan programas de capacitación impartidos a nivel regional y nacional, organizados por la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente de la Fiscalía Nacional y con la colaboración de organismos externos y expertos en la materia. Además, diversos fiscales y abogados del Ministerio Público han participado desde la entrada en vigencia de la LRPA en los Cursos de Especialización sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño, organizado por la UNICEF y dirigido a Jueces, Abogados y Fiscales de Latinoamérica.

Proyectos Pilotos de Evaluación Clínica Diagnóstica con presencia en las cuatro Fiscalías Regionales Metropolitanas, el Tribunal de Tratamiento de Droga de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte; los Proyectos de la Fiscalías Regionales Metropolitanas Sur y Occidente para intervenir a adolescentes imputados por delitos sexuales, trabajados conjuntamente con la Corporación Opción; y el Proceso de Trabajo de la Fiscalía Regional de la X Región y Programas de Salidas Alternativas para Suspensión Condicional del Procedimiento. Además, se han implementado Programas de Mediación Penal Adolescente por parte de las Fiscalías Regionales Metropolitanas Centro Norte, Sur y Occidente.

A su vez, se ha observado que la organización de las audiencias RPA en salas especializadas ha permitido mejorar por parte de la Fiscalía y de los Tribunales, la respuesta penal para los adolescentes, favoreciendo el conocimiento en la temática juvenil, la normativa nacional y la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, la existencia de éstas se ha dado en forma intermitente y localizada, correspondiendo las experiencias más exitosas a las salas especializadas de la Región Metropolitana (Juzgado de Garantía de San Bernardo y 4° Juzgado de Garantía de Santiago) y a las salas especializadas de la V Región (Juzgados de Garantías de Valparaíso, Viña del Mar y Corte de Apelaciones de Valparaíso).

En cuanto a la dotación para abordar las causas con imputado adolescente, cabe señalar que durante la tramitación de la Ley N°20.084, se contemplaron 22 fiscales para todo el territorio nacional, proyectándose un total de 39.129 ingresos, en el que se consideró que cada uno de estos 22 fiscales sería capaz de sobrellevar una carga de trabajo de 1.250 causas anuales<sup>17</sup>, lo que a todas luces resultó escaso, si se considera que los casos efectivamente ingresados durante los años calendarios 2008-2012 ascendieron en total a 257.475, lo que corresponde en promedio a 2.340 causas RPA por cada uno de estos fiscales, excediendo en un 87.2% la carga por fiscal proyectada para la implementación de la Ley N°20.084. Lo anterior, ha traído como consecuencia necesaria la asignación de causas con imputados adolescentes a fiscales no especializados para la investigación y concurrencia a audiencias de las respectivas causas.

---

17 Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado: Informe financiero del Ministerio de Justicia, en Historia de la Ley N°20.084 que Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, de 22 de agosto de 2005, págs. 591-597.

**TABLA N°7:**  
**CAUSAS INGRESADAS ANUALMENTE, PROMEDIO ANUAL Y CARGA ANUAL POR FISCAL ESPECIALIZADO**

Año	Casos
2008	52.728
2009	53.709
2010	48.623
2011	53.047
2012	49.368
Total	257.475
Promedio anual	51.495
Carga anual por Fiscal especializado	2.340

## 2. Idoneidad de la sanción

La ley no establece la obligación de elaborar informes que orienten al fiscal y al tribunal para arribar a una pena idónea de acuerdo a los fines establecidos por la letra f) del artículo 24 de la Ley N°20.084, esto es, *“fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de la personas y sus necesidades de desarrollo e integración social”*.

Por ello, actualmente, la práctica no excede del análisis del compromiso delictual y de las respuestas que ha dado el adolescente a las sanciones previas. Pese a ello, existen experiencias aisladas en que se han solicitado informes al SENAME<sup>18</sup> que han servido para orientar al tribunal en la determinación de la sanción más idónea.

En consecuencia, se extraña la existencia de un instrumento y de un organismo técnico idóneo que elabore informes o que emita opinión, que permitan aproximar la sanción que resulte más apropiada a cada adolescente en particular.

A mayor abundamiento, la propia Ley N°20.084, en su artículo 40, faculta al tribunal para requerir la opinión de peritos para los efectos de la determinación de la sanción, norma que hasta la fecha, atendida la falta señalada, resulta escasamente utilizada. Por ello, creemos que se requiere contar con la opinión de un experto (especie de consejero técnico de tribunales) o con un instrumento diagnóstico que permita seleccionar la sanción, que aborde todos los aspectos necesarios de la vida del sujeto, incluyendo adicciones, circunstancias que motivaron la comisión del delito, habitualidad criminal y pertenencia a pandillas, entre otras.

18 Es el caso de experiencias de la IV Región. A modo de ejemplo: Juzgado de Garantía de Ovalle, 23 de febrero de 2012, RUC N°1100925447-3, RIT N°2790-2011.

### 3. Dificultades normativas

#### 3.1. Artículo 31 de la LRPA

El artículo 31, bajo el título de detención en caso de flagrancia, dispone que *“...El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad.”*

El tenor literal de la disposición regula una situación procedimental específica: la detención de un adolescente en situación de flagrancia.

Esta interpretación se basa en la historia fidedigna de su establecimiento<sup>19</sup>, ya que durante el proceso de formación de la Ley N°20.084, este artículo fue discutido sólo para regular la actividad persecutora durante la detención flagrante y para cautelar garantías de los imputados adolescentes durante dicho período hasta que sea puesto a disposición del juez de garantía. Durante la discusión parlamentaria, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tuvo presente que la Ley de Menores (Ley N°16.618) consideraba un régimen de detención que desaparecería con la entrada en vigencia de la LRPA. Sobre esa base, se produjo acuerdo en torno a la idea de mantener dicha regulación especial sin modificaciones, lo que implicó trasladar la norma del artículo 16 de la Ley N°16.618, como base de la nueva regulación.

Lo anterior, deja en claro que el legislador no quiso obstaculizar las actuaciones de investigación no comprendidas en la detención flagrante. De ahí que no se extiendan las restricciones de la norma a otras situaciones, como por ejemplo, la toma de declaración del imputado adolescente que se encuentra en libertad.

No obstante, la citada norma ha dado lugar a diversos problemas interpretativos con impacto directo en la eficacia de la persecución penal. En primer término, pese a la literalidad del enunciado de la misma, y a la historia de su establecimiento, existen tres interpretaciones de la norma: a) Interpretación extensiva, que considera que las exigencias en ella contenidas se extienden a toda diligencia realizada con los adolescentes, encontrándose o no detenido en flagrancia<sup>20</sup>; b) Interpretación restrictiva que estima que sólo se restringe a

19 Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de 22 de agosto de 2005, ob. cit., págs. 720-721.

20 Corte de Apelaciones de Arica, 28 de septiembre de 2009, Rol N°211-2009.

las detenciones por flagrancia<sup>21</sup>; y c) Interpretación que entiende que las limitaciones se extienden a todo tipo de privación de libertad<sup>22</sup>.

Las diversas interpretaciones traen como consecuencia, una serie de problemas probatorios, como por ejemplo, exclusiones de prueba, llegándose incluso a la pérdida de evidencia fundamental para acreditar los elementos del tipo penal y la participación de quienes resulten responsables.

### 3.2. Ejecución de sanciones y de las sanciones en particular<sup>23</sup>

Si bien, las finalidades de responsabilización e intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social consagradas en el artículo 20 de la Ley N°20.084 radica en las sanciones y en su sistema de ejecución, es precisamente en este último donde se advierten los principales nudos críticos.

Una de las deficiencias sustanciales dice relación con la ausencia de criterios objetivos<sup>24</sup> para la *sustitución y quebrantamiento de sanciones*. En esta materia, los artículos 52, 53 y 54 de la Ley N°20.084 carecen de parámetros que permitan determinar la procedencia de estos institutos procesales, lo que ha dado lugar a una excesiva discrecionalidad de los tribunales al resolver exclusivamente sobre la base de informes de avance de cumplimiento, generando un tratamiento desigual para los condenados adolescentes.

A mayor abundamiento, una de las preocupaciones que genera la ley en este aspecto, dice relación con la sustitución de sanciones privativas de libertad en los delitos de mayor gravedad, que implica muchas veces cumplir estas sanciones en el medio libre, existiendo un sentimiento por parte de las víctimas de insatisfacción, que es habitualmente recogido por los medios de comunicación.

Así, para sustituir la condena resulta imperiosa una regla que, al menos, establezca un plazo mínimo de cumplimiento de la sanción impuesta para dar

21 Corte de Apelaciones de La Serena, 25 de enero de 2008, Rol N°7-2008; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 08 de mayo de 2009, Rol N°34-2009; Corte de Apelaciones de Temuco, 05 de agosto de 2010, Rol N°581-2010; y Corte de Apelaciones de Temuco, 20 de julio de 2011, Rol N°641-2011.

22 Corte de Apelaciones de Concepción, 14 de mayo de 2011, Rol N°165-2011.

23 En éste acápite citaremos tasas de reincidencia de condenados y egresados de sanciones RPA correspondientes al Modelo B) en un período de medición de 24 meses, diseñado por: Instituto de Asuntos Públicos del Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana de la Universidad de Chile. *Estudio Modelo y Medición de la Reincidencia de Adolescentes y Jóvenes Infractores de la Ley Penal* [en línea]. Santiago, Chile, 2012. Disponible en: [http://www.sename.cl/wsename/otros/Informe\\_Final\\_Reincidencia.pdf](http://www.sename.cl/wsename/otros/Informe_Final_Reincidencia.pdf).

24 En este sentido ver: COUSSO, Jaime. *Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes. Criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial de las sanciones* [en línea]. Santiago, Chile, Documento de Trabajo N°18/2010, Defensoría Penal Pública. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4275.pdf>.

lugar a su sustitución, pues actualmente puede ser modificada al mes, e incluso a los pocos días de encontrarse ejecutoriada, lo que atenta contra la finalidad de estas sanciones (artículo 20 LRPA), con el consecuente impacto, tratándose de delitos graves.

Por su parte, en materia de quebrantamiento y no obstante no ser una exigencia expresa del artículo 52 de la LRPA y existiendo fallo de la Corte Suprema que se pronuncia en este sentido<sup>25</sup>, existe dispersión jurisprudencial en cuanto a la exigencia de contar con la presencia del adolescente condenado, para que el quebrantamiento se decrete, lo que impacta directamente en la falta de cumplimiento de las sentencias. Sobre este punto, cabe señalar que la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 12 N°2<sup>26</sup>, contempla la alternativa de oír directamente al adolescente afectado por el procedimiento o a su representante, por lo que no resulta contrario a la normativa internacional, asistir a la respectiva audiencia de quebrantamiento debidamente representado.

De no seguirse la interpretación anterior, no podrían abordarse situaciones prácticas como las siguientes: causas con imputado adolescente respecto del cual se despacha orden de detención sin ser habido en tiempo razonable; o investigaciones en las que habiéndosele notificado al imputado adolescente en reiteradas oportunidades éste no concurre a audiencia; e incluso aquellas situaciones en que el adolescente incumple la sanción y se encuentra fuera del país.

Un último aspecto a relevar es que la LRPA sólo contempla el recurso de apelación para la sustitución y remisión de condena, dejando desprovisto de revisión las decisiones judiciales que se adoptan sobre el quebrantamiento de condena, lo que resulta incoherente.

