

INFORMES EN DERECHO

DOCTRINA PROCESAL PENAL 2022 - 2023

- El nuevo régimen de las medidas intrusivas tecnológicas y de las “técnicas especiales de investigación” en la Ley 21.577, de 15 de julio de 2023
Héctor Hernández Basualto
- La nueva regulación del comiso: exposición sistemática de las normas incorporadas por las leyes 21.575, 21.577 y 21.595 al Código Penal
Jorge Cabrera Guirao
- Análisis de la regulación de la reincidencia general y específica en caso de existir condenas por tribunales extranjeros
César Ramos Pérez
- Análisis sobre la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa en la comisión de un delito en contexto de violencia intrafamiliar
Myrna Villegas Díaz
- Discusiones acerca de los delitos de nombramiento ilegal, prevaricación, tráfico de influencia, incremento patrimonial injustificado y cohecho activo a propósito de causa RIT 13366-2018 del Juzgado de Garantía de Rancagua
Oswaldo Artaza Varela
- Informe sobre Nueva Ley de Delitos Económicos (Ley 21.595)
Gonzalo Medina Schultz

Nº25 - Septiembre 2024

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

INFORMES EN DERECHO

**DOCTRINA PROCESAL PENAL
2022 - 2023**

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública
Santiago de Chile • Septiembre de 2024

© Defensoría Penal Pública
Libertador General Bernardo O'Higgins 1449, torre I, piso 8.
Santiago.

“Prohibida su reproducción, almacenamiento o transmisión,
de manera alguna y por cualquier medio sin autorización
previa del autor y los editores”.

Registro de Propiedad Intelectual N° 2024-A-8228
Santiago, Chile.

Doctrina Procesal penal 2019-2020 - I.S.B.N. N° 978-956-8349-04-2 (obra completa)
Doctrina Procesal penal 2019-2020 - I.S.B.N. N° 978-956-8349-70-7 (v. 25 versión papel)
Doctrina Procesal penal 2019-2020 - I.S.B.N. N° 978-956-8349-71-4 (v. 25 versión digital)

Producción y Edición:
Defensoría Nacional
Defensoría Penal Pública

Índice

I. EL NUEVO RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS INTRUSIVAS TECNOLÓGICAS Y DE LAS “TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN” EN LA LEY 21.577, DE 15 DE JULIO DE 2023 <i>Héctor Hernández Basualto</i>	7
II. LA NUEVA REGULACIÓN DEL COMISO: EXPOSICIÓN SISTEMÁTICA DE LAS NORMAS INCORPORADAS POR LAS LEYES 21.575, 21.577 Y 21.595 AL CÓDIGO PENAL <i>Jorge Cabrera Guirao</i>	73
III. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LA REINCIDENCIA GENERAL Y ESPECÍFICA EN CASO DE EXISTIR CONDENAS POR TRIBUNALES EXTRANJEROS <i>César Ramos Pérez</i>	107
IV. ANÁLISIS SOBRE LA CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN LA COMISIÓN DE UN DELITO EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR <i>Myrna Villegas Díaz</i>	141
V. DISCUSIONES ACERCA DE LOS DELITOS DE NOMBRAMIENTO ILEGAL, PREVARICACIÓN, TRÁFICO DE INFLUENCIA, INCREMENTO PATRIMONIAL INJUSTIFICADO Y COHECHO ACTIVO A PROPÓSITO DE CAUSA RIT 13366-2018 DEL JUZGADO DE GARANTÍA DE RANCAGUA <i>Oswaldo Artaza Varela</i>	173
VI. INFORME SOBRE NUEVA LEY DE DELITOS ECONÓMICOS (LEY 21.595) <i>Gonzalo Medina Schultz</i>	227

I. El nuevo régimen de las medidas intrusivas tecnológicas y de las “técnicas especiales de investigación” en la Ley 21.577, de 15 de julio de 2023

Dr. Héctor Hernández Basualto

La Defensoría Penal Pública me ha pedido un informe analítico sobre la Ley N° 21.577, de 15 de junio de 2023, en lo concerniente a las medidas intrusivas tecnológicas y a las llamadas “técnicas especiales de investigación” que regula, sobre todo desde la perspectiva de los presupuestos de legitimidad de su aplicación y sus posibles consecuencias en términos de admisibilidad probatoria.

Al respecto, puedo informar lo siguiente:

I. La situación previa a la Ley N° 21.577 y los alcances sistemáticos de esta

Cualquier observador del régimen legal de las medidas intrusivas tecnológicas y de las “técnicas especiales de investigación” (entrega vigilada, agentes encubiertos, agentes reveladores

e informantes) en Chile, podrá apreciar inmediatamente un escenario de dispersión. La Ley N° 21.577, de 15 de junio de 2023, tiende a superar ese escenario, pero, como se verá, solo parcialmente.

El texto original del Código Procesal Penal¹ de 2000 contenía, además de las medidas intrusivas tradicionales (entrada y registro de lugares cerrados, exámenes corporales, retención e incautación de correspondencia), la de interceptación de comunicaciones telefónicas (arts. 222 a 225)² y otra denominada genéricamente “*otros medios técnicos de investigación*” (art. 226), en tanto que no preveía ninguna regulación sobre entrega vigilada, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes, instituciones que solo se consideraban rudimentariamente en la Ley N° 19.366, de 30 de enero de 1995, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en los arts. 29 (entrega vigilada) y 34 (agentes encubiertos e informantes, de un modo oblicuo, a propósito de la denegación del conocimiento del sumario en razón de su seguridad)³.

En razón de que las mencionadas medidas intrusivas tecnológicas solo podían disponerse en la investigación de hechos constitutivos de crimen, se fueron incorporando, tanto en el Código Penal (en lo sucesivo, CP) como en

1 En lo sucesivo, artículos sin otra mención corresponden a los de este código.

2 Antes del Código Procesal Penal de 2000, solo la Ley N° 18.314, de 17 de mayo de 1984, sobre conductas terroristas, consideraba la posibilidad de interceptar comunicaciones en el contexto de un proceso penal sobre esos delitos, entendiéndose que incluía la interceptación de las comunicaciones telefónicas (así, por ejemplo, *Bofill*, Jorge: Las prohibiciones de prueba en el proceso penal, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XII [1988], 225 [240, 242]), en un art. 14 al que, luego del retorno a la democracia, se le agregó una referencia explícita al respecto, pero como medida específica a disponer respecto del procesado preso (Ley N° 19.027, de 24 de enero de 1991), agregado que, sin embargo, en el contexto de la reforma procesal penal (Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002), fue el único que subsistió, con lo cual las interceptaciones dejaron de ser posibles respecto de simples delitos terroristas, no obstante que algunos de los delitos previstos por la ley, aun con el aumento de pena propio de la ley, son simples delitos.

3 Debe mencionarse también que la Ley N° 19.974, de 2 de octubre de 2004, sobre sistema de inteligencia del Estado, prevé en su art. 24, como “procedimientos especiales de obtención de información”, la intervención de comunicaciones telefónicas, informáticas, radiales y de la correspondencia en cualquiera de sus formas, la intervención de sistemas y redes informáticos, la escucha y grabación electrónica, incluyendo la audiovisual, y la intervención de cualesquiera otros sistemas tecnológicos destinados a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de comunicaciones o información, con autorización de un ministro de Corte de Apelaciones (art. 25); asimismo, se prevé el empleo de agentes encubiertos e informantes, sin necesidad de autorización judicial (arts. 31 y 32). El uso de estas herramientas debe limitarse “a actividades de inteligencia y contrainteligencia que tengan por objetivo resguardar la seguridad nacional y proteger a Chile y su pueblo de las amenazas del terrorismo, el crimen organizado y el narcotráfico” (art. 23). Satisfechos sus estándares de legitimidad, los resultados de estos procedimientos pueden eventualmente ser usados como prueba en el proceso penal, como se desprende del art. 39.

leyes especiales, disposiciones que las hacían excepcionalmente aplicables en la investigación de ciertos simples delitos. Tal es el caso, en el código punitivo, de los delitos asociados a la pornografía y a la prostitución infantil, conforme al inciso primero del art. 369 ter CP, introducido por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004; de aquellos de tráfico ilícito de migrantes y de trata de personas, de acuerdo con el inciso segundo del art. 411 octies CP, introducido por la Ley N° 20.507, de 8 de abril de 2011; y de hurto o robo de madera (sobre cierto valor), en virtud del inciso segundo del art. 448 septies CP, introducido mediante la Ley N° 21.488, de 27 de septiembre de 2022 (por remisión al antiguo art. 226 bis)⁴. En el Código Procesal Penal, por el viejo art. 226 bis, sobre el que se volverá luego, los de la ley de control de armas, el art. 190 de la ley de tránsito y ciertos simples delitos contra la propiedad. En lo que respecta a leyes especiales, la Ley N° 20.000, de 16 de febrero de 2005, que reemplazó la Ley N° 19.366 en materia de drogas, en su art. 24 hizo aplicables (nombrándolas, no identificándolas formalmente) las medidas intrusivas tecnológicas, de conformidad con el Código Procesal Penal, a la investigación de los delitos previstos en la ley, *"cualquiera sea la pena que merecieren"*, lo que rige también para la investigación de los delitos de lavado de dinero (no obstante ser crímenes y, por ello, no necesitarlo), en virtud de lo dispuesto en el art. 33 de la Ley N° 19.913, de 18 de diciembre de 2003, que se remite para estos efectos a la Ley N° 20.000; y más recientemente, el inciso primero del art. 12 de la Ley N° 21.549, de 20 de junio de 2022, que hace aplicables los arts. 222 a 226 a la investigación de la mayoría de los delitos informáticos previstos en la misma ley.

En cuanto a la entrega vigilada y a la actuación de agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes, fue la ya mencionada Ley N° 20.000, sobre tráfico de drogas, la que introdujo un estatuto más completo de estas instituciones, en sus arts. 23 y 25, al que se remiten, expresa o tácitamente, otras disposiciones para hacerlas aplicables en la investigación de otros delitos. Es el caso de los delitos de lavado de dinero (entrega vigilada, agentes encubiertos e informantes), conforme al art. 33 de la Ley N° 19.913; delitos informáticos (agentes encubiertos), de acuerdo con el inciso tercero del art.

4 El precepto del Código Penal se remite a las "técnicas especiales de investigación" del art. 226 bis, lo que, considerando que esta expresión suele emplearse para referirse a la entrega vigilada y a la intervención de agentes encubiertos y similares, podría entenderse que se trata de una remisión limitada a esos supuestos, no a las medidas intrusivas tecnológicas, pero, en la medida en que el epígrafe del art. 226 bis (dado por la propia ley) hablaba indistintamente de "técnicas especiales de investigación" y las trataba en conjunto, no parecía haber mucho espacio para tal lectura restrictiva.

12 de la Ley N° 21.459; por el viejo art. 226 bis, los crímenes contra la propiedad (agentes encubiertos e informantes) y de la ley de control de armas (agentes reveladores); relacionados con la pornografía y prostitución infantil (entrega vigilada y agentes encubiertos), conforme a los incisos segundo a cuarto del art. 369 ter CP; de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas (agentes encubiertos e informantes), de acuerdo con el inciso primero del art. 411 octies CP; de abigeato (entrega vigilada), de acuerdo con el inciso cuarto del art. 448 quáter CP; y, a través de una remisión al art. 226 bis, el robo y hurto de madera, conforme al inciso segundo del art. 448 septies CP. Como una peculiaridad de la regulación, puede adelantarse desde ya que el empleo de estas técnicas está o ha estado sometido a la exigencia de autorización judicial previa solo en algunos casos (los de los arts. 369 ter, 411 octies y 448 septies CP, del art. 12 de la Ley N° 21.459 y del antiguo art. 226 bis), pudiendo el Ministerio Público disponerlas directamente en los demás.

Ante este panorama de dispersión, un primer intento, si bien modesto, de sistematizar la materia antes de la Ley N° 21.577 lo constituyó la introducción del ya mencionado art. 226 bis (“técnicas especiales de investigación”) mediante la Ley N° 20.391, de 5 de julio de 2016, que hizo aplicables, por una parte, las medidas previstas en los arts. 222 a 226 en la investigación de un grupo de simples delitos, distintos de los ya considerados mediante disposiciones especiales: los de la ley de control de armas, el art. 190 de la Ley del tránsito, robos con fuerza, el hurto agravado del art. 447 bis, abigeato y receptación; y, por la otra, la aplicación de entregas vigiladas y el uso de agentes encubiertos e informantes (con autorización judicial) en la investigación de los crímenes de robo con violencia o intimidación, piratería y robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, así como el empleo de agentes reveladores respecto de la investigación de los delitos de la ley de control de armas, todo de acuerdo con los arts. 23 y 25 de la Ley N° 20.000. Presupuesto de aplicación de estas medidas y técnicas, además de que fuera indispensable o necesaria, era que

existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de la participación en una asociación ilícita, o en una agrupación u organización conformada por dos o más personas, destinada a cometer los hechos punibles previstos en estas normas, aun cuando ésta o aquella no configure una asociación ilícita.

El art. 226 bis fue modificado, primero, mediante la Ley N° 21.412, de 25 de enero de 2022, sobre armas, eliminándose todas las referencias a los delitos de la ley de control de armas, en consonancia con la introducción en dicha ley de un nuevo art. 19 B, que hacía aplicables las técnicas especiales del título II de la Ley N° 20.000 a la investigación de los delitos contenidos en ella; y, segundo, por la Ley N° 21.488, de 27 de septiembre de 2022, sobre robo y hurto de madera, que agregó este delito, tipificado en el art. 448 septies CP, en el listado de los simples delitos cuya investigación admite el uso de las medidas de los arts. 222 a 226. Fue suprimido, por último, por la Ley N° 21.577, que nos convoca.

No puede hablarse de una sistematización lograda, en la medida en que, al mismo tiempo, no se eliminaron las reglas especiales dispersas, con lo cual, más bien, se adicionaron nuevos regímenes. Así, respecto de las medidas intrusivas tecnológicas, estas pasaron a proceder en tres grupos de casos: cuando se investigaba un crimen, cuando se investigaba un simple delito de los señalados en el art. 226 bis y se daba el factor organizativo y, por último, cuando se investigaba un simple delito respecto del cual había norma especial expresa que lo hacía procedente. Y respecto de las entregas vigiladas, agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes, el art. 226 bis agregó a los casos previstos en normas especiales un conjunto acotado de delitos en cuya investigación pasaron a ser aplicables estas técnicas, a condición de que se diera el factor organizativo.

En ese sentido, la Ley N° 21.577, que, entre otras cosas, suprime el art. 226 bis, representa un avance en términos de sistematización, aunque tampoco se puede decir que bien logrado. El art. 226 A, a pesar de su defectuosa ubicación sistemática, a la cabeza del apartado I sobre “medidas intrusivas referidas a las comunicaciones, imágenes y sonidos, y al registro de equipos informáticos”, es, en realidad, la regla que define el ámbito de aplicación de todo el nuevo Párrafo 3° bis del Título I del Libro II, dedicado a las “[d]iligencias especiales de investigación aplicables para casos de criminalidad organizada” (“de este Párrafo”, dice el precepto). Y lo hace en los siguientes términos:

Las técnicas especiales de investigación previstas en este Párrafo serán aplicables en la investigación de hechos que involucren la participación en una asociación delictiva o criminal, de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes (inciso primero).

Tales técnicas especiales son, por una parte, las medidas intrusivas tecnológicas y, por la otra la entrega vigilada y la acción de agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes.

Es respecto de las segundas que el efecto de ampliación y sistematización de la ley es más notorio y logrado, pues, hasta ahora, estas solo procedían respecto de la investigación de delitos puntual y taxativamente mencionados en normas especiales (lo que hacía el art. 226 bis era, simplemente, ampliar el catálogo de la mano del factor organizativo), mientras que ahora, además de en los casos que siguen previstos en normas especiales, son aplicables en la investigación de cualquier delito, con tal que se dé el factor organizativo previsto por la ley. Lo que se echa en falta es que no se hubieran suprimido los casos especiales o que ni siquiera se hubieran modificado de acuerdo con el factor organizativo que parece justificar su uso, al menos respecto de la técnica más delicada, que es la actuación de agentes encubiertos (las entregas vigiladas y la acción de agentes reveladores o informantes pueden justificarse más fácilmente). Más aún, las modificaciones a los arts. 369 ter y 411 octies CP, que, si bien mencionaban la posible actuación de una organización, no la exigían, se limitan a eliminar esas referencias, enfatizando así la procedencia respecto de la investigación de actividad delictiva exclusivamente individual, sin que la remisión en lo demás al nuevo Párrafo 3° bis del Título I del Libro II del Código Procesal Penal, altere esta conclusión, porque se entiende que se trata de la regulación de su ejecución, no de la procedencia de las técnicas en cuestión. Lo mismo rige respecto del art. 448 quáter, donde la remisión al nuevo estatuto en materia de entrega vigilada es manifiestamente para los efectos de su ejecución, no de su procedencia.

Respecto de las primeras (en realidad solo de las previstas en el art. 222 y 226, como se desprenden del modo en que están descritas, considerando, además, que el nuevo registro remoto del art. 225 bis es aplicable a la investigación de cualquier delito, infra II 3), el único efecto del art. 226 A es que las hace aplicables en la investigación de cualquier delito (no solo de crímenes), a condición de que se dé el mencionado factor organizativo (inciso tercero)⁵. De no darse ese factor y no tratarse de la investigación

5 "Las medidas de interceptación y grabación de comunicaciones, de conversaciones o imágenes obtenidos en lugares cerrados o que no sean de libre acceso al público serán aplicables, previa autorización judicial, cuando existan fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de la intervención en una asociación delictiva o criminal y su uso sea imprescindible para el éxito de la investigación".

de un crimen, las medidas intrusivas tecnológicas solo serán aplicables en virtud de alguna norma especial, si la hubiere (art. 24 de la Ley N° 20.000, arts. 269 ter y 411 octies CP), ninguna de las cuales fue modificada a este respecto. Por su parte, la declaración de la procedencia de aplicar el art. 218 a la investigación de delitos con este factor organizativo (inciso segundo)⁶, no tiene sentido, porque el art. 218 no tiene restricciones de aplicación. El precepto concluye con una remisión, en lo demás, al art. 222 (inciso cuarto). Pero, como se verá, la Ley N° 21.577 incide también en el régimen general de las medidas intrusivas tecnológicas, es decir, con efectos para todos los casos en que son procedentes, aunque no esté involucrada una organización delictiva o criminal (infra II 1 a 4).

Se podría ver una modificación del régimen de investigación del hurto o robo de madera, del art. 448 septies CP, en la medida en que no fue modificado y, al mismo tiempo, se suprimió el art. 226 bis, al que aquel se remitía. Sin embargo, en la medida en que, como se vio, el art. 226 bis exigía factor organizativo, los casos en que procedían las medidas intrusivas tecnológicas y las “técnicas especiales de investigación” eran tendencialmente los mismos en que ahora proceden bajo el nuevo estatuto. Lo mismo puede decirse, y por la misma razón, de la investigación de los crímenes o simples delitos a que hacía referencia el viejo art. 226 bis, ahora suprimido.

Por último, una cuestión central en la aplicación del estatuto especial del nuevo Párrafo 3° bis será la comprobación, en todos los casos en que es el único presupuesto de procedencia de una medida o técnica, del factor organizativo previsto por la ley, a saber, que los hechos en cuestión *“involucren la participación en una asociación delictiva o criminal”*.

No debiera haber muchas dudas respecto de que por “asociación delictiva o criminal” debe entenderse *“toda organización formada por tres o más personas, con acción sostenida en el tiempo, que tenga entre sus fines la perpetración”* de crímenes o simples delitos, como se desprende de los respectivos incisos terceros de los arts. 292 y 293 CP, introducidos por la misma ley. Nótese que se trata de una exigencia mayor que la prevista antes por el art. 226 bis, que hacía bastar la participación en una agrupación

6 “Las medidas de retención e incautación de correspondencia y de obtención de copias de comunicaciones o transmisiones serán aplicables a la investigación según lo dispuesto en el artículo 218”.

u organización conformada por dos o más personas, destinada a cometer los hechos punibles del catálogo, “aun cuando ésta o aquella no configure una asociación ilícita”.

Por otra parte, tampoco debiera haber dudas, al menos conceptuales, respecto de que, si en definitiva no se comprueba la participación de una asociación de estas características, los antecedentes obtenidos gracias a medidas o técnicas que solo eran procedentes en virtud de ese presupuesto, no pueden ser aprovechados como prueba. No necesariamente porque se hayan obtenido ilícitamente o con inobservancia de garantías fundamentales, juicio para el cual puede ser decisiva una perspectiva *ex ante*, sino simplemente por una consideración de proporcionalidad: no puede servir como prueba de un delito aquello que se obtiene con un medio cuyo empleo simplemente estaba vedado a la investigación de ese delito, por mucho que *prima facie* hubiera parecido procedente.

La pregunta central es, entonces, qué se va a exigir para entender, en definitiva, que se estaba frente a hechos que involucraban la participación en una asociación delictiva o criminal y que justificaban, en consecuencia, la aplicación de las medidas o técnicas en cuestión. La exigencia de una condena firme resulta excesiva, porque son muchas las razones por las cuales puede ser que el procedimiento, a ese respecto, legítimamente, no llegue a término, a pesar de haber material probatorio que demuestra la existencia de una asociación de ese tipo. Por otra parte, los antecedentes (necesariamente preliminares, aún precarios) invocados durante la investigación para solicitar la autorización para el empleo de las medidas o técnicas no pueden ser fundamento suficiente. Pues es imperativo evitar que la mera invocación de la existencia de una asociación delictiva o criminal se convierta en un subterfugio suficiente para investigar siempre y en todo caso con medios extraordinarios, eludiendo abiertamente los límites impuestos por la ley para ello. Es tarea de los jueces evitarlo. De los jueces de garantía, en la audiencia de preparación de juicio oral; y del tribunal de juicio oral o simplificado, a la hora de valorar la prueba por delitos cuya investigación, se sabe ahora, no admitía el uso de las medidas o técnicas y la autorización para usarlas se basó en la circunstancia no comprobada.

En mi opinión, deben hacerse valer antecedentes suficientes como para tener por acreditada la “tipicidad objetiva” de los tipos penales de los arts. 292 o 293, esto es, la existencia de una asociación delictiva o criminal en los

términos de esas disposiciones, así como una conexión entre la actividad de tal asociación y los hechos investigados. En cuanto no se trata de una decisión de condena, no debiera ser aplicable el estándar de convicción más allá de duda razonable, pero sí una convicción basada en antecedentes robustos. De no ser eso posible, no debería poder aprovecharse la prueba en cuestión, simplemente porque se obtuvo de un modo que estaba vedado, aunque a primera vista pudiera haberse visto de un modo diferente.

II. Análisis particular de las medidas intrusivas tecnológicas, con especial referencia a los presupuestos de legalidad y legitimidad

1. Interceptación y/o grabación de las telecomunicaciones de personas

Disposiciones aplicables:

La Ley N°21.577 introdujo un acápite “I” en el § 3 del Título I del libro II del CPP:

I. Interceptación de comunicaciones

Art. 222. Ámbito de aplicación. El juez de garantía, a petición del Ministerio Público, podrá ordenar la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación cuando existan fundadas sospechas basadas en hechos determinados de que una persona ha cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella prepara actualmente la comisión o participación en un delito al que la ley le asigna pena de crimen, y la investigación de tales delitos lo haga imprescindible.

La orden a que se refiere el inciso precedente sólo podrá afectar al imputado o a personas respecto de las cuales existieren fundadas sospechas basadas en hechos determinados, de que sirven de intermediarias de dichas comunicaciones y, asimismo, de aquellas que facilitaren sus medios de comunicación al imputado o sus inter-

mediarios y la investigación de tales delitos lo hiciere imprescindible. No se podrán interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, a menos que el juez de garantía lo ordenare, por estimar fundadamente, sobre la base de hechos determinados de los que dejará constancia en la respectiva resolución, que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados.

La orden que disponga la interceptación y grabación deberá consignar las circunstancias necesarias para individualizar o determinar al afectado por la medida y, de ser posible, los datos que permitan singularizar los medios de comunicación o telecomunicación a intervenir y grabar, tales como números de líneas telefónicas, direcciones IP, casillas de correos, entre otros. También señalará la autoridad o funcionario policial que se encargará de la diligencia de interceptación y grabación, la forma de la interceptación, su alcance y su duración.

La interceptación no podrá exceder de sesenta días. El juez podrá prorrogar este plazo por períodos de hasta igual duración, para lo cual deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos previstos en los incisos precedentes.

Las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones y prestadores de servicios de internet deberán dar cumplimiento a esta medida, proporcionando a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para que se lleve a cabo con la oportunidad con que se requiera. Con este objetivo los proveedores de tales servicios deberán mantener, en carácter reservado y bajo las medidas de seguridad correspondientes, a disposición del Ministerio Público, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a un año, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados. Transcurrido el plazo máximo de mantención de los datos señalados precedentemente, las empresas y prestadores de servicios deberán destruir en forma segura dicha información. La negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato. Asimismo, los encargados de realizar la diligencia y los empleados de las empresas mencionadas en este inciso deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigos al procedimiento.

Si las sospechas tenidas en consideración para ordenar la medida se disiparen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente.

Art. 223. *Registro de la interceptación.* La interceptación de que trata el artículo precedente será registrada mediante su grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos que aseguren la fidelidad del registro. La grabación será entregada directamente al ministerio público, quien la conservará bajo sello y cuidará que la misma no sea conocida por terceras personas.

Cuando lo estimare conveniente, el ministerio público podrá disponer la transcripción escrita de la grabación, por un funcionario que actuará, en tal caso, como ministro de fe acerca de la fidelidad de aquélla. Sin perjuicio de ello, el ministerio público deberá conservar los originales de la grabación, en la forma prevista en el inciso precedente.

La incorporación al juicio oral de los resultados obtenidos de la medida de interceptación se realizará de la manera que determinare el tribunal, en la oportunidad procesal respectiva. En todo caso, podrán ser citados como testigos los encargados de practicar la diligencia.

Las comunicaciones que resulten impertinentes o irrelevantes para la investigación de los hechos de que se trate serán entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida. El Ministerio Público destruirá toda transcripción o copia de ellas.

Lo prescrito en el inciso precedente no regirá respecto de aquellas grabaciones que contengan informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que puedan constituir un delito al que la ley le asigne pena de crimen, de las cuales se podrá hacer uso conforme a las normas precedentes.

Art. 224. *Notificación al afectado por la interceptación.* La medida de interceptación será notificada al afectado por la misma con posterioridad a su realización, en cuanto el objeto de la investigación lo permitiere, y en la medida que ello no pusiere en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas. En lo demás regirá lo previsto en el artículo 182.

Art. 225. *Prohibición de utilización.* Los resultados de la medida de interceptación telefónica o de otras formas de telecomunicaciones no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento, cuando ella hubiere tenido lugar fuera de los supuestos previstos por la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos en el artículo 222 para la procedencia de la misma.

La Ley N° 21.577 introdujo varias modificaciones a los arts. 222 y 223, ninguna de las cuales, sin embargo, parece especialmente trascendente. En varios casos se trata de simples cambios de redacción que no parecen incidir en el alcance de las normas. Puede aprobarse, por ejemplo, que, como fórmula para indicar respecto de la investigación de qué delitos es procedente la medida intrusiva, se haya reemplazado la expresión delito o hecho punible “que merezca pena de crimen” por la más precisa de delito “al que la ley le asigne pena de crimen”, aunque no se aprecia que la formulación inicial haya provocado grandes dudas respecto de que lo decisivo era la pena abstracta y no la concreta, sin contar con que el cambio no fue del todo consistente, pues la misma ley introduce en otras disposiciones la fórmula reemplazada (véase, por ejemplo, arts. 218 ter y 226 L inciso segundo).

La única mejoría apreciable, y relativamente menor, consiste en hacerse cargo abiertamente del problema práctico que representa la ausencia de datos exactos sobre el afectado y el medio a interceptar⁷. Así, mientras el inciso cuarto original disponía que la orden debía “indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida”, la nueva redacción se refiere, más realistamente y en línea con el art. 24 de la Ley N° 20.000, a que debe “consignar las circunstancias necesarias para individualizar o determinar al afectado por la medida”, agregando que, de ser posible, debiera consignar “los datos que permitan singularizar los medios de comunicación o telecomunicación a intervenir y grabar, tales como números de líneas telefónicas, direcciones IP, casillas de correos, entre otros”, así como “la autoridad o funcionario policial que se encargará de la diligencia de interceptación y grabación, la forma de la interceptación, su alcance y su duración”. Esto es, por cierto, importante, pero, sin duda, no dará paso a una práctica mayormente diferente de la actual.