Otra de las principales deficiencias del sistema, se refieren a la falta de regulación en materia de *multiplicidad de delitos y sanciones*. La ley no contempló una regla de *acumulación de sanciones*, lo que ha provocado que los adolescentes reincidentes tengan pendiente el cumplimiento de una gran cantidad de medidas, algunas incompatibles entre sí o de difícil cumplimiento simultáneo, atendido que las reglas generales establecidas en el Código Procesal Penal (artículo 351), Código Penal (artículo 74) y Código Orgánico de Tribunales (artículo 164), no son suficientes para resolver los conflictos generados por la simultaneidad de sanciones, atendida la diversidad de sanciones o medidas existentes en materia de responsabilidad penal adolescente y en razón de

25 Corte Suprema, 30 de marzo de 2010, Rol N°2087-2010.

26 El citado artículo de la CDN, consagra en su número 1°, el derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten y en el número 2° indica que: “*Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*”.

haber tenido en consideración el legislador únicamente el caso del adolescente que comete un delito aislado<sup>27</sup>.

En consecuencia, y teniendo presente que la Ley N°20.084 no regula el caso de la reiteración de delitos por parte de adolescentes, así como tampoco el caso de la reincidencia, en la práctica, algunos jueces han resuelto este problema disponiendo el cumplimiento conjunto de sanciones que la ley, atendida su naturaleza, no permite<sup>28</sup>, o bien, los jueces han dejado sin efecto sanciones sin sustento legal alguno<sup>29</sup>.

Nos parece que de regularse esta materia y por razones de política criminal debiera establecerse una intervención diferenciada según se trate de las hipótesis de reiteración o de reincidencia, atendido que resulta más reprochable haber sido objeto de una sanción y pese a ello insistir en la oposición a la norma, que enfrentar por primera vez el sistema penal.

Al respecto, debe tenerse especial consideración con los límites previstos en el artículo 18 de la LRPA, principalmente en delitos graves como homicidios y violaciones, pues existe el riesgo de crear un patrimonio delictual o una especie de cuenta corriente a favor de adolescentes que, por ejemplo, habiendo sido condenado por homicidio a 10 años en internación en régimen cerrado comete otro u otros homicidios o violaciones, mientras cumple la sanción original.

No obstante las problemáticas de carácter general precedentemente señaladas, es fundamental mencionar las principales dificultades que presentan algunas de las sanciones en particular.

En la sanción de *internación en régimen cerrado*, la ley no establece regla de quebrantamiento, no siendo aplicables las normas para adultos previstas en el artículo 90 del Código Penal. En la práctica se ha suplido este vacío legal con resoluciones judiciales que ordenan reingresar al adolescente condenado al centro donde estaba cumpliendo la medida y otras que han condonado el tiempo que el adolescente ha estado quebrantando la condena en régimen cerrado, sin fundamento legal alguno.

27 MATUS, Jean Pierre. “Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas por la Ley N°20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas”. En: *Revista Ius ET Praxis*, Volumen XIV, N°2, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2008, págs. 549-550.

28 4° Juzgado de Garantía de Santiago, 30 de agosto de 2010, RUC N°0900717502-4, RIT N°9738-2009; y 4° Juzgado de Garantía de Santiago, 30 de agosto de 2010, RUC N°1000114751-5, RIT N°1257-2009.

29 Juzgado de Garantía de Talagante, 28 de marzo de 2013, RUC N°1100945332-8, RIT N°6453-2011. Esta resolución fue revocada por sentencia de Corte de Apelaciones de San Miguel, 22 de abril de 2013, Rol N°478-2013.

En cuanto a la sanción de *internación en régimen semicerrado*, se ha detectado escaso control de la misma y, en especial, una falta de oferta programática durante la jornada diurna, transformándose en una verdadera reclusión nocturna, incumpléndose así el objetivo de las sanciones para adolescentes previsto en la LRPA, esto es, la responsabilización e inserción social (artículo 20). A esto se suma la práctica de un sistema de beneficios consistente en permisos progresivos que no se encuentran estipulados en la Ley N°20.084, por ejemplo, permisos para no llegar al centro a dormir hasta por 4 días a la semana, lo que altera la naturaleza privativa de libertad de la sanción impuesta. A mayor abundamiento, cabe mencionar que los condenados a esta sanción que han egresado de la misma, registran una de las mayores tasas de reincidencia, esto es, un 54%<sup>30</sup>.

La práctica en cuanto a la aplicación de la medida de *libertad asistida*, nuevamente da cuenta de la falta de cumplimiento de la finalidad de las sanciones RPA y de su control. Si bien, el SENAME ha trabajado en una mejora en la formulación de los planes de intervención, mediante la actualización de sus orientaciones técnicas, aún existen falencias en la ejecución de éstos. Tanto es así, que algunos programas sólo están quedando reducidos a citaciones con el delegado, sin que exista una diferencia real entre la libertad asistida simple y la libertad asistida especial, toda vez que ésta se traduce al menor o mayor número de citaciones mensuales con el delegado, respectivamente. De esta forma, no se cumple cabalmente con la obligación del Estado de otorgar una intervención socioeducativa amplia y orientadora, lo que podría tener impacto en las altas tasas de reincidencia que se registran para el período de medición de 24 meses: 49,2% en el caso de los condenados egresados del programa de libertad asistida y 56,6% tratándose de condenados egresados del programa de libertad asistida especial<sup>31</sup>.

Por otra parte, en cuanto a la determinación de la extensión mínima de la sanción de libertad asistida y libertad asistida especial, los artículos 13 y 14 de la Ley N°20.084, señalan un límite máximo, no así uno mínimo para estas sanciones, lo que ha provocado una gran dispersión de decisiones jurisprudenciales. Algunas de ellas en abierta contraposición a las reglas de determinación de sanciones establecidas en la propia Ley N°20.084<sup>32</sup>.

Tratándose de la sanción de *prestación de servicios en beneficio de la comunidad*, cabe señalar, que esta medida carece de sustento práctico, al no existir una oferta de servicios específicos para adolescentes de carácter socializador y

30 Estudio Modelo y Medición de la Reincidencia de Adolescentes y Jóvenes Infractores de la Ley Penal, ob. cit., pág. 112.

31 Ob. cit. pág. 112.

32 Corte Suprema, 14 de julio de 2008, Rol N°316-2008.

responsabilizador. Tanto es así, que esta sanción alcanza una de las tasas más altas de reincidencia, esto es un 55,2%<sup>33</sup>.

Además, en los casos en que se cumple esta sanción no se da cuenta a los tribunales de justicia de su efectivo cumplimiento, lo que impide tener certeza en cuanto a la forma y oportunidad de su realización.

A su vez, es importante señalar la paradoja que se ha producido con la prestación de servicios en beneficio de la comunidad y su incumplimiento, ya que su quebrantamiento, según lo dispuesto en el N°3 del artículo 52 de la Ley N°20.084 aparece sancionado con una medida de libertad asistida, ya que su cumplimiento resulta menos gravoso que la sanción original.

Finalmente, en materia de ejecución de sanciones no podemos dejar de mencionar respecto del *principio de separación* (artículo 56 inciso final), que la implementación de la LRPA ha sido insuficiente y precaria, dado que los centros de internación en régimen cerrado no cuentan con los medios o recursos suficientes que aseguren una adecuada separación entre condenados adolescentes y mayores de edad que cumplen una sanción en virtud de la Ley N°20.084.

### 3.3. Otros

*Suspensión de imposición de condena.* El artículo 41 de la LRPA dispone esta institución para las sanciones privativas o restrictivas de libertad de libertad iguales o inferiores a 540 días, cuando concurrieren antecedentes favorables que hicieren desaconsejable su imposición. Algunos tribunales han extendido su aplicación a sanciones no privativas ni restrictivas de libertad, generando una instancia de desigualdad y paradoja del sistema que decide aplicar una sanción dentro de un contexto socioeducativo, para luego dejarla en suspenso.

Por otra parte, resulta necesario el establecimiento de un límite en cuanto al número de veces que puede suspenderse la ejecución de una sanción –una vez por tipo de sanción–, así como también la incorporación del recurso de apelación, como contrapeso en los casos en que su utilización exceda los límites legales. Sobre todo atendido que existe apelación para la sustitución de la condena y la suspensión condicional del procedimiento.

*Suspensión condicional del procedimiento.* Teniendo presente que la suspensión condicional del procedimiento ha sido una de las formas de término más utilizada en Responsabilidad Penal Adolescente durante el período de vigencia de la Ley N°20.084, correspondiendo en promedio al 15,27% de los casos ter-

---

33 Estudio Modelo y Medición de la Reincidencia de Adolescentes y Jóvenes Infractores de la Ley Penal, ob. cit., pág. 112.

minados con imputado adolescente, es importante el contenido de la misma. De ahí que el Servicio Nacional de Menores cuente con programas de salidas alternativas (PSA) para atender en forma especializada a los jóvenes que han sido suspendidos condicionalmente.

Actualmente, los programas de salidas alternativas del SENAME se encuentran subutilizados. Una de las razones puede ser la falta de información de los actores sobre la existencia de los programas y la forma en que opera el ingreso a éstos, ya que si no se decreta la derivación al programa por el tribunal, el joven no puede ingresar a los mismos.

*Dificultades con el Registro de ADN conforme a la Ley N°19.970.* La Ley N°19.970 creó el sistema Nacional de Registros de ADN, sin establecer exclusión alguna de personas o grupos de personas, ya que tiene como finalidad establecer una herramienta investigativa que opere sobre la base de huellas genéticas determinadas a instancias de una investigación criminal. Sin embargo, la interpretación judicial en un comienzo aceptó mayoritariamente la inclusión de los adolescentes a los registros de condenados<sup>34</sup>, lo que tuvo un vuelco durante el año 2012 debido a una nueva interpretación de la Corte Suprema que sostiene la improcedencia de la incorporación de los adolescentes a los referidos registros<sup>35</sup>, dejando desprovisto al sistema penal de una herramienta investigativa fundamental.

#### 4. Obstáculos para el abordaje y tratamiento de adolescentes con problemas de adicciones por alcoholismo y drogadicción

En Chile existen antecedentes que asocian el consumo problemático de drogas y alcohol en adolescentes con la comisión de ilícitos. Entre ellos, destacamos una investigación relacionadas con el consumo de drogas en población delictiva, en la que se concluye que el 21,3% de los delitos cometidos por los adolescentes se atribuye al consumo de drogas y el 32,4% se atribuye al consumo de drogas y/o alcohol<sup>36</sup>. Así mismo, el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en la evaluación de la Ley N°20.084 en sus cinco primeros años de vigencia (Bole-

34 Corte Suprema, 09 de junio de 2009, Rol N°371-2009 y Corte Suprema, 03 de julio de 2009, Rol N°4525-2009.

35 Corte Suprema, 18 de abril de 2012, Rol N°2995-2012; Corte Suprema, 04 de julio de 2012, Rol N°5012-2012; Corte Suprema, 18 de julio de 2012, Rol N°5428-2012; Corte Suprema, 31 de julio de 2012, Rol N°4760-2012; Corte Suprema, 23 de octubre de 2012, Rol N°7793-2012 y Corte Suprema, 19 de noviembre de 2012, Rol N°7098-2012.

36 CÁRCAMO, Javiera. *Consumo de Drogas en Detenidos: Estudio I-ADAM 2010* [en línea]. Santiago, Chile: Fundación Paz Ciudadana, Instituto de Sociología de la Universidad Católica de Chile y CONACE, 2011. Disponible en: <http://www7.uc.cl/sociologia/download/ESTUDIO%20I-ADAM.pdf>, pág. 9.

tín N°1.555-14) da cuenta que la relación droga-delito explica más del 70% de los delitos de mayor connotación social<sup>37</sup>.

Como ya se ha señalado, la Fiscalía ha enfrentado esta problemática desarrollando programas pilotos conjuntamente con otras instituciones (SENDA) para abordar el consumo problemático de alcohol y drogas, a través de los proyectos sobre Evaluación Clínica Diagnóstica y los Tribunales de Tratamiento de Drogas para Adolescentes, cuyos objetivos consisten en evaluar clínicamente a los adolescentes imputados para determinar su consumo problemático de drogas y/o alcohol, con la finalidad de dar tratamientos de rehabilitación, por medio de una sanción accesoria facultativa (artículo 7° Ley N°20.084), o bien por medio de una condición de la suspensión condicional del procedimiento.

Lamentablemente y a pesar de la necesidad de rehabilitación que presenta un porcentaje importante de adolescentes infractores y de existir oferta programática especializada, esta sanción ha sido subutilizada. Estos programas se han visto enfrentados a la resistencia de la Defensoría Penal Pública para aceptar las sanciones accesorias; la falta de un informe diagnóstico al momento de dictarse la sentencia condenatoria, la inexistencia de espacios físicos adecuados para su realización; y a la ausencia de una política pública clara en esta materia, que se traduzca en la implementación de un sistema único nacional, superando definitivamente la etapa de proyectos pilotos, con cobertura para todo el territorio nacional.

### Conclusiones:

- La Ley N°20.084 ha ajustado nuestra legislación a la normativa internacional considerando las particulares características de los adolescentes, estableciendo como objetivos de la intervención penal: su responsabilización y plena integración social.
- Pese al esfuerzo legislativo desplegado, los avances no han sido suficientes para lograr detener el fenómeno delictual en la población juvenil. Si bien no se ha detectado un incremento de los delitos cometidos por adolescente durante los años de vigencia de la ley, no se ha logrado registrar una baja considerable.
- En cuanto a la especialización de los fiscales, no ha sido posible que se avoquen únicamente a los casos de responsabilidad penal adolescente. Sin embargo, la Fiscalía ha realizado importantes esfuerzos para desarrollar e implementar instancias de capacitación y perfeccionamiento.

37 Ver pág. 5 del mencionado informe. Disponible en: [http://www.senado.cl/prontus\\_senado/site/artic/20130306/asocfile/20130306161051/informe\\_constituci\\_\\_n.pdf](http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20130306/asocfile/20130306161051/informe_constituci__n.pdf).

- Asimismo, se observa la ausencia de un instrumento u organismo técnico que elabore informes o emita opiniones que permitan la aproximación a la idoneidad de la sanción para cada adolescente en particular.
- En el orden investigativo, apremia superar los obstáculos para realizar diligencias indagatorias respecto de adolescentes detenidos en situación de flagrancia, evitando exclusiones de prueba que afecten el éxito de la persecución penal.
- Se necesitan reformas legales al sistema de ejecución de sanciones en materia de quebrantamiento y sustitución, especialmente el estableciendo de criterios objetivos para decretarlas judicialmente.
- Resulta imperioso establecer una regulación a la multiplicidad de delitos y pluralidad de sanciones de responsabilidad penal adolescente, considerando especialmente la incompatibilidad de algunas sanciones entre sí.
- Se requiere perfeccionar la intervención estatal con los adolescentes condenados a las medidas previstas en la LRPA, de manera de contar con centros de cumplimiento de sanciones en todo el territorio nacional, que reúnan las condiciones mínimas en infraestructura, escolarización y formación laboral; ofertas programáticas idóneas para los diversos tipos de sanción y un sistema de control uniforme de las sanciones impuestas.
- En materia de rehabilitación por drogas y/o alcohol, urge el establecimiento de programas de evaluaciones clínicas diagnósticas y tribunales de tratamiento de drogas con cobertura nacional que le de contenido rehabilitador a las suspensiones condicionales del procedimiento y a la sanción accesoria de la LRPA.



## LA INFRACCIÓN PENAL ADOLESCENTE DESDE UN ANÁLISIS HISTÓRICO Y JURÍDICO

*Alejandra Vera Azócar<sup>1</sup>*

*Francisco Maffioletti Celedón<sup>2</sup>*

---

*La violencia hiere el cuerpo y la mente.  
Del que la ejecuta. Del que la sufre.  
De los que lloran. De toda la humanidad.  
Nos rebaja a todos.*

**KATHY REICHS**

### I. Introducción

La investigación y persecución penal de la responsabilidad penal de los adultos que cometen delitos es una tarea que difiere, desde el punto de vista jurídico y práctico, de la que pretende establecer la participación y responsabilidad penal que le corresponde a los adolescentes que incurren en dichas conductas.

En este contexto, si bien los adolescentes son para todos los efectos menores de edad, igualmente, la sociedad ha definido una serie de criterios y estándares para hacer valer la responsabilidad por sus actos y las consecuencias que traen aparejadas cuando estos infringen la ley penal. Luego, los adolescentes son y deben ser responsables de sus actos, pues a partir de cierta edad, –que generalmente y en nuestro derecho corresponde a los catorce años–, ya cuentan con capacidades suficientes, adquiridas en el proceso evolutivo, que les permiten controlar su comportamiento, entenderlo y aceptar la responsabilidad de los actos que ejecuten. Confirmando esta concepción, el ordenamiento jurídico otorga, a partir de los catorce años y en los diferentes ámbitos de la vida social, tales como familia, salud, civil, y penal, ciertos derechos y obligaciones a los adolescentes, reafirmando con ello la tendencia sustentada por la literatura, académicos y la sociedad en general, en que al cumplirse los catorce años de edad, el sujeto se encuentra en otra etapa de su desarrollo y está en condiciones para comprender, determinarse libremente, y responder por sus acciones, tanto es así que, por ejemplo, incluso la libertad sexual es reconocida por el legislador a partir del referido rango de edad.

- 
- 1 Abogada, Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público, Chile.
  - 2 Psicólogo, Subdirector Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público, Chile.

Esta consciencia adquirida a partir de cierto tramo etario y que a su vez permite la responsabilización, se ha entendido vinculada al período denominado *adolescencia*, por lo que para comprender la fenomenología de la infracción penal adolescente es indispensable establecer ese tema como punto de partida del presente estudio, y desde allí continuar nuestro recorrido analizando los orígenes y la evolución de la responsabilidad de los menores de edad, las principales formas en que históricamente ha sido consagrada en el derecho comparado, y el tratamiento que al respecto efectuó nuestro ordenamiento jurídico.

Posteriormente, con el objeto de abordar la problemática del delito adolescente de la manera más acorde a la realidad, realizaremos una breve caracterización estadística de su forma de presentación, lo que nos permitirá verificar el estado actual del fenómeno, dimensionar su situación, y adquirir una noción real acerca de éste.

Finalmente, conociendo y aunando estas diversas aristas, podremos alcanzar una visión integral acerca de la infracción penal adolescente, comprender de una mejor forma la regulación actual de esta materia, y reflexionar en torno a los problemas y desafíos que aún nuestra sociedad mantiene pendiente en aras de consumir un adecuado tratamiento para los adolescentes infractores de la ley penal.

## II. Adolescencia, capacidades y responsabilidades

Desde el punto de vista evolutivo, la adolescencia es un período de transición entre la niñez y la vida adulta, que para la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2010)<sup>3</sup> está comprendida entre los 10 y 19 años. Su rango de duración varía según las diferentes fuentes y opiniones médicas, científicas y psicológicas, pero generalmente se enmarca su inicio entre los 10 a 12 años, y su finalización a los 19 o 20.

Dicho período está caracterizado por una serie de cambios físicos, cognitivos, emocionales y sociales que predisponen al adolescente hacia la vida adulta, en tanto éste ya ha comenzado a dejar de ser un niño/a, pero aún no es un adulto, debiendo progresivamente iniciar el camino a asumir dicho rol. Por ello, es una etapa que, entre otros desafíos, está marcada por esperables comportamientos rebeldes y desafiantes en la búsqueda de la propia identidad, momento en que a los padres les corresponde imponer límites de forma más enfática, los cuales habitualmente son resistidos por el joven. Este período de transición, con notorios y a veces molestos cambios corporales, de personali-

3 ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Plan y Estrategia de Acción Regional sobre los Adolescentes y Jóvenes*, Washington, D.C., ISBN: 978-92-75-33145-3, 2010.

dad, nuevas exigencias, crisis existenciales, e incertidumbre ante el futuro, va a definir en parte lo que será el sujeto adulto.

Si bien la referida rebeldía es una característica habitual de esta etapa, se ve modulada por una serie de consideraciones del adolescente, encontrando sus límites en la empatía y el respeto del otro, la pérdida de beneficios adquiridos, el eventual cierre de oportunidades, y un sinnúmero de motivos que permiten ir encausando los naturales deseos de insubordinación a las reglas y restricciones externas.

Resulta relevante destacar que en este período, el adolescente ya cuenta con capacidades mentales y sociales que le permiten perfectamente distinguir entre el bien y el mal, entre lo lícito y lo ilícito, y está preparado para adecuar su comportamiento a esas consideraciones.

Esta visión ha sido compartida por los diversos ordenamientos jurídicos comparados, los cuales, conociendo las capacidades con las cuales ya cuenta el adolescente, han sido muy claros en otorgarles derechos y obligaciones.

Asimismo, dicha tendencia ha sido consensuada por la comunidad internacional, que pasó a considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho merecedores de una protección integral, lo que conllevó además a la aprobación de diversos instrumentos internacionales, entre los cuales encontramos la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile el año 1990, que jugó un papel fundamental y ocasionó un profundo impacto en el abordaje social de la problemática de los menores de edad, en su intervención, y en las políticas públicas desarrolladas para los adolescentes.

La actual tendencia legislativa, a partir de la referida Convención, propende a afirmar la responsabilidad penal de los adolescentes, mediante un sistema de responsabilización progresiva por sus actos y de la aplicación de sanciones idóneas que permitan su plena integración social.

Refrendando dicha concepción, podemos observar que en el artículo 20 de la Ley N°20.084, las sanciones y consecuencias impuestas legalmente no sólo poseen por finalidad hacer efectiva la responsabilidad de quien ha cometido una infracción a las normas legales, sino que explícitamente se señala que la sanción formará “parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social” del adolescente.

La primera precisión que parece relevante establecer, teniendo muy presente el valor del lenguaje y la carga social simbólica que conlleva, es que la Ley N°20.084 vino a determinar un sistema de responsabilidad penal de “adolescentes”, y no de niños/as. De hecho, antes de los catorce años los niños/as son considerados totalmente inimputables desde el punto de vista

penal<sup>4</sup>, aún cuando socialmente se deben tomar con ellos algunas medidas socioeducativas, tendientes a apoyar y encausar al niño/a, a redireccionar su conducta y a reestablecer su normal desarrollo, máxime cuando estos propios niños/as viven una situación de desprotección social. Se entiende que en estos casos estamos ante una responsabilidad del Estado, y de todos los sistemas sociales que colaboran en ello. Asimismo, resulta evidente que, en los casos en que los adolescentes que cometen delitos viven situaciones de desprotección social, en algunas ocasiones crónicas, la intervención penal no puede ser pensada como la única respuesta que el Estado proporcione a estos jóvenes.