⁷ El asunto lo hizo presente el fiscal nacional del Ministerio Público durante la tramitación legislativa, Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, de 5 de mayo de 2021, Biblioteca del Congreso Nacional: Historia de la Ley N° 21.577 (HL N° 21.577), p. 46 s.

En rigor, lo único que en realidad llama la atención (para mal) del reciente proceso legislativo en relación con el art. 222 es una omisión que resulta del todo incomprensible, como es haber dejado incrustado en el inciso sexto una suerte de regulación parcial sobre datos de tráfico, en circunstancias en que la ley, precisamente, se hizo cargo del asunto, de modo completo y diferenciado, en el nuevo art. 218 ter (que se agrega al nuevo art. 218 bis, introducido mediante la Ley N° 21.459, de 20 de junio de 2022, y que entró en vigor el 21 de junio de 2024). En la medida en que ambas regulaciones se superponen al menos parcialmente, además de los defectos del art. 218 ter, son de prever dudas interpretativas significativas. El asunto se abordará con detalle *infra* 4, a propósito de la nueva regulación sobre la materia.

De ahí que el comentario de fondo sobre la interceptación de comunicaciones no verse, en rigor, sobre una innovación legislativa, sino que sobre un aspecto general de la regulación, tal como se introdujo por el Código Procesal Penal en 2000.

El punto que se quiere discutir aquí es el alcance del concepto de comunicación sometido al régimen del art. 222. En mi opinión, lo que regula el precepto es el acceso a (o la captación y grabación de) comunicaciones privadas en tiempo real, esto es, mientras estas están teniendo lugar, a lo que podría objetarse que dicha distinción, al menos a primera vista, no tendría sustento en la letra de la ley. Pero una distinción entre distintas formas de comunicación viene impuesta, como se verá, por la propia ley, y todo indica que el criterio que subyace a la distinción implícita en la regulación legal es, precisamente, si el acceso indebido a las comunicaciones privadas tiene lugar en tiempo real o no. En efecto, también la correspondencia epistolar, convencional o “en papel”, es una “forma de comunicación privada” cuya inviolabilidad está garantizada por el art. 19 N° 5 de la Constitución Política, pero es evidente, sin embargo, que los requisitos legales para acceder a ella (art. 218) no son los mismos, más específicamente, que son menos exigentes que los que rigen para poder escuchar una conversación telefónica (art. 222), desde luego, porque la retención de esa correspondencia procede respecto de la investigación de cualquier delito. Pero lo decisivo para el punto que aquí interesa, es que el criterio de distinción legal no gira en torno al empleo de medios tecnológicos para que se verifique la comunicación, como se desprende inequívocamente del hecho de que el mismo art. 218 que rige para los envíos postales convencionales y que no fue modificado por la Ley

Nº 21.577⁸, constituye la norma de cobertura para obtener “copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de éste” (inciso primero, *in fine*)⁹. Y si se pregunta ahora cuál es la diferencia que media entre acceder al correo electrónico y a las comunicaciones telefónicas de una persona, en términos de intensidad de la intromisión en la esfera de intimidad del sujeto, parece evidente que esta radica en ese carácter actual, simultáneo, “en tiempo real” de las segundas.

Otra manera de verlo, coincidente en el fondo, pero levemente diferente en la formulación, es distinguir entre comunicaciones que podrían calificarse de efímeras, de cuyo contenido¹⁰, por las características mismas del medio empleado, no queda registro alguno, de aquellas otras en que necesariamente su contenido queda registrado. Desde cualquiera de las dos perspectivas, se entiende que existe una diferencia relevante en términos de afectación de derechos entre el acceso al correo electrónico y una conversación telefónica, que es lo que explica que las medidas intrusivas consistentes en el acceso a una u otra forma de comunicación estén sometidas a un régimen de legitimación también diferente.

Este criterio coincide con lo resuelto en su momento por jurisdicciones extranjeras enfrentadas al tratamiento del acceso al correo electrónico de una persona. Así, por ejemplo, en Alemania, a propósito de un caso en el que se había solicitado y concedido autorización judicial para acceder a correos electrónicos de un imputado, el Tribunal Supremo Federal resolvió que la medida estaba sujeta al régimen de legitimación de las incautaciones,

8 “Art. 218. Retención e incautación de correspondencia. A petición del fiscal, el juez podrá autorizar, por resolución fundada, la retención de la correspondencia postal, telegráfica o de otra clase y los envíos dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo nombre supuesto, o de aquéllos de los cuales, por razón de especiales circunstancias, se presumiere que emanan de él o de los que él pudiere ser el destinatario, cuando por motivos fundados fuere previsible su utilidad para la investigación. Del mismo modo, se podrá disponer la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de éste.

El fiscal deberá examinar la correspondencia o los envíos retenidos y conservará aquellos que tuvieren relación con el hecho objeto de la investigación. Para los efectos de su conservación se aplicará lo dispuesto en el artículo 188. La correspondencia o los envíos que no tuvieren relación con el hecho investigado serán devueltos o, en su caso, entregados a su destinatario, a algún miembro de su familia o a su mandatario o representante legal. La correspondencia que hubiere sido obtenida de servicios de comunicaciones será devuelta a ellos después de sellada, otorgando, en caso necesario, el certificado correspondiente”.

9 La única disonancia que se puede advertir es que el inciso cuarto del art. 222 reformulado mediante la Ley Nº 21.577 dispone que lo orden debe incluir, de ser posible, los datos que permitan singularizar los medios de comunicación a intervenir y grabar, y entre ellos menciona las “casillas de correos”.

10 Es difícil (si no imposible) que no quede ningún registro, siquiera brevemente, del hecho mismo de la comunicación. Es lo que pasa, por ejemplo, con los datos de tráfico telefónico.

particularmente de correspondencia convencional (§§ 94 y 99 StPO), y no al más exigente de la interceptación telefónica (§ 100a StPO). Lo interesante del pronunciamiento del BGH es que afirmó que la solución era la misma, fuera que los mensajes dirigidos al imputado hubieran sido ya leídos o no. Aunque el tribunal reconoce que el exacto status de los mensajes aún no leídos (en mi opinión, parece más razonable atender simplemente a si fueron ya “abiertos”), era dudoso a la época de la decisión, lo cierto es que no podía equipararse al de una comunicación telefónica, “porque durante el almacenamiento en el banco de datos del proveedor del servicio de correo electrónico (aunque posiblemente solo por una fracción de segundo), ya no hay un proceso de telecomunicación”, de modo que la incautación de los correos ahí almacenados hasta una primera vista o vistas posteriores era plenamente comparable con la incautación de otros mensajes que quedan transitoriamente en poder de quien presta el servicio (sentencia de 31 de marzo de 2009, BGH NJW 2009, 1828).

Entre nosotros, este claro paralelismo con la correspondencia convencional explica que los correos electrónicos estén expresamente considerados en el art. 218, también desde un punto de vista de proporcionalidad. Pues no se aprecia absolutamente ninguna razón para que se puedan interceptar (en el sentido exacto de impedir que lleguen a destino) o retener sobres con cartas o incautar los mismos sobres antes o después de haberse enviado, como cualquier otro objeto, así como que se puedan incautar computadores y revisar todo lo que contienen, a propósito de la investigación de cualquier delito, y no se pudieran revisar, en cambio, los correos electrónicos almacenados en un computador incautado, sea de propiedad del emisor o receptor de los mensajes, sea de propiedad del prestador del servicio de correo. Lo mismo debiera regir, en consecuencia, para cualquier otra forma de comunicación que pase por el envío de mensajes que quedan almacenados, aunque sea por poco tiempo, para que el destinatario los pueda revisar en un momento posterior, tales como mensajes de texto (SMS) o mensajes de *WhatsApp* (también de audio).

Un aspecto dudoso, que marca, además, la diferencia entre los dos criterios de distinción presentados en principio como coincidentes (intromisión en tiempo real vs. intromisión diferida / registro o almacenamiento del mensaje vs. mensaje efímero, sin registro), surge al considerar aquellos casos en que se accede en tiempo real a una comunicación que tiene lugar a través de mensajes que quedan registrados, como sería el acceso a un intercambio por correo electrónico o por cualquier forma de chat mientras este está

teniendo lugar. Según el primer criterio, se trataría de una interceptación en los términos del art. 222, según el segundo, no. Reconociendo que se trata de una cuestión muy discutible, aquí se está por el primer criterio, cuando menos considerando que la simultaneidad aumenta considerablemente la intensidad de la intromisión. Como es obvio, la disyuntiva solo se dará en la práctica cuando se pueda acceder remota y subrepticamente a alguno de los equipos involucrados, de ahí que no extrañe que, en cuanto permite esa intromisión en tiempo real, en el derecho comparado se condicione dicha forma de acceso al cumplimiento de requisitos tanto o más exigentes que los que rigen para la interceptación, con independencia del tipo de comunicación efectiva o potencialmente afectada (sobre esto, *infra* 3).

2. Captación, grabación y registro subrepticio de imágenes o sonidos en lugares cerrados o que no sean de libre acceso al público

Normativa aplicable:

Art. 226. Otros medios técnicos de investigación. Cuando el procedimiento tenga por objeto la investigación de un hecho punible al que la ley asigna pena de crimen, el juez de garantía podrá ordenar, a petición del Ministerio Público, el empleo de medios tecnológicos para captar, grabar y registrar subrepticamente imágenes o sonidos en lugares cerrados o que no sean de libre acceso al público, cuando existan fundadas sospechas basadas en hechos determinados y graves que lo hagan imprescindible para el esclarecimiento de los hechos. Regirán, en lo pertinente, las disposiciones de los artículos 222 a 225.

Al margen de defectos subsistentes, debe celebrarse, por cierto, la reformulación del art. 226, probablemente una de las disposiciones más defectuosas del código original. Tomada al pie de la letra, la formulación original del art. 226¹¹ conducía a resultados sencillamente absurdos. En efecto, al no

11 "Cuando el procedimiento tuviere por objeto la investigación de un hecho punible que mereciera pena de crimen, el juez de garantía podrá ordenar, a petición del ministerio público, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos. Asimismo, podrá disponer la grabación de comunicaciones entre personas presentes. Regirán correspondientemente las normas contenidas en los artículos 222 al 225".

precisar el contexto o las circunstancias específicas de las conductas que eran su objeto (“la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos”), se tendría que haber entendido, por ejemplo, que la fijación fotográfica de las marcas de frenado de un vehículo sobre la calzada por parte de la SIAT de Carabineros en el contexto de la investigación de un cuasidelito de homicidio o lesiones, asociado a un accidente de tránsito, no solo requería autorización judicial (aunque, ciertamente, no se lograra apreciar en ello la vulneración de las garantías fundamentales de nadie), sino que, además, por tratarse en ambos casos de la investigación de un simple delito, dicha autorización no hubiera sido procedente, pues la ley solo la permitía para la investigación de crímenes.

Como era obvio, no podía ser ese su sentido, que habría sido incongruente tanto con el art. 9, que erige en presupuesto de la intervención judicial la afectación de derechos fundamentales, como con la amplísima definición de las actuaciones de investigación del art. 181, que, luego de mandar que se haga constar el estado de las personas, cosas o lugares y se identifique e interrogue a los testigos, tomando nota de las huellas, rastros o señales que hubiere dejado el hecho, y dejando constancia de la descripción del lugar, del estado de los objetos que en él se encontraren y de todo otro dato pertinente, afirma que “se podrá disponer la práctica de operaciones científicas, la toma de fotografías, filmación o grabación y, en general, la reproducción de imágenes, voces o sonidos por los medios técnicos que resultaren más adecuados”, e, incluso, con la definición de las actuaciones autónomas de las policías, conforme al art. 83 letra c) o al art. 90. Con todo, era la letra de la ley.

La nueva redacción recoge, al menos en lo fundamental, lo que cualquier aproximación razonable al precepto adivinaba era su verdadero propósito y alcance, a saber, referirse a intromisiones tecnológicas subrepticias y en tiempo real, como se desprendía tanto del contexto sistemático, dominado por las interceptaciones telefónicas y similares, como de la referencia expresa a “la grabación de comunicaciones entre personas presentes”, que solo tenía sentido práctico si la grabación era subrepticia, a la vez que representaba una intromisión de intensidad equivalente a la de una interceptación, lo que justificaba un régimen de garantía de tal intensidad. En efecto, ahora la ley se refiere al

empleo de medios tecnológicos para captar, grabar y registrar subrepticamente imágenes o sonidos en lugares cerrados o que no sean de libre acceso al público.

Se trata, al menos, sin duda, de la captación, grabación o registro de imágenes o sonidos a los cuales un sujeto que no ha sido admitido a percibirlos por sus propios sentidos no podría acceder sin el empleo del medio tecnológico en cuestión. Es el caso de lo que ocurre al interior de un recinto cerrado bajo circunstancias concretas que impiden que alguien desde afuera pueda percibirlo de modo natural¹². Se trata, por cierto, de micrófonos y/o cámaras dispuestas subrepticamente al interior del recinto, pero también de medios tecnológicos que permitan ver o escuchar desde afuera, a pesar de los obstáculos a la percepción natural.

Lo mismo debiera regir, en principio, cuando los obstáculos no son permanentes o absolutos sino situacionales y lo que hace el medio tecnológico es, precisamente, suprimir el factor situacional. Así, por ejemplo, si se trata de una casa ubicada en un sector aislado, sin personas cerca, se puede asumir razonablemente que nadie podrá ver ni escuchar lo que pasa en el interior, aunque no haya cortinas ni persianas o se hable a los gritos, y por eso no se adoptan mayores resguardos, permitiendo inconscientemente que se capten, graben o registren imágenes y conversaciones privadas que no se hubieran sostenido en las mismas condiciones de haberse sabido que alguien las estaba captando a la distancia con dispositivos tecnológicos. O cuando es de noche y no hay luces, ni adentro ni afuera, que permitan que el ojo humano vea naturalmente el interior a pesar de la ausencia de cortinas o persianas y, sin embargo, se puede ver todo gracias a medios de visión nocturna o térmica. La validez de esta aproximación está condicionada, sin embargo, por el grado de generalización o masificación del uso de tales medios que el propio ordenamiento jurídico permite o al menos tolera. En un contexto social en el que los dispositivos de visión térmica o nocturna se convirtieran en un aparato ordinario de la vida cotidiana, que se puede adquirir en cualquier parte sin mayores restricciones, la pretensión jurídica

12 En mi opinión, no están cubiertos los casos en que se puede ver y escuchar desde afuera, por falta de obstáculos para la visión humana (muros, puertas, cortinas, persianas, etc.) o el oído humano (un volumen que no permita que el sonido sea perceptible o inteligible por seres humanos que se encuentran fuera). El que gusta de los ventanales amplios o abomina de las cortinas, escucha música o programas de cualquier tipo a todo volumen o emite ruidos que simplemente se pueden escuchar desde afuera, porque son muy intensos o porque no se toma ningún resguardo para que otros no escuchen, como cerrar la ventana, no puede pretender que el mundo exterior no lo perciba. Por cierto se puede discutir la legitimidad de grabar o registrar aquello que se puede percibir naturalmente, pero esa discusión no es distinta en casos como estos a la que puede darse sobre la captación o registro de lo que ocurre en la vía pública. En particular, no es una discusión que deba incidir en los alcances del art. 226.

de que la oscuridad brinde por sí sola protección contra la percepción ajena deja de ser plausible. Y algo similar puede decirse del uso de telescopios de todo tipo, o el uso de drones con cámaras y/o micrófonos.

A pesar del mérito general de la nueva formulación, la letra de la ley contiene dos exigencias que restringen innecesariamente la protección que debería brindar, ninguna de las cuales estaba presente en la redacción original, que, como se dijo, era defectuosa, pero por otras razones. La primera es que, al exigirse el “empleo de medios tecnológicos”, no quedan cubiertos los casos en que una persona pueda captar subrepticamente las imágenes o sonidos, por ejemplo, escondida dentro del recinto cerrado. Por supuesto esto requeriría autorización judicial, desde ya de acuerdo con el art. 205, pero no parece razonable que la instalación de un micrófono esté sometida a requisitos formales rígidos de proporcionalidad y a un régimen de control especial, y se pudiera, en cambio, esconder a un agente al interior de una morada para la investigación de cualquier delito y sin exigencias adicionales a la autorización judicial¹³. Si este ejemplo puede parecer de laboratorio, no lo son aquellos que produce la segunda exigencia legal que merece crítica, como es que lo captado, grabado o registrado debe tener lugar “en lugares cerrados o que no sean de libre acceso al público”¹⁴, con lo cual no quedan cubiertos casos en los que, pese a no darse esa condición, resulta indudable una legítima expectativa de exclusión del acceso de otros. Con las imágenes ya se ha dicho que el asunto es cada vez más discutible, pero no parece serlo todavía respecto de los sonidos, por ejemplo, una conversación privada en voz baja o moderada en una playa desierta y que puede ser captada a distancia por un potente micrófono direccional. De nuevo, al menos debiera ser claro, todavía, que esa actividad requiere autorización judicial de acuerdo con las reglas generales, y en ese contexto el tribunal debiera aplicar criterios de proporcionalidad equivalentes a los de los arts. 222 o 226.

13 Al margen de la disposición concreta que un juez pudiera tener ante una solicitud de este tipo (por ejemplo, aplicando un criterio equivalente al que aplica ante solicitudes en virtud del art. 222 o 226), se plantea la cuestión más fundamental sobre si el art. 9 es un mecanismo para validar progresivamente medidas intrusivas no previstas por la ley y que vayan surgiendo en la práctica (tesis con la cual, al menos prima facie, se está de acuerdo aquí) o si, por el contrario, al menos tratándose de intromisiones especialmente intensas, debe exigirse “reserva de ley”, de modo que, en ausencia de previsión legal, la medida simplemente no es procedente.

14 Es la misma restricción injustificada, en materia sustantiva, del tipo penal del art. 161-A CP.

Que esta exigencia espacial se basa en una defectuosa comprensión de lo que debe ser protegido se confirma cuando no se considera solo su falla por defecto, sino también por exceso, concretamente cuando se considera la protección inusitada que se le da a lo que ocurre en lugares “que no sean de libre acceso al público”, como podría ser un sitio cercado de propiedad privada, al que se puede ver desde edificios circundantes ¿requerirá autorización judicial filmar o fotografiar algo que se encuentre o pase ahí, y solo respecto de la investigación de crímenes, para que ese material audiovisual pueda aprovecharse en un proceso? La exigencia de actuar “subrepticamente” debiera bastar para descartarlo en lo que concierne a las imágenes, de modo que no son de esperar graves consecuencias, pero se trata, sin duda, de una formulación defectuosa.

3. Registro remoto de equipos informáticos

Normativa aplicable:

El Código Procesal Penal señala:

Artículo 225 bis. Registro remoto de equipos informáticos y ámbito de aplicación. A petición fundada del Ministerio Público, el juez de garantía podrá autorizar la utilización de programas computacionales que permitan acceder de manera remota y aprehender el contenido de un dispositivo, computador o sistema informático, sin conocimiento de su usuario, cuando existan fundadas sospechas basadas en hechos determinados, de que una persona ha cometido o participado en la preparación o comisión, o que el delito se esté cometiendo actualmente, o que se esté preparando la comisión o participación en una asociación delictiva o criminal.

La medida será autorizada por un plazo máximo de 30 días. El juez de garantía podrá prorrogar este plazo por períodos de hasta igual duración, con un máximo de 60 días, para lo cual deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos previstos en el inciso anterior.

Artículo 225 ter. Requisitos de la resolución que autoriza la medida. La resolución judicial que autorice el acceso remoto deberá especificar, a solicitud del fiscal:

- a) Los dispositivos, computadores o sistemas informáticos específicos objeto de la medida y las circunstancias necesarias para individualizar o determinar al afectado por la medida.
- b) El alcance de la medida, la forma en la que se procederá al acceso y aprehensión de contenidos relevantes para la causa y el programa computacional software mediante el cual se realizará acceso remoto.
- c) Los agentes autorizados para la ejecución de la medida.
- d) La autorización, en su caso, para la realización y conservación de copias de los contenidos para la causa.
- e) Las medidas técnicas específicas necesarias para preservar la integridad de los contenidos, así como para impedir el acceso y la supresión de dichos datos del sistema informático objeto de la medida.
- f) La duración precisa de la medida.

Artículo 225 quáter. Ampliación del registro. Cuando al ejecutarse el acceso remoto surjan motivos para creer que los contenidos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte de él, el juez de garantía, a petición fundada del Ministerio Público, podrá autorizar la ampliación de los términos del acceso remoto.

La resolución judicial que autorice la ampliación del registro deberá especificar los antecedentes señalados en el artículo anterior, que resulten pertinentes para el desarrollo de la ampliación.

Artículo 225 quinquies. Deber de colaboración. Los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información y los titulares o responsables del sistema informático o contenido objeto del acceso remoto, están obligados a colaborar con los funcionarios policiales encargados de ejecutar la medida. Asimismo, están obligados a facilitar la asistencia necesaria para que los contenidos aprehendidos puedan ser objeto de examen y visualización.

Los sujetos requeridos para prestar la colaboración en este tipo de requerimientos deberán guardar secreto acerca de los mismos, salvo que se les cite a declarar. La ejecución de la técnica de investigación, en los términos de la resolución judicial que la autoriza, no podrá ser objeto de sanción penal o civil.

Posiblemente la mayor innovación que trae consigo la Ley N° 21.577 en materia de medidas intrusivas sea la introducción ex nihilo del registro remoto de equipos informáticos, en los arts. 225 bis a 225 quinquies. La medida consiste en *“la utilización de programas computacionales que permitan acceder de manera remota y aprehender el contenido de un dispositivo, computador o sistema informático”* y esto *“sin conocimiento de su usuario”*.

Se trata de una medida conocida en el derecho comparado, sometida, en general, a restricciones importantes, por la intensidad del efecto intrusivo que en concreto puede tener. Así, por ejemplo, en el derecho alemán (§ 100b StPO) solo procede para la investigación de delitos especialmente graves, especificados en un listado taxativo, mientras que en el derecho español (art. 588 septies a LECr), en general más laxo en estas materias, aunque los identifica de un modo más amplio, lo permite también solo para la investigación de ciertos delitos (cometidos en el seno de organizaciones criminales, de terrorismo, cometidos contra menores o personas “con capacidad modificada judicialmente”, contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional, o bien cometidos a través de instrumentos informáticos o tecnologías de información o comunicación). Pero lo realmente significativo es que, en ambos ordenamientos, el registro remoto está sometido a exigencias mayores que las que rigen para las interceptaciones telefónicas (disponible, en Alemania, para la investigación de delitos contenidos también en un catálogo, pero considerablemente más amplio, § 100a II StPO; en España para la investigación de cualquier delito doloso castigado con pena máxima de tres años o más de prisión, además de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, art. 588 ter a en relación con art. 579.1 LECr). Esto contrasta significativamente con el régimen que se acaba de establecer en Chile, que, al menos a primera vista, considera menos restricciones que las previstas para dicha medida intrusiva.

En efecto, hubiera sido de esperar que la medida estuviera sometida cuando menos a las mismas exigencias previstas en los arts. 222 y 226, pero el nuevo art. 225 bis solo exige que:

existan fundadas sospechas basadas en hechos determinados, de que una persona ha cometido o participado en la preparación o comisión, o que el delito se esté cometiendo actualmente, o que se esté preparando la comisión o participación en una asociación delictiva o criminal.

Esto implica que, al menos en principio, la medida es procedente para la investigación de cualquier delito y no solo para la de crímenes, como es la exigencia general de las otras dos disposiciones. Adicionalmente, también en principio, podría dirigirse contra cualquier usuario de un equipo informático y no necesariamente contra el imputado, como exige el inciso segundo del art. 222, donde solo se equiparan al imputado personas que le sirven de intermediarias de comunicaciones o que le facilitan (a él o a sus intermediarios) sus medios de comunicación.

Respecto de lo primero (procedencia para la investigación de cualquier delito), se podrá argumentar, en favor de esta decisión, que el registro remoto es simplemente un modo distinto de registrar un computador y que, si el registro físico de este es posible en cualquier procedimiento penal, con la sola condición de que se cuente con una orden judicial, sea que el registro se verifique *in situ*, sea, como será la regla, que se lo incaute y se lo registre luego en otro lugar (arts. 205 y 217), no habría razón para establecer un régimen distinto. Pero con esto se pasaría por alto que, a diferencia de lo que ocurre con un registro convencional¹⁵, aquí se trata explícitamente de una medida subrepticia, con lo cual la intensidad de la medida en términos de intromisión es mucho mayor¹⁶. Esto debiera llevar a los tribunales a ser especialmente estrictos a la hora de conceder las autorizaciones, aunque debe reconocerse que la ley no parece dejar espacio para no conceder la

15 Si ha sido precedido por la incautación del equipo informático esto es sencillamente evidente, pero también debiera serlo en los demás casos, por la regulación del registro en los arts. 205, 212 y 216, que sugieren que se trata de una medida ostensible. Es cierto que el art. 212 permite prescindir de la notificación al dueño o encargado y de la invitación a él a presenciar el acto, "sobre la base de antecedentes que hicieren temer que ello pudiese frustrar el éxito de la diligencia", pero nada más en la regulación sugiere que pueda ser una medida subrepticia, sin que, por otra parte, el art. 236 pueda servir de base suficiente para entradas y registros ocultos, porque este supone que la falta de comunicación al afectado, por la naturaleza de la diligencia, "resulta indispensable para su éxito". Es cierto que la falta de comunicación al afectado puede fundarse, alternativamente, también en la gravedad del hecho, pero en tal caso debiera proceder en casos más bien excepcionales, al margen de que sigue siendo muy dudoso que realmente se puedan implementar registros físicos subrepticios sobre una base normativa tan escueta. Hasta donde se puede ver, nunca se han practicado registros físicos bajo esa modalidad en nuestro medio. En el derecho alemán, precisamente a propósito de una solicitud de autorización de registro informático remoto con invocación de las reglas generales sobre entrada y registro (antes de la introducción del § 100b StPO), se resolvió que la autorización no era procedente, no por el carácter remoto de la medida, sino fundamentalmente por su carácter subrepticio (sentencia del Tribunal Supremo Federal, de 31 de enero de 2007, BGHSt 51, 211).

16 La mayor intensidad de un registro convencional subrepticio se reconoce aun en la práctica judicial estadounidense, donde la autorización judicial de esta modalidad (sneak and peek search warrants, más formalmente: delayed notice search warrants) ha estado tradicionalmente asociada a más exigencias en el escrutinio judicial. Cabe mencionar que debió preverse explícitamente en las Reglas Federales del Procedimiento Penal, Regla 41(f)(3) y que debe enviarse anualmente un informe al Congreso sobre su aplicación, conforme a la USA Patriot Act, 18 U.S.C. § 3103a(d)(2).

autorización en base a criterios de proporcionalidad si se dan los presupuestos de procedencia de la medida¹⁷, esto es, la existencia de las fundadas sospechas basadas en hechos determinados a que se refiere el art. 225 bis.

Ahora bien, el asunto es completamente distinto si el registro, por las características concretas del programa informático a utilizar, permite acceder a las comunicaciones del usuario en tiempo real, esto es, en el momento en que está enviando o recibiendo mensajes de cualquier tipo o formato (sobre esto, *supra* 1), porque en tal caso y en esa exacta medida, constituye una interceptación en los términos del art. 222 y solo procede respecto de la investigación de crímenes o de simples delitos para cuya investigación está excepcionalmente previsto. Esto, por cierto, al margen de ser también un registro informático remoto en los términos del art. 225 bis, porque, en cuanto el registro sirve en el caso concreto como medio para la interceptación, realiza con ello, al mismo tiempo, los presupuestos conceptuales de ambas medidas, y teniendo estas requisitos de distinto nivel, en concreto deben satisfacerse necesariamente los más exigentes. De lo contrario, como

17 Ni el art. 5 (referido a la interpretación de la ley, no a las circunstancias del caso que debe resolverse) ni el art. 9, que solo establece la necesidad de autorización y la competencia para ello, establecen un mandato general de ajustarse al principio de proporcionalidad, el que solo parece recogido siquiera implícitamente en disposiciones dispersas (por ejemplo, el art. 222, además de la restricción formal, exige para la interceptación que "la investigación de tales delitos lo haga imprescindible"). No se descarta que un mandato en ese sentido se pueda construir interpretativamente, pero eso supondría un esfuerzo de justificación que no puede intentarse aquí. Sería deseable una disposición que obligara siempre al juez a valorar si la medida es en concreto, atendidas las circunstancias del caso, conducente, estrictamente necesaria y no desproporcionada, aunque, ojalá, sin caer en el impropio y exasperante estilo de manual universitario de la legislación española, específicamente del art. 588 bis a LECr, el primero del Capítulo IV del Título VIII del Libro II, referido específicamente a las medidas intrusivas tecnológicas: "Principios rectores. 1. Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. 2. El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva. 3. El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad. 4. En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida: a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida. 5. Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho".

es obvio, la solicitud de autorización para una medida menos intensa, solo porque en efecto tendrá lugar, serviría como sencillo expediente para eludir los requisitos de la autorización de otra medida más intensa que también tendrá lugar a través de ella. Lo decisivo no es la forma o la disposición legal invocada, sino exclusivamente la naturaleza de la medida concreta.