El establecimiento de este límite etario, desde el cual se impone la responsabilidad penal del sujeto, es necesario instituirlo a determinada edad cronológica, aún cuando el desarrollo individual particular no permita equiparar a todos los individuos con las mismas capacidades en dicha etapa. Ante este escenario, existen dentro del propio sistema penal criterios y valoraciones que permiten ajustar las normas de aplicación general al caso particular.

Ahora bien, hemos evitado activamente cualquier concepto o caracterización que tienda a estigmatizar o definir la personalidad del adolescente como meramente delictiva, bajo la convicción de que no por el hecho de que un determinado sujeto cometa delito éste podrá ser considerado un delincuente. Esta distinción y aclaración no es menor cuando son las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) las que definen al menor delincuente como “todo niño o joven a quien se le ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito”<sup>5</sup>.

En este sentido, en nuestro abordaje de la infracción penal de los adolescentes procuramos considerar al sujeto de forma integral, en su complejidad y múltiples dimensiones que lo determinan, sin perjuicio de analizar detenidamente la conducta típica, antijurídica y culpable que le pueda caber en relación a un hecho particular. Lo anterior, instando siempre a la aplicación de la medida o sanción que resulte técnicamente más idónea para resocializarlo y evitar su avance en una carrera delictual, aún cuando ésta resulte más intensiva, si el caso así lo requiere.

4 Artículo 10 N°2 del Código Penal de la República de Chile.

5 NACIONES UNIDAS. *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)*. Aprobadas por la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1985. Cabe hacer presente que estas reglas al no estar ratificadas por nuestro país, no son vinculantes, constituyendo meras recomendaciones.

### III. Desarrollo y evolución histórica de la imputabilidad penal adolescente

La responsabilidad penal de los adolescentes no es un tema reciente o innovador en la legislación penal actual. Por el contrario, la preocupación en torno a la regulación de los delitos por los cuales serían responsables los menores de edad y el rango etario de imputabilidad a partir del cual correspondería aplicarles una sanción, emergió tempranamente como materia de discusión en la disciplina jurídica, y está presente hace ya varios siglos en los ordenamientos jurídicos comparados.

Así, en el derecho romano, ya en el imperio, es posible advertir la preocupación que existía en torno a la regulación de la responsabilidad penal de los menores de edad, estableciéndose prematuramente una distinción etaria para distinguir las edades entre las cuales el menor carecía de imputabilidad o era responsable de sus actos, la cual, conforme a “ley Cornelia de Sicaris (l.48, Tit. 8, Ley 12), variaba según las edades, pues hasta los 7 años duraba la infancia y los niños eran considerados como el loco (*furiosus*); una segunda categoría era la de los impúberes (o *infantis próxima*) que comprendía a los varones hasta los 10 ½ años y a las mujeres hasta los 9 ½ y normalmente eran irresponsables de los ilícitos salvo prueba en contrario de una especial capacidad y, por expresa disposición legal, de los delitos contra el honor. Una tercera categoría eran los impúberes “*pubertate próxima*” que se extendía para los varones hasta los 14 años y las mujercitas hasta los 12 años, que no podrían ser sancionados con pena de muerte y en general se los castigaba en forma atenuada y a veces se los eximía de sanción. A esta etapa pertenece la época en que la punibilidad del menor dependía de su discernimiento o *dolus capax*. La última categoría era la de los menores, que comprendía la etapa entre los 12 y 14 años y los 18, quienes eran mencionados con penas algo mitigadas”<sup>6</sup>.

En el siglo XIII, el célebre cuerpo normativo de “Las Siete Partidas” del Rey Alfonso X, contemplaba disposiciones en que se distinguía entre el hecho realizado por personas imputables, de aquel cometido por un menor de diez años y medio, un loco, furioso o desmemoriado, a quienes no se les podía acusar de ninguna falta o delito, estableciéndose en la ley IX titulada “De cuáles yerros pueden ser acusados los menores et de cuáles non”, la inimputabilidad de aquéllos, al señalar que “si fuese menor de diez años et medio, estonce nol podrien acusar de ningunt yerro que ficiese. Eso mismo decimos que serie del loco, et del furioso et del desmemoriado, que nol pueden acusar de cosa que ficiese en quantol durase la locura”<sup>7</sup>.

6 VIÑAS, Raúl. *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Buenos Aires, 1983, págs. 25-26.

7 Partida Séptima. Las Siete Partidas. Rey Alfonso X. España.

Esta Ley IX del Título I de la Séptima Partida efectuaba otra distinción etaria para determinar la edad a partir de la cual podía ser acusada una persona de un determinado delito y las penas a las que estarían sometidos los menores imputables. En este sentido, distingue a los mayores de diez años y medio y los menores de catorce años, prescribiendo que quien cometiera una falta o delito entre ese rango de edad podría ser acusado del respectivo ilícito, pero con una culpabilidad atenuada, pues su pena no podía alcanzar el mismo grado de intensidad que aquellas que correspondían a los mayores de esa edad, así establece que “...si firiese, ó matase, ó furtase ó alguno otro yerro semejante destos, et fuese mayor de diez años et medio et menor de catorce año, decimos que bien lo podrien ende acusar. Et si aquel yerro le fuese probado, nol deben dar tan grant pena en el cuerpo ni en el haber, como farien á otro que fuese mayor de edat, ante gela deben dar muy mas lieve...”

Rodríguez Manzanera comenta que las Siete Partidas “establecían un sistema de irresponsabilidad penal total para los menores de diez años y medio, a quienes se denominaba infantes; y una especie de semi-imputabilidad para los mayores de diez años y medio, pero menores de diecisiete. El sistema contemplaba ciertas excepciones, dependiendo del delito: no podía aplicarse la pena de muerte al menor de 17 años; la inimputabilidad se conservaba en diez años y medio para la mayoría de los delitos, la inimputabilidad total se extendía a catorce años en delitos sexuales como lujuria, sodomía e incesto, y entre los diez y medio y los catorce años había una semi-imputabilidad para los delitos de lesiones, homicidio y hurto, pudiendo aplicarse penas leves”<sup>8</sup>.

En el derecho anglosajón, la edad considerada para la inimputabilidad del menor eran los diez años. Cumplida esa edad podía incluso imponerse al menor la pena capital. En este sentido, “Blackstone cita dos sentencias de muerte impuestas a niños de más de 10 años: una por incendio de un pajar, que se ejecutó, y otra, que no se cumplió, y correspondía a un hurto de peniques”<sup>9</sup>.

Deteniéndonos un poco más en España, en atención a su relevancia como fuente en nuestro derecho, cabe señalar que el Código Penal de 1822, contemplaba en los artículos 21 y siguientes del Capítulo II titulado “De los delincuentes y culpables, y de los que responden de las acciones de otros”, a las personas que no podían ser considerados delincuentes ni culpables. En dichas normas se reguló lo relativo a la responsabilidad de los menores de edad, estableciéndose en el artículo 23 la inimputabilidad del menor de siete años de edad. Además, se introdujo el concepto del discernimiento para determinar si el mayor de siete pero menor de diecisiete años podía ser responsable de

8 CRUZ Y CRUZ, E.. *Los menores de edad infractores de la ley penal. Memoria Dr. Madrid*, España. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, 2010, p. 15.

9 *Ibid.*

los actos que cometiere, consagrándose que “tampoco puede ser considerado como delincuente ni culpable en ningún caso el menor de siete años cumplidos. Si el mayor de esta edad, pero que no haya cumplido la de diez y siete, cometiere alguna acción que tenga el carácter de delito o culpa, se examinará y declarará previamente en el juicio si ha obrado ó no con discernimiento y malicia según lo que resulte, y lo mas ó menos desarrolladas que estén sus facultades intelectuales”.

Luego, la inimputabilidad solo estaba reservada para los menores de siete años de edad, quienes no podían ser considerados ni delincuentes ni culpables, pero aquellos que se encontraban en el rango etario de siete a diecisiete años podían ser estimados responsables siempre que se determinara que habían actuado con discernimiento. Ahora bien, este texto legal exigía para la imputación de responsabilidad a un menor de diecisiete años, no solo verificar si el menor poseía suficiente discernimiento, –concepto equivalente, para un sector de la doctrina, a la capacidad para distinguir el bien del mal–, sino que además, contemplaba otros dos requisitos adicionales vinculados al aspecto subjetivo, éstos son, que hubiere actuado con malicia y conforme al mayor o menor desarrollo de su intelectualidad.

En caso de estimarse que el menor hubiere actuado sin discernimiento ni malicia, no sería imputable, estableciendo al respecto el artículo 24 del referido Código Penal Español, que “si se declarare haber obrado sin discernimiento y malicia el menor de diez y siete años, no se le impondrá pena alguna, y se le entregará á sus padres, abuelos, tutores ó curadores para que le corrijan y cuiden de él; pero si estos no pudieren hacerlo, ó no merecieren confianza, y la edad adulta del menor y la gravedad del caso requiriesen otra medida al prudente juicio del juez, podrá este ponerle en una casa de corrección por el tiempo que crea conveniente, con tal que nunca pase de la época en que cumpla los veinte años de edad”.

Conforme a lo anterior, solo en los casos en que el menor hubiere procedido sin discernimiento ni malicia, no cuente con un adulto responsable conforme al criterio del tribunal, y la edad y la gravedad del caso lo aconsejaren, se le podía ingresar a un tipo de establecimiento especial de acogimiento y reeducación denominado casa de corrección<sup>10</sup>, fijándose un límite de tiempo por el cual podría durar esta medida.

---

10 Institución creada en 1834 en España y a la cual eran conducidos hombres, mujeres y niños “estableciendo varias clases de industria y de instrucción a fin de que los corrigendos de ambos sexos, tuviesen la educación necesaria para ganarse el sustento, y ser útiles entre la sociedad”. Posteriormente, en 1846, se trasladó este establecimiento al monasterio de Valldonsella, y se recluyó a mujeres y niños bajo un plan de corrección moral y religiosa, buscando llegar al nivel de los de establecimientos existentes en Bélgica y Holanda para “corregir el vicio e instruir la ignorancia para que los extraviados lleguen a ser útiles a la patria”. SAURÍ, Manuel y Matas, José. Manual Histórico, Topográfico,

Si el menor hubiere actuado con discernimiento y malicia, la pena ha aplicar estaba atenuada, castigándose conforme al artículo 25 del cuerpo punitivo español, “con la cuarta parte á la mitad de la pena señalada al delito, según lo que se prescribirá en los artículos 64 y 65”. A su vez, los artículos 64 y 65, prohibían la aplicación de las penas más graves y establecían sanciones de menor intensidad, pero más o menos gravosas dependiendo de la penalidad que conllevara el respectivo delito, señalándose que “en ningún caso se podrá imponer pena de muerte ni de trabajos perpetuos, deportación, presidio, obras públicas, infamia ni destierro al que cuando cometió el delito fuere menor de diez y siete años cumplidos” y que “el menor de diez y siete años, en el caso de incurrir con discernimiento y malicia en delito de pena capital o de trabajos perpetuos, sufrirá la de quince años de reclusión. Si el delito mereciere deportación o destierro perpetuo del reino, sufrirá diez años de reclusión; si obras públicas, presidio o reclusión, sufrirá en esta la cuarta parte á la mitad del tiempo respectivo; si infamia o destierro de lugar determinado, uno á tres años en casa de corrección; si prisión, confinamiento o arresto, la cuarta parte á la mitad del tiempo respectivo: pudiendo el juez imponérsele, si fuere mas conveniente en una casa de corrección”.