Se podría objetar que, siendo la afectación de esas comunicaciones una mera eventualidad, no hay razones para excluir a priori el registro remoto en la investigación de simples delitos. Esto puede ser, sin duda, correcto, pero solo a condición de que el Ministerio Público, al fundar su solicitud, exponga cómo es que el registro no implicará en concreto una intromisión en las comunicaciones del usuario del equipo informático afectado por la medida. De lo contrario, se estaría autorizando genéricamente una interceptación de comunicaciones inútil, permitiendo gratuitamente, en consecuencia, una afectación grave de las garantías fundamentales de una persona. Es cierto que los resultados de una interceptación de comunicaciones, en casos en que ella no procede, no pueden ser aprovechados como prueba (art. 225), pero esta consecuencia no es más que un pobre remedio para una vulneración de garantías fundamentales que no debió haber tenido lugar, y cuya evitación es la razón de ser de la institución del juez de garantía. Como se sabe, no es imaginable una investigación penal efectiva sin cierto grado de afectación de garantías fundamentales, y la tarea precisa del juez de garantía es brindarle legitimidad a dicha afectación, asegurándose de que, además de estar permitida siquiera *prima facie*, es estrictamente necesaria para los fines de la investigación, que es lo único que puede justificarla. Entonces, al margen de que para la persona cuyas garantías han sido conculcadas no puede ser consuelo suficiente que aquello no la perjudicará aún más (en términos de consecuencias penales), resultaría sencillamente irracional y contrario a la lógica interna del sistema legal que se permitiera genéricamente (y ese es el caso si la medida en concreto permite enterarse sin más de ellas en tiempo real) que a una persona le intercepten sus comunicaciones, cuando se sabe de antemano que eso, en cuanto no es aprovechable, no puede servirle a la investigación.

En consecuencia, será tarea del Ministerio Público demostrar que el registro remoto en concreto no constituirá una interceptación de comunicaciones en los términos del art. 222. Si los programas disponibles para la medida permiten una intromisión diferenciada, ciertamente no habrá impedimento legal (al margen de que resulte injustificadamente desproporcionado, como ya se ha dicho) para autorizar la medida, respecto de aquello que no constituye

comunicación en tiempo real del usuario, en el contexto de la investigación de un simple delito. Ahora bien, si los programas disponibles no permiten esa intromisión diferenciada, el Ministerio Público solo podría obtener una autorización en contextos que no permitan solicitar la interceptación de comunicaciones si convence en cuanto a que la aplicación del programa se verificará de un modo y en unas circunstancias tales que excluyen o al menos minimizan radicalmente la posibilidad de que se acceda en concreto a comunicaciones en tiempo real del usuario del equipo. En mi opinión, esto solo sería posible si se trata de una intromisión que dure lo estrictamente necesario para hacerse del contenido del equipo en un momento dado, siempre que este tiempo sea lo suficientemente breve como para que, en conjunto con otras circunstancias, como el horario de la intromisión o la ausencia del usuario en el lugar donde se encuentra el equipo, con la consiguiente falta de acceso a él, en efecto se pueda descartar o minimizar la posibilidad de acceso en tiempo real a sus comunicaciones¹⁸.

En otras palabras, para tener que satisfacer solo las exigencias del registro remoto y no las de la interceptación, la medida debiera ser un símil del registro convencional (en este caso, subrepticio), en cuanto intromisión puntual y temporalmente acotada (al margen de que excepcionalmente pueda durar un tiempo considerable), cual no es el caso si tiene el carácter de una medida de vigilancia, que, por definición, es una intromisión cuya duración no está limitada por un objeto preciso distinto, pues consiste en permanecer o esperar deliberadamente en situación de enterarse de algo que puede ocurrir o no en el futuro. Y, cabe decir que, en esto, el registro remoto está claramente construido a imagen y semejanza de la interceptación y no del registro convencional, como se desprende de la circunstancia de que no se habla de la vigencia de la autorización, esto es, del tiempo dentro del cual debe tener lugar, como hace el art. 208 inciso segundo respecto de la entrada y registro, sino que de la duración de la medida misma¹⁹, lo

18 En cuanto se trata, en último término, solo de la minimización del riesgo de interceptación, es perfectamente posible que ese riesgo se realice contra lo previsto. Esto no afecta la legitimidad ni de la autorización ni de la medida, pero obviamente impide aprovechar el resultado de lo que constituye interceptación respecto de la investigación de delitos para la que no es admisible. Distinto es el caso cuando las circunstancias, en concreto, hacen que lo que debió ser, en el peor de los casos, excepcional, deje de serlo. En tal caso debería someterse nuevamente a la consideración del tribunal la procedencia de la medida.

19 El inciso del art. 225 ter dispone que la medida "será autorizada por un plazo máximo de 30 días" pudiendo llegar, con prórrogas, a uno de 60 días, mientras que, conforme al art. 225 ter letra f), la resolución que autoriza la medida debe especificar la "duración precisa de la medida".

que no tiene ningún sentido si se trata de un acto puntual con un objetivo igualmente puntual. Al margen de que esto confirma la inconsistencia de la regulación legal, lo relevante es que, a menos que sea técnicamente posible una intromisión diferenciada, en casos de vigilancia remota se está indudablemente también ante una interceptación de comunicaciones, que solo es procedente en virtud de una autorización judicial dada bajo observancia de lo dispuesto en el art. 222.

Algo similar se produce cuando se accede en tiempo real no ya a comunicaciones, sino a imágenes o sonidos a los que no se podría haber accedido de no mediar el registro remoto, en los términos del art. 226. La amplitud del término “imagen” permite incluir no solo las imágenes que el usuario vea en su navegación por internet (así como los registros de audio a los que acceda), incluyendo todo tipo de textos, sino también, incluso, los textos que él mismo genere o esté generando mientras dure la medida, con lo cual, también a su respecto deberían satisfacerse los requisitos más exigentes de dicho art. 226.

En síntesis, a pesar de la liviandad con que el legislador trató el registro remoto a la hora de establecer sus presupuestos de procedencia y legitimidad, en términos prácticos, en la medida en que su ejecución puede implicar en concreto una interceptación en los términos del art. 222 o una captación, grabación o registro en los del art. 226, será necesario muchas veces que en la especie se satisfagan los requisitos de ambos artículos, y no solo los menos exigentes del art. 225 bis, en particular que se trate de la investigación de un hecho constitutivo de crimen o de un delito considerado especialmente por la ley para estos efectos. Solo en aquellos casos en los que la tecnología permita una intromisión diferenciada que impida conocer en tiempo real procesos en que está involucrado el usuario o, de otro modo, se excluya o minimice drásticamente la posibilidad de una intromisión de esas características, bastará el cumplimiento de los requisitos de este último artículo.

Respecto de lo segundo (falta de precisión de la persona que puede ser afectada por la medida), es notable que la ley haya tomado este resguardo respecto de una medida que por definición afectará a terceras personas (todos aquellos que se comuniquen con el imputado o las personas equiparadas), y que no haga lo mismo respecto de una medida respecto de la cual en muchos casos, al menos en principio, se puede identificar sin dificultades a la persona específica contra la que se dirige la medida. Con todo, puede

entenderse también que la preocupación expresada en el art. 222 (tomada probablemente del derecho alemán²⁰, que respecto de cada medida intrusiva expresa contra quien se puede dirigir, con alcances diferenciados en algunos casos), resulta exagerada, porque debiera entenderse sin más que si la ley exige que existan “fundadas sospechas basadas en hechos determinados” contra una persona también determinada, ha de entenderse, aunque la ley no lo explicita, que la medida solo puede dirigirse contra ella. Con esto, en vez de un exceso, podría más bien apreciarse un defecto, pues no habría cobertura legal para dirigir la medida contra personas distintas del imputado, en casos calificados en que esto se justificara, por ejemplo, porque hay razones suficientes y atendibles para suponer que el imputado o sujetos vinculados a él se valen de un equipo ajeno para los efectos que son de interés para la investigación. La parquedad de la ley permite que jueces atentos puedan administrar la medida razonablemente, permitiéndola por regla generalísima solo contra el imputado, pero también contra terceros, en casos excepcionales y calificados, como se acaba de mostrar.

Un asunto distinto, no tratado por la ley, es cómo debe procederse cuando un equipo tiene más de un usuario, con lo cual la medida puede afectar a personas respecto de las cuales no existe sospecha alguna. Si bien esta circunstancia no debiera, en principio, impedir la aplicación de la medida, pues es un riesgo inevitable de cualquier medida intrusiva que se afecte a terceros (en una interceptación telefónica se afecta a cualquier persona que llame al aparato intervenido o sea llamada desde él, aunque no tenga ninguna relación con los hechos investigados; en un allanamiento se puede afectar a un familiar, amigo o vecino que pidió le guardaran un objeto, etc.), pero, ante el menor estándar de garantías dispuesto por el legislador, la circunstancia indicada y la idea de que, en principio, la medida solo puede dirigirse contra el imputado, puede servir como base para un juicio acotado de proporcionalidad, negándose la autorización cuando los resultados que promete la medida no justifiquen una vulneración tan intensa de los derechos de terceros.

20 La norma vigente en Chile ya estaba considerada en el Anteproyecto (art. 310), con referencias al art. 167 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que simplemente se remite y ordena la aplicación analógica de la incautación de correspondencia; a los arts. 266 y 267 del código italiano, que no se refieren al punto; y a los §§ 110a y 110b StPO. Las referencias del Anteproyecto pueden verse en Londoño, Fernando et al: Reforma procesal penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2003, T. II, p. 220 s.

4. Situación de los llamados “datos de tráfico” y similares

Normativa aplicable:

El Código Procesal Penal establece:

Art. 218 ter. Registros de llamadas y otros antecedentes de tráfico comunicacional. Cuando existan fundadas sospechas basadas en hechos determinados y ello sea útil para la investigación, el Ministerio Público podrá requerir a cualquier proveedor de servicios, previa autorización judicial, que entregue la información que tenga almacenada relativa al tráfico de llamadas telefónicas, de envíos de correspondencia o de tráfico de datos en internet de sus abonados, referida al período de tiempo determinado en la resolución judicial.

Para efectos de este artículo se entenderá por datos relativos al tráfico todos aquellos referidos a una comunicación realizada por medio de un sistema informático o de telecomunicaciones, generados por este último en tanto elemento de la cadena de comunicación, y que indiquen el origen, el destino, la ruta, la hora, la fecha, el tamaño y la duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente.

El Ministerio Público podrá requerir, en el marco de una investigación penal en curso y sin autorización judicial, a cualquier proveedor de servicios que ofrezca servicios en territorio chileno, que facilite los datos de suscriptor que posea sobre sus abonados, así como también la información referente a las direcciones IP utilizadas por éstos para facilitar la identificación de quienes corresponda en el marco de la investigación. Los proveedores de servicios deberán mantener el secreto de esta solicitud.

Por datos de suscriptor se entenderá aquella información que posea un proveedor de servicios relacionada con sus abonados, excluidos los datos sobre tráfico y contenido, y que permita determinar su identidad, tales como la información del nombre del titular del servicio, número de identificación, domicilio, número de teléfono y correo electrónico. Las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomuni-

caciones y proveedores de internet deberán mantener, con carácter reservado y adoptando las medidas de seguridad correspondientes, a disposición del Ministerio Público a efectos de una investigación penal, por un plazo de un año, una nómina y registro actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y de los números IP de las conexiones que realicen sus clientes o usuarios, con sus correspondientes datos relativos al tráfico, así como los domicilios o residencias de sus clientes o usuarios.

Los funcionarios públicos, los intervinientes en la investigación penal y los empleados de las empresas mencionadas en este artículo que intervengan en este tipo de requerimientos deberán guardar secreto acerca de ellos, salvo que se les cite a declarar.

La entrega de los antecedentes deberá realizarse en el plazo que disponga la resolución judicial. Si el requerido estima que no puede cumplir con el plazo en atención al volumen y la naturaleza de la información solicitada o la información no existe o no la posee, deberá comunicar dicha circunstancia fundadamente al tribunal, dentro del término señalado en la resolución judicial respectiva.

Si a pesar de las medidas señaladas en este artículo la información no es entregada, podrá ser requerida al representante legal de la institución u organización de que se trate, bajo apercibimiento de arresto.

La infracción a la mantención de la nómina y registro actualizado de los antecedentes a que se refiere el inciso cuarto será castigada según las sanciones y el procedimiento previsto en los artículos 36 y 36 A de la ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones. El incumplimiento de las obligaciones de mantener con carácter reservado y adoptar las medidas de seguridad correspondientes de los antecedentes señalados en dicho inciso, será sancionado con la pena prevista en la letra f) del artículo 36 B de la ley N° 18.168. Los registros así obtenidos quedarán bajo custodia del Ministerio Público, quien cuidará que los datos en cuestión no sean conocidos por terceras personas.

Los registros sólo podrán ser utilizados para los efectos de la investigación en la que fueron solicitados, u otras seguidas por delitos que merezcan pena de crimen o sean propias del sistema de análisis

criminal y focos investigativos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 bis de la ley N° 19.640, que establece la ley orgánica constitucional del Ministerio Público, y no podrán ser utilizados para otros fines.

El ejercicio de esta facultad se regulará mediante instrucciones generales dictadas por el Fiscal Nacional, conforme a lo establecido en el artículo 17 letra a) de la ley N° 19.640, con el objeto de asegurar su uso racional.

El propósito legislativo detrás del nuevo art. 218 ter era regular de modo sistemático el acceso a datos relativos a una comunicación pero distintos de su contenido comunicativo, en principio, genéricamente, “datos de tráfico”. Como hacía presente la asesora de la Subsecretaría del Interior en segundo trámite constitucional ante el Senado, la indicación del Ejecutivo referida expresamente a “Registros de llamadas y otros antecedentes de tráfico comunicacional” y que sometía la obtención de esos datos sin distinción a la exigencia de autorización judicial (art. 218 bis), buscaba hacer orden y claridad sobre una materia que en la práctica recibía tratamientos dispares, pues, en efecto, en algunos casos el Ministerio Público los pedía directamente a las empresas de comunicaciones y en otros se entendía que se requería una autorización judicial²¹. Posteriormente, otra indicación del Ejecutivo propuso una regulación más amplia, que, entre otros elementos, introducía la distinción entre datos de tráfico propiamente tales y datos de suscriptor, sometiendo la obtención de ambos al requisito de autorización judicial (art. 218 ter)²², aspecto que, finalmente fue modificado, manteniendo dicho requisito solo para los datos de tráfico propiamente tales, de nuevo a propósito de una indicación del Ejecutivo²³.

Tal como es usual en el derecho comparado, en consecuencia, se pasa a distinguir entre datos de tráfico (o relativos al tráfico) propiamente tales y datos de suscriptor.

21 Segundo Informe de Comisión de Seguridad Pública de Senado, de 20 de enero de 2023, HL N° 21.577, p. 289 (la propuesta en p. 288).

22 Segundo informe, cit., HL N° 21.577, p. 291, la indicación, defendida en su momento por el Encargado Nacional de Ciberseguridad y fustigada por el director de la ULDDECO del Ministerio Público (ambos en p. 292), fue retirada por el Ejecutivo.

23 Segundo informe, cit. HL N° 21.577, p. 294 s.

Los *datos de tráfico* son aquellos “referidos a una comunicación realizada por medio de un sistema informático o de telecomunicaciones, generados por este último en tanto elemento de la cadena de comunicación, y que indiquen el origen, el destino, la ruta, la hora, la fecha, el tamaño y la duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente”, aclarando la ley que se trata de este tipo de información en relación con “llamadas telefónicas... envíos de correspondencia o... de datos en internet”, con lo cual queda claro que la medida no incide solo en las comunicaciones privadas, sino también en otras esferas de la vida privada. Como se puede ver, se está frente a información que, si bien puede no ser tan sensible como el contenido mismo de la comunicación, permite, sobre todo gracias al desarrollo tecnológico, conocer mucho más sobre el titular del equipo (asumiendo que sea él quien en concreto lo usa) que lo que en el pasado era posible. Esto explica que el legislador chileno haya optado por someter la obtención de estos datos por parte del Ministerio Público a la exigencia de autorización judicial previa, aunque sin las limitaciones adicionales que impone a la interceptación de comunicaciones (inciso primero).

Esto está en consonancia con lo que se observa en el derecho comparado, donde en general se requiere autorización judicial para acceder a estos datos. Esa es la solución en los Estados Unidos, conforme a los Capítulos 121 (18 U.S.C. §§ 2701 ss.) y 206 (18 U.S.C. §§ 3121 ss.) del U.S.C., a pesar de que en *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979) se declaró que dichos datos no están cubiertos por la protección de la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos; también en el derecho español, en el art. 588 ter j LECr, sobre datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios; y también en el caso alemán (§ 100g StPO), si bien aquí rodeado de garantías inusitadas que merecen una explicación adicional: mediante Ley de 10 de diciembre de 2015 (BGBl I, 2218), luego de que se declarara inconstitucional el régimen establecido previamente²⁴, se introdujo un nuevo

24 Mediante Ley de 21 de diciembre de 2007 (BGBl I, 3198), que trasponía al derecho alemán la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, se introdujeron en la Ley de Telecomunicaciones (TKG) artículos que imponían a las empresas proveedoras de telecomunicaciones el almacenamiento de los datos de tráfico de sus clientes, por seis meses, a disposición de los órganos de persecución penal (§§ 113a y 113b TKG), mientras que el acceso a ellos por parte de estos órganos estaba regulado en el § 100g StPO, que también fue modificado. Esta regulación fue declarada inconstitucional por sentencia de 2 de marzo de 2010, en lo fundamental, por ser incompatible, en opinión del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), con el Art. 10 de la Constitución (secreto de las comunicaciones), en ausencia de razones concretas que justificaran el almacenamiento masivo de datos personales por un período tan extenso, además de objetarse

régimen legal que, dentro de los datos de tráfico propiamente tales, distingue entre dos tipos de datos: por una parte, aquellos que es indispensable conservar por un cierto tiempo, generalmente acotado, para los efectos de que las compañías puedan hacer posibles las comunicaciones y calcular el consumo que sirve de base para cobrar por sus servicios (§ 9 de la Ley de protección de datos y de la esfera privada en la telecomunicación y medios a distancia, TTDSG), así como para detectar, limitar y corregir fallas de servicio o para descubrir o impedir usos ilícitos de él (§ 12 TTDSG); y, por la otra, aquellos datos de tráfico que deben conservarse a disposición de los órganos de persecución penal (§ 176 de la Ley de Telecomunicaciones, TKG). En el proceso penal, el acceso a los primeros (supuesto que aún estén disponibles) es posible respecto de la investigación de delitos de relevancia, pero sin referencia a un catálogo taxativo (lo mismo rige para la obtención del número de aparato de un teléfono móvil o de la tarjeta utilizada, así como de la ubicación de un teléfono móvil, de acuerdo con el § 100i StPO), mientras que el acceso a los segundos, que ahora deben conservarse por solo 10 semanas, salvo los más sensibles que permiten la localización de un sujeto (Standortdaten), para los cuales rige un plazo de apenas 4 semanas, está sometido al régimen más estricto de todos los que se conocen en materia de medidas tecnológicas de investigación, pues solo procede respecto de la investigación de delitos contenidos en un catálogo muy acotado (básicamente de delitos muy graves que afectan bienes jurídicos personalísimos o bienes jurídicos institucionales esenciales)²⁵. Respecto de datos de uso de medios telemáticos, se prevé una regulación muy similar en el § 100k StPO. Estas dos medidas no solo requieren autorización judicial, sino que, además, en principio y a diferencia de la mayoría de las medidas precedentemente presentadas, deben ser comunicadas previamente a los afectados. En ese escenario, la decisión legal chilena parece moderada y correcta.

la parquedad de la regulación de la ley en cuanto a seguridad de los datos, su uso, transparencia y remedios legales a disposición de los afectados (BVerfGE 125, 260). Cabe mencionar que, con posterioridad, a solicitud del Tribunal Superior de Irlanda y del Tribunal Constitucional de Austria, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea revisó la validez de la mencionada Directiva 2006/24/CE y la invalidó, mediante sentencia de 8 de abril de 2014, en los asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12. Con todo, la invalidación en ambos casos se debe, fundamentalmente, a la extensión y condiciones del deber previo de los proveedores de mantener disponible los datos.

25 Sobre el contexto de surgimiento del nuevo precepto, *Henrichs, Simon / Weingast, Karin*: § 100g StPO, en *Barthe, Christoph / Gericke, Jan* (editores): *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 9ª edición, *Beck, München* 2023, n° marg. 1 ss.; en español, véase *Rolón, Darío N.*: Acceso procesal a datos alojados en el proveedor de servicios de telecomunicaciones (TSP) según la Ordenanza Procesal Penal Alemana, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 23 (2015), 145 ss.

Por su parte, los llamados datos de suscriptor consisten en la información que sobre sus abonados o suscriptores posee un proveedor de servicios y “que permita determinar su identidad, tales como la información del nombre del titular del servicio, número de identificación, domicilio, número de teléfono y correo electrónico”, “excluidos los datos sobre tráfico y contenido” de las comunicaciones. Estas informaciones básicas de la relación contractual entre suscriptor y empresa pueden ser requeridos directamente a las empresas por el Ministerio Público, explícitamente sin necesidad de autorización judicial, y debiendo mantenerse en secreto el requerimiento a su respecto (inciso tercero).

También en esto la solución chilena parece concordante con el derecho comparado. Así, por ejemplo, es la misma solución del derecho español en el art. 588 ter m LECr, sobre identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad, y en los Estados Unidos, conforme a la sección 2703 del Título 18 del U.S.C.

Los problemas de la regulación provienen de la desordenada técnica legislativa a través de la cual se expresa el modelo recién descrito. Es cierto que no es de esperar un problema interpretativo a partir del hecho de que, al disponerse en el inciso tercero la entrega no sujeta a autorización judicial de los datos de suscriptor, se disponga lo mismo, como si fuera algo diferente, respecto de “la información referente a las direcciones IP utilizadas” por los abonados, en circunstancias en que estos debieran considerarse ya incluidos en el concepto de datos de suscriptor. Pero la lectura se complica cuando, al establecerse en el inciso cuarto el deber de las empresas que prestan servicios de telecomunicaciones e internet de mantener a disposición del Ministerio Público cierta información a efectos de una investigación penal, parecen mezclarse ambos tipos de datos, pues, por un lado, se habla de una nómina y registro actualizado de sus “rangos autorizados de direcciones IP” de sus clientes o usuarios, así como sus “domicilios o residencias”, pero también los números IP “de las conexiones que realicen”, que serían, en rigor, datos de tráfico, agregándose explícitamente que esto debe conservarse “con sus correspondientes datos relativos al tráfico”, todo eso, con carácter reservado y adoptando las medidas de seguridad correspondientes, por el plazo de un año²⁶.

26 Solo a la pasada, no puede dejar de llamarse la atención en cuanto a que, como se acaba de indicar, un deber genérico de este tipo, y por la mitad del tiempo que rige en Chile, fue declarado incompatible con la Constitución en Alemania y dio lugar a la invalidación de una Directiva de la Unión Europea por el TJUE, a requerimiento de autoridades irlandesas y austriacas.

Por cierto, puede entenderse que una cosa es el deber de las empresas de conservar cierta información y otra el modo en que el Ministerio Público puede acceder a ella en cada caso, para lo que sería decisiva la naturaleza de los datos en cuestión, conforme al esquema recién descrito. Aquí se está por aceptar esta lectura, que parece ser la única consistente con la introducción de la distinción por tipos de datos en la ley, pero no puede desconocerse que la circunstancia de que se establezca que todos estos datos, sin distinción, deben conservarse "a disposición del Ministerio Público" es cuando menos equívoca, pues no parece que se pueda decir que algo está a disposición del Ministerio Público cuando este organismo solo puede acceder a ello cuando un juez tiene a bien aprobarlo. Máxime si una formulación prácticamente idéntica en el inciso quinto (ahora sexto) del art. 226, sin referencia alguna a la necesidad de autorización judicial²⁷, servía de argumento precisamente para entender que el Ministerio Público podía requerir directamente esos datos, al margen de que, como se dijo, la práctica no era uniforme. Y lo más desconcertante es que se haya introducido un nuevo art. 218 ter, con el propósito declarado de regular sistemáticamente la materia de estos datos distintos del contenido de una comunicación, y no se haya removido este antecedente en el art. 222, con lo cual podría aun sostenerse que, para los efectos de preparar una solicitud de autorización de una interceptación de comunicación, la situación, regida aún por un art. 222 que no se vio alterado en esta parte, sigue siendo dudosa, si no abiertamente la contraria a la establecida en el nuevo precepto. Con todo, al margen de la chapucería legislativa, debe insistirse en que lo único coherente con la introducción en la ley de la distinción entre datos de tráfico y datos de suscriptor es asumir que, al margen de la regulación de su conservación por parte de las empresas, la forma en que puede acceder a ellos el Ministerio Público es la prevista en los incisos primero y tercero: autorización judicial para los primeros, requerimiento directo para los segundos.

Más allá de los requisitos que deben cumplirse para la procedencia y legitimidad de la medida, de las múltiples obligaciones que impone la regulación, solo parecen ser de relevancia para la cuestión sobre la admi-

27 Mediante la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004, se estableció que las empresas debían "mantener, en carácter reservado, a disposición del Ministerio Público, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a seis meses, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados", plazo que la Ley N° 20.526, de 13 de agosto de 2011, elevó a un año. El resto de las modificaciones del precepto, incluidas las debidas a la Ley N° 21.577 no han alterado este cuadro.

sibilidad de los antecedentes que se obtengan gracias a ella como prueba, directa o mediata, en un juicio penal, las que dicen relación con el tiempo máximo previsto para que ciertos datos estén disponibles para el Ministerio Público. En efecto, el incumplimiento de los deberes concernientes a la confidencialidad y a la seguridad del almacenamiento, sea por parte de la empresa o del Ministerio Público, puede dar lugar sin duda a responsabilidad de aquella o de este o, en fin, del Estado, pero no parece que pueda sostener la afirmación de haberse obtenido con inobservancia de garantías fundamentales, en los términos del inciso tercero del art. 276. En cambio, si la información a que accedió el Ministerio Público era una información de aquella que se debía conservar exclusivamente para estar disponible para eventuales necesidades del proceso penal y esta se conservó más allá del tiempo máximo previsto, al cabo del cual lo que corresponde es la destrucción de los datos, bien puede verse en dicha conservación una vulneración de la esfera privada del afectado y, con ello, un caso de prueba que debe ser excluida de acuerdo con el referido inciso tercero del art. 276, por las razones que se pasan a exponer.

Lo primero que se debe estacar es que el plazo de un año previsto por el inciso cuarto es el mismo previsto desde 2011 y con el mismo objeto por el (ahora) inciso sexto del art. 222. Lo curioso (¡nueva rareza legislativa!) es que el destino de los datos al cabo de ese plazo, no está previsto en la flamante regulación sistemática sobre la materia, sino que en el viejo art. 222 *aggiornado*. En efecto, se debe precisamente a la Ley N° 21.577 haber insertado la siguiente oración en el (ahora) inciso sexto:

Transcurrido el plazo máximo de mantención de los datos señalados precedentemente, las empresas y prestadores de servicios deberán destruir en forma segura dicha información.

Lo llamativo es que, por primera vez, la ley chilena habla de un plazo máximo, y esto es de extraordinaria importancia conceptual. Porque todo sugiere que, originariamente, desde el punto de vista de la investigación penal, se trataba de un plazo mínimo garantizado para poder contar con la información, ya que, en rigor, no se veía problema alguno en que las empresas conservaran incluso a perpetuidad datos personales de sus abonados. Más bien el problema era que ellas no tenían ningún interés en conservar la información, por razones prácticas y de costos, de modo que de lo que se trataba era de obligarlas a hacer algo que no habría querido

hacer voluntariamente, y esto por un tiempo mínimo razonable desde la perspectiva de la persecución penal²⁸.

Pero es obvio que con los años la conservación indiscriminada de los datos empieza a verse de un modo distinto, como lo es también que surgió un interés distinto y antagónico, como es la protección de los datos personales. Desde esa perspectiva específica, la conservación indiscriminada de todos los datos de tráfico asociados a dispositivos de una persona por un año ciertamente representa una afectación de la vida privada de las personas, para la cual hay, sin duda, buenas razones que la justifican, pero el establecimiento de un plazo máximo, que desde el punto de vista de los derechos de los abonados es efectivamente el máximo por el que están obligados a tolerar esa afectación, define al mismo tiempo, al menos en principio, los requisitos de la legitimidad posible del acceso a esos datos. Por cierto, puede discutirse si el plazo de un año previsto por la ley es razonable o no, por exceso o por defecto, y hay buenas razones para pensar que, por ejemplo, los plazos del derecho alemán (10 y 4 semanas, según el tipo de dato de tráfico), son extremadamente breves. Pero no es el punto. El punto es que la decisión concreta del legislador respecto de los requisitos para la afectación legítima de una garantía fundamental, en este caso el respeto y protección de la vida privada, de acuerdo con el art. 19 N° 4 de la Constitución, es la referencia obvia del inciso tercero del art. 276 para los efectos de la exclusión de prueba.

Si bien el debate al respecto fue más bien acotado durante la tramitación de la Ley N° 21.577, fue mucho más intenso cuando se discutió la que llegaría a ser Ley N° 21.459, de 20 de junio de 2022 (Boletín N° 12.192-25). Así, por ejemplo, el informe preceptivo de la Corte Suprema sobre el proyecto, a propósito de la propuesta de aumentar a dos años el plazo (mínimo) durante el cual las empresas debían mantener los datos de tráfico de sus clientes, hizo presente que:

esta regulación parece exceder un criterio de proporcionalidad razonable y, en la medida de que afecta la intimidad de las personas, no [sic] satisfacería los requerimientos mínimos que debe cumplir una medida de esta clase, especialmente, al no [sic] estipular un horizonte

28 Nótese que, durante la tramitación legislativa, el Fiscal Nacional del Ministerio Público echaba en falta que no se discutiera sobre el punto, a la vez que afirmaba que el plazo era insuficiente y sugería ampliarlo "al menos" a tres años, como habría ocurrido en otros países. Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, de 5 de mayo de 2021, HL N° 21.577, p. 47.

máximo tras el cual los datos debiesen ser borrados. No debe perderse de vista que, tal como han enseñado los últimos escándalos internacionales sobre la materia, el procesamiento de meta-data no sólo permite obtener información privada de gran sensibilidad para las personas, sino que permite manipulaciones a gran escala que constituyen un peligro para la democracia.

Y, luego de referirse a la ya mencionada invalidación por parte del TJUE de las disposiciones de la Directiva 2006/24/CE, al Informe del año 2017 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en el sistema interamericano y a la Resolución 68/167 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 2013, sobre “El derecho a la privacidad en la era digital”, concluye en los siguientes términos:

Que frente a esta modificación solo cabe hacer presente que conforme a los estándares internacionales de derechos humanos, cualquier clase de injerencia o afectación de derechos fundamentales, debe dar cumplimiento a las condiciones que ha identificado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de satisfacer los principios de legalidad, legitimidad del fin, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Lo cierto es que una medida de esta clase, sin límite máximo temporal para la retención de datos, no satisface los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida, independientemente de la legitimidad del fin que persiguen²⁹.

Ahora bien, en definitiva el legislador de la Ley N° 21.577 ratificó, para bien o para mal, que el plazo de conservación de un año que venía desde antes era adecuado, pero lo concibió explícitamente como un plazo máximo, lo que solo se entiende desde el punto de vista de los derechos y garantías de los abonados, que ven afectada su vida privada por dicha conservación. De esto se sigue, necesariamente, que el acceso a datos de tráfico de clientes que una empresa proveedora de servicios de telefonía o internet ha conservado a disposición del Ministerio Público más allá del plazo máximo previsto por la ley, tiempo al cabo del cual, según la misma ley, debió haberlos destruido en forma segura, no por mor de reducir sus costos, sino de resguardar la protección de los datos personales de sus clientes, constituye una inobservancia de garantías fundamentales en los términos del inciso tercero del

29 Informe de 12 de febrero de 2018, Historia de la Ley N° 21.459, considerandos 21° y 22°, p. 48 s.

art. 247 y debiera dar lugar a la exclusión de la prueba obtenida directa e indirectamente a partir de dicha inobservancia.

Naturalmente, la situación es distinta cuando se trata de información que se requiere conservar con base a antecedentes concretos y determinados contra una persona, es decir, cuando ya no se trata de una conservación indiscriminada sobre la base de un deber genérico, sino con fundamento en las reglas del proceso penal. Para que esto sea posible, sin embargo, se requiere que la información se solicite antes del vencimiento del plazo.

5. Excurso: la conservación provisoria de datos del art. 218 bis (Ley N° 21.459)

Normativa aplicable:

Art. 218 bis. Preservación provisoria de datos informáticos. El Ministerio Público con ocasión de una investigación penal podrá requerir, a cualquier proveedor de servicio, la conservación o protección de datos informáticos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático, que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la respectiva autorización judicial para su entrega. Los datos se conservarán durante un período de 90 días, prorrogable una sola vez, hasta que se autorice la entrega o se cumplan 180 días. La empresa requerida estará obligada a prestar su colaboración y guardar secreto del desarrollo de esta diligencia.

Entró en vigor el 21 de junio de 2024.

Cabe mencionar aquí la función del nuevo art. 218 bis, introducido por la Ley N° 21.549, de 20 de junio de 2022, y que entra a regir el 21 de junio de 2024. Esta norma sobre “preservación provisoria de datos informáticos”, implementa en Chile lo dispuesto en el art. 16³⁰ del Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad (Convenio de Budapest de 2001). Se trata de la regulación de una verdadera medida cautelar, conforme a la cual el Ministerio Público está facultado para dirigirle con efecto vinculante un requerimiento directo a

30 El art. 17 se refiere a lo mismo, pero en relación con los datos de tráfico, para lo cual, si bien este art. 218 bis puede ser aplicable, debiera ser desplazado por el art. 218 ter.

un proveedor de servicio (no a cualquier persona que los tenga, como prevé el Convenio), en orden a que conserve o proteja datos informáticos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático, que se encuentren a su disposición, hasta que se obtenga la respectiva autorización judicial para su entrega (habrá que entender que conforme al inciso segundo del art. 217). Se establece un plazo de conservación de 90 días, prorrogable una sola vez, hasta que se autorice la entrega o se cumplan 180 días.

La disposición no debiera tener relevancia práctica respecto de datos de tráfico, cuyo acceso se regula de manera más completa y expedita en el art. 218 ter, en tanto que debe entenderse que lo que ella permite es sin perjuicio de las facultades del Ministerio Público para requerir derechamente la incautación de los datos, sea de modo convencional (art. 205), sea de modo remoto (art. 225 bis).

III. Análisis particular de las reglas sobre agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes y entregas vigiladas, con especial referencia a los presupuestos de legalidad y legitimidad

Normativa aplicable:

El §3 Bis del Título I del libro II del Código Procesal Penal establece:

1. Agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes

Art. 226 B. **Ámbito de aplicación.** El Fiscal Regional competente podrá autorizar a funcionarios policiales determinados para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores cuando sea necesario para lograr el esclarecimiento de hechos que involucren la participación en una asociación delictiva o criminal, establecer la identidad e intervención de sus responsables, conocer los planes de la asociación, y prevenir la comisión de sus delitos o comprobar los que hubieren cometido.

El Fiscal Regional deberá resolver la solicitud efectuada por el fiscal en un plazo máximo de 72 horas. En caso de negativa, el fiscal podrá solicitar nuevamente autorización para que funcionarios policiales se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores, aportando nuevos antecedentes.

No será necesaria la autorización establecida en el inciso primero, en aquellos casos en que sea el Fiscal Nacional o el Fiscal Regional quien dirija personalmente la investigación, conforme a lo establecido en los artículos 18 y 19 de la ley N° 19.640.

Al autorizar la medida el Fiscal Regional deberá asegurarse que ella se limite a las acciones estrictamente necesarias para los objetivos de la investigación, que los agentes reveladores o infiltrados no induzcan a la perpetración de delitos, y que la seguridad de los agentes reveladores o infiltrados se encuentra debidamente resguardada.

El acto que autorice la medida será mantenido en poder del Ministerio Público en dos registros distintos. Con todo, la información relativa a la verdadera identidad del agente se mantendrá únicamente en un registro.

La autorización deberá consignar, además, la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto, si la tuviere. Asimismo, el acto que autorice deberá:

- a) Circunscribir el ámbito de actuación de dichos agentes en conformidad con los antecedentes y el delito o los delitos invocados en la solicitud correspondiente.
- b) Expresar la duración de la autorización, la que no podrá exceder de sesenta días. Ella será prorrogable por períodos iguales, y deberá cumplir los mismos requisitos establecidos para su otorgamiento.
- c) Establecer las medidas que deben adoptar para asegurar los objetivos establecidos en el inciso anterior, incluyendo aquellas previstas en el inciso cuarto del artículo 226 C.

Si se cumplen las mismas circunstancias indicadas en el inciso primero, el Fiscal Regional podrá autorizar a cualquier persona para que se desempeñe como informante.

Las autorizaciones establecidas en este artículo serán confidenciales y sólo podrán ser conocidas por terceros en los casos señalados en la ley.

Cuando la ley autorice el conocimiento por parte de terceros, el Ministerio Público pondrá a su disposición el registro que no consigna la información verdadera sobre la identidad de los agentes e informantes. El acceso al registro completo deberá ser autorizado por el juez de garantía competente con audiencia del Ministerio Público y se otorgará la autorización únicamente si es estrictamente necesario, si no pone en peligro la seguridad personal del agente o informante y si existen todas las medidas necesarias para que la información no llegue a terceros. Teniendo en consideración los antecedentes concretos, el juez podrá autorizar el acceso al registro total o parcialmente.

Art. 226 C. Agente encubierto. Agente encubierto es el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las asociaciones delictivas o criminales o agrupaciones u organizaciones a que se refiere el artículo anterior, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación.

El agente encubierto podrá tener una identidad e historia ficticias. La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación deberá otorgar los medios necesarios para su oportuna y debida materialización. Los funcionarios policiales que han actuado en una investigación con identidad falsa podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pueda derivarse de los hechos en que hayan intervenido y siempre que así se disponga mediante resolución judicial fundada.

Asimismo, el Fiscal Regional podrá autorizar la apertura de una cuenta bancaria, la obtención de otras piezas de identidad relevantes tales como una licencia de conducir y la contratación de servicios básicos haciendo uso de la identidad ficticia. El uso de esta facultad se orientará exclusivamente a reforzar la credibilidad de la identidad e historia ficticias. Un reglamento expedido en conjunto por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública deberá establecer los procedimientos y condiciones de ejercicio de esta facultad.

Sin perjuicio de las penas aplicables por la perpetración de otros delitos, el uso manifiestamente indebido de las facultades asociadas a la historia ficticia será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien solicitó la autorización de la medida.

Art. 226 D. Agente revelador. Agente revelador es el funcionario policial que simula requerir de otro la ejecución de una conducta delictiva con el objetivo de lograr la concreción de los propósitos delictivos de éste.

El agente revelador podrá tener una identidad e historia ficticias. La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación deberá otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida materialización de aquellas. Los funcionarios policiales que hubiesen actuado en una investigación con identidad falsa podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial fundada.

La información que obtenga el agente revelador deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien solicitó la autorización de la medida.

Art. 226 E. Informantes. Informante es quien suministra antecedentes sustanciales a los organismos policiales acerca de la preparación o de la comisión de un delito de asociación delictiva o criminal y requiere de protección.

La autorización que conceda la calidad de informante deberá ser otorgada por el Fiscal Regional.

Contando con autorización del Fiscal Regional, el Ministerio Público también podrá disponer que sea tratado como informante quien participe, con su conocimiento y bajo su control, de una operación encubierta o de una entrega vigilada.

2. Entregas vigiladas

Art. 226 F. **Ámbito de aplicación.** El Fiscal Regional podrá autorizar la entrega vigilada de objetos cuya fabricación, elaboración, distribución, transporte, comercialización, importación, exportación, posesión, o tenencia esté prohibida o restringida, o los objetos por las que se hayan sustituido total o parcialmente las anteriores mencionadas, de los instrumentos que hayan servido para la comisión de los delitos de que se trate, y de los efectos y ganancias de tales delitos, siempre que ello resulte útil para la investigación de la participación en una asociación delictiva o criminal, o para establecer la identidad e intervención de intervinientes distintos de quienes se encuentran en posesión de los bienes en cuestión.

Se entenderá por entrega vigilada la técnica consistente en permitir que los objetos a los que se refiere el inciso anterior se trasladen, guarden, intercepten o circulen dentro del territorio nacional, salgan de él o entren en él, sin la interferencia de las policías o del Ministerio Público, pero bajo su conocimiento y vigilancia o control.

Al autorizar la medida, el Fiscal Regional deberá asegurarse que ella se limite a las acciones estrictamente necesarias para los objetivos de la investigación, que los agentes estatales no induzcan a la perpetración de delitos, que el procedimiento no ponga en riesgo la integridad personal de terceros y que los bienes cuya entrega vigilada se autoriza puedan ser, en definitiva, sujetos a comiso.

La resolución que autorice la medida deberá:

- a) Delimitar el objeto de la entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de las especies de que se trate.
- b) Expresar la duración de la autorización, la que no podrá exceder de sesenta días, y será prorrogable por períodos iguales.
- c) Establecer las medidas que deben ser tomadas para asegurar los objetivos establecidos en el inciso anterior.

Cuando los objetos se encuentren en zonas sujetas a la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduanas observará las instrucciones que imparta el Ministerio Público para los efectos de aplicar esta técnica de investigación.

Cuando la entrega vigilada o controlada deba practicarse total o parcialmente en territorio extranjero, ella se ajustará a lo dispuesto en los acuerdos o tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, si los hubiere.

Art. 226 G. Suspensión de la entrega vigilada. Si las diligencias ponen en peligro la vida o integridad física de los funcionarios policiales o agentes encubiertos o reveladores que intervengan en la operación, la recolección de antecedentes relevantes para la investigación o el aseguramiento de los partícipes, el Ministerio Público podrá disponer la suspensión de la entrega vigilada y solicitar al juez de garantía que autorice la detención de los partícipes y la incautación de los instrumentos, objetos o efectos del delito.

3. Disposiciones comunes

Art. 226 H. Exención de responsabilidad criminal. El agente encubierto, el agente revelador, el informante, así como los funcionarios que participen en una entrega vigilada u otra medida dispuesta de conformidad a este Párrafo, estarán exentos de responsabilidad criminal siempre que se trate de aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir en cumplimiento de la resolución que autoriza la medida.

Art. 226 I. Prohibición de la inducción a la perpetración de delitos. El agente encubierto, el agente revelador y los funcionarios que participen en una entrega vigilada o en otra medida dispuesta de conformidad a este Párrafo, no podrán inducir a la perpetración de delitos que, de otro modo, no habrían sido cometidos por éste.

Art. 226 J. Secreto y acceso a la información de defensa. El Ministerio Público podrá disponer el secreto de determinadas actuaciones, registros o documentos respecto de uno o más intervinientes, cuando estime que existe riesgo para el éxito de la investigación o para la seguridad de los agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes, testigos, peritos y, en general, de quienes hayan cooperado eficazmente en el procedimiento.

Se aplicará lo dispuesto en el artículo 182. Con todo, el Ministerio Público podrá disponer que se mantenga el secreto hasta el cierre de la investigación. Además deberá adoptar medidas para garantizar que el término del secreto no ponga en riesgo la seguridad de las personas mencionadas en el inciso anterior.

Tras el cierre de la investigación, el juez de garantía deberá procurar el acceso de la defensa a todos los medios de prueba pertinentes, y sólo lo restringirá en aquellos casos establecidos en el artículo 226 B, inciso final.

El que de cualquier modo informe, difunda o divulgue información relativa a una investigación amparada por el secreto, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

Art. 226 K. Extralimitación en el uso de técnicas especiales. Los funcionarios policiales, agentes encubiertos y reveladores que ejecuten las medidas o actuaciones a que se refieren los artículos 226 B, 226 D y 226 F sin observar el objeto o límites impuestos por la autorización respectiva serán sancionados, además de las penas que corresponda por los delitos cometidos, con la pena de suspensión del empleo en su grado máximo y multa de quince a veinte unidades tributarias mensuales.

La misma pena se aplicará al fiscal que al ejecutar técnicas especiales imparta órdenes que impliquen un abuso en su ejercicio, en atención a lo autorizado por el Fiscal Regional o en la resolución judicial.

El juez de garantía declarará nulas las actuaciones que excedan manifiestamente el objeto de las técnicas especiales y las excluirá, de conformidad con el artículo 276.

El agente policial o fiscal del Ministerio Público que perpetre el delito del artículo 269 ter del Código Penal con ocasión del uso de las técnicas especiales referidas en el inciso primero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo e inhabilitación especial perpetua para el cargo.

Art. 226 L. Utilización de medios de prueba. Los antecedentes o evidencia obtenidos mediante la aplicación de las facultades previstas en este Párrafo y que resulten irrelevantes para el procedimiento serán entregados o devueltos en su oportunidad a las personas respecto de quienes se solicitó la medida y se destruirá todo registro, transcripción o copia de ellos por el Ministerio Público.

Lo prescrito en el inciso precedente no regirá respecto de aquellos antecedentes o evidencia que puedan ser útiles o relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos en cuya investigación también sean aplicables las disposiciones de este Párrafo, delitos que merezcan pena de crimen o sean propias del sistema de análisis criminal y focos investigativos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 bis de la ley N° 19.640.

Art. 226 M. Rendición de cuentas. El Fiscal Nacional deberá dar cuenta, anualmente, sobre el número de medidas especiales utilizadas de conformidad con este Párrafo, con la ley N° 20.000 y con la ley N° 19.913 y sobre sus efectos, tanto a la Comisión de Seguridad Pública del Senado como a la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, en sesiones que tendrán el carácter de reservadas.

Como ya se ha dicho, conforme al nuevo estatuto de las “técnicas especiales de investigación”, estas, que hasta ahora solo eran aplicables en los pocos casos en que ello estaba especialmente previsto, lo son ahora para la investigación de cualquier delito, con tal que los hechos “involucren la participación en una asociación delictiva o criminal”, lo que significa una ampliación muy considerable de su ámbito de aplicación.

Probablemente, la decisión política más relevante de la nueva regulación es que, a la hora de resolver si estas técnicas debían estar sometidas a la exigencia de autorización previa o no, se optó por el segundo camino. Como se recordará (supra I), no exigen esa autorización las regulaciones de las leyes especiales, particularmente el art. 25 de la Ley N° 20.000, por remisión a este el art. 33 de la Ley N° 19.913 o, también vía remisión, el art. 19 B de la Ley N° 17.798, sobre control de armas, pero también (para la entrada vigilada) el art. 448 quáter CP; pero sí la requieren los arts. 369 ter y 411 octies CP y el inciso tercero del art. 12 de la Ley N° 21.459, como también lo requería el suprimido art. 226 bis (y a través de este, en particular, el 448

septies CP). Pues bien, la Ley N° 21.577 no elimina del todo estas diferencias de trato, pero avanza significativamente hacia una concepción de estas técnicas como actividad policial que, por sí misma, no implica afectación de garantías fundamentales.

Debe reconocerse que esta no es una solución extraña en el derecho comparado de referencia usual. Así, en el derecho federal de los Estados Unidos, la acción de agentes encubiertos no está sometida a autorización judicial, sino solo a controles internos en la estructura del FBI, conforme a unas directivas que se revisan con cierta periodicidad³¹. En Alemania, en principio, solo se requiere conformidad del Ministerio Público (§ 110b I StPO), aunque siempre que sea necesaria para la investigación de delitos de cierta relevancia en materia de tráfico ilícito de drogas o armas o de falsificación de moneda o sellos, o bien cuando se han cometido actuando profesional o habitualmente o como miembro de una banda (§ 110a StPO); con todo, se requiere autorización judicial cuando la investigación se dirige contra un imputado determinado o conlleva que el agente deba hacer ingreso mediando su identidad ficticia a lugares que no sean de acceso público (§ 110b II StPO). En cuanto a las entregas vigiladas, estas se consideran cubiertas por disposiciones generales relativas a la actividad policial, aunque hay previsión expresa (mas no regulación) en la Ley sobre cooperación internacional en materia penal (§ 91c II 2 c] bb] IRG). A nivel reglamentario, existen disposiciones específicas en los Nr. 29a a 29d de las Directivas para el procedimiento penal y contravencional del Ministerio de Justicia Federal, que regulan las relaciones entre policías y Ministerio Público. Si la medida se extiende en el tiempo (más de 14 horas continuadas o en más de dos días), debería aplicarse el § 163f StPO sobre vigilancia prolongada, que exige autorización judicial. En España, en cambio, hay que distinguir: la circulación o entrega vigilada de bienes asociados a un catálogo de delitos se encuentra regulada en el art. 263 bis LECr, pudiendo autorizarla tanto el juez de instrucción o el Ministerio Fiscal, como los jefes de las unidades orgánicas de policía judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores. Por su parte, la acción de agentes encubiertos está regulada en el art. 282 bis LECr y supone en concreto la investigación de actividades propias de la delincuencia organizada, es decir, según la definición legal para

31 Undercover and Sensitive Operations Unit Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations. Revised 11/13/92 (última versión disponible: 8 de marzo de 2017).

estos efectos, “la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer” alguno o algunos de los delitos taxativamente listados (art. 282 bis 4 e] LECr); superada esta restricción, la acción de los agentes encubiertos está supeditada a la autorización del juez de instrucción o, dando cuenta inmediata al juez, del Ministerio Fiscal³², aunque debe tenerse en cuenta que en el sistema español el juez de instrucción es el responsable de la investigación, con lo cual la diferencia no parece tan significativa.

La diferencia con las regulaciones previas en Chile, básicamente con la matriz del art. 25 de la Ley N° 20.000, radica fundamentalmente en el involucramiento directo del fiscal regional del Ministerio Público, quien debe autorizar las medidas y carga con la responsabilidad por su uso, debiendo asegurarse de que el medio “se limite a las acciones estrictamente necesarias para los objetivos de la investigación, que los agentes reveladores o infiltrados no induzcan a la perpetración de delitos, y que la seguridad de los agentes reveladores o infiltrados se encuentra debidamente resguardada” (arts. 226 B y 226 F). La definición de las técnicas es básicamente la misma existente desde 2005, solo que con mayor desarrollo de detalle.

En lo que concierne a la exención de responsabilidad penal de los agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes, así como de los funcionarios que intervengan en una entrega vigilada, la norma del art. 226 H es menos precisa que la del art. 25 de la Ley N° 20.000, que exige no solo que hayan debido incurrir en el delito o que no hubieran podido impedirlo, sino, además, que esto haya sido “consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma”, mientras que la nueva regla general se limita a exigir que lo uno o lo otro haya tenido lugar “en cumplimiento de la resolución que autoriza la medida”. Como es obvio, no hay resolución de autorización que pueda justificar un homicidio u otro delito grave contra bienes jurídicos personalísimos, por importante que sea la investigación, y no hay razones para pensar que los tribunales lo vean distinto, pero es sin duda más clara y preferible la formulación de la norma en la ley especial.

32 Una visión de conjunto puede verse en Calaza López, Sonia: Lecciones 14 y 16, en Gimeno Sendra, Vicente / Díaz Martínez, Manuel / Calaza López, Sonia: Derecho procesal penal, Tirant lo Blanch, Valencia 2021, p. 267 ss.

Para concluir con esta parte, deben destacarse dos disposiciones relevantes desde la perspectiva de la legitimidad de los resultados de la aplicación de las técnicas especiales. Por un lado la prohibición de inducción del art. 226 I y, por la otra, la regulación de las consecuencias de la extralimitación de atribuciones en el art. 226 K.

El defecto central del primer precepto, al margen de su redacción gramaticalmente defectuosa (define inducción por referencia a un resultado consistente en que se cometan delitos que, “de otro modo no habrían sido cometidos”, pero específicamente por parte de un sujeto, un “éste”, que no ha sido mencionado antes), es que no señala directamente y con la claridad necesaria, atendida la trascendencia del asunto, ninguna consecuencia para la infracción de la prohibición. Bien podría entenderse que, además de la responsabilidad penal por el delito inducido que debiera caberle al inductor (art. 15 N° 2 CP, no justificado por el art. 226 H, precisamente por la infracción del art. 226 I), corresponde la exclusión de la prueba sobre la ejecución del hecho inducido (el testimonio del agente y de terceros, basados en algo que ocurre gracias a la infracción de ley que vulnera derechos del inducido, por ejemplo), conforme al inciso tercero del art. 226 K, por tratarse de un caso manifiesto de inobservancia de los límites no ya solo de la autorización, sino de una prohibición legal expresa. Con todo, esto no es evidente; habría sido exigible que la ley fuera más clara al respecto.

Porque puede haber razonable acuerdo (así puede entenderse también el malogrado intento de redacción del legislador) respecto de que no constituye inducción llevar a cometer el delito a quien está dispuesto de antemano a cometerlo (*omnimodo facturus*), de modo que se excluye la simple activación de la clara predisposición delictiva del sujeto, expresada en elementos verificables³³, pero sin duda no habrá acuerdo sobre las consecuencias de la efectiva inducción, al menos respecto de la situación del inducido. Si el legislador se iba a dar el trabajo de hacerse cargo del *agent provocateur*, era

33 Así, en la discusión estadounidense, Dressler, Joshua: Understanding Criminal Procedure, LexisNexis, Newark - San Francisco 2002, p. 580; para Chile, Politoff, Sergio: El agente encubierto y el informante “infiltrado” en el marco de la Ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en Politoff, Sergio / Matus, Jean Pierre (coordinadores): Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes, ConoSur, Santiago 1998, pp. 60-77. Creo que el pasaje del inciso tercero del art. 12 de la Ley N° 21.459, sobre delitos informáticos, que reza: “No obstará a la consumación de los delitos que se pesquisen el hecho de que hayan participado en su investigación agentes encubiertos”, debe interpretarse como una aclaración de lo que no es inducción, en caso alguno como una excepción a la prohibición de inducción.

de esperar que definiera consecuencias. En el derecho comparado, como se sabe, se ha tendido, con mayor o menor fuerza, a reconocer la atenuación o hasta la exención de la responsabilidad penal del sujeto inducido. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos se reconoce judicialmente, tanto a nivel federal como estadual, la defensa de *entrapment* que puede conducir a la exoneración del inducido³⁴. En el caso alemán, la jurisprudencia ha sido más bien cambiante, pero hay buenas razones para estimar que se ha impuesto una solución equivalente a la estadounidense. En efecto, el Tribunal Supremo Federal consideró durante un tiempo la caducidad de la pretensión punitiva del Estado en casos de una presión significativa sobre ciudadanos sin antecedentes delictivos previos, si bien cambió de rumbo a mediados de la década de 1980, a partir de lo cual, en general, solo se consideraba una posible atenuación³⁵; con todo, por influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁶, volvió a reconocer una solución que da impunidad al provocado por la vía de un obstáculo procesal³⁷. En la medida en que se trata de verdadera inducción estatal, aquí se ve con mucha simpatía esta última solución, y una solución vía exclusión de prueba en virtud del art. 226 K no es despreciable, pero en este contexto no es posible emitir un juicio fundado definitivo al respecto³⁸.

El segundo precepto sí menciona consecuencias. Si bien la ley no hace distinciones y todo indica que se refiere también a las medidas intrusivas tecnológicas, aquí se considera exclusivamente aquello que dice relación con entregas vigiladas, agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes, porque respecto de las primeras la cuestión es clarísima (la prueba obtenida fuera del marco de legitimación que representa la autorización judicial debe ser excluida sin más, de acuerdo con el inciso tercero del art. 276) y no se requieren normas adicionales, máxime si su redacción no es pulcra, como es el caso.