Avanzando en el tiempo, con la evolución de la dogmática penal y fundamentalmente con los pensamientos de la escuela clásica, es posible apreciar una atenuación en la responsabilidad penal de los menores y una utilización mayoritaria de la expresión del discernimiento –figura contemplada en Roma que fue extendiéndose para posteriormente ser acuñada por la generalidad de las legislaciones europeas– para determinar aquellos casos en que podía atribuírseles responsabilidad. Así, en la infancia se entendió que el menor era inimputable, pues carecía de toda maldad. Pasada esa etapa se recurría a la noción del discernimiento, de tal manera que “si éste faltaba, se absolvía; estando presente, se atenuaban las penas. El fundamento de tales absoluciones o atenuaciones en razón del discernimiento, se basaba en un principio de la ciencia moral; se responde en la medida que se distinga el bien del mal, pero también en otro principio de ciencia biológica: el entendimiento sólo gradualmente llega al desarrollo”<sup>11</sup>.

Carrara, principal postulante de la escuela clásica, que elaboró su doctrina penal fundada en los ideales del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, “al referirse a las causas que perturban la inteligencia, e influyen sobre la imputación, menciona en primer lugar la edad. Con criterio exclusivamente jurídico, la divide en cuatro períodos para efectos penales, a saber: 1) período

---

Estadístico y Administrativo, o Guía General de Barcelona. España, 1849 [en línea]. Disponible en: <http://books.google.es/books?pg=PA134&dq=gu%C3%ADa&id=UNJvgQC6UPAC#v=onepage&q&f=false> [fecha de consulta: 06 Mayo 2013].

11 VIÑAS, op. cit., p. 29.

de irresponsabilidad absoluta; 2) de responsabilidad condicional; 3) de responsabilidad plena; 4) de responsabilidad modificable en sus resultados”<sup>12</sup>.

Por su atingencia, solo nos detendremos a analizar los dos primeros períodos postulados por Carrara. En relación al primer periodo, se sostiene que “comprende la infancia, desde el nacimiento hasta los siete años; y la impubertad próxima a la infancia, que va de los siete a los doce años. En esta etapa, se presume *juris et de jure* que el sujeto carece de discernimiento y por tanto, es inimputable.

El segundo período, que Carrara llama de la responsabilidad condicional o menos plena, comprende dos fases: de los doce a los catorce años o la impubertad próxima a la minoridad; y la minoridad propiamente, de los catorce a los dieciocho años cumplidos. En este período, la capacidad se presume *juris tantum*, por lo que el agente es sometido a juicio, para determinar si obró con discernimiento o sin él. Si no se acredita el discernimiento, se le absuelve; en caso positivo, se le condena, aunque con menor intensidad que al adulto”<sup>13</sup>.

En definitiva, para Fontán Balestra “esta doctrina basa todo el problema de la delincuencia juvenil en el análisis del discernimiento. Si éste falta, por presunción irrefragable de la ley (primer período) o por haberse demostrado así en el juicio (segundo período), el agente queda al margen del Derecho penal, no sólo en el sentido de que se lo exime de pena, sino en cuanto el poder público se desentiende de él, porque excluida la pretensión punitiva cesa la función del juez a su respecto. Probado, correlativamente, el discernimiento, se aplica una pena, aunque de menor intensidad o grado”<sup>14</sup>.

Posteriormente, con el positivismo se propugnó una diversa manera de estudiar y entender lo relativo a la infracción penal de los menores de edad, de tal manera que si “a la sociedad interesa evitar que los delincuentes la sigan perjudicando, deben investigarse las causas de la mala conducta (entre las cuales las hay endógenas y exógenas de gran importancia, privando en cada sujeto una diferente constelación causal) y combatir las eficazmente”<sup>15</sup>.

Conforme lo ha sostenido Viñas<sup>16</sup>, a fines del siglo XIX y comienzo del siglo XX, se verificó una profunda transformación en las instituciones jurídicas relativas a la minoridad en general y, en particular, al Derecho Penal que se aplicaría a los menores, el cual debía perder casi en absoluto su sentido repre-

12 SOLIS QUIROGA, Héctor. *Justicia de Menores*. México, Editorial Porrúa, 1986, págs. 47-48.

13 CRUZ Y CRUZ, op.cit., p. 16.

14 FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 1980, p. 47.

15 SOLIS, op.cit., págs. 47-48.

16 VIÑAS, op. cit., p. 32.

sivo para convertirse en un conjunto de medidas encaminadas a la educación moral, intelectual y física del menor.

“Durante este nuevo período, caracterizado por el auge de ideas progresistas en todos los ámbitos, se gesta un importante movimiento que proclama la plena autonomía del Derecho Penal de Menores, siendo necesaria no sólo una distinta denominación, sino también otra estructura normativa. Según señala Garçon, “puede decirse que el niño ha salido del derecho penal”. La tendencia, es abstraer o cuando menos aspirar a abstraer totalmente al niño y al adolescente del área del derecho penal, para someterlo a medidas puramente tutelares y educativas”<sup>17</sup>.

A esta nueva corriente, se adhiere el planteamiento de elevar la edad legal en que se sostenía la inimputabilidad absoluta a los catorce, dieciséis, dieciocho o veintiún años de edad, conforme correspondiere a los diversos ordenamientos jurídicos.

En nuestro país, también tempranamente existió la preocupación por fijar las edades en que el menor carecería de imputabilidad y aquella en que adquiriría completa responsabilidad. De esta forma, el Código Penal de 1874, asentándose en la legislación española y en la tendencia seguida por el derecho comparado de la figura del discernimiento, contempló dentro de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal a la minoría de edad y al haber actuado sin discernimiento, caso en el cual la presunción se invertía, debiendo demostrarse que el menor actuó con discernimiento, así, el artículo 10 señalaba que están exentos de responsabilidad criminal: 2° “el menor de diez años” y 3° “el mayor de diez años i menor de diez i seis, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento.

El tribunal hará declaración expresa sobre este punto, para imponerle pena o declararle irresponsable”.

Las actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal<sup>18</sup>, dan cuenta que tanto esta disposición como la contenida en el numeral 3, fueron aprobadas tomando por base el artículo 8° del Código Penal Español, el cual, sin embargo, establecía un rango etario menor, tanto para la inimputabilidad absoluta, como para los casos en que debía declararse el discernimiento para configurar la responsabilidad del menor. Así, el Código Penal Español de 1848 establecía en su artículo 8 que estaban exentos de responsabilidad criminal, “2.° el menor de 9 años” y “3.° el mayor de 9 años y menor de 15, á no ser que haya obrado con discernimiento.

17 CRUZ Y CRUZ, op.cit., p. 19.

18 Sesión 6ª, de 10 de mayo de 1870.

El Tribunal hará declaración expresa sobre este punto para imponerle pena, o declararlo irresponsable”. Esta misma redacción fue mantenida por el Código Penal Español de 1870, con la sola excepción de que se incorporó en el numeral tercero del artículo 8, un tercer inciso que señalaba que “Cuando el menor sea declarado irresponsable, en conformidad con lo que se establece en este número y en el que precede, será entregado á su familia con encargo de vigilarlo y educarlo. A falta de persona que se encargue de su vigilancia y educación, será llevado á un establecimiento de beneficencia destinado á la educación de huérfanos y desamparados, de donde no saldrá sino al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos”.

De esta forma, es posible evidenciar que la redacción instituida en nuestro Código Punitivo de 1874, siguió casi íntegramente la fórmula utilizada por el Código Penal Español de 1848, con la sola discordancia relativa al rango etario en que se consideraría la inimputabilidad y responsabilidad de los menores de edad. Ello encuentra una explicación en que el legislador buscó mantener la armonía entre dicha disposición y lo preceptuado por el artículo 233 del Código Civil de 1855<sup>19</sup>, contenido en el Título IX relativo a “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos”, y que establecía que “el padre tendrá la facultad de corregir i castigar moderadamente a sus hijos, i cuando esto no alcanzare, podrá imponerles la pena de detencion hasta por un mes en un establecimiento correccional.

Bastará al efecto la demanda del padre, i el juez en virtud de ella espedirá la orden de arresto.

Pero si el hijo hubiere cumplido diez i seis años, no ordenará el juez el arresto, sino después de calificar los motivos, i podrá estenderlo hasta por seis meses a lo mas.

El padre podrá a su arbitrio hacer cesar el arresto”.

La Ley N°4.447 sobre Protección de Menores, publicada en el Diario Oficial el 23 de octubre de 1928, reemplazó los números 2° y 3° del artículo 10 del Código Penal, con el objetivo de elevar la edad de irresponsabilidad contemplada para los menores a los dieciséis años, estableciendo que están exentos de responsabilidad criminal “2.° el menor de dieciséis años” y “3.° el mayor de dieciséis años y menor de veinte, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento.

El Tribunal de Menores respectivo hará declaración previa sobre este punto para que pueda procesársele”.

19 Cuya primera edición data del 31 de mayo de 1856. En cuanto a su entrada en vigencia, el artículo final estableció que “el presente Código comenzará a regir desde el 1° de enero de 1857”.

Por consiguiente, este cuerpo normativo, no solo modificó la edad de irresponsabilidad absoluta de los menores y aquella en que adquirirían responsabilidad en caso de obrar con discernimiento, sino que vino a implementar una judicatura especializada para el conocimiento de las materias vinculadas a éstos, entregándole la administración de justicia en estos negocios a los Jueces de Menores, conforme a su artículo 12, que disponía que “el conocimiento de los asuntos de que trata este título y la facultad de hacer cumplir las resoluciones que recaigan en ellos, corresponderá a Jueces Especiales que se denominarán Jueces de Menores”. Para tales efectos, el artículo 13 dispuso “créase un Juzgado de Menores para el distrito jurisdiccional de la Corte de Apelaciones de Santiago... el Presidente de la República podrá crear, a medida que las necesidades del servicio lo requieran, un Juzgado de Menores dentro del distrito jurisdiccional de cada Corte de Apelaciones y determinará la ciudad en que deba tener su asiento...”.

Consecuentemente y entre otras materias, el juzgamiento de los menores de edad y la declaración previa acerca de la presencia del discernimiento, correspondería hacerla a estos tribunales especiales en virtud del artículo 19 de la Ley N°4.447, que señalaba que “tanto el menor de dieciséis años, como el mayor de esa edad y menor de veinte, que haya obrado sin discernimiento, que aparezcan como inculpados de un crimen, simple delito o falta, serán juzgados por el Juez de Menores respectivo, quien no podrá adoptar respecto de ellos otras medidas que las establecidas en esta ley.

La declaración previa acerca de si ha obrado o no con discernimiento, deberá hacerla el Juez de Menores, oyendo a la Dirección General de Protección de Menores o al funcionario que ésta designe”.