34 Dressler, *Understanding Criminal Procedure*, p. 579.

35 El giro se da con BGHSt 33, 356; sobre esto, Roxin, Claus / Schönemann, Bernd: *Strafverfahrensrecht*, Beck, München 2012, p. 306.

36 *Furcht v. Alemania*, de 23 de octubre de 2014.

37 BGH NSTZ 2016, 52.

38 Una visión crítica de la situación en Chile, que justificaba una decisión legislativa más clara, entre otros, en *Riquelme*, Eduardo: El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo, *Política Criminal*, Vol. 1, N° 2 (2006), A2, *passim*; *García*, Francisco: Agente revelador, derecho penal del enemigo y fallos de la Corte Suprema, Noventa y tres. *Revista de la Defensoría penal pública*, N° 10 (2014), *passim*.

Los dos primeros incisos del art. 226 K caracterizan la extralimitación (por parte del funcionario policial o, respecto de sus órdenes, por parte del fiscal del Ministerio Público), como la inobservancia del “objeto o límites impuestos por la autorización respectiva” o como un “abuso en su ejercicio, en atención a lo autorizado por el Fiscal Regional”. Esa definición obliga a considerar el contenido de las autorizaciones de acuerdo con la ley. Así, el inciso sexto del art. 226 B señala que esta debe circunscribir el ámbito de actuación de los agentes en conformidad con los antecedentes y el delito o los delitos invocados en la solicitud, todo esto con el fin de garantizar que se limite a las acciones estrictamente necesarias para los objetivos de la investigación; debe, además, expresar la duración de la autorización (por un máximo de sesenta días, prorrogable por períodos iguales) y establecer las medidas para asegurar los objetivos establecidos³⁹.

La lectura de estas disposiciones no permite colegir con claridad en qué consiste en concreto la extralimitación, y esto es delicado, porque el precepto, con un lenguaje totalmente ajeno al de la ley procesal penal y que expresa desconocimiento profundo de la lógica de la exclusión probatoria, dispone en su inciso tercero que “el juez de garantía declarará nulas las actuaciones que excedan manifiestamente el objeto de las técnicas especiales y las excluirá, de conformidad con el artículo 276”.

No se ve cómo un juez de garantía puede declarar nulas actuaciones policiales (la nulidad procesal, como se sabe, solo se refiere a actuaciones judiciales, art. 159 y ss.) ni que ellas en cuanto tales se excluyan (el art. 276 permite excluir prueba, no actuaciones). Debe entenderse, entonces, que quiere decir que deben excluirse como prueba los antecedentes obtenidos mediante estas técnicas si se ha incurrido en extralimitación. Pero en tal caso, debería aplicarse la lógica de la inobservancia de garantías fundamentales (subyacente también de algún modo, como se sabe, a la nulidad procesal)⁴⁰, y la cuestión es qué de lo que tan vagamente se ha calificado como extralimitación puede considerarse una afectación de las garantías fundamentales de alguien y no simple desobediencia a quien dio la autorización (lo que no justifica ninguna exclusión). Me temo que esto solo se podrá resolver caso a caso.

39 Respecto de las entradas vigiladas, el inciso cuarto del art. 226 F dispone básicamente lo mismo, debiendo delimitarse “el objeto de la entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de las especies de que se trate”.

40 Hernández, Héctor: La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno, Colección de Investigaciones Jurídicas N° 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago 2002, p. 48 ss.

La regla del art. 226 L se analiza infra IV.

V. Cuestión transversal: hallazgos casuales

Normativa aplicable:

El Código Procesal Penal establece:

Art. 226 L. Utilización de medios de prueba. Los antecedentes o evidencia obtenidos mediante la aplicación de las facultades previstas en este Párrafo y que resulten irrelevantes para el procedimiento serán entregados o devueltos en su oportunidad a las personas respecto de quienes se solicitó la medida y se destruirá todo registro, transcripción o copia de ellos por el Ministerio Público.

Lo prescrito en el inciso precedente no regirá respecto de aquellos antecedentes o evidencia que puedan ser útiles o relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos en cuya investigación también sean aplicables las disposiciones de este Párrafo, delitos que merezcan pena de crimen o sean propias del sistema de análisis criminal y focos investigativos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 bis de la ley N° 19.640.

Art. 226 W. Hallazgo casual con ocasión de diligencias especiales de investigación. Si con motivo de las diligencias especiales de investigación previstas en este Párrafo, y en el marco de la autorización concedida por el juez para su ejecución, ocurren hallazgos de objetos, documentos o antecedentes de los cuales no se tenía noticia, que permiten sospechar la existencia de un hecho punible distinto, dichos objetos, documentos o antecedentes podrán ser utilizados para la posterior persecución del delito descubierto, si éste tiene asignado una pena igual o superior a presidio menor en su grado máximo o una pena igual o superior a la del delito objeto de la investigación.

Lo señalado en el inciso anterior no se aplicará a la interceptación de comunicaciones, las que se regirán por lo indicado en el inciso final del artículo 223.

Aunque parecen corresponder a dos situaciones diferentes, el inciso segundo del art. 226 L y el art. 226 W regulan, en rigor, la misma situación. En efecto, si el “hallazgo casual” se puede definir como el descubrimiento de un antecedente no buscado e impertinente para el procedimiento en cuyo marco se dispuso la medida gracias a la cual se obtuvo, pero pertinente para otro procedimiento, y la regla al respecto responde la pregunta de si el antecedente puede aprovecharse en ese otro procedimiento, entonces ambas reglas son, manifiestamente, reglas sobre hallazgo casual. Se podría intentar una distinción a partir de la redacción específica de cada regla, sugiriendo, por ejemplo, que el inciso segundo del art. 226 L supone que el antecedente en cuestión sea pertinente para un procedimiento ya en curso, mientras que el art. 226 W se refiere solo a casos en los que se descubre un delito del que no se tenía noticia, iniciándose un procedimiento penal nuevo. Pero si eso fuera cierto, en los casos normales de hallazgo casual en el contexto de entradas y registros de lugares cerrados, regidos por el art. 215⁴¹, del cual se tomó inequívocamente la redacción del art. 226 W, los objetos hallados casualmente no podrían servir como prueba en procedimientos ya iniciados por otros delitos, algo que, por cierto, nunca nadie ha sostenido, porque sería sencillamente ridículo⁴².

La duplicidad de normas se debe simplemente a que no se vio la peculiaridad del hallazgo casual en el contexto de medidas que, a diferencia de la entrada y registro en lugar cerrado, no están disponibles para la investigación de cualquier delito. En este contexto específico la cuestión no es si los antecedentes se pueden aprovechar en otros procedimientos, algo que se admite en general, sino en qué procedimientos, en particular, por qué delitos, siendo la respuesta tradicional (y correcta, desde un punto de vista de proporcionalidad), que solo en procedimientos por delitos cuya investigación hubiera permitido la medida en que se obtuvo el antecedente en cuestión. Por eso, la regla al respecto, la del inciso quinto y final del art.

41 Conviene recordarlo: “Objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado. Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación, debiendo dar aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará”.

42 Tan evidente es que ambas normas regulan lo mismo, que el propio art. 226 W, presentado explícitamente como regla de “hallazgo casual”, dispone en su inciso segundo que cede ante la norma de aprovechamiento de antecedentes del inciso final del art. 223, del cual el inciso segundo del art. 226 L no es más que una variante.

223, sobre interceptaciones de comunicaciones, aplicable también respecto del art. 226, no está construida al modo del art. 215, sino como una regla que hace excepción al destino que en general deben tener los antecedentes obtenidos gracias a esas medidas extraordinarias. Así, luego de que haberse ordenado en el inciso anterior que los antecedentes impertinentes o irrelevantes sean entregados a los afectados y sus transcripciones y copias destruidas, este inciso dispone:

Lo prescrito en el inciso precedente no regirá respecto de aquellas grabaciones que contengan informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que puedan constituir un delito al que la ley le asigne pena de crimen, de las cuales se podrá hacer uso conforme a las normas precedentes.

Como se ve, este es el modelo del inciso segundo del art. 226 L⁴³ y debiera haber sido la norma al respecto, sobre todo en su formulación original, que era impecable, conforme a la cual los antecedentes impertinentes o irrelevantes para la investigación en que se habían obtenido gracias a medidas extraordinarias previstas en el mencionado Párrafo 3° bis del Título I del Libro II, solo podían aprovecharse en investigaciones “por hechos en cuya investigación fueren también aplicables las disposiciones de este Párrafo”. Es cierto que los agregados posteriores en el Senado (referencia a crímenes y a delitos objeto del sistema de análisis criminal y focos investigativos) le quitaron consistencia, pero al menos podría decirse que se trata de casos calificados que de algún modo justifican la equiparación. El verdadero problema se produjo con la introducción de una segunda norma sobre lo mismo, el art. 226 W, y con una solución diferente (j). En efecto, mientras el inciso segundo del art. 226 L dispone, como se acaba de decir, que los antecedentes se pueden aprovechar en otros procedimientos “seguidos por hechos en cuya investigación también sean aplicables las disposiciones de este Párrafo, delitos que merezcan pena de crimen o sean [sic] propias del

43 También del inciso noveno del ya mencionado art. 218 ter, sobre datos de tráfico (“Los registros sólo podrán ser utilizados para los efectos de la investigación en la que fueron solicitados, u otras seguidas por delitos que merezcan pena de crimen o sean propias del sistema de análisis criminal y focos investigativos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 bis de la ley N° 19.640, que establece la ley orgánica constitucional del Ministerio Público, y no podrán ser utilizados para otros fines”), norma que, sin embargo, tiene poca justificación, porque la medida misma no está sometida a un régimen extraordinario de legitimación, de modo que no se aprecia la razón para que tenga un régimen de hallazgo casual que se aparte del modelo básico del art. 215.

sistema de análisis criminal y focos investigativos”⁴⁴, el art. 226 W lo hace posible en investigaciones por delitos que tengan asignada “una pena igual o superior a presidio menor en su grado máximo o una pena igual o superior a la del delito objeto de la investigación”⁴⁵.

Esta segunda norma, sobre todo su segundo supuesto de aplicación, representa un grave error legislativo, porque lo único que puede justificar la aplicación de técnicas o medidas extraordinarias para investigar delitos leves, con penas bajas o muy bajas, es su inserción en un contexto de criminalidad organizada o equivalente, de modo que, cuando ese contexto no se da, es absurdo “compensarlo” con una pena al mismo nivel. Como se ha dicho, aunque inconsistente en su formulación final, la fórmula del art. 226 L es sin duda preferible.

El problema es que ambas normas están vigentes y no se aprecia que haya un argumento decisivo para preferir la aplicación del art. 226 L, en tanto que una posible declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, con base en el principio de proporcionalidad, argumentando que la afectación de derechos en muchos casos concretos no reconocerá límites mínimos ni contrapesos, no resuelve los problemas inmediatos.

Asumiendo que la práctica se decantara por la norma menos exigente del art. 226 W, el problema no se da tanto en relación con antecedentes obtenidos en el contexto de entregas vigiladas o de actuación de agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes, de acuerdo con el nuevo estatuto, en la medida en que estas técnicas no exigen autorización judicial y hasta puede discutirse que, en sí mismas, representen una afectación de derechos fundamentales. Lo realmente grave dice relación con las interceptaciones de comunicaciones y otras formas de captación y grabación de imágenes o sonidos cuando no se dan los requisitos de los arts. 222 y 226, y solo resultan aplicables por el factor organizativo del art. 226 A, en

44 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 bis de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

45 Ambos artículos tienen su origen en sendas indicaciones al proyecto en primer trámite constitucional: el primero en una indicación del Ejecutivo, Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, de 5 de mayo de 2021, HL N° 21.577, p. 135 s.; el segundo en una de los diputados Fuenzalida, Pardo y Torrealba, mismo informe, HL N° 21.577, p. 143 s. No hay constancia de las razones detrás de ninguna de ellas, y al parecer nadie reparó en el problema que representaba su existencia simultánea.

la medida en que el art. 226 W permitiría, por ejemplo, que se aprovechara para la investigación de unas lesiones menos graves, cometidas por quien no tiene ninguna vinculación con el crimen organizado, las grabaciones de una conversación telefónica suya con un sujeto vinculado con una banda dedicada al hurto de supermercados, en la medida que las lesiones menos graves tienen igual o mayor pena que la mayoría de los hurtos que se pueden cometer en un supermercado. Si una regla así rigiera fuera del ámbito del nuevo estatuto, donde las interceptaciones en principio solo proceden tratándose de la investigación de crímenes, esas interceptaciones servirían para probar prácticamente cualquier delito, por insignificante que fuera, es decir, un exceso grosero.

Afortunadamente, la regla del art. 226 W no es aplicable respecto de los arts. 222 y 226, tampoco respecto de normas en otros cuerpos legales, porque solo rige para medidas dispuestas en el marco del nuevo estatuto (más que por la afirmación de su inciso final).

VI. En particular, medidas de protección de agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes y testigos protegidos, en cuanto inciden en las facultades de la defensa

Normativa aplicable:

El Código Procesal Penal incluye un acápite V denominado “De las medidas de protección para agentes encubiertos, reveladores e informantes”.

Art. 226 N. Medidas especiales de protección. Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en este Código, en cualquier etapa del procedimiento el Ministerio Público dispondrá, de oficio o a petición de parte, las medidas especiales de protección que resulten adecuadas cuando estime, por las circunstancias del caso, que existe riesgo o peligro grave para la vida o la integridad física de un informante, agente encubierto, agente revelador o de un testigo protegido, como asimismo de su cónyuge, conviviente civil, ascendientes, descendientes, hermanos u otras personas a quienes se hallen ligados por relaciones de afecto.

Para proteger la identidad, domicilio, profesión y lugar de trabajo de los sujetos indicados en el inciso anterior, el fiscal podrá aplicar medidas tales como:

- a) Que en los registros de las diligencias que se practiquen no consten su nombre, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pueda servir para su identificación. Podrá utilizar una clave u otro mecanismo de verificación para esos efectos.
- b) Que su domicilio, para efectos de notificaciones y citaciones, sea fijado en la sede de la fiscalía o del tribunal. El órgano interviniente deberá hacerlas llegar reservadamente a su destinatario.
- c) Que las diligencias que tengan lugar durante el curso de la investigación a las que deba comparecer como testigo, se realicen en un lugar distinto de aquél donde funciona la fiscalía y de cuya ubicación no se dejará constancia en el registro respectivo.

Art. 226 O. Prohibición de revelación de información. Dispuesta la medida de protección de la identidad a que se refiere el artículo anterior, el tribunal, sin audiencia de los intervinientes, deberá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de los sujetos protegidos o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, deberá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio.

La infracción de estas prohibiciones será sancionada con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo, tratándose de quien proporcione la información. En caso de que la información fuere difundida por algún medio de comunicación social, se impondrá, además, a su director una multa de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales.

En ningún caso el tribunal podrá fundar la condena únicamente en declaraciones realizadas por agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes, respecto de los cuales se haya decretado la prohibición de revelación de su identidad.

Art. 226 P. Declaración en juicio. Las declaraciones de los agentes encubiertos, agentes reveladores o de testigos y peritos a los que se

les otorgue la calidad de informantes podrán ser recibidas anticipadamente en conformidad con el artículo 191 cuando se estime necesario para su seguridad personal. En este caso, el juez de garantía podrá disponer que los testimonios de estas personas se presten por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal. Igual sistema de declaración protegida podrá disponerse por el tribunal de juicio oral en lo penal, en su caso.

Sea que la declaración se preste de manera anticipada o en el desarrollo del juicio oral propiamente tal, el tribunal deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo protegido, agente encubierto o revelador o del informante, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado civil, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. Consignada en el registro tal comprobación, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pueda poner en peligro su protección.

En ningún caso las declaraciones de los testigos protegidos, agentes encubiertos o reveladores o de los informantes podrán ser recibidas e introducidas en el juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a conainterrogarlo personalmente, con los resguardos contemplados en los incisos precedentes. Si la declaración se presta de forma anticipada, el juez de garantía podrá disponer el alzamiento del secreto establecido en el artículo 226 J y procurará el acceso de la defensa a todos los medios de prueba pertinentes. Sólo lo restringirá en aquellos casos establecidos en el artículo 226 B, inciso final.

Dispuesta por el fiscal la protección de la identidad de los testigos o peritos en la etapa de investigación, el tribunal deberá mantenerla, sin perjuicio de los otros derechos que se confieren a los demás intervinientes.

Art. 226 Q. Protección policial. De oficio o a petición del interesado, durante el desarrollo del juicio o incluso una vez que éste ha finalizado, si las circunstancias de peligro se mantienen el fiscal o el tribunal otorgarán protección policial a quien la necesite, de conformidad con lo prevenido en el artículo 308.

Art. 226 R. Medidas de protección complementarias. Las medidas de protección antes descritas podrán ir acompañadas de otras medidas complementarias que se estimen idóneas en función del caso, si fuere necesario.

Art. 226 S. Cambio de identidad. El tribunal podrá autorizar a los agentes encubiertos, reveladores e informantes a cambiar de identidad, con posterioridad al juicio, en caso de ser necesario para su seguridad. La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación adoptará todos los resguardos necesarios para asegurar el carácter secreto de estas medidas.

Todas las actuaciones judiciales y administrativas a que dé lugar esta medida serán secretas. El funcionario del Estado que viole este sigilo será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.

Quienes hayan sido autorizados para cambiar de identidad sólo podrán usar sus nuevos nombres y apellidos en el futuro. El uso malicioso de su anterior identidad será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo.

Art. 226 T. Violación del secreto de la investigación y de la identidad. La violación del secreto de la investigación y de la identidad de las personas a que se refieren los artículos precedentes será castigada con presidio menor en su grado máximo e inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos.

Art. 226 U. Valoración de la prueba y condena. El tribunal valorará el testimonio de agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes conforme a las reglas de la sana crítica.

En ningún caso el tribunal podrá fundar la condena únicamente en declaraciones realizadas por agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes y testigos protegidos respecto de los cuales se haya decretado la prohibición de revelación de su identidad.

Art. 226 V. Protección de las víctimas. Es deber del Ministerio Público y de las policías otorgar protección a las víctimas de delitos o

de amenazas emanadas de asociaciones delictivas o criminales. El fiscal podrá utilizar o solicitar, según sea el caso, la aplicación de las medidas previstas en este Párrafo, aun cuando la víctima no intervenga como testigo o informante.

Por primera vez, la ley establece con carácter general un estatuto reforzado de protección de personas relacionadas con la investigación de delitos con connotaciones de crimen organizado, recogiendo en la codificación procesal penal, con ajustes menores, disposiciones ya contenidas en las Leyes N° 20.000 (arts. 30 a 37) y N° 18.314 (arts. 15 a 21). En rigor, el estudio de estas disposiciones, las que, por lo demás y como se acaba de decir, no difieren mayormente de las que se encuentran en estatutos ya conocidos⁴⁶, no forma parte del objeto de este informe. Si, no obstante, se hace mención a ellas, es, exclusivamente, en cuanto pueden tener como efecto colateral no buscado restricciones de los derechos de la defensa.

Como es obvio, se trata de la protección prestada a través de restricciones de acceso a información que puede ser relevante para preparar la defensa, para impugnar la credibilidad de testigos, para conainterrogarlos con propiedad, etc. El caso paradigmático es aquel en que se oculta la identidad del testigo (cualquiera sea su calidad adicional) y esto rige también para la defensa, pues es evidente que las tareas recién mencionadas no se pueden realizar competentemente si no se sabe quién es el testigo. Las disposiciones que lo permiten en el nuevo estatuto se encuentran en los arts. 226 N, 226 O y 226 P.

Pues bien, al respecto hay que recordar que el Estado de Chile fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014, por haber violado, entre otros, el derecho a conainterrogar a los testigos, consagrado en el art. 8.2 letra f) del Pacto de San José de Costa Rica, por la aplicación

46 El único comentario que cabría hacer al respecto es que se constata cierta desprolijidad en la definición de las personas favorecidas por las medidas de protección que se prevén. Así, ciertas disposiciones aluden exclusivamente a agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes y no a testigos o testigos protegidos (por ejemplo, el art. 226 S, sobre cambio de identidad), otras incluyen a los testigos y peritos "a los que se les otorgue la calidad de informantes" (art. 226 P) y no a todos, aunque requieran protección, como sí hace, en cambio, correctamente, el art. 226 N. Puede tratarse de un asunto meramente formal, pero que conviene corregir, porque las consecuencias de una interpretación apegada al texto pueden ser muy graves.

de normas que impedían el conocimiento de la identidad del testigo (§ 260 de la sentencia), específicamente en el art. 18 de la Ley N° 18.314, sobre conductas terroristas, del todo equivalentes a las del nuevo art. 226 P.

La Corte Interamericana entiende que este tipo de medidas puede ser compatible con el Pacto, a condición de que se atienda adecuadamente a ciertos criterios de legitimidad (§§ 245 a 247), cuyos alcances se precisan a propósito del examen del caso concreto (§§ 248 a 252)⁴⁷, los que tendrían que estar consagrados en la ley. En concreto, la Corte estableció que el Estado de Chile debía “regular con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso” (§ 436 y disposición N° 20). Corresponde, en consecuencia, revisar si las disposiciones recién mencionadas satisfacen los criterios sentados por la Corte.

Básicamente, la reserva de identidad debe adoptarse, primero, bajo un efectivo *control judicial*, con observancia de los principios de necesidad y proporcionalidad (debe tratarse de una medida excepcional, justificada, en concreto, por una efectiva situación de riesgo del testigo); segundo, la afectación del derecho a defensa inherente a la medida debe ser contrarrestada por medidas de contrapeso, tales como el conocimiento de la identidad del testigo por parte del tribunal y acceso directo de este al interrogatorio, de modo de poder observar al testigo y formarse una impresión sobre su confiabilidad, así como una amplia oportunidad concedida a la defensa para contrainterrogarlo directamente; y tercero, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones de este tipo de testigos.

Curiosamente, lo primero, que debería ser lo más fácil de satisfacer por tratarse de medidas que requieren una decisión judicial, parece ser lo más débil en Chile. En el fallo, la Corte constató un control judicial insuficiente, pues la resolución judicial que dispuso la reserva de identidad no contenía

47 Es el examen del enjuiciamiento de los imputados Norín Catrimán y Pichún Paillalao. No es aprobechable, en cambio, en general, el examen respecto del imputado Ancalaf Llaupe, por haberse llevado el proceso en su contra de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Penal de 1906, con sus conocidos déficit.

una motivación explícita, limitándose a hacer lugar a la solicitud del Ministerio Público que, por su parte, solo invocaba genéricamente la "naturaleza", las "características", "circunstancias" y "gravedad" del caso, pero sin especificar aquello que, en el caso concreto, fundara el riesgo que se alegaba para los testigos y su entorno (§ 249). Y lo cierto es que la ley no orienta mayormente al tribunal, a pesar de que, en rigor, es un deber esencial del cargo. En efecto, el art. 226 O sugiere que el juez simplemente debe darle respaldo a la medida de protección dispuesta por el Ministerio Público, sin exigencia (ni posibilidad, al menos no explícita) de ponderación ("deberá decretar" las prohibiciones allí previstas).

A la hora de buscar una solución, es posible que un malentendido, en el que puede haber caído también la Corte Interamericana, esté complicando aún más las cosas. No es razonable (y puede ser gravísimo) que, a menos que se haya disipado completa y ostensiblemente cualquier riesgo para el testigo o su entorno, un tribunal le quite respaldo a una medida de protección dispuesta por el Ministerio Público, menos aún a resoluciones judiciales previas que les dieron respaldo. Lo que, en rigor, debe controlar el juez es si se justifica que las personas beneficiadas por esa medida puedan servir como prueba en el proceso, a pesar de que, con ello, se merman las posibilidades de ejercicio del derecho a defensa. Para ello, el tribunal debe arribar a la convicción (y fundarlo debidamente) de que, por una parte, la revelación de la identidad del testigo acarrea un peligro real, concreto y atendible, para él o para su entorno, y que, por la otra, su deposición como testigo es, sin embargo, necesaria. Si no es el caso, los jueces de garantía debieran imponerle al Ministerio Público la decisión, en el sentido de optar entre protección o testimonio, a través del mecanismo previsto en el art. 10, pero nunca levantar la protección del testigo⁴⁸. En el caso del tribunal del juicio, debería abstenerse explícitamente de valorar el testimonio⁴⁹, solución

48 Sin perjuicio de que una condena basada en testimonios que no satisfacen este escrutinio debería poder ser anulada conforme a la letra a) del art. 373, no parece que se den los requisitos del inciso tercero del art. 276 para excluir al testigo como prueba, porque lo que vulnera garantías en este caso no es la obtención de la prueba, sino su incorporación en juicio de un modo que impide a la defensa, injustificadamente, ejercer sus derechos.

49 Porque en este caso, las condiciones concretas de la incorporación de la prueba en juicio hacen de ella "prueba ilícita". A pesar de ser un asunto controvertido, la no valoración de prueba ilícita (conocida también como "valoración negativa") parece haberse asentado en la práctica judicial chilena. Una visión completa y actual del asunto puede verse en Correa, Carlos: La llamada valoración negativa de la prueba en la doctrina y la jurisprudencia, *Latin American Legal Studies*, Vol. 8 (2021), p. 65 ss.

que, si bien puede confundirse con el tercer punto, es decir, con la cuestión concerniente al peso del medio de prueba en la sentencia, destaca el aspecto de control judicial exigido por la Corte Interamericana. En espera de un reforzamiento legal de dicho control judicial, que sería deseable desde un punto de vista de convencionalidad, un comportamiento judicial como el sugerido podría servir como nota de legitimidad del derecho chileno en la materia. Desde el punto de vista de la defensa, de la mano de la sentencia interamericana, este debería ser objeto predilecto de revisión y posible impugnación vía recurso de nulidad.

Respecto de lo segundo (medidas de contrapeso), la ley parece satisfacer las exigencias de la Corte (debe recordarse, por lo demás, que esto se reconoció ya en el caso concreto, con el simple cumplimiento de las normas legales, § 250), pues, de acuerdo con el inciso segundo del art. 226 P, el tribunal debe comprobar previamente la identidad del testigo, “en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado civil, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio”, mientras que el inciso tercero dispone que “[e]n ningún caso las declaraciones de los testigos... podrán ser recibidas e introducidas en el juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo personalmente”⁵⁰.

Y respecto de lo tercero (evitación de efecto determinante en la sentencia), se ha incluido una regla de valoración de prueba que, a todas luces, está tomada del fallo, a saber, el art. 226 U, cuyo inciso segundo dispone lo siguiente:

En ningún caso el tribunal podrá fundar la condena únicamente en declaraciones realizadas por agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes y testigos protegidos respecto de los cuales se haya decretado la prohibición de revelación de su identidad⁵¹.

50 Y si se trata de una declaración anticipada, esto es, en un momento en que ciertos antecedentes pueden ser aún secretos para la defensa, conforme al art. 226 J, el tribunal “podrá disponer el alzamiento del secreto establecido en el artículo 226 J y procurará el acceso de la defensa a todos los medios de prueba pertinentes”. El carácter facultativo del alzamiento genera dudas sobre la satisfacción del derecho de defensa en este punto específico.

51 Regla que también se encuentra, incomprensiblemente, en el inciso final del art. 226 O. La regla del inciso primero (“El tribunal valorará el testimonio de agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes conforme a las reglas de la sana crítica”), tomada probablemente del § 247 de la sentencia, simplemente denota desconocimiento del legislador (i) del régimen probatorio que rige en el proceso penal chileno.

Sobre esto último, con todo, debe verificarse el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en la regla, al modo en que lo hizo la Corte en el caso concreto. Respecto de uno de los acusados, se concluyó que el testimonio del testigo protegido no había sido decisivo; pero respecto del otro, ese testimonio sí lo habría sido, pues:

si bien se hace referencia a otros medios de prueba, éstos por sí solos no hubiesen bastado para llegar a la condena, ya que las otras tres personas que rindieron testimonio solo tenían un conocimiento indirecto. La sentencia hizo además referencia a una carta sobre supuestas amenazas firmada por el señor P, pero sin fecha, y a un cheque firmado por el administrador del FN a la orden del acusado (§ 251).

Este ejercicio debería servir de modelo para fundar un eventual recurso de nulidad de acuerdo con la letra a) del art. 373.

Es cuanto puedo informar, en Santiago, a 1 de diciembre de 2023.

INFORMES EN DERECHO

II. La nueva regulación del comiso: exposición sistemática de las normas incorporadas por las leyes 21.575, 21.577 y 21.595 al Código Penal

Dr. Jorge Cabrera Guirao

1. Introducción

El presente documento busca poner a disposición del lector una presentación sistemática general del nuevo régimen del comiso contenido en la parte general del Código Penal, así como también, de las reglas procesales que hacen posible su imposición en el Código Procesal Penal, luego de la entrada en vigencia de las leyes 21.575, 21.577 y 21.595¹. Las

¹ Las leyes precitadas modificaron sustantivamente el régimen del comiso en el ordenamiento jurídico chileno y se publicaron en el Diario Oficial los días 23 de mayo, 15 de junio y 17 de agosto de 2024 respectivamente. Sin perjuicio de lo anterior, de que las modificaciones al régimen de comiso incluían también la modificación a las reglas de la ley 20.000 y el establecimiento de un régimen especial de comiso de la ley 21.595 el objeto del presente documento se limita a exponer el contenido de las modificaciones introducidas al Código Penal y una descripción general de las reglas procesales destinadas a hacerlo efectivo con fines fundamentalmente expositivos.

modificaciones incorporadas por las leyes citadas son muy significativas porque amplían de forma general el alcance de las formas penales de comiso y consagran expresamente el carácter no penal de algunas formas de comiso como el comiso de ganancias y de todas las formas de comiso sin condena que reciben un tratamiento exhaustivo en la parte general del Código Penal chileno².

Antes de comenzar debe tenerse presente que hasta antes de la entrada en vigencia de las leyes 21.575, 21.577 y 21.595 la regulación general del comiso era relativamente sencilla y se encontraba en los arts. 21 y 31 del Código Penal como “pena común” a los crímenes, simples delitos y faltas. El objeto del comiso eran fundamentalmente los instrumentos y efectos del delito, mientras que se discutía si este último podía alcanzar a las ganancias³. En el derecho penal accesorio, las leyes 19.913, 20.000 y 20.393 contenían, a su vez, reglas especiales que hacían admisibles formas de comiso de ganancias y, bajo determinadas condiciones afectar incluso a terceros que, en todo caso, se encontraba en tensión con la noción entonces vigente y positivamente consagrada de que el comiso solo podía considerarse una pena⁴.

El punto de partida de los proyectos de ley que al publicarse terminaron modificando el alcance del comiso en nuestro ordenamiento jurídico era precisamente poder conciliar la existencia del comiso puramente penal al que refieren los arts. 21 y 31 del Código Penal (el comiso de instrumentos y efectos) y las otras formas de comiso existentes en el derecho penal accesorio antes de la reforma podían imponerse a limitadamente quienes no habían sido condenados y, consecuentemente, no podían considerarse penas, sino una consecuencia civil adicional de la constatación de un hecho ilícito⁵. Así, luego de la entrada en vigencia de las leyes 21.575, 21.577 y

2 Esto se desprende claramente del inc. 2° del art. 20 del Código Penal.

3 Sobre el comiso en el régimen previo a las modificaciones de las leyes 21.575, 21.577 y 21.595 véase Couso Salas, Jaime y Hernández Basualto, Héctor, Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia, 2011, p. 482 y s.; Guzmán Dálbora, José Luis, La pena y la extinción de la responsabilidad penal, 2009, p. 335.

4 Así, por ejemplo, Ananías Zaror, Ignacio, El comiso de ganancias, en: Revista de Estudios de la Justicia, 2014, p. 156. Estas reglas especiales no resultaban congruentes con el sistema general sobre el comiso de los antiguos arts. 21 y 31 del Código Penal razón por la cual se incorporó se buscó la modificación del inc. 2° del art. 20 del Código Penal. En este sentido, Bascuñán Rodríguez, Antonio, “El rompecabezas del comiso en el actual derecho chileno”, El Mercurio Legal, 9 de enero de 2024.

5 Al respecto, Bascuñán Rodríguez, Antonio, Bascuñán Rodríguez, Antonio, “El rompecabezas del comiso en el actual derecho chileno”, El Mercurio Legal, 9 de enero de 2024.

21.595, puede constarse que hoy existen claramente formas penales y no penales de comiso en nuestro ordenamiento jurídico. Entre las primeras —de acuerdo con lo previsto en los arts. 21 del Código Penal— encontramos el comiso de efectos (art. 31 ter del Código Penal), el comiso de instrumentos delictivos (art. 31 inc. 1° del Código Penal) y el comiso de instrumentos de uso libre (art. 31 bis del Código Penal).

Sin embargo, se agregaron también al Código Penal diversas formas de comiso sin condena previa cuya interpretación de dificulta por su diversidad y amplitud. De la antigua regulación del comiso en la parte general del Código Penal solo sobrevivió el art. 21 que declaraba el carácter penal del comiso de efectos e instrumentos. Al mismo tiempo, se agregó un inciso segundo al art. 20 del Código Penal negando el carácter de pena a todas las formas de comiso sin condena y de ganancias. El art. 31 que los regulaba fue derogado y, en su lugar, se incorporaron los nuevos arts. 31, 31 bis y 31 ter que contienen una nueva regulación del comiso de efectos e instrumentos admitiendo hipótesis comiso de efectos e instrumentos sin condena haciendo tácitamente excepción a la regla general del art. 21. Finalmente, se incorporaron los artículos 24 bis y 24 ter sobre el comiso de ganancias. A lo anterior se suma la proliferación de regímenes especiales, tanto en la parte especial del Código Penal (arts. 294 bis y 294 ter), como en leyes 19.913, 20.000, 20.393 y 21.595. La sistematización de estas normas depara grandes dificultades al interprete como ha sido advertido en espacios académicos⁶ y, probablemente, por lo mismo, son pocos los trabajos disponibles sobre la materia a la fecha y, por sí solo, justifica una investigación académica de largo aliento. El presente es un intento por presentar esquemáticamente las reglas contenidas en la parte general del Código Penal sobre comiso.

1.1 El fundamento y los principios que inspiran la nueva regulación del comiso

Como se adelantó la nueva regulación del comiso en Chile hace convivir formas punitivas y no punitivas de comiso. A estas modificaciones subyace la constatación de que el derecho penal tradicional represivo no es suficiente

6 Ibid.

para lidiar con fenómenos inherentes a una sociedad globalizada. El terrorismo, el crimen organizado, los delitos económicos, los delitos informáticos y otros desafíos complejos requieren nuevas soluciones que, sobre todo busquen prevenir antes que castigar el delito⁷. Estas soluciones se encuentran en nuevas formas de derecho penal preventivo, como también, en la combinación del derecho penal y otros regímenes legales del derecho público y civil con las normas de autorregulación del derecho privado⁸.

El nuevo régimen normativo comiso en el Código Penal parte de la base de una redefinición del comiso, ya no exclusivamente como una pena, sino también como una consecuencia civil de derecho público del hecho ilícito lo que permite la extinción de la propiedad de efectos y ganancias ilícitas sin reproche ético permitiendo, a su vez, materializar el ideal que el crimen no puede rendir (“*crime must not pay*”) con independencia del reproche ético-social asociado a la pena. De este modo, la acción de comiso es una acción dirigida en contra de los bienes de origen ilícito. Este nuevo reconocimiento del carácter de consecuencia civil del comiso explica y justifica también la modificación del estándar de convicción con que los tribunales deberán hacer lugar a la acción de comiso⁹.

El antecedente del nuevo paradigma regulativo se encuentra en la construcción proveniente del derecho de los Estados Unidos de América de confiscación o comiso civil (“*civil forfeiture*”)¹⁰. En términos simples se trata de

7 Rui, Jon Petter y Sieber, Ulrich, Introduction. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, 2015, pp. 1-13. p. VII y s.

8 Rui, Jon Petter, Introduction. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, 2015, p. 6 y s.

9 Estas modificaciones se encuentran en línea con las regulaciones comparadas y con matices puede encontrarse regímenes análogos en Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, Italia o España. Todos estos regímenes buscan aumentar la eficacia preventiva del comiso reenfocando la naturaleza de la acción y procedimientos de comiso. Al respecto ver Rui, Jon Petter, Introduction. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, 2015, p. 3 y ss.; Casella, Stefan D., Civil Asset Recovery – The American Experience. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, 2015, pp. 13-30. (2015) p. 13 y ss.; Esser, Robert A Civil Asset Recovery Model – The German Perspective and European Human Rights. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, 2015, p. 69 y ss.; Vogel, Joachim, The Legal Construction that Property Can Do Harm – Reflections on the Rationality and Legitimacy of “Civil” Forfeiture, 2015, p. 225 y ss.; Castellvi Monserrat, Carlos: “Decomisar sin castigar”, en: INDRET Revista para el Análisis del Derecho (Nº 1), 2019, p. 4 y ss.

10 Con todo, debe tenerse presente que el ámbito continental, el ordenamiento jurídico italiano conoce una forma de comiso o confiscación civil diferente al modelo de los Estados Unidos de América desde el año 1965. Al respecto, ver Panzavolta, Michele y Flor, Roberto: A Necessary Evil? The Italian “Non-Criminal System” of Asset Forfeiture. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, 2015, p. 111 y ss.; Vogel, Joachim, The Legal Construction that Property Can Do Harm – Reflections on the Rationality and Legitimacy of “Civil” Forfeiture, 2015, p. 226.

acciones dirigidas en contra de los bienes ilícitamente obtenidos (acciones *in rem*) a las que subyace la noción de que la propiedad adquirida ilícita es en sí misma culpable¹¹. Se trata de un concepto difícil (sino imposible) de aceptar en muchas jurisdicciones y, particularmente, para aquellas pertenecientes a la tradición del derecho continental¹². Sin embargo, esta constatación no tiene como consecuencia necesaria la incompatibilidad de las acciones de comiso civil con los ordenamientos jurídicos de tradición continental y, por añadidura, de la nueva regulación sistemática del comiso en nuestro ordenamiento jurídico¹³. En realidad, la confiscación no penal y el comiso sin condena no son una novedad en los ordenamientos jurídicos continentales que frecuentemente sirven de referencia a la hora de evaluar reformas legislativas en el ámbito penal y procesal penal. Así, por ejemplo, Italia que reconoce formas de comiso sin condena desde mediados de la década de 1960¹⁴, mientras que a fines de la década de 2000 entraron en vigor reglas de comiso sin condena en Alemania¹⁵. Otro tanto ha ocurrido en España donde también se han incorporado reglas generales sobre el comiso sin condena a parte general del Código Penal¹⁶.

La legitimación teórica de este nuevo régimen de comiso puede explicarse, en los términos de nuestra tradición jurídica recurriendo por un parte, recu-

-
- 11 La confiscación o comiso civil es una acción *in rem*. La acción se tramita conforme a las reglas del procedimiento civil. Lo anterior, supone que el estándar de convicción es también aquel correspondiente a los procedimientos civiles, a saber, la preponderancia de la prueba. Ni el delito, ni la conexión de la propiedad con el delito deben probarse más allá de toda duda razonable. Las garantías constitucionales específicas del procedimiento penal como la Cuarta y la Sexta Enmienda no resultan aplicables, pues al tratarse de una acción *in rem* resulta irrelevante que el propietario sea culpable. Esto tiene como consecuencia que el Estado pueda confiscar bienes pertenecientes a terceros inocentes e incluso de las víctimas del delito. Al respecto, véase Vogel, Joachim, *The Legal Construction that Property Can Do Harm – Reflections on the Rationality and Legitimacy of “Civil” Forfeiture*, 2015, p. 227.
- 12 Vogel, Joachim, *The Legal Construction that Property Can Do Harm – Reflections on the Rationality and Legitimacy of “Civil” Forfeiture*, 2015, p. 225.
- 13 *Ibid.*
- 14 Al respecto, Panzavolta y Flor (2015) p. 111 y ss. con ulteriores referencias.
- 15 En Alemania las reglas sobre comiso se encuentran en el § 73 y ss. del Código Penal Alemán (en adelante “StGB” por su abreviatura en alemán). Reglas análogas a las del comiso sin condena se encuentran en el § 73d StGB denominado “Erweiteter Verfall” o “comiso ampliado” y el §76a StGB que contiene el denominado “Selbständiger Verfall” o “comiso autónomo”. Al respecto, véase Esser, Robert: *A Civil Asset Recovery Model – The German Perspective and European Human Rights. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe* (2015) p. 69 y ss.
- 16 Castellvi Monserrat, Carlos: “Decomisar sin castigar”, en: *INDRET Revista para el Análisis del Derecho* (Nº 1), 2019, p. 4 y ss.

riendo al principio de lesividad¹⁷. La propiedad obtenida ilícitamente puede causar o puede ser usada para causar daño (a bienes jurídicos protegidos). Así, puede explicarse el nuevo régimen de comiso como una reacción ante el abuso de la propiedad con fines criminales y, subsecuentemente, nos encontremos frente a propiedad que puede ser utilizada para causar un daño penalmente relevante¹⁸. Sin embargo, este fundamento no es enteramente aplicable a todas las formas de comiso. En realidad, solo permitiría explicar las formas penales de comiso del comiso de efectos e instrumentos, pero no las formas de comiso sin condena (arts. 24 ter, 31, 31 bis, 31 ter CP), comiso por equivalencia (294 ter CP) o comiso de ganancias (24 bis y 294 bis CP) que se han incorporado recientemente a nuestro ordenamiento jurídico. A diferencia de los instrumentos y objetos ilícitos, las ganancias no son dañinas per se. Se trata normalmente de dinero u otros muebles valiosos. Con todo, se trata de bienes que pueden actuar como un incentivo para la comisión de delitos futuros o que pueden ser reinvertidas en la comisión de futuros delitos. Aún si este no fuera el caso, se trata ciertamente de bienes que comúnmente son objeto de operaciones de lavado¹⁹. Estas consideraciones hacen evidente que el fundamento de la confiscación no puede ser el principio de lesividad, sino entregar al ordenamiento jurídico una herramienta que permita materializar del principio moral y legalmente evidente de que el crimen no debe pagar²⁰.

Debe tenerse presente, además, que una consecuencia jurídica no debe considerarse necesariamente pena porque importe la pérdida de bienes. La determinación del carácter penal de una consecuencia jurídica debe atenderse a criterios adicionales donde la concurrencia del reproche ético-social asociado a la imposición de la pena resulta determinante²¹. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Alemán ha considerado que la “absorción ganancias obtenidas ilícitamente no es necesariamente una sanción retributiva” y señala que el legislador puede, en realidad, decidir

17 Así, por ejemplo, Vogel, Joachim, *The Legal Construction that Property Can Do Harm – Reflections on the Rationality and Legitimacy of “Civil” Forfeiture*, 2015, p. 225 y ss.

18 Vogel, Joachim, *The Legal Construction that Property Can Do Harm – Reflections on the Rationality and Legitimacy of “Civil” Forfeiture*, 2015, p. 230.

19 Vogel, Joachim, *The Legal Construction that Property Can Do Harm – Reflections on the Rationality and Legitimacy of “Civil” Forfeiture*, 2015, p. 235

20 Ibid.

21 Esser, Robertt A *Civil Asset Recovery Model – The German Perspective and European Human Rights. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, 2015, p. 77 y ss.

libremente sí y como, esto es, en qué condiciones, quiere decomisar bienes obtenidos ilegalmente²². De lo anterior se sigue que la privación de las ganancias obtenidas ilícitamente puede ser regulada también como una consecuencia civil del hecho ilícito y no exclusivamente como una pena. Subsecuentemente, de lo anterior también se sigue que la determinación del carácter penal o civil del comiso como consecuencia jurídica queda enteramente entregada al legislador.

1.2 Sobre la constitucionalidad de la nueva regulación del comiso

Respecto de la nueva regulación sobre el comiso pueden plantearse algunas consideraciones de constitucionalidad. En efecto, estas cuestiones se han planteado respecto de normas sobre comiso en que, como ahora en el caso chileno, conviven formas de comiso penal y confiscación sin condena previa como los ordenamientos jurídicos alemán y español. Sin poder más que enunciar en este documento sobre las objeciones respecto de reglas de confiscación de ganancias o sin condena previa, puede generalmente señalarse como cuestiones debatidas la compatibilidad de las formas de comiso sin condena con normas constitucionales que garantizan el principio de culpabilidad, la presunción de inocencia, el principio *nemo tenetur ipso accusare*, el derecho de propiedad y la exigencia de proporcionalidad de la intervención estatal.

La compatibilidad de formas de confiscación o comiso civil con el principio de culpabilidad ha sido analizada en distintas jurisdicciones europeas en la medida que podrían significar la imposición de una pena sin que se haya constatado la culpabilidad del penado. Sin embargo, esta objeción ha sido desestimada categóricamente por el Tribunal Constitucional Alemán, en la medida que se trata de consecuencias jurídicas que no tienen un carácter retributivo²³.

En el derecho comparado también se ha planteado también una posible cuestión de constitucionalidad fundada en la presunción de inocencia. La

22 BVerfGE 110, 1.

23 BVerfGE 110, 1. Al respecto, Esser, Robert: *A Civil Asset Recovery Model – The German Perspective and European Human Rights. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, 2015, p. 78 y s.

cuestión se ha planteado de la siguiente forma: el comiso sin condena impone al individuo la obligación de acreditar que los bienes en contra de los que se ejerce la acción de comiso no provienen de hechos ilícito invirtiendo la carga de la prueba en infracción de la presunción de inocencia. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Alemán y la Corte Europea de Derechos Humanos han desestimado estas objeciones fundadas en el carácter no penal de las medidas de comiso sin condena²⁴.

De forma similar a la anterior, se ha señalado que las formas de comiso sin condena serían incompatibles con el principio *nemo tenetur ipso accusare*. Esta objeción se plantea en casos en que para defender su propiedad una persona se vea “forzada” a intervenir en el proceso penal, eventualmente, renunciando al derecho de abstención que le asiste. La cuestión no ha sido resuelta aún por tribunales constitucionales, pero solo puede salvarse con reglas categóricas sobre la inadmisibilidad y la imposibilidad de valorar prueba producida en procedimientos referidos al comiso donde el individuo se vea fácticamente obligado a intervenir²⁵. Esta objeción podría ser relevante en una impugnación de la carga de acreditar la falta de intervención del dueño de la cosa a la que refiere el art. 31 inc. 3º sobre el comiso de instrumentos delictivos de terceros aunque plausibilidad de objeción dependerá de las circunstancias del caso concreto.

Se ha cuestionado también la compatibilidad de un régimen de comiso desvinculado de una sentencia condenatoria previa con el derecho de propiedad. La compatibilidad del régimen de comiso sin condena se ha afirmado fundamentalmente en las limitaciones que puede imponer el legislador en virtud de la función social de la propiedad²⁶. Finalmente, un tópico argumentativo sugerente dice relación con la compatibilidad de un régimen de comiso sin condena con la exigencia de proporcionalidad de la intervención estatal. Esta exigencia impone, a lo menos, la necesidad de acreditar la existencia de un hecho ilícito y su conexión con el bien decomisado²⁷.

24 BVerfGE 110, 1.; ECtHR Walsh v. UK; ECtHR Butler v. The United Kingdom; ECtHR Condron v. The United Kingdom; ECtHR Saccoccia v. Austria; en otro sentido, empero, ECtHR Salabiaku v. France (n. 81), § 28.

25 Al respecto, véase solo Esser, Robert, A Civil Asset Recovery Model – The German Perspective and European Human Rights. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, 2015, p. 82 y s.

26 ECtHR Saccoccia v. Austria; ECtHR Duboc v. Austria.

27 Esser, Robert: A Civil Asset Recovery Model – The German Perspective and European Human Rights. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, 2015, p. 86 y s.

2. Comiso de efectos e instrumentos (arts. 31, 31 bis y 31 ter del Código Penal)

De acuerdo con lo previsto expresamente en el art. 21 del Código Penal son penas comunes a los crímenes, delitos y faltas “la pérdida o comiso de los efectos e instrumentos”. Así, en principio, el comiso de efectos e instrumentos serán considerados pena y, por lo mismo, en principio, no podrá imponerse a terceros sin que una sentencia condenatoria establezca la responsabilidad penal a quien se le impone.

Antes de la entrada en vigencia de la ley 21.577, el comiso de efectos e instrumentos se encontraba regulado en el art. 31 que disponía que toda “pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito”. Más allá de los problemas de interpretación que suscitaba el alcance del concepto de “efectos”²⁸, el tenor literal del antiguo art. 31, en concordancia con el aún vigente art. 21 del Código Penal, excluía, de forma general, la imposición del comiso sin condena.

La entrada en vigencia de ley 21.577 derogó el antiguo art. 31 del Código Penal y, en su lugar, incorporó tres nuevas disposiciones, los nuevos arts. 31 sobre el “comiso de instrumentos especialmente aptos para la comisión de un delito”, el art. 31 bis sobre “el comiso de instrumentos no especialmente aptos para la comisión de delitos” y el art. 31 ter referido al “comiso de efectos”. La diferencia más saliente de la nueva regulación del comiso de efectos e instrumentos es que permite excepcionalmente el comiso sin condena de “efectos” e “instrumentos especialmente aptos para la comisión de delitos” que, de acuerdo con lo previsto en el art. 20 inc. 2º del Código Penal no se reputan pena²⁹. En lo que sigue se expondrá el contenido de dichas disposiciones en el orden previsto por el legislador³⁰.

28 Concretamente se discutía si el concepto de efectos alcanzaba también a las ganancias. Al respecto, Ananías Zaror, Ignacio, El comiso de ganancias, en: Revista de Estudios de la Justicia, 2014, p. 155.

29 La antinomia entre la regla previa y general del art. 21 del Código Penal debe resolverse en favor de las reglas de los arts. 31 y 31 ter del Código Penal que son especiales y posteriores.

30 El origen de las reglas sobre comiso de los arts. 31, 31 bis y 31 ter del Código Penal tienen como antecedente casi literal las reglas contenidas en los arts. 130, 131 y 132 del Anteproyecto de Código Penal de 2018 que pasaron al proyecto que dio lugar a la Ley 21.575 y, posteriormente, fueron incor-

2.1. El comiso de instrumentos (arts. 31 y 31 bis del Código Penal)

Los arts. 31 y 31 bis del Código Penal regulan el comiso de instrumentos. Instrumentos serán, de forma general, todas aquellas cosas que han servido como medio para la comisión del delito. El legislador ha distinguido entre la situación de instrumentos según si son especialmente aptos para la comisión de delitos (art. 31 del Código Penal) o si no se trata de cosas especialmente aptas para la comisión de delitos e, igualmente, han sido utilizados en su perpetración (art. 31 bis del Código Penal).

(i) Comiso de instrumentos especialmente aptos para la comisión de delitos (art. 31 del Código Penal)

El art. 31 del Código Penal dispone en su inc. 1° que se “impondrá el comiso de toda cosa que ha sido empleada como instrumento en la perpetración de un delito y sea especialmente apta para ser empleada delictivamente”. La sola lectura del art. 31 del Código Penal revela que la imposición del comiso del art. 31 del Código Penal requiere que éste “haya sido empleado como instrumento en la perpetración de un delito”, esto es, como un medio para la comisión del delito y que éste sea “especialmente apto para ser empleado delictivamente”. De acuerdo con lo previsto en el art. 31 inc. 1° del Código Penal serán especialmente aptas para la comisión de delitos “aquellas cosas cuya tenencia o porte se encuentra en general prohibida por la ley”.

Un análisis del contenido del art. 31 del Código Penal permite distinguir dos formas de comiso de instrumentos especialmente aptos para ser empleados delictivamente: una forma penal de comiso de instrumentos delictivos y una forma de confiscación no punitiva del comiso de instrumentos delictivos. Nos encontraremos frente a la forma penal del comiso de instrumentos especialmente aptos para ser empleados delictivamente cuando éste se imponga respecto por medio de una sentencia condenatoria por haber sido empleados en la comisión del delito por alguno de los condenados. Piénsese en el comiso de un fusil de guerra de propiedad del homicida o

poradas a la Ley 21.577. Al respecto, Bascuñán Rodríguez, Antonio, Bascuñán Rodríguez, Antonio, “El rompecabezas del comiso en el actual derecho chileno”, El Mercurio Legal, 9 de enero de 2024.

sus cómplices. Su carácter penal desprende formalmente del tenor literal del art. 21 del Código Penal y, materialmente, del hecho que nos encontramos frente a la irrogación de un mal asociado al reproche ético-social inherente la imposición de la pena.

Por su parte, el art. 31 del Código Penal también contempla una forma de confiscación no punitiva de instrumentos delictivos. Se trata de una forma de extinción de la propiedad de instrumentos especialmente peligrosos cuyo porte o tenencia, por lo mismo, se encuentra generalmente prohibida por la ley. Esta forma de intervención estatal se legitima en la necesidad preventiva que nace del peligro que representa un instrumento delictivo que ha sido empleado en la comisión de un delito, con independencia de que se haya podido imponer la responsabilidad penal. Piénsese, por ejemplo, en el revolver empleado por un homicida declarado inimputable o en rebeldía sobreseído. La proporcionalidad de esta forma de comiso no punitiva no pareciera ser discutible. Desde un punto de vista formal, el tenor literal de la disposición del art. 20 inc. 2º del Código Penal dispone que el comiso sin condena no se reputará pena.

El art. 31 inc. 2º y siguientes del Código Penal contiene una regla de procedencia casi absoluta del comiso de instrumentos delictivos sin condena que, sin embargo, contempla una excepción respecto de terceros de buena fe y la procedencia de indemnización en el evento que el instrumento sea decomisado sin que éste oponer excepciones dentro de plazo³¹. Así, el comiso sin condena de instrumentos delictivos de acuerdo con el art. 31 inc. 2º del Código Penal el comiso de instrumentos especialmente aptos para la comisión de delitos podrá ser decretado “aun si el imputado resulta absuelto o sobreseído”. En este caso, bastará para la calificación de una cosa como instrumento especialmente apto “el establecimiento de su uso en un hecho delictivo”, piénsese, por ejemplo, en un fusil de guerra empleado en la comisión de un homicidio.

31 Al respecto, véase las diferencias con el Anteproyecto de Código Penal de 2018 que establecía una regla aún más estricta en Wilenmann von Bernrath, Javier, Minuta para el análisis del título VII, párrafos 1 a 4 del libro primero (consecuencias adicionales y comiso), en: Ministerio de Justicia, Comisión de revisión de Anteproyecto de Código Penal (2018), p. 12.

Como el fundamento de la procedencia del comiso de instrumentos delictivos sin condena radica en el peligro que representa la subsistencia de la propiedad sobre este tipo de instrumentos con independencia de la determinación de responsabilidad penal, el inc. 3º del art. 31 del Código Penal dispone su procedencia incluso respecto de terceros de buena fe y los que tengan título para poseer la cosa “a menos que se establezca que el dueño no tuvo responsabilidad en el uso de la cosa por parte del hechor”. Esta regla supone la imposición al dueño de la casa de demostrar que no tuvo responsabilidad en el uso de la cosa. Este deber no supone una infracción al principio de inocencia, pues no nos encontramos frente a un procedimiento destinado a determinar la existencia de responsabilidad penal e imponer una pena. Eso ha sido categóricamente resuelto por el art. 20 inc. 2º del Código Penal. Con todo, el inc. 4º del art. 31 del Código Penal entrega una acción indemnizatoria al tercero de buena fe que no hubiere tenido participación en la utilización del instrumento especialmente apto y que se viera afectado por su comiso en contra del hechor.

(ii) Comiso de instrumentos no especialmente aptos para la comisión de delitos (art. 31 bis del Código Penal)

El comiso de instrumentos no especialmente aptos para ser utilizados delictivamente que hayan servido en perpetración de un hecho punible tiene un carácter indudablemente penal. Se trata de una extinción de la propiedad que se impone como una pena común a los crímenes, simples delitos y faltas respecto de instrumentos de libre uso (piénsese en un cuchillo de cocina o un computador portátil) donde la extinción de la propiedad se justifica exclusivamente en su utilización en un hecho delictivo. Al no tratarse de una cosa intrínsecamente peligrosa, la imposición del comiso solo puede entenderse como una reacción proporcional a la constatación de la existencia de responsabilidad penal.

Desde un punto de vista estrictamente normativo, el carácter penal del comiso de instrumentos de libre uso se debe fundamentalmente a tres razones: la primera, porque el art. 21 del Código Penal se establece de forma general el carácter penal de comiso de instrumentos y no existiendo una regla especial que modifique dicha calificación debe tener ese carácter; la segunda, porque el art. 31 bis inc. 1º del Código Penal solo admite la imposición del comiso de los instrumentos de libre uso, éste solo puede imponerse por medio de una “sentencia condenatoria y siempre que la cosa haya sido utilizada en la

perpetración de un delito”, y, la tercera, porque el art. 31 inc. 2° del Código Penal excluye terminantemente la imposición del comiso de instrumentos respecto de terceros de buena fe.