En este orden de ideas, se ha afirmado que esta Ley de Menores de 1928 contribuyó, a través de la creación de los tribunales de menores al “reforzamiento de las facultades de control estatal sobre la infancia irregular, es decir, aquel sector de los niños que no era adecuadamente socializado o contenido en los mecanismos llamados “primarios” o de control social informal: la familia y la escuela. Se reforzó este control, tomado del modelo de la autoridad patriarcal, es decir, facultando el reemplazo o sustitución de la autoridad paterna por la del Estado autoproclamado como el buen padre de familia. Así, Chile inaugura lo que en varios países occidentales es conocido como “el siglo del niño”: el momento en que la ideología predominante en relación a la infancia exige pronunciamientos oficiales y políticas públicas para supervisar, vigilar y en lo posible moralizar y normalizar las vidas del segmento más joven de la población... lo que se propone como solución a través de esta iniciativa legislativa, es descrito como un proyecto de ley de protección y educación de los menores y moralización de los adultos, una ley enérgica en su acción que consulta prin-

principalmente los intereses de la sociedad; que crea los jueces de menores, y por intermedio de ellos hace efectivo el patronato del Estado”<sup>20</sup>.

Durante las décadas siguientes, Chile mantuvo el modelo tradicional que distinguía entre tres rangos etarios para los efectos de determinar la responsabilidad de los menores de edad, a saber, irresponsabilidad para los menores de dieciséis años; inimputabilidad entre los dieciséis y dieciocho años, a menos que constare que obró con discernimiento; y plena responsabilidad a partir de los dieciocho años. Este sistema implicaba que para que el menor fuera juzgado como adulto, debía declararse que en su actuar existió discernimiento, y en esos casos, siguiendo el régimen asentado en diferentes tradiciones jurídicas que hemos estudiado, la pena a aplicar era atenuada, debiéndose, en conformidad con el artículo 72 del Código Penal, rebajar la sanción en un grado al mínimo del establecido en la ley para el delito respectivo<sup>21</sup>. Por su parte, aquellos infractores menores de dieciocho años, pero mayores de dieciséis que eran declarados sin discernimiento y aquellos menores de dieciséis, eran considerados inimputables, pero igualmente podían quedar sujetos a la jurisdicción del juzgado de menores competente, el cual podía aplicar alguna de las medidas contempladas en el artículo 29 de la Ley N°16.618.

Posteriormente, con la irrupción del sistema vinculado a la preocupación de los derechos humanos y la internacionalización del derecho, la delincuencia juvenil se abordó articulada con el principio de la protección integral del niño. Con ello, se dio paso tanto a la celebración de diferentes Congresos de las Naciones Unidas, especialmente sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en los cuales se trataron y aprobaron normas relativas a la delincuencia juvenil<sup>22</sup>; como al establecimiento de diversos instrumentos internacionales, tales como la Declaración de Ginebra, la Declaración de los Derechos del Niño, y la Convención sobre los Derechos del Niño, mecanismos a partir de los cuales se adoptó como pilar esencial para la dictación, interpretación y aplicación de las normas, el principio axiológico del interés superior del niño.

20 CORPORACIÓN OPCIÓN. *Acerca de la Consideración Jurídica de la Infancia en Chile en el período 1990/2005. Algunas cuestiones generales relativas a la relación entre Infancia y Derecho en Chile*, págs. 4-5 [en línea]. Disponible en: <http://www.opcion.cl/documentos/biblioteca/ProteccionDerechos/ConsideracionJuridicaenChile.pdf> [fecha de consulta: 09 Mayo 2013].

21 Artículo 72 del Código Penal “Al menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal respectivo que obró con discernimiento, se le impondrá la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sea responsable”.

22 En este sentido, Octavo Congreso de las Naciones Unidas, celebrado en La Habana en 1990, y Noveno Congreso de las Naciones Unidas, realizado en El Cairo, en 1995.

Este escenario, aunado a los cambios sociales y culturales, y a la reforma procesal penal que se llevó a cabo en nuestro país, obligó a ir reflexionando en torno a la reformulación del régimen penal que se aplicaba a los adolescentes, el cual de un sistema preventivo-correctivo, debía evolucionar a uno que cautelara el respeto a las garantías constitucionales y que se adecuara al marco internacional de la protección integral y del interés superior del niño.

Para la consecución de dichos fines, se efectuaron modificaciones al sistema legal chileno, tales como, la dictación de normas adecuatorias a la reforma procesal penal, en virtud de las cuales se procedió a eliminar el inciso segundo del número 3 del artículo 10<sup>23</sup>, referido a los Juzgados de Menores; se crearon los Tribunales de Familia mediante la Ley N°19.968 de 30 de agosto de 2004 para el conocimiento de las materias establecidas en su artículo 8; y se suprimieron en forma paulatina los Juzgados de Menores a raíz de la creación de los Tribunales de Familia<sup>24</sup>.

23 Chile, Ley N°19.806, Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal. Diario Oficial, 31 de mayo de 2002.

24 Cabe señalar que para los efectos del conocimiento y declaración del discernimiento del menor, una vez eliminado el inciso que le otorgaba competencia a los Juzgados de Menores, la misma Ley N°19.806, dispuso en su artículo 37 la modificación de, entre otros, el artículo 28 de la Ley N°16.618, que entregaba el juzgamiento de los menores que cometieren algún crimen, simple delito o falta y el conocimiento del discernimiento al Juzgado de Letras de Menores respectivo, prescribiendo que el juzgamiento de dichos negocios correspondería, a petición del Ministerio Público, al Juez de Menores o al Juez de Garantía, dependiendo del delito que se imputare y de la pena asignada a éste, así, el referido artículo 37 de la Ley N°19.806 indicaba: "Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N°16.618, de Menores, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el artículo 6° del decreto con fuerza de ley N°1, de 2000, del Ministerio de Justicia: Artículo 28.- Cuando a un mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad se le imputare un hecho constitutivo de delito que la ley sancione con penas superiores a presidio o reclusión menores en su grado mínimo, la declaración previa de si ha obrado o no con discernimiento deberá hacerla el juez de letras de menores a petición del Ministerio Público, inmediatamente de formalizada la investigación. Para estos efectos, el juez de menores oirá al órgano técnico correspondiente del Servicio Nacional de Menores, a los intervinientes en el proceso penal respectivo y, en todo caso, al defensor del menor. Dicha declaración no podrá ser demorada más de quince días, aun cuando no se hayan recibido los informes técnicos. Esta resolución será notificada al Ministerio Público y al defensor en conformidad a los artículos 27 y 28 del Código Procesal Penal.

Cuando a un mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad se le atribuyere un hecho constitutivo de falta o de simple delito que la ley no sancione con penas privativas o restrictivas de libertad, o bien cuando éstas no excedan la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, la declaración previa acerca del discernimiento será emitida por el juez de garantía competente, a petición del Ministerio Público, en el mismo plazo señalado en el inciso anterior. Con dicho objeto, se citará a una audiencia a todos los intervinientes, previa designación de un defensor para el menor, si no tuviere uno de su confianza, a la que deberán concurrir con todos sus medios de prueba. Si se declarare que el menor ha obrado con discernimiento, el proceso se regulará de acuerdo a lo previsto en

En definitiva, el nuevo marco nacional e internacional, contribuyó para que los diversos sectores de la sociedad, jurídico, académico, y político, percibieran la imprescindible tarea de abordar de manera especializada el régimen relativo a los adolescentes. Las ideas de esta corriente reformista se materializan el año 2002 con el mensaje N°68-347 del Presidente de la República, por el cual se dio inicio al proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes por infracciones a la ley penal, consagrándose como justificación del mismo que “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...

---

el Título I del Libro Cuarto del Código Procesal Penal, cualquiera sea la pena requerida por el fiscal.

La resolución del juez de menores que declare la falta de discernimiento únicamente será susceptible del recurso de apelación, que se concederá en el solo efecto devolutivo.

Encontrándose firme la resolución del juez de garantía que declare que el menor ha actuado sin discernimiento, la comunicará al juez de menores, a fin de que este último determine si corresponde la aplicación de alguna de las medidas contempladas en el artículo 29.

En el evento de que se declare que el menor ha actuado con discernimiento, el fiscal podrá igualmente ejercer las facultades contempladas en el Párrafo 1° del Título I del Libro Segundo del Código Procesal Penal o deducir los respectivos requerimientos o acusaciones”.

Con la entrada en vigencia de la Ley N°19.968, se sustituyó el referido artículo 28 de la Ley de Menores y se entregó la declaración previa acerca del discernimiento al Juez de Garantía competente, a petición del Ministerio Público, reservándose la competencia de los Juzgados de Familia para la aplicación de alguna de las medidas contempladas en el artículo 29 de la Ley N°16.618 en aquellos casos en que se determinara que el menor ha actuado sin discernimiento. En este sentido, el artículo 121 de la Ley N°19.968, establecía “Modificaciones a la ley N°16.618. Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N°16.618: 2) Sustitúyese el artículo 28 por el siguiente: Art. 28.- Cuando a un mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad se le atribuyere un hecho constitutivo de delito, la declaración previa acerca del discernimiento será emitida por el juez de garantía competente, a petición del Ministerio Público, en el plazo de quince días. Con dicho objetivo, se citará a una audiencia a todos los intervinientes, previa designación de un defensor para el menor si no tuviere uno de su confianza, a la que deberán concurrir con todos sus medios de prueba. Si se declarare que el menor ha obrado con discernimiento, el proceso se regulará de acuerdo a lo previsto en el Título 1 del Libro IV del Código Procesal Penal, cualquiera sea la pena requerida por el fiscal.

Encontrándose firme la resolución del juez de garantía que declare que el menor ha actuado sin discernimiento, la comunicará al juez de familia, a fin de que este último determine si corresponde la aplicación de alguna de las medidas contempladas en el artículo 29.

En el evento de que se declare que el menor ha actuado con discernimiento, el fiscal podrá igualmente ejercer las facultades contempladas en el Párrafo 1° del Título 1 del Libro II del Código Procesal Penal o deducir los respectivos requerimientos o acusaciones”.

El presente Proyecto de Ley tiene el propósito de reformar radicalmente la respuesta del Estado ante los actos que revisten carácter de crimen o simple delito cuando ellos son cometidos por personas menores de dieciocho años, introduciendo, por primera vez en Chile, un sistema de responsabilidad penal especial para los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años”.

El año 2005, luego de tres años de discusión, este proyecto se convierte en la Ley N°20.084, que “Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal”, que fue publicada en el Diario Oficial el 07 de diciembre de 2005 y que conforme a su artículo transitorio entraría a regir dieciocho meses después de su publicación, con excepción de lo dispuesto en las letras a) y c) del artículo 68.

Con este nuevo sistema penal, se sustrajo a los adolescentes del régimen penal común y se entregó, tanto en lo concerniente al procedimiento para la averiguación de los delitos que cometieren, como en lo relativo al establecimiento de dicha responsabilidad y determinación de las sanciones procedentes y forma de ejecución de éstas, a este nuevo cuerpo normativo especial, derogándose para estos efectos, el numeral 3 del Art. 10 del Código Penal y sustituyéndose el número 2, por el siguiente: “están exentos de responsabilidad criminal: 2°. El menor de dieciocho años. La responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad juvenil”<sup>25</sup>.

Asimismo, se superó la utilización del discernimiento para los efectos de determinar la imputabilidad o inimputabilidad de los menores de edad, lo que sin duda implicó un trascendental avance en la justicia juvenil, toda vez que se trataba de un concepto que por su ambigüedad daba lugar a diversas conceptualizaciones e interpretaciones. En este sentido, Solís Quiroga afirma que “es impresionante ver cómo, en un asunto de tal seriedad, como es la imposición de penas que afectarán la vida entera de los menores de edad y de su familia, los autores han discrepado tanto en lo que pueda entenderse por discernimiento, base estimada como esencial y previa para definir su aplicación”, a lo cual agrega el carácter positivo de haber abandonado el criterio del discernimiento, en virtud que “debe considerarse que, si para los jueces en especial, y los adultos en general, es difícil discernir si un acto en determinadas circunstancias reales es lícito o conveniente, no se tiene el derecho de imponer al niño o al adolescente la ‘simple’ obligación de haber discernido,

25 Chile, Ley N°20.084, “Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a La Ley Penal”. Diario Oficial 07 de Diciembre de 2005, artículo 60, letras a) y b).

antes de obrar, sobre la bondad del acto ejecutado, cuando está todavía en etapas de desarrollo incompleto y bajo la acción de la inmadurez, posiblemente recibiendo múltiples influencias inconvenientes, patológicas o anómalas, que impresionan fuertemente su psiquismo”<sup>26</sup>.

También, se introdujo la terminología de “adolescentes”, y se indicó quienes se entenderían incluidos dentro de este concepto. Con ello, se buscó dejar atrás las tradicionales nomenclaturas utilizadas por la legislación relativa a los “menores de edad”. Así, el artículo 1° de la ley N°20.084, señala que “la presente ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan...”, el artículo 2 consagra el interés superior del adolescente, y el artículo 3 determina el rango etario que se consideraría perteneciente a este grupo, prescribiendo que “la presente ley se aplicará a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que, para los efectos de esta ley, se consideran adolescentes”.

Finalmente, con la entrada en vigencia de este régimen para infractores adolescentes se buscó otorgar mayor eficacia al sistema, fomentar la responsabilización de éstos por los actos delictivos que cometan, e imponer sanciones adecuadas que impliquen una intervención socioeducativa amplia, orientadas a la plena integración social.

#### **IV. Algunas cifras respecto a la Responsabilidad Penal Adolescente<sup>27</sup>**

Para comprender más cabalmente la forma de presentación del fenómeno de la infracción penal adolescente, en este acápite realizaremos una breve revisión de los principales datos estadísticos relativos a éste, tomando en consideración las variables concernientes al sexo de los infractores, el tramo etario en que se encuentran, y los tipos de delito que comúnmente cometen.

Se considerarán las estadísticas relativas al período 2010 a 2012, dado que éstas dan cuenta de una mayor homogeneidad y estabilidad en los datos, en tanto estos años ya se ha superado la natural explosión de causas del período inicial y los ajustes propios de un nuevo sistema que está comenzando a desarrollarse<sup>28</sup>.

---

26 CRUZ y CRUZ, op. cit., p. 18.

27 La información que se analizará fue obtenida principalmente de los Boletines Estadísticos Anuales del Ministerio Público de Chile.

28 Para una visión del período 2007-2012 remitirse al Informe Responsabilidad Penal Adolescente a 5 años de la dictación de la Ley 20.084, elaborado por la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos de la Fiscalía Nacional.

a) Infractores adolescentes ingresados al Ministerio Público.

Durante los años 2010, 2011 y 2012 ingresaron al Ministerio Público un total de 172.515 adolescentes a quienes se les imputó responsabilidad penal por la participación que habrían tenido en 157.707 delitos, los cuales originaron 149.607 casos.

**TABLA N°1**  
**ADOLESCENTES, DELITOS Y CAUSAS INGRESADAS, EN DELITOS DE**  
**RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE, AÑOS 2010 A 2012**

Año	Adolescentes	Delitos	Casos <sup>29</sup>
2010	53.428	50.410	47.894
2011	62.947	55.435	52.502
2012	56.140	51.862	49.211
Total	172.515	157.707	149.607

**Fuente:** Boletines Estadísticos Anuales del Ministerio Público de Chile, años 2010, 2011 y 2012.

Cabe hacer presente que aún cuando este tipo de causas generan gran conmoción social, y a veces una sensación generalizada de que los delitos cometidos por adolescentes se encontrarían fuera de control, los adolescentes en promedio representan solo un 4% del total de sujetos ingresados en el país, constituyendo una categoría delictual por sí misma, en cuanto estos cometen todo tipo de delitos, desde los de bagatela hasta los más graves.

**TABLA N°2**  
**ADOLESCENTES, DELITOS Y CAUSAS INGRESADAS, EN DELITOS DE**  
**RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE, AÑOS 2010 A 2012**

AÑO	Total adolescentes ingresados al MP 2010 a 2012	Total imputados ingresados al MP 2010 a 2012	% de adolescentes ingresados en relación al total
2010	53.428	1.381.751	3.9%
2011	62.947	1.524.048	4.1%
2012	56.140	1.455.934	3.9%

**Fuente:** Boletines Estadísticos Anuales del Ministerio Público de Chile, años 2010, 2011 y 2012.

b) Edad de los adolescentes ingresados

Aún cuando se observe que la tendencia frecuente es considerar al delito adolescente como realizado por un mismo tipo de sujetos, homogeneizando con ello a todos los adolescentes infractores, al realizar un análisis más detallado de las edades de los imputados adolescentes, podemos observar que un 68% de ellos tiene sobre 16 años de edad, información que da cuenta que dos ter-

<sup>29</sup> La estructura interna de un caso permite que en él exista más de un delito.

cios de la población adolescente que comete delitos lo hace en el tramo superior, próximos a la adultez, lo que considerando la autonomía progresiva del menor y su consecuente responsabilización gradual, constituye información relevante que permite reflexionar acerca de las sanciones que hoy se aplican, máxime cuando en el caso particular un adolescente en el tramo 16-17 años cuenta generalmente con un historial de condenas previas.

Asimismo, debemos considerar que un adolescente que comete delito en el tramo 14-15, siguiendo los mismos principios ya señalados, debiese recibir una sanción acorde a lo que necesita para comprender que su conducta no es socialmente aceptada, ser motivado por la norma, y darle un sentido constructivo a la sanción recibida, la cual, si es idónea, debiera “fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social”<sup>30</sup>.

**TABLA N°3**  
**ADOLESCENTES, DELITOS Y CAUSAS INGRESADAS, EN DELITOS DE**  
**RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE, 2010-2012**

Imputados ingresados en delitos RPA por delito, sexo y tramo etario, 2010 a 2012								
Mujeres			Hombres			Total		
14-15	16-17	Subtotal	14-15	16-17	Subtotal	14 - 15	16 - 17	Total
14.645	24.687	39.332	49.252	112.953	162.205	64.093	137.842	201.935
37%	63%	100%	30%	70%	100%	32%	68%	100%
20%			80%			100%		

Fuente: Sistema de Apoyo a Fiscales (SAF).

Además del rango etario, en que verificamos que existe un predominio del rango 16-17 años por sobre el 14-15 años, es posible observar que en el tramo 14-15 años la diferencia entre hombres y mujeres tiende a disminuir, acrecentándose ésta en el tramo 16-17 años, lo cual podría dar cuenta de un proceso de desistimiento natural en estas últimas, quizás explicable por la menor vida de calle, el embarazo adolescente, la menor probabilidad de ser aprehendidas a esa edad por el tipo de delito que más comúnmente cometen (hurtos), o al estilo de actuar delictivo denominado *delincuencia de proceso adolescente*<sup>31</sup>, que se caracteriza “por delitos de baja gravedad y alta frecuencia, en un período muy breve de tiempo, con inicio posterior a los 13 años y generalmente reactivos a factores situacionales como experiencias personales o familiares estresantes, o a la asociación con grupos de pares que incentivan comportamientos de riesgo

30 Artículo 24, letra f), Ley N°20.084.

31 Denominada también *delincuencia común* por diversos autores, tales como Fréchette & LeBlanc (1998); Moffitt (1993); Rutter, Giller & Hagell (2000).

o actuaciones infractoras de ley, pero sin que todo ello derive en un proceso de desadaptación social más permanente. En estos casos, la sola judicialización del comportamiento infractor constituye un potente incentivo para su interrupción<sup>32</sup>. Este tipo de delincuencia común difiere de la *delincuencia persistente o distintiva*, que corresponde a una categoría de mayor complejidad al presentar más factores de riesgo (estáticos y dinámicos), representando “en diversos países entre un 5% y un 14% del total de adolescentes sancionados, los que sin embargo pueden ser responsables de más de un 50% de los delitos judicializados”<sup>33</sup>.

### c) Sexo y delitos de los adolescentes ingresados.

En cuanto al género (sexo) y su relación con el delito adolescente, resulta interesante constatar que, si bien en las cifras generales observadas anteriormente en que las mujeres representan un 20% de los ingresos versus el 80% de los hombres, mediante un análisis por delito de esta relación es posible determinar que el comportamiento varía significativamente dependiendo de la familia de delitos de la cual se trate. Para ilustrar el punto anterior recurriremos a una tabla que cruza sexo y delito, y que sintetiza esta relación.

**TABLA N°4**  
**DELITOS INGRESADOS POR RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE,**  
**2010-2012, DESAGREGADO POR SEXO**

Imputados RPA ingresados por categoría de delito y sexo, 2010 a 2012.		
Categorías de Delitos	Mujeres	Hombres
Faltas	20%	80%
Lesiones	30%	70%
Hurtos	35%	65%
Otros Delitos contra la Propiedad	11%	89%
Robos no Violentos <sup>34</sup>	5%	95%
Delitos contra la Libertad e Intimidad de las Personas	29%	71%
Otros Delitos	13%	87%
Robos Violentos	7%	93%
Delitos Sexuales	3%	97%
Drogas	18%	82%
Otros Delitos varios	15%	85%
Homicidios	5%	95%

**Fuente:** Sistema de Apoyo a Fiscales (SAF).

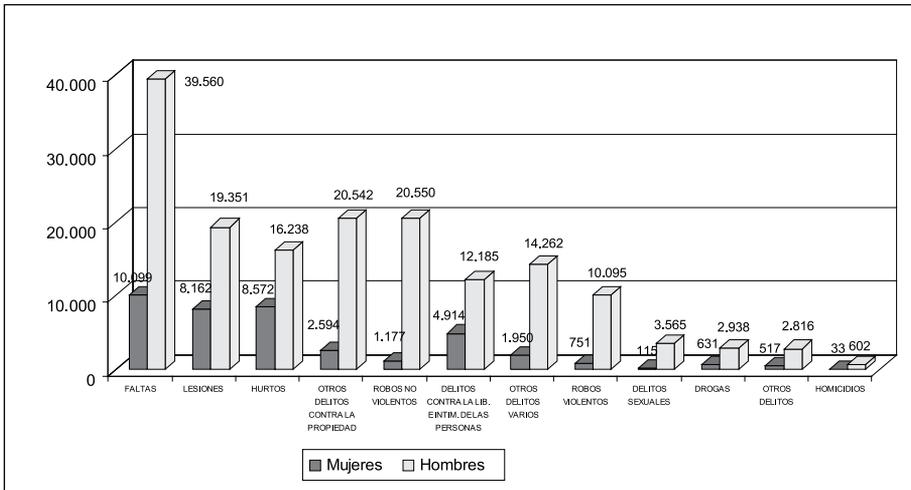
32 PÉREZ-LUCO, Ricardo, LAGOS, Leonardo. y BÁEZ, Carolina. *Reincidencia y desistimiento en adolescentes infractores: análisis de trayectorias delictivas a partir de autorreporte de delitos, consumo de sustancias y juicio profesional*. Universitas Psychologica, 2012, 11(4), págs. 1209-1225.