Para que pueda darse lugar al comiso de instrumentos de libre el legislador requiere: a. que se trata de un requisito de libre uso; b. que una sentencia condenatoria haya establecido el empleo de la cosa en la comisión del delito y c. que la imposición del comiso no “le ocasione un perjuicio desproporcionado al afectado. Esto último supone que la imposición del comiso requiere explicitar cómo la imposición del comiso resulta adecuada, necesaria y contener ponderación ventajas y desventajas de su imposición.

2.2. El comiso de efectos (art. 31 ter del Código Penal)

El art. 31 ter del Código Penal contiene las reglas que determinan la procedencia del comiso de efectos. Como ya hemos señalado más arriba, en principio, el comiso de efectos es una pena común a crímenes, simples delitos y faltas de acuerdo con el art. 21 del Código Penal. Consecuentemente, como regla general, la imposición del comiso de efectos requiere la constatación previa de la responsabilidad penal de su dueño. Sin embargo, el comiso de efectos también podrá imponerse si el imputado resulta absuelto o sobreseído “siempre que se establezca que la cosa proviene de un hecho ilícito” y, en este caso, el comiso no se reputará pena por expresa aplicación de la regla del art. 20 inc. 2° del Código Penal.

De esta distinción fundamental se derivan consecuencias respecto de las condiciones materiales de procedencia del comiso de efectos, así como también, de las reglas procesales aplicables. El comiso de efectos penal, atendida su naturaleza, deberá siempre imponerse por una sentencia condenatoria firme. Para que el tribunal haga lugar al comiso de efectos respecto de terceros, deberá constatar la existencia del hecho típico y antijurídico y que los bienes decomisados han sido “obtenidos” o “producidos” como consecuencia de la comisión del delito. Esto se desprende inequívocamente, además, de la lectura de los arts. 20 inc. 2° y 348 inc. 3° del Código Penal. El comiso de efectos sin condena previa deberá decretarse luego de la tramitación del procedimiento de los arts. 415 bis y siguientes del Código Procesal Penal y su imposición es posible porque no se trata de una pena.

Con todo debe tenerse presente que “el comiso de los efectos del hecho no procederá respecto del tercero de buena fe” de acuerdo con lo dispuesto expresamente en el art. 31 ter inc. 3° del Código Penal. Tratándose de efectos de tenencia ilícita, como, por ejemplo, drogas o contrabando, siempre procederá el comiso según dispone el art. 31 ter inc. 4° del Código Penal.

3. Comiso de ganancias

3.1. El concepto de comiso de ganancias

El comiso de ganancias le permite al Estado privar a una persona de los beneficios económicos obtenidos como consecuencia directa de la realización del hecho constitutivo de un delito. Entre nosotros se encuentra regulado —de forma general— en los nuevos arts. 24 bis y 24 ter del Código Penal. Una interpretación sistemática de estas disposiciones y el inc. 2° del art. 20 del Código Penal, permite definir el comiso de ganancias como una consecuencia civil de derecho público proveniente del hecho ilícito por medio de la cual: “se priva a una persona de activos patrimoniales cuyo valor corresponda a la cuantía de las ganancias obtenidas a través del delito, o bien para o por perpetrarlo”.

En los términos de la nueva regulación del nuevo sistema de comiso de ganancias (arts. 20, 24 bis y 24 ter del Código Penal), esta forma de confiscación es una consecuencia del hecho ilícito que no se reputará pena³², sino una reacción normativa de derecho público con efectos civiles como consecuencia de la constatación del hecho ilícito. Como se expuso más arriba, el fundamento de justicia de estas reglas sobre la confiscación de las ganancias es la ilicitud del enriquecimiento proveniente de hechos ilícitos. En vista de lo anterior, las reglas sobre comiso de ganancias buscan

32 Al respecto, el Prof. Antonio Bascuñán Rodríguez señaló durante la tramitación de la ley 21.595, que si: “bien el comiso es una pena, precisó el académico, el proyecto propone entenderlo como una consecuencia civil que lleva consigo toda sentencia condenatoria. Por tanto, sigue el estatuto de una consecuencia civil de derecho público, equivalente al estatuto de indemnización de perjuicios (que es una consecuencia civil de derecho privado). Desde este punto de vista, y siguiendo las reglas del enriquecimiento injusto, el proyecto también prevé que el comiso de las utilidades sea aplicado a aquellos que se hayan enriquecido a título gratuito o de mala fe, aunque no hayan participado en la comisión del delito; por ejemplo, los herederos, y las personas jurídicas que hubieran recibido en aportes las ganancias provenientes del delito” (énfasis agregado).

privar a autores o partícipes, terceros de mala fe o que las reciben a título gratuito de las ganancias provenientes de la comisión de un hecho típico y antijurídico y materializan el principio prohibición del enriquecimiento injusto.

Precisamente, habida cuenta del carácter no punitivo del comiso, es que éste sea posible no solo al momento de dictarse una sentencia condenatoria, sino también en ausencia de ésta cuando el comiso recae en bienes provenientes del hecho típico y antijurídico en el caso de terceros de mala fe o quienes han recibido a título gratuito. Lo anterior se debe a que el comiso de ganancias es una reacción estatal ante el hecho ilícito y es una consecuencia de la responsabilidad penal por la realización del hecho ilícito. Se trata de una institución ampliamente utilizada en la legislación comparada y, a partir de ahora, recibe aplicación general en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia, pues es la consecuencia de “toda sentencia condenatoria en materia criminal” cuando el delito produjere ganancias³³.

3.2. Condiciones de procedencia del comiso de ganancias

La ubicación sistemática de las disposiciones que regulan el comiso de ganancias y el carácter amplio de las expresiones empleadas por el legislador llevan a concluir que se trata de una institución de carácter general que procederá como consecuencia de todas las sentencias condenatorias dictadas respecto de faltas, crímenes y simples delitos con total independencia del bien jurídico protegido.

Ahora bien, una consideración sistemática del nuevo régimen de comiso de ganancias como consecuencia de la sentencia condenatoria permite reconocer claramente 2 subsistemas diversos. Por una parte, el comiso de ganancias respecto de autores, partícipes y cómplices regulado en el art. 24 bis del Código Penal y, por otra parte, el régimen de comiso de ganancias respecto de terceros de mala fe y de adquirentes a título gratuito regulado

33 En la discusión sobre la regla contenida en el art. 24 ter del Código Penal sobre el comiso de ganancias respecto de terceros, el profesor Antonio Bascuñán Rodríguez manifestó que se trata de «una regla que establece, de un modo diferenciado, para la aplicación del comiso de ganancias lo que el Código Civil denomina como “provecho del dolo ajeno” en sus artículos 1.458 y 2.316. La regla podría seguir la regulación general del Código Civil pero para dar más seguridad y certeza jurídica se sigue la definición del Código Penal Alemán (Parágrafo 73 B) enumerando ciertos casos de provecho del dolo ajeno en que procedería la confiscación de las ganancias».

en el art. 24 ter del Código Penal. Sin embargo, en ambos casos, amén de las diferencias en las condiciones de procedencia y normas procesales aplicables, el comiso de ganancia nunca podrá ser considerado una pena en virtud del categórico tenor del art. 20 inc. 2º del Código Penal.

En lo sucesivo, nos referiremos diferenciadamente, primero, a las condiciones del comiso de ganancias respecto de autores, partícipes y cómplices y, luego, respecto de terceros de mala fe y adquirentes a título gratuito. La distinción obedece exclusivamente a las diferencias en el régimen procesal aplicable para determinar la procedencia de su imposición.

3.2.1. Condiciones de procedencia respecto de autores, cómplices y encubridores (art. 24 bis del Código Penal)

Como se adelantó, la hipótesis general del comiso de las ganancias de autores, cómplices y encubridores se encuentra regulada en el nuevo art. 24 bis del Código Penal. Esta primera forma de comiso de ganancias es una consecuencia de toda sentencia condenatoria en materia penal. Una reconstrucción de los requisitos contenidos en el art. 24 bis inc. 1º del Código Penal permite identificar que para dar lugar al comiso de ganancias respecto de autores, cómplices y encubridores es necesario: (i) la existencia de un hecho típico y antijurídico, (ii) la existencia de una ganancia y (iii) un vínculo causal entre el hecho típico y antijurídico. En lo que sigue nos referiremos al contenido de cada uno de estos requisitos con mayor detalle.

(i) La existencia de un hecho típico y antijurídico

Se ha expresado reiteradamente, pero vale la pena volver sobre ello: el comiso de ganancias no se reputa pena en nuestro ordenamiento jurídico. Este punto de partida normativo es relevante para caracterizar el primero de los requisitos generales de procedencia del comiso de ganancias, a saber, la existencia de un hecho típico y antijurídico. Ahora bien, el comiso de ganancias respecto de autores y partícipes procede solo en caso de sentencia condenatoria, subsecuentemente, en los hechos para que proceda el comiso de ganancias siempre será necesario que se constate que concurren la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

(ii) **La existencia de una ganancia**

En segundo lugar, la imposición del comiso requiere la existencia de una ganancia. De acuerdo con lo previsto de modo general por el art. 24 bis inc. 2° del Código Penal, el concepto de ganancias hace referencia al beneficio obtenido del hecho ilícito y comprende, por una parte, «...los frutos y las utilidades que se han originado, cualquiera sea su naturaleza jurídica» y, por otra parte, «...los costos evitados mediante el hecho ilícito». Para la determinación «...del valor de las ganancias no se descontarán los gastos que han sido necesarios para perpetrar el delito y obtenerlas».

(iii) **Vínculo causal**

Ahora bien, aún constatada la existencia de un hecho típico, antijurídico y (dependiendo de las circunstancias particulares del caso) también culpable, por una parte, y una ganancia en los términos descritos por el artículo 24 bis del Código Penal, por otra, el comiso solo podrá proceder si existe un vínculo causal entre el hecho (típico, antijurídico y, eventualmente, culpable) y la ganancia. La causalidad deberá determinarse, en principio, conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Esto es, si la supresión mental hipotética hace desaparecer la ganancia deberá constatarse la existencia de dicho vínculo causal. La causalidad es, en este caso, también una cuestión de hecho y, subsecuentemente, deberá acreditarse.

(iv) **Resumen**

Habida cuenta de lo expuesto más arriba, el comiso de ganancias —como consecuencia de la sentencia condenatoria— procederá, por regla general, en contra de quien se imponga responsabilidad penal (como autor o partícipe) por todo crimen o simple delito en el evento que éste produjera ganancias en la medida que: α) se haya constatado la existencia de un hecho típico, antijurídico y culpable; β) se haya constatado la existencia de ganancias provenientes del hecho ilícito y γ) se haya constatado la existencia de un vínculo causal entre el hecho ilícito y las ganancias. Estas condiciones generales de procedencias son también el punto de partida para determinar la procedencia del comiso de ganancias respecto de terceros de mala fe y adquirentes a título gratuito.

3.2.2. Condiciones de procedencia del comiso de ganancias respecto de terceros de mala fe y adquirentes a título gratuito

Las reglas generales sobre el comiso de ganancias no se encuentran limitadas a autores y partícipes. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 24 ter del Código Penal, de forma general también procederá en ausencia de una sentencia condenatoria en contra de terceros que hubieran adquirido a título gratuito o, bien, de mala fe, cumplidas que sean determinadas condiciones especialmente previstas en dicha disposición. Esta forma de comiso de ganancias permitirá privar de las ganancias delictivas a quienes se benefician ellas aún en supuestos en que no puede existir responsabilidad penal respecto de estos terceros. Esta forma de comiso de ganancias sin condena solo es sistemáticamente admisible asumiendo que se trata de un efecto civil, destinado a evitar el enriquecimiento ilícito, de la sentencia condenatoria y no una pena.

Esta forma de comiso sin condena permite evitar que personas no han actuado de forma personalmente imputable (por ejemplo, en caso de que no pueda constatarse la culpabilidad o la responsabilidad se encuentre prescrita) o, bien, cuando por alguna otra razón no pueda continuarse con la investigación (por ejemplo, cuando el imputado haya fallecido o deviene en incapaz luego de la comisión del delito), pueda de todos modos evitarse el enriquecimiento ilícito procedente de un hecho típico y antijurídico. Ahora bien, la imposición del comiso de ganancias conforme a lo dispuesto en el art. 24 ter del Código Penal siempre requerirá que exista una sentencia que haya constatado la existencia de un hecho típico y antijurídico, ganancias y un vínculo causal entre el hecho típico y antijurídico y estas últimas.

En nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo previsto expresamente por el art. 24 ter del Código Penal, el legislador previó el comiso de ganancias aún en ausencia de una sentencia condenatoria, fundamentalmente para terceros de mala fe o, bien, respecto de terceros adquirentes a título gratuito. Este es el caso, en primer lugar, del adquirente de "la ganancia como heredero o asignatario testamentario, a cualquier título gratuito o sin título válido". En segundo lugar, del tercero que ha adquirido "mediante el hecho ilícito y los intervinientes en la perpetración del hecho actuaron en su interés". En tercer lugar, el tercero que "adquirió la ganancia sabiendo o debiendo saber su procedencia ilícita al momento de la adquisición".

Finalmente, el art. 24 ter del Código Penal regula además la hipótesis del comiso de ganancias respecto “de una persona jurídica, que ha recibido la ganancia como aporte a su patrimonio.”

En lo que sigue revisaremos cada una de estas hipótesis que hacen procedente el comiso de ganancias respecto de terceros de acuerdo a lo previsto por el art. 24 ter del Código Penal.

(i) **Requisitos comunes al comiso de ganancias**

El comiso de ganancias respecto de terceros según el procedimiento regulado en el art. 24 ter del Código Penal requerirá, en primer lugar, que se constaten los requisitos impuestos por el art. 24 bis del Código Penal tratados en el título 3.2.1. anterior, a saber: α) se constata la existencia de un hecho típico y antijurídico, β) que se constata la existencia de una ganancia y γ) que dicha ganancia se encuentre vinculada causalmente con el hecho típico y antijurídico.

(ii) **Hipótesis especiales en que el comiso de ganancias respecto de terceros resulta procedente**

Una vez constatada la concurrencia de los requisitos generales que hace procedente el comiso, corresponderá constatar si los terceros que han percibido ganancias procedentes de un hecho típico y antijurídico se encuentran en alguna de las circunstancias descritas en el art. 24 ter del Código Penal. El comiso de ganancias procede en contra de cualquier tercero que se encuentre en dichas circunstancias sin que sea necesario demostrar que ha tenido conocimiento del origen ilícito de las ganancias. Los casos corresponden al de:

a. **El heredero o asignatario testamentario**

La primera hipótesis prevista por el legislador para hacer procedente el comiso de ganancias sin condena, es aquella en que se encuentran los terceros que, sin participación en la comisión del delito, hubieran adquirido “la ganancia como heredero o asignatario testamentario, a cualquier título gratuito o sin título válido”. Se trata entonces de terceros que, con o sin conocimiento del origen ilícito de las ganancias, adquieren por ser herederos o, bien, asignatarios, de quienes hayan percibido como consecuencia del

hecho típico y antijurídico. El fundamento de la extensión de la procedencia del comiso se encuentra en el origen ilícito de las ganancias decomisadas cuya transmisión por causa de muerte tampoco puede ser amparada por el Derecho. Con todo, se exceptúa del comiso de ganancias a quien las haya adquirido “del mismo modo de un tercero que no se encontrare en la misma circunstancia”.

b. El autor o inductor impune

Una segunda hipótesis de procedencia del comiso de ganancias respecto de terceros es el caso de autores o inductores que obtuvo la ganancia “mediante el hecho ilícito y los intervinientes en la perpetración del hecho actuaron en su interés” cuando se ha constatado la existencia de un hecho que típico y antijurídico y, sin embargo, no se ha podido constatar su culpabilidad o, bien, concurre otras circunstancia que hace imposible imponer responsabilidad penal a quien, de otro modo, debió haberla tenido (por ejemplo, alguna causal de exculpación o una excusa legal absoluta). El comiso de las ganancias sin condena busca, evitar enriquecimiento ilícito en aquellos casos en que se ha constatado fehacientemente la existencia del hecho ilícito y no ha sido posible determinar la existencia de responsabilidad penal. Esto también puede ser una consecuencia de la imposibilidad de constatar la culpabilidad y, subsecuentemente, habilita a proceder en contra de imputados que han sido absueltos o sobreseídos definitivamente por concurrir alguna causal de exculpación. Por último, éste puede ser el caso de ganancias obtenidas como consecuencia de la comisión de delitos que se encuentran prescritos. Sin embargo, también puede ser una consecuencia de no poder continuarse la investigación en contra de un imputado a quien se le atribuye la calidad de autor o inductor en el caso de: (i) que “no compareciere al procedimiento” y, subsecuentemente, “fuere declarado rebelde”, es decir, que se encuentra en la hipótesis de sobreseimiento temporal del art. 252 letra b) del Código Procesal Penal; (ii) que, “después de cometido el delito el imputado cayere en enajenación mental”, es decir, que se encontrara en la hipótesis de sobreseimiento temporal del art. 252 letra c) del Código Procesal Penal.

c. El tercero adquirente de mala fe

La tercera hipótesis del comiso de ganancias respecto de terceros corresponde al caso en que se “adquirió la ganancia sabiendo o debiendo saber su procedencia ilícita al momento de la adquisición”. Se trata de un caso

evidente de enriquecimiento injusto y una conducta que, por lo demás, bajo determinadas circunstancias y proviniendo de determinados delitos puede ser punible por sí sola.

d. Las personas jurídicas beneficiarias de las ganancias procedentes de un hecho ilícito

La cuarta y última hipótesis afecta a personas jurídicas que han recibido ganancias provenientes de un delito como aporte a su patrimonio. La causal no ofrece mayores dificultades interpretativas y pretende evitar que formas de planificación del manejo de la propiedad de bienes permitan eludir la acción de comiso. Esta causal comprende hipótesis de procedencia del comiso de ganancias sin condena ampliamente reconocidas en diversas jurisdicciones europeas que normalmente sirven de referencia a nuestras decisiones político-criminales.

4. Reglas especiales de comiso de los arts. 294 bis y 294 ter del Código Penal

Además de las reglas de carácter general, las nuevas modificaciones al régimen de comiso contemplaron la incorporación de reglas especiales referidas al delito de asociación delictiva y criminal. Estas reglas especiales se encuentran en los arts. 294 bis CP (referida al comiso de ganancias provenientes de una asociación ilícita) y 294 ter CP (referida al comiso por equivalencia). En lo que sigue nos referiremos a su contenido diferenciadamente.

4.1. Comiso de ganancias provenientes de una asociación ilícita sin condena (294 bis del Código Penal)

(i) Reglas generales aplicables

Las reglas referidas al comiso de ganancias provenientes de una asociación ilícita o criminal se estructuran de manera semejante, pero no idéntica a las contenidas en los arts. 24 bis y 24 ter Código Penal. Las diferencias se explican, en principio, porque se ha querido extender el alcance de la

confiscación civil de las ganancias. Con todo, resulta importante resaltar algunas características semejantes.

En primer lugar, por aplicación de la regla general y expresa del art. 20 inc. 2° del Código Penal, el comiso de ganancias del art. 294 bis del Código Penal, tampoco se reputará pena. En realidad, tal como en el caso del comiso de ganancias de los arts. 24 bis y 24 ter Código Penal, nos encontramos frente a una consecuencia civil de derecho público del hecho ilícito que busca materializar la prohibición del enriquecimiento injusto.

En segundo lugar, la redacción de la disposición del art. 294 bis del Código Penal contempla solo un régimen especial de causales específicas de procedencia del comiso de ganancias en ausencia de una sentencia condenatoria y, subsecuentemente, las reglas generales sobre la procedencia del comiso de ganancias contenidas en el art. 24 bis Código Penal. En este punto me remito a lo señalado supra sobre las condiciones generales de procedencia del comiso de ganancias.

En tercer lugar, la aplicación de las reglas generales tiene como consecuencia que, respecto de autores y partícipes, el comiso de ganancias se impondrá en la sentencia condenatoria, salvo que se cumplan las condiciones excepcionales descritas en los arts. 348 y 348 bis del Código Procesal Penal a las que nos referiremos más abajo.

Finalmente, respecto de aquellas hipótesis que no suponen la constatación de responsabilidad por parte del imputado o en que se cumplan las condiciones excepcionales a las que refieren los arts. 348 inc. 3° y 348 bis CPP, el comiso de ganancias solo podrá imponerse por medio de una sentencia firme dictada luego de su tramitación conforme a los arts. 415 quinquies, 415 sexies y 415 septies del Código Procesal Penal.

(ii) Causales que hacen procedente el comiso

Una vez constatada la existencia del hecho ilícito específico de los arts. 292 y 293, podrá hacerse lugar al comiso de ganancias si estas existen —en los términos descritos por el art. 24 bis inc. 2° y 3° del Código Penal— y se constata un vínculo causal entre el hecho ilícito y la creación de las ganancias. Como señalamos anteriormente, las diferencias entre las reglas generales sobre el comiso de ganancias y las reglas del art. 294 bis del Código Penal

radican fundamentalmente en que el art. 294 bis del Código Penal estipula reglas especiales de procedencia que, de todas formas, pueden entenderse comprendidas en las causales previstas en el art. 24 ter del Código Penal.

Estas causales especiales son: a) que se haya dictado el sobreseimiento temporal conforme a las letras b) y c) del inciso primero, y el inciso segundo del artículo 252 del Código Procesal Penal; β) que se haya dictado una sentencia absolutoria fundada en la falta de convicción a que se refiere el artículo 340 del Código Procesal Penal o sobreseimiento definitivo fundado en la letra b) del artículo 250 del mismo Código; γ) se haya dictado el sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria fundados en la concurrencia de circunstancias eximentes de responsabilidad que no excluyen la ilicitud del hecho; δ) se haya dictado el sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria fundados en haberse extinguido la responsabilidad penal o en haber sobrevenido un hecho que, con arreglo a la ley, pone fin a esa responsabilidad.

La primera hipótesis de procedencia supone que, habiéndose constatado la existencia del hecho típico y antijurídico de los arts. 292 y 293 del Código Penal y existan ganancias en los términos del art. 24 bis inc. 2º y 3º del Código Penal que se encuentren causalmente vinculadas cuando se haya dictado el sobreseimiento temporal en el caso que: a) el imputado «...no compareciere al procedimiento...» y, subsecuentemente, “fuere declarado rebelde”, es decir, que se encuentra en la hipótesis de sobreseimiento temporal del art. 252 letra b) del Código Procesal Penal; β) «después de cometido el delito el imputado cayere en enajenación mental...», es decir, que se encontrara en la hipótesis de sobreseimiento temporal del art. 252 letra c) del Código Procesal Penal y γ) “en el caso que el tribunal de juicio oral en lo penal dictará sobreseimiento temporal cuando el acusado no hubiere comparecido a la audiencia del juicio oral y hubiere sido declarado rebelde de conformidad a lo dispuesto en los artículos 100 y 101 de este Código”.

La segunda hipótesis de procedencia supone que, habiéndose constatado la existencia del hecho típico y antijurídico de los arts. 292 y 293 del Código Penal y existan ganancias en los términos del art. 24 bis inc. 2º y 3º CP que se encuentren causalmente vinculadas, la sentencia absolutoria se haya fundado “en la falta de convicción a que se refiere el artículo 340 del Código Procesal Penal” o bien se haya dictado el sobreseimiento definitivo fundado en la letra b) del artículo 250 del mismo Código, esto es, cuando apareciere claramente establecida la inocencia de la persona imputada.

La tercera hipótesis de procedencia supone que, habiéndose constatado la existencia del hecho típico y antijurídico de los arts. 292 y 293 del Código Penal y existan ganancias en los términos del art. 24 bis inc. 2º y 3º del Código Penal que se encuentren causalmente vinculadas cuando se haya dictado el sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria “fundados en la concurrencia de circunstancias eximentes de responsabilidad que no excluyen la ilicitud del hecho”.

La cuarta y última hipótesis considerada en el art. 294 bis del Código Penal supone que, habiéndose constatado la existencia del hecho típico y antijurídico del art. 292 y 293 del Código Penal y existan ganancias en los términos del art. 24 bis inc. 2º y 3º del Código Penal, que se encuentren causalmente vinculadas cuando se haya dictado el sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria fundadas en la: “haberse extinguido la responsabilidad penal (prescripción de la acción penal) o en haber sobrevenido un hecho que, con arreglo a la ley, pone fin a esa responsabilidad ...”. Esta causal se justifica en la modificación del plazo de prescripción de la acción de comiso que lo extiende a 4 años contadas desde la prescripción de la acción penal respectiva solo para el caso de la acción de comiso de ganancias generadas por el hecho típico y antijurídico del art. 292 y 293 del Código Penal.

En resumen, para la procedencia del comiso de ganancias del art. 294 bis del Código Penal se requiere la constatación de: α) la existencia de una asociación delictiva o criminal en los términos de los arts. 292 y 293 CP; β) la existencia de una ganancia proveniente de la actividad de la asociación delictiva; γ) la existencia de un vínculo causal entre el hecho típico y antijurídico del art. 292 y 293 del Código Penal la ganancia; y δ) que la persona respecto de la que se decreta el comiso se encuentre en alguna de las circunstancias descritas en el art. 294 bis.

4.2. Comiso por equivalencia conforme a las reglas del art. 294 ter CP

El art. 294 ter CP regula excepcionalmente la posibilidad del comiso por valor equivalente en aquellos casos en que «...la cosa usada como instrumento por una organización delictiva o criminal o que resulte de dichos delitos sea dinero o haya sido enajenada, perdida u ocultada...».

De acuerdo con lo previsto en el art. 294 ter inc. 2º CP, «...el comiso por valor equivalente solo procederá como consecuencia adicional a la pena...». Subsecuentemente, no podrá darse lugar al comiso por equivalencia sin condena y, por lo tanto, solo procede respecto del comiso penal de efectos e instrumentos. Ahora bien, la expresión «*consecuencia adicional a la pena*» es equívoca y puede dar pie a interpretaciones diversas, pero habido cuenta de la redacción del inc. 2º solo puede entenderse como una expresión que reafirma el carácter penal del comiso por equivalencia.

Habida cuenta de lo anterior, el comiso por equivalencia procederá solo si se constata: α) que se haya acreditado la existencia de una asociación delictiva o criminal en los términos de los arts. 292 y 293 CP; β) que quien tenga los instrumentos o efectos hayan sido condenado y γ) que los instrumentos o efectos sean dinero o haya sido enajenados, perdidos u ocultados.

En la determinación del valor equivalente de la cosa a ser decomisada no podrán descontarse los gastos que han sido necesarios para perpetrar el hecho. El valor equivalente se extenderá, asimismo, a los frutos o utilidades de los efectos del hecho.

5. El procedimiento para hacer efectivo el comiso

5.1. La tramitación del comiso en el procedimiento penal ordinario

Las reglas procesales que hacen efectivo el régimen material de comiso del Código Penal han sido también modificadas significativamente. En lo que sigue las presentaré esquemáticamente en el orden cronológico de aparición en la tramitación del proceso penal.

(i) El régimen de medidas cautelares reales

De acuerdo con lo previsto en art. 157 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público o la víctima podrán solicitar las medidas cautelares reales previstas en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil con el

fin de asegurar bienes suficientes con el fin de hacer efectivo el comiso de las ganancias provenientes del delito o, de proceder, el comiso por valor equivalente de instrumentos o efectos del delito.

Las medidas solicitadas para asegurar bienes sobre los cuales hacer efectivo el comiso de ganancias o de valor equivalente de efectos o instrumentos del delito podrán solicitadas por el Ministerio Público o la víctima antes de la formalización de la investigación y ser decretadas aún sin audiencia del afectado. Si se procede de este modo, el juez deberá fijar un plazo no inferior a treinta días ni superior a ciento veinte días para que el Ministerio Público formalice la investigación respectiva. Con todo, el art. 157 bis del Código Procesal Penal transcurrido este plazo sin que se produzca la formalización, o sin que el Ministerio Público solicite la mantención de la medida con ocasión de la formalización, la medida quedará sin efecto.

Debe tenerse presente que esta forma de actuar es plenamente consistente con la lógica de las medidas cautelares reales civiles. La incorporación de la medida cautelar del art. 157 ter del Código Procesal Penal, más allá de las objeciones de fondo que puedan plantearse a este mecanismo, refuerza la idea que también la víctima puede pedir la medida cautelar real del art. 157 bis del Código Procesal Penal antes de la formalización de la investigación.