33 *Ibíd.*

34 Cabe señalar que en esta categoría de Robos no Violentos se incluyó al delito de Robo por Sorpresa, a diferencia de lo establecido en los Boletines Estadísticos Anuales del Ministerio Público, que contemplan este tipo penal dentro de la familia de los delitos de Robos Violentos, en tanto por sus características y naturaleza este delito no se asimila al Robo Calificado del artículo 433 del Código Penal.

Como se puede observar, aún cuando siempre los hombres predominan en las diversas categorías de delitos adolescentes, igualmente existen delitos en los cuales las mujeres tienen una mayor participación que el promedio general exhibido en la Tabla N°3. Lo anterior, al punto en que en algunos delitos que revisaremos en la siguiente tabla, la presencia del género femenino disminuye notoriamente hasta casi no tener representación en dichos delitos.

**GRÁFICO N°1**  
**DELITOS INGRESADOS POR RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE,**  
**2010-2012, DESAGREGADOS POR SEXO**



Fuente: Sistema de Apoyo a Fiscales (SAF).

En virtud de esta tabla, se percibe como un elemento significativo la tendencia a una menor participación punible de las mujeres, en comparación a los hombres, en la medida que el delito se hace más grave, circunscribiéndose éstas a cometer principalmente delitos de hurtos y lesiones. Esta tendencia se ve ratificada por lo que señalan algunos autores en cuanto a que "... la evidencia empírica muestra que la justicia sanciona más a los adolescentes de sectores sociales empobrecidos, a los inmigrantes y a los pertenecientes a minorías étnicas, y menos a las mujeres"<sup>35</sup>.

## V. Consideraciones finales

A casi seis años de la implementación de la Ley N°20.084 que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, es posible reflexionar y sostener que esta normativa, que vino a reformar radicalmente la respuesta que otorgaba el Estado frente a hechos cometidos

35 PÉREZ-LUCO, LAGOS, y BAEZ. op.cit.

por adolescentes que revistieran el carácter de crimen, simple delito o falta, surgió por la urgente necesidad de ajustar el sistema chileno a los avances del derecho comparado y a los diversos instrumentos internacionales ratificados por Chile, de otorgarle mayor eficacia a la justicia penal adolescente, y de responder a la creciente demanda social de rehabilitación y de intervención de los adolescentes en los casos en que se encontraran inmersos en conductas delictivas.

La realidad actual, reflejada en las estadísticas de los últimos tres años (2010 a 2012) pone de manifiesto que son aproximadamente 55.000 adolescentes, los que año a año se ven inmersos en conductas delictivas. Estos adolescentes infractores, que si bien representan tan solo un 4% de los imputados ingresados, constituyen un grupo más complejo, heterogéneo y preocupante que el de los delincuentes adultos, toda vez que este inicio delictual precoz puede llegar a mantenerse durante toda la adolescencia y extenderse hasta la adultez, incluso en la modalidad de una escalada delictiva progresiva que vaya desde los hurtos a un robo con violencia, hasta llegar a un homicidio calificado.

Asimismo, como hemos observado en el presente estudio, el comportamiento infractor difiere entre mujeres y hombres, acentuándose las trayectorias en estos últimos, que representan la tasa más alta de comisión de delitos, y la ejecución de hechos punibles de mayor gravedad. Además, entre el primer tramo etario (14-15) y el segundo (16-17) dentro de la adolescencia, advertimos que la mayor cantidad de delitos son cometidos por adolescentes ubicados en este segundo tramo, pudiendo afirmarse que por su proximidad a la adultez, no pueden sino estar en pleno conocimiento del carácter ilícito de sus actos, de la gravedad de los hechos y de las consecuencias que estos conllevan. Por otro lado, es plausible sostener que estos adolescentes podrían provenir del primer tramo y que por tanto se trataría de jóvenes reincidentes, o bien que estos ingresaron tardíamente al sistema, no porque su carrera delictiva haya comenzado a los 16 o 17 años, sino porque antes no habían sido descubiertos o aprehendidos, ya que la experiencia señala que resulta difícil concebir el inicio de la infracción penal a esa edad.

Ante la evidencia de estas cifras, estimamos que resulta relevante para hacer frente a esta realidad delictual, conocer la forma de manifestación del fenómeno de la delincuencia juvenil; poner de relieve la necesidad de una justicia penal especializada; mejorar la coordinación entre las diversas instituciones estatales y organismos sociales que intervienen; propiciar términos de las causas que impliquen una salida “con contenido”; aplicar sanciones idóneas a la realidad del adolescente; promover la aplicación de la sanción accesoria de tratamiento de rehabilitación por adicción a drogas o alcohol en los casos que así se requiera; y realizar programas de tratamiento efectivos y de alta calidad para disminuir la reincidencia juvenil. Finalmente, con todo ello, y acorde al

espíritu de la Ley N°20.084, podrá ser posible obtener de forma efectiva la responsabilización de los adolescentes infractores.

Por otro lado, no puede soslayarse que a partir de este nuevo régimen, se enfatiza la consideración del adolescente como sujeto de derecho y se subraya la necesidad de brindarle protección para su adecuado desarrollo e inserción social, el que se alcanzaría a través de un amplio marco de políticas sociales que aportaren a la prevención del delito.

A pesar de ello, hoy en día se hace más patente las situaciones de desprotección y vulnerabilidad preexistentes en la historia de vida de los adolescentes infractores. Frente a estos casos, ampliamente cubiertos por los medios de comunicación social, la sociedad pretende erróneamente que la respuesta penal del Estado entre a subsanar ese historial de negligencia y abandono, cuando ello escapa a sus competencias, a la disponibilidad de medios y a los propios fines del sistema de justicia. Esto en ningún caso significa que esta justicia especializada vaya a descuidar esos antecedentes con los que el joven infractor llega a vincularse al sistema penal, por el contrario, creemos que son precisamente aquellos elementos los que no pueden estar al margen de una decisión que pretenda dar una respuesta integral y que sea idónea para dar cumplimiento a la finalidad de las sanciones de la Ley N°20.084, en tanto la sanción debe formar parte de “una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.”<sup>36</sup>.

En este sentido, tal como pone de manifiesto Marta Maurás<sup>37</sup>, es preciso establecer en nuestro país un sistema de Promoción y Protección de Derechos de la Infancia compuesto por: *políticas universales* (educación, salud, seguridad social, etc.) dirigidas a proteger todos los derechos de niños, niñas y adolescentes; un *sistema de protección focalizada*, que permita la reparación y restitución de derechos mediante programas de alta calidad; y la reforma a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. Resulta particularmente llamativo lo que destaca Maurás, respecto de la Cuenta Pública 2013 del Fiscal Nacional Sabas Chahuán, cuando refiere que “rara vez se le escucha decir a las autoridades y representantes nacionales: que la manera de interrumpir el inicio de actividades delictivas por algunos jóvenes es extender medidas de protección social a los niños, niñas y adolescentes”, lo cual a juicio de esta experta en Derechos Humanos, Políticas de Infancia y Relaciones Internacionales, contrasta con el que pareciera ser “el único objetivo que inspira al legislador [cual] es la seguridad ciudadana, (una aspiración legítima de todas las personas y de todos los gobiernos) y no la infancia y sus derechos”<sup>38</sup>.

36 Artículo 20, Ley N°20.084.

37 Vicepresidenta del Comité de ONU sobre Derechos del Niño (2009-2013).

38 Maurás, M. (2013). Columna de Opinión: El Ministerio Público acusa: las fallas en la protección social son responsables de las fallas del sistema penal adolescente. Diario

Finalmente, no puede quedar relegado y resulta indispensable reiterar que la Ley N°20.084 persigue además, fomentar la responsabilización de los adolescentes por la comisión de infracciones a la ley penal, mediante la aplicación de sanciones idóneas, pues es en este punto en que mayormente, la comunidad percibe cierta ineficacia del sistema, sustentada principalmente en la falta de tratamiento adecuado para los adolescentes, en la creciente violencia y agravamiento de los delitos cometidos por éstos, en la incapacidad de revertir trayectorias delictivas juveniles traducidas en un alto nivel de reincidencia, y en el hecho de que el papel relevado es el del menor infractor, descuidándose la existencia o el rol de la víctima del delito, quien incluso en muchos casos llega a ser invisibilizada.

Todas estas dificultades del sistema de justicia juvenil, hacen patente que no es suficiente con haber superado, mediante la dictación de la Ley N°20.084, las concepciones y regulaciones pretéritas de la responsabilidad penal de los menores de edad, sino que para estar frente a un adecuado y eficiente régimen de infracción penal adolescente, se requiere de un urgente perfeccionamiento del sistema, tarea de la cual, ya comienzan a hacerse cargo los diversos actores, con el objetivo de experimentar una mejora íntegra de la justicia juvenil, que propenda efectivamente a la especialización de ésta, a la rehabilitación de los infractores, a su responsabilización, a la idoneidad de la sanción, y en definitiva, al cumplimiento de los fines de la ley, de manera tal que la sociedad toda adquiera conciencia y verifique que un sistema especializado de justicia penal adolescente indudablemente funciona y contribuye al establecimiento de una correcta justicia social.

### Referencias bibliográficas

- Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal de la República de Chile. Valparaíso, Editorial Edeval, 1974.
- Corporación Opción. Acerca de la Consideración Jurídica de la Infancia en Chile en el período 1990/2005. Algunas cuestiones generales relativas a la relación entre Infancia y Derecho en Chile.
- Cruz y Cruz, Elba. Los menores de edad infractores de la ley penal. Memoria Dr. Madrid, España. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, 2010.
- Cruz y Cruz, Elba. El concepto de menores infractores. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Garrido Montt, Mario. Derecho Penal. Parte General. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

- Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 1980.
- Historia de la Ley N°20.084 que “Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a La Ley Penal”.
- Las Siete Partidas. Rey Alfonso X. España.
- Maurás, Marta. Columna de Opinión. El Ministerio Público acusa: las fallas en la protección social son responsables de las fallas del sistema penal adolescente. Diario Electrónico El Mostrador, 04 de mayo de 2013.
- Ministerio Público de Chile. Boletines Estadísticos Anuales.
- Naciones Unidas. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, 1985.
- Naciones Unidas. Octavo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, 1990.
- Naciones Unidas. Noveno Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en El Cairo, 1995.
- Organización Panamericana de la Salud, “Plan y Estrategia Regional de Salud Adolescente”, Washington, D.C., 2010. ISBN: 978-92-75-33145-3.
- Pérez-Luco, R., Lagos, L. y Báez, C. Reincidencia y desistimiento en adolescentes infractores: análisis de trayectorias delictivas a partir de autorreporte de delitos, consumo de sustancias y juicio profesional. Universitas Psychologica, 2012. 11(4), 1209-1225.
- Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- Rodríguez Manzanera, Luis. Criminalidad de menores. México, Editorial Porrúa, 1997.
- Saurí, Manuel y Matas, José. Manual Histórico, Topográfico, Estadístico y Administrativo, o Guía General de Barcelona. España, 1849.
- Solís Quiroga, Héctor. Justicia de Menores. México, Editorial Porrúa, 1986.
- Viñas, Raúl Horacio. Delincuencia juvenil y derecho penal de menores. Argentina, Editorial Buenos Aires, 1983.