(ii) Enajenación temprana de especies

Excepcionalmente se podrá disponer la enajenación temprana de las especies incautadas. Este tipo de enajenación procederá respecto de: α) vehículos motorizados; β) bienes sujetos a corrupción; δ) bienes susceptibles a deterioro y γ) bienes cuya conservación sea difícil o dispendiosa. Se procederá a la enajenación de estas especies conforme al procedimiento dispuesto en el art. 187 bis del Código Procesal Penal. Debe tenerse presente que en caso de una sentencia absolutoria o, bien, que no se imponga el comiso el precio de venta, reajustes e intereses deberán serle restituidos al afectado.

(iii) Referencias al comiso en la acusación

Si los intervinientes quieren hacer efectiva la acción de comiso de ganancias o por valor equivalente en la sentencia definitiva dictada en el juicio oral, su aplicación deberá solicitarse en la acusación indicando su monto aproximado y expresar con claridad y precisión los fundamentos de su solicitud. La

acusación deberá también señalar los medios de prueba. En la acusación podrá solicitarse también el comiso de ganancias respecto de terceros en los casos previstos por la ley.

(iv) La imposición del comiso en el proceso ordinario

Como regla general, de acuerdo con lo previsto por el art. 348 inc. 1° del Código Procesal Penal, la sentencia condenatoria dispondrá el comiso de efectos e instrumentos o, bien, su restitución cuando sea procedente. La misma disposición ordena que la sentencia condenatoria imponga el comiso de las ganancias cuando éstas no superen la cuantía de 400 UTM.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso de haberse solicitado la aplicación del comiso de ganancias o por valor equivalente por un monto superior a 400 unidades tributarias mensuales, o si la aplicación del comiso afecta a terceros, se citará a una audiencia especial destinada a determinar la procedencia y cuantía del comiso. De acuerdo con lo dispuesto en el inc. 2° del art. 348 bis del Código Procesal Penal esta audiencia se tramitará conforme a las reglas del procedimiento de comiso sin condena previa. Si el comiso solo afecta a personas que han sido condenadas, la audiencia tendrá lugar dentro de décimo día a contar de la fecha en que la sentencia quede ejecutoriada. Si el comiso afecta a terceros, la audiencia no podrá tener lugar antes de treinta ni después de sesenta días contados desde la fecha en que la sentencia quede ejecutoriada.

5.2. El procedimiento sobre el comiso sin condena

El procedimiento general para hacer efectivo el comiso sin condena previa se encuentra regulado en el nuevo “Título III bis Procedimiento relativo a la imposición de comiso sin condena previa” del Libro Cuarto del Código Procesal Penal (arts. 415 bis y siguientes).

(i) Ámbito de aplicación e inicio del procedimiento

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 415 bis CPP, el procedimiento relativo a la imposición de comiso sin condena se inicia mediante un “requerimiento escrito” ante el tribunal que “haya dictado la resolución que ponga término a la investigación o juicio”.

a. Ámbito de aplicación

Según ha previsto expresamente el art. 415 bis del Código Procesal Penal el procedimiento regulado en los arts. 415 bis y siguientes del Código Procesal Penal, el procedimiento será aplicable “en los casos en que la ley dispone el comiso de bienes o activos obtenidos a través de la comisión del hecho ilícito o utilizados en su perpetración sin sujetar su procedencia a la dictación de una sentencia condenatoria relativa al hecho”. A las hipótesis claramente descritas en el art. 415 bis del Código Procesal Penal y transcritas precedentemente, deben agregarse aquellos dispuestos en los arts. 348 inc. 3° y 348 bis del Código Procesal Penal. Así, en este caso, se aplicará el procedimiento de los arts. 415 bis y siguientes del Código Procesal Penal cuando: a) el monto de la pretensión de comiso supere las 400 UTM o β) si la aplicación del comiso afecta a terceros.

b. Tribunal competente

Será competente para conocer del procedimiento de comiso sin condena previa el juzgado de garantía que lo sea conforme a las reglas generales en los casos en que la investigación termine por medio de un sobreseimiento temporal o definitivo o, bien, por una sentencia definitiva dictada en un juicio simplificado, abreviado o de acción penal privada. La regla del art. 415 bis del Código Procesal Penal hace competente al tribunal oral en lo penal respecto de acciones de comiso intentadas en el contexto de un juicio oral. Debemos entender que el tribunal oral en lo penal también será competente para conocer de la acción de comiso sin condena en aquellos casos en que la Corte de Apelaciones competente o la Corte Suprema dicten una sentencia de reemplazo porque el tribunal oral en lo penal ha dictado la resolución que pone término al «juicio».

c. Inicio del procedimiento

De acuerdo con lo previsto en el art. 415 ter del Código Procesal Penal, el procedimiento se iniciará generalmente con la interposición de un requerimiento escrito dentro de 10 días contados desde la resolución que ponga término temporal —el sobreseimiento temporal en las hipótesis del art. 252 a) y b) del Código Procesal Penal— o definitivo —el sobreseimiento o la sentencia definitivos— a la investigación quede firme. Transcurrido este plazo sin que se haya deducido el requerimiento, el tribunal abrirá un plazo

máximo de cinco días para que el fiscal deduzca el requerimiento o comunique fundadamente su decisión de no hacerlo y dará cuenta de inmediato de ello al Fiscal Regional.

El contenido del requerimiento de comiso se encuentra descrito en el art. 415 quáter del Código Procesal Penal, el requerimiento deberá: a) individualizar a todas las personas que conforme a la ley podrían ser afectadas en su propiedad o patrimonio por la imposición del comiso, cuando los hubiere; b) relatar sucintamente el hecho que se le atribuyó, y las razones manifestadas en la resolución que puso término al procedimiento, de su término sin condena; c) exponer los antecedentes o elementos que fundan la solicitud; d) exponer del monto y de los bienes muebles e inmuebles cuyo comiso se solicita, y e) contener la individualización y firma del requirente.

(ii) La audiencia especial de comiso y los procedimientos previos

El art. 415 quinquies del Código Procesal Penal dispone que la audiencia especial de comiso se citará entre 30 y 60 días de la fecha de la resolución que provea el requerimiento de comiso. La citación ordenará a las personas que "podrían ser afectadas en su propiedad o patrimonio por la imposición del comiso, cuando los hubiere" para que comparezcan a la audiencia especial de comiso con todos sus medios de prueba. Si alguna de las partes requiere de la citación de testigos o peritos por medio del tribunal, deberá formular la respectiva solicitud, al menos, diez días antes de la fecha de la audiencia.

De acuerdo con lo previsto en el art. 415 sexies inc. 1° del Código Procesal Penal, la audiencia especial de comiso comenzará con la lectura del requerimiento de aplicación del comiso formulada por el Ministerio Público o el querellante y la presentación de los antecedentes que serán ofrecidos por las demás partes. Previo a la realización de la audiencia especial de comiso, el tribunal podrá (facultativamente) decretar una audiencia de preparación. En lo no previsto por el «Título III bis Procedimiento relativo a la imposición de comiso sin condena previa» del Libro Cuarto del Código Procesal Penal, se aplicarán como reglas supletorias las del juicio simplificado conforme a lo dispuesto en el art. 415 sexies inc. 2° del Código Procesal Penal.

En el procedimiento de imposición de comiso rige la libertada probatoria establecida en el art. 295 CPP. Como expresión del carácter civil del comiso

como consecuencia jurídica del hecho ilícito, el artículo 415 sexies inc. 3° del Código Procesal Penal dispone que la prueba sea valorada conforme al sistema de convicción de la sana crítica racional prevista por el art. 297 del Código Procesal Penal, pero se formará convicción en base al estándar de valoración de prueba preponderante propio de los procedimientos civiles. De acuerdo con lo previsto por el art. 415 sexies inc. 4° del Código Procesal Penal, si no hay oposición el juez podrá fallar en el solo mérito del requerimiento.

La sentencia que impone el comiso deberá contener: α) la mención del tribunal, la fecha de su dictación y la identificación de los intervinientes y la certificación de haberse cursado las notificaciones a las partes a las que podría afectar el comiso; β) la enunciación de la solicitud del Ministerio Público, de la querellante y de las defensas de los afectados, si los hubiere, y sus fundamentos respectivos; δ) el análisis breve de la prueba producida; γ) las razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la sentencia, en particular las que se refieren a la existencia del hecho ilícito del que proceden las ganancias o su conexión con los instrumentos o efectos de que se trate, y ε) la decisión del asunto, imponiendo el comiso o denegándolo, y en el primer caso determinando el monto por el cual se lo impone.

(iii) El régimen de recursos

La sentencia que decreta la imposición del comiso podrá impugnarse por medio de los recursos de nulidad y apelación de acuerdo con lo previsto en el art. 415 octies del Código Procesal Penal. En este punto el legislador se ha apartado del régimen de recursos del juicio simplificado y, en general, del régimen de impugnación del sistema procesal penal.

El recurso de nulidad siempre será procedente directamente por cualquiera de las causales de los arts. 373 y 374 del Código Procesal Penal conforme a lo dispuesto en el inc. 3° del art. 415 octies del Código Procesal Penal. Si el recurso de nulidad se hubiera interpuesto por la causal del art. 373 b) del Código Procesal Penal podrá dar lugar a la dictación de una sentencia de reemplazo. El recurso de apelación, en cambio, solo será procedente de forma subsidiaria al recurso de nulidad y solo para impugnar el monto de lo decomisado.

Normalmente será competente para conocer de los recursos será la Corte de Apelaciones. Este será el caso respecto de las causales de los arts. 373 letra b) y 374 del Código Procesal Penal de acuerdo con lo dispuesto en el art. 376 del Código Procesal Penal. Esta regla supone, sin embargo, que si la causal de nulidad invocada es la infracción de garantías fundamentales del art. 373 letra a) del Código Procesal Penal el tribunal competente sea la Corte Suprema, lo que supone que si no se hace lugar a la nulidad, la Corte Suprema deberá remitir los autos a la Corte de Apelaciones que corresponda para que esta resuelva la apelación interpuesta subsidiariamente.

(iv) La ejecución del comiso

Toda sentencia que imponga el comiso de las ganancias provenientes del delito será ejecutada como decisión civil dictada por un tribunal con competencia en lo penal. En este caso el nuevo art. 171 inc. 5° del Código Orgánico de Tribunales dispone expresamente que será competente el juzgado civil conforme a las reglas generales. Esto resulta de la lectura conjunta de los arts. 415 nonies y 468 bis del Código Procesal Penal. Ahora bien, el procedimiento de ejecución difiere en atención a si se trata de: α) sumas de dinero, derechos a sumas de dinero o sumas de dineros provenientes de la realización de bienes muebles, o β) inmuebles o bienes de propiedad registral. Respecto del primer grupo, se transferirán los fondos al fisco, mientras que respecto del segundo grupo se realizarán las inscripciones para ejecutar eficazmente los bienes decomisados.

Bibliografía

ANANÍAS ZAROR, Ignacio (2014): “El comiso de ganancias”, en *Revista de Estudios de la Justicia* (N° 21), pp. 153-196.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2023): “El rompecabezas del comiso en el actual derecho chileno”, *El Mercurio Legal*, 9 de enero de 2024. <https://noticias.uai.cl/columna/el-rompecabezas-del-comiso-en-el-actual-derecho-chileno/>

BOUCHT, Johan (2015): *Civil Asset Forfeiture and the Presumption of Innocence under Art. 6(2) ECHR. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, pp. 151-190.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMÁZABAL MALAREE, Hernán (1997): *Leciones de Derecho Penal* (Madrid, Editorial Trotta).

CARRILLO DEL TESO, ANA (2020): “Recuperación de activos en el sistema penal alemán. Luces y sombras del actual régimen de decomiso de ganancias”, en: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* (Vol. 6, N° 2), pp. 577-616.

CASELLA, Stefan D. (2015): *Civil Asset Recovery – The American Experience. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, pp. 13-30.

CASTELLVÍ MONSERRAT, CARLOS (2019): “Decomisar sin castigar”, en: *INDRET Revista para el Análisis del Derecho* (N° 1), pp. 1-67. <https://indret.com/decomisar-sin-castigar/>

COUSO SALAS, Jaime; HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2011): *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot).

CURY URZÚA, Enrique (2005): *Derecho Penal. Parte General*, 7a edición (Santiago, Editorial Universidad Católica de Chile).

ESSER, Robert (2015): *A Civil Asset Recovery Model – The German Perspective and European Human Rights. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, pp. 69-110.

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (2004): *Derecho Penal. Parte General*, 3a edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2009): *La pena y la extinción de la responsabilidad penal* (Buenos Aires y Montevideo, Editorial B de F).

MALDONADO FUENTES, FRANCISCO. (2017). *Penas accesorias en Derecho Penal. Ius et Praxis*, 23(1), 305-366. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100010>

PANZAVOLTA, Michele; FLOR, Roberto (2015): *A Necessary Evil? The Italian "Non-Criminal System" of Asset Forfeiture. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, pp. 111-150.

RIU, Jon Petter (2015): *Introduction. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, pp. 1-13.

SERRA CRUZ, Diva Francesca; MARCAZZOLO AWAD, Ximena Luz. (2023). *El comiso sin condena previa en la ley n°21.577 que fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada y su compatibilidad con el debido proceso. Revista de derecho (Concepción)*, 91(254), 155-187. <https://dx.doi.org/10.29393/rd254-6ccdx20006>

SIEBER, Ulrich; RUI, Jon Peter (2015): *Preface. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*. pp. I-VIII.

SMITH, IAN (2015): *Civil Asset Recovery – The English Experience. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, pp.31-68.

VOGEL, Joachim (2015): *The Legal Construction that Property Can Do Harm – Reflections on the Rationality and Legitimacy of "Civil" Forfeiture. Introduction. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, pp. 225-244.

WILENMANN VON BERNRATH, Javier (2018): *Minuta para el análisis del título VII, párrafos 1 a 4 del libro primero (consecuencias adicionales y comiso), en: Ministerio de Justicia, Comisión de revisión de Anteproyecto de Código Penal (2018)*, p. 12.

INFORMES EN DERECHO

III. Análisis de la regulación de la reincidencia general y específica en caso de existir condenas por tribunales extranjeros

Prof. César Andrés Ramos Pérez

Se me ha solicitado informar en derecho respecto de los hechos imputados en audiencia de reformatización de la investigación, realizada el 14 de julio de 2021, ante el 11° Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RIT 6299-2019 y RUC 1900795167-4, en la que el Ministerio Público imputó autoría en dos delitos consumados de colocación y activación de artefacto explosivo en la vía pública y en edificio de libre acceso al público, previsto y sancionado en el artículo 14 letra D, inciso primero, de la Ley N° 17.798, sobre control de armas, a efectos de determinar si corresponde aplicar la circunstancia agravante de reincidencia genérica del artículo 12 N°15 o de reincidencia específica del artículo 12 N°16, ambos del Código Penal, teniendo en consideración la existencia de una condena extranjera precedente dictada por la Audiencia Nacional española con fecha 30 de marzo de 2016, confirmada parcialmente por sentencia de fecha 15 de noviembre de 2016, del Tribunal Supremo español, imponiendo en definitiva a la imputada la pena de 4 años y 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de condena y la indemnización por 143.317,8 euros, como autora de los delitos consumados de

lesiones terroristas, previsto y penado en el artículo 577 en relación con los artículos 148.1 y 147.1 del Código Penal español, en concurso ideal con un delito de daños terroristas, previsto y sancionado en el artículo 577 en relación con el artículo 266.1 del Código Penal español.

Considerando lo anterior, el presente informe i) describe los hechos informados en la audiencia de reformatización; ii) describe los hechos que fueron objeto de la sentencia condenatoria española; iii) explica la regulación de la reincidencia, en tanto circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, desarrollando, en específico, un análisis del artículo 12 numerales 15 y 16, para luego, finalmente; iv) aplicar criterios de hermenéutica legal, concluyendo la improcedencia de las referidas circunstancias agravantes, si se fundan en la referida sentencia condenatoria española, en el caso concreto.

i) Hechos imputados en audiencia de reformatización de 14 de julio de 2021

En audiencia celebrada ante el 11° Juzgado de Garantía de Santiago, la imputada fue reformatizada por un delito de microtráfico y dos delitos de colocación y activación de artefacto explosivo en la vía pública y en edificio de libre acceso al público, previsto y sancionado en el inciso 1 del artículo 14 D de la Ley 17.798 sobre control de armas, respecto de los hechos siguientes. En relación a este último los hechos son¹:

El día 26 de febrero de 2020, en horas de la noche, alrededor de las 22:10 horas, los imputados M.A.C.S. y F.J.S.D. ingresaron caracterizados al denominado Hotel o Motel Tropical, llevando consigo, ocultos en una bolsa, dos artefactos explosivos de fabricación artesanal. La imputada M.A.C.S. llevaba consigo, además, un bolso con elementos de caracterización adicionales que ambos imputados emplearon al día siguiente, esto es, el día 27 de febrero de 2020.

¹ Acta de la audiencia de reformatización de la investigación de 14 de julio de 2021, realizada ante el 11° Juzgado de Garantía.

El día 27 de febrero de 2020, en horas de la mañana, pasadas las 09:00 horas, los imputados M.A.C.S. y F.J.S.D. abandonaron el denominado Hotel o Motel Tropical, caracterizados de manera distinta a la de su ingreso, llevando consigo, al interior de una bolsa, dos artefactos explosivos de fabricación artesanal, con los cuales se dirigieron a la comuna de Vitacura, llegando pasadas las 10:00 horas a aproximadamente 300 metros de distancia del edificio Tánica.

La imputada M.A.C.S. llevaba consigo, adicionalmente, dos bolsos con elementos de caracterización que proporcionó al imputado F.J.S.D., entre los que cuentan un sombrero, un abrigo, un pañuelo para el cuello y anteojos para el sol, con los que se vistió el imputado F.J.S.D. para dirigirse al lugar de colocación de los artefactos explosivos. Por su parte, el imputado F.J.S.D. hizo entrega a la imputada M.A.C.S., quien la recibió y guardó, al menos la especie correspondiente a la bolsa contenedora de los artefactos explosivos que hasta entonces empleaba el imputado F.J.S.D., y que fue cambiada por una maleta.

Realizado lo anterior, el imputado F.J.S.D. inició su traslado a pie hasta el lugar de colocación de los artefactos explosivos, manteniéndose la imputada M.A.C.S. prestando cobertura y vigilancia por alrededor de diez minutos, luego de lo cual la imputada M.A.C.S. se dirigió a la zona centro poniente de Santiago, deshaciéndose en el trayecto de la casi totalidad de las especies con que habían llegado y posteriormente hecho abandono del denominado Hotel o Motel Tropical.

Mientras tanto, el imputado F.J.S.D. se dirigió al edificio Tánica, donde alrededor de las 10:25 horas colocó y activó dos artefactos explosivos de fabricación artesanal, que posteriormente detonaron, en el sector de áreas verdes de libre acceso y de libre uso público del edificio Tánica.

El primero de los artefactos, detonado a las 12:08 horas aproximadamente, fue colocado detrás de un banco de concreto, y consistía en un contenedor metálico del tipo olla a presión con capacidad nominal de diez litros, que como sustancia explosiva contenía pólvora negra, activado por un sistema eléctrico compuesto en líneas generales por cablearía, ampolleta, reloj análogo y batería eléctrica, todo oculto al interior de una caja de cartón.

El segundo de los artefactos, detonado a las 12:32 horas aproximadamente, fue colocado al interior de un basurero metálico distante a pocos metros de la ubicación del primer artefacto, y consistía en un contenedor metálico cilíndrico del tipo extintor de incendios con capacidad nominal de un kilo aproximadamente, que como sustancia explosiva contenía pólvora negra, activado por un sistema eléctrico compuesto en líneas generales por cablería, ampolleta, reloj análogo y batería eléctrica, todo oculto al interior de una bolsa de género.

Tanto para llegar el día 26 de febrero de 2020 al Hotel o Motel Tropical, irse de él el día 27 de febrero de 2020 y dirigirse hasta el edificio Tácnica, como para retirarse finalmente y huir del sitio del suceso, ambos imputados hicieron uso conjunto y por separado de diversos medios de locomoción pública del tipo taxis básicos, taxis colectivos, buses y Metro.

ii) Hechos condenados por la sentencia española de 19 de octubre de 2016

El 19 de octubre de 2016, la imputada fue condenada a una pena de prisión de 4 años y 6 meses e inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, como autora de un delito de lesiones terroristas, previsto y sancionado en los artículos 577, 148.1 y 147.1, en concurso ideal con un delito de daños terroristas, previsto y sancionado en los artículos 577 y 266.1, todos ellos del Código Penal español, respecto de los siguientes hechos²:

PRIMERO. - Es FAI/FRI un numeroso conjunto de pequeños grupos diseminados por múltiples puntos del planeta, que conforma una especie de organización informal y desestructurada, que tienen como denominador común poseer una ideología de corte anarquista insurreccionista basada en el principio de atacar al Estado en cualquier lugar, siempre que sea posible, esperando el momento propicio para hacerlo.

² Sentencia N°16/2016 de 30 de marzo de 2016, de la Sección 004 de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española.

Los anarquistas insurreccionistas consideran a las entidades bancarias, oficinas de empleo temporal personas pertenecientes a la clase política, la iglesia, la policía, los locales de organismos oficiales etc. como representaciones del Estado, constituyendo por ello “símbolos” a los que atacan indiscriminadamente, de manera primordial con el arma del sabotaje con artefactos explosivos o incendiarios.

Estos individuos adoptan como modelo de lucha contra el Estado la táctica insurreccional, que propugna que la organización debe ser, necesariamente, informal, y estar compuesta por un número indeterminado de grupos de afinidad, unidades nucleares independientes y autónomas, que teniendo todas ellas perfectamente acotado a su “enemigo” genérico -el Estado- no necesitan de un órgano superior jerárquico que las adiestre, organice, y las active para el ataque, actuando por tanto de manera independiente y anónima. Solo se comunican con el resto de los grupos mediante la llamada “propaganda de acción”, es decir no existe comunicación entre dichos grupos, reinando la soledad.

Los grupos de afinidad insurreccionistas se caracterizan por las siguientes notas:

- 1) Estar formados por un número muy reducido de personas, con relaciones de confianza absoluta.
- 2) Tener en perspectiva un proyecto común y la decisión firme de llevarlo a la práctica: la anarquía.
- 3) Utilizar la violencia como única herramienta para la consecución de sus fines.
- 4) Ser autónomos, independientes y difícilmente detectables incluso en sus entornos favorables.

En relación al *modus operandi* que utilizan, los grupos de afinidad acometen contra el Estado mediante artefactos explosivos o incendiarios de fabricación casera, o lo que es igual, sus artefactos son elaborados con sustancias y materiales susceptibles de adquirirse fácilmente en cualquier centro comercial, lo que, por su generalidad, dificultan el seguimiento de una posible vía de investigación en relación a sus componentes.

En cuanto a la estrategia que utilizan estos grupos consiste en el ataque espaciado en el tiempo, recomendándose que mientras un grupo está activado, ninguno de sus miembros participe en actividades que realicen los llamados “movimientos antisistema”.

En definitiva, FAI/FRI es “una organización” informal paradigma del insurreccionismo, compuesto por un número indeterminado de grupos de afinidad dispersos por todo el mundo.

SEGUNDO.- El 17 junio 2012 se publicó en diferentes páginas web de contrainformación un escrito, en el que se presentaba una coordinadora anarquista llamada Grupos Anarquistas Coordinados (GAC).

En dicho escrito, los GAC ponían de manifiesto sus dos ejes rectores: la construcción de un movimiento anarquista fuerte y coordinado, y la creación de una herramienta que potencie la fuerza y los hechos que cada grupo mantiene en su territorio.

De esta forma los GAC se constituyeron en una especie de coordinadora de un número indeterminado de grupos de afinidad insurreccionistas, lo que supuso una novedosa idea dentro de esta rama del anarquismo, ya que coordina y organiza la violencia, tanto en el ataque con artefactos incendiarios o explosivos al Estado a través de sus símbolos o representantes del sistema, como en su injerencia en movilizaciones colectivas, con el fin de radicalizarlas y provocar fuertes episodios de fractura social, persiguiendo el fortalecimiento y la extensión del movimiento anarquista, la desestabilización y el colapso del sistema, y la revuelta y subversión del orden establecido.

TERCERO.- Los procesados V. y C., ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, nacionales de Chile y nacidos en Santiago de Chile, que se trasladaron a Barcelona y residían en la CALLE000 n° NUM000 NUM001 de la Ciudad Condal, guiados ambos por sus ideas anarquistas insurreccionistas, pero sin que conste que estuvieran integrados en algún grupo de afinidad de FAI/FRI, ni de los GAC, y actuando de manera autónoma decidieron atacar contra la Basílica del Pilar de Zaragoza, como uno de los símbolos del Estado, al que querían agredir; y dispuestos a ello, el día 2 de octubre de 2013 se desplazaron desde Barcelona a Zaragoza en un autobús que tomaron

a las 7 horas y 40 minutos. Una vez se hallaron en la última ciudad procedieron a colocar un artefacto explosivo compuesto por una bombona de gas butano, dos kilogramos de pólvora negra y un reloj activador en la referida Basílica de Nuestra Señora del Pilar, en un punto ubicado en la nave central del templo, entre el altar y el coro. Dicho artefacto explotó a las 13 horas y 45 minutos.

El hecho fue avisado telefónicamente 10 minutos antes a que se produjera desde una cabina pública ubicada en la calle San Martín, esquina con la calle Conde de Aranda de Zaragoza, a un centro de estética, cuya propietaria no estimó creíble tal noticia, por lo que no la transmitió a los organismos oficiales.

La onda expansiva del artefacto explosivo, con un radio de acción lesiva de al menos 26 metros de alcance horizontal y 8 metros de altura afectó a D^a F., que se encontraba orando en el Templo, quien sufrió una otalgia con sangrado en el oído izquierdo, con perforación del tímpano y sangrado leve en el conducto auditivo derecho, contracturas musculares en las mandíbulas y cuadro ansioso, lesiones que tardaron en estabilizarse 101 días, 30 de los cuales estuvo impedida para desarrollar sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas trastornos por estrés postraumático, déficit de agudeza auditiva y dolor en articulación temporal mandibular.

Las lesiones y secuelas padecidas por D^a F. le han causado una incapacidad permanente parcial del 25%, que le afecta su vida personal y laboral.

En el momento de la deflagración, además de cuatro trabajadores de la Basílica, había en su interior visitándola al menos cincuenta turistas norteamericanos, acompañados de su correspondiente guía, a quienes no les alcanzó la onda explosiva y no sufrieron lesión alguna.

Además, tres personas quedaron momentáneamente retenidas en un ascensor situado en una de las torres de la Basílica, que tampoco resultaron lesionadas.

Asimismo, a resultas de la explosión, se produjeron en el interior del templo cuantiosos daños materiales, alguno de los cuales afectaron al patrimonio

histórico y artístico, tanto en los bancos situados en el altar mayor como en los ángeles esculpidos en la zona del coro, sillería, órganos de tubos etc, daños pericialmente tasados en la suma de 182.601,75 euros.

Tras la identificación de V. y C., el Juzgado Central de Instrucción nº 6, dictó el 12 de noviembre de 2013 auto, por el cual autorizaba la entrada y registro en el domicilio en el que ambos habitaban, situado en la CALLE000 nº NUM000 NUM001 de Barcelona. Tal diligencia tuvo lugar, y en su transcurso se ocuparon, entre otros, los siguientes efectos:

- Un fular de color negro, que fue intervenido en el interior de una mochila roja que se encontraba sobre la mesa del salón de la CALLE000 NUM000 NUM001.
- Gafas de sol negras, sin inscripción alguna, halladas en la misma ocasión y situación que el anterior fular reseñado.
- Gafas con la montura negra y los cristales, aparentemente, con una mínima graduación visual.
- Gafas de pasta de color negro. Con la parte de uso de visión, de plástico transparente sin graduación alguna.
- Gafas de sol de plástico negro de la marca ORAO de forma ovalada.
- Billetes de transporte de Barcelona al Monasterio de Montserrat. Tres billetes individuales, dos de ellos de los Ferrocarriles de la Generalitat de Barcelona a Monistrol, de fecha 02.11.13 con hora de marcación: 10:20 h y un billete sencillo de un solo viaje del tren de cremallera, de Montserrat a Monistrol de la misma fecha que los anteriores y hora de marcación: 15:29 horas.
- Un tríptico de información “visita a Montserrat”, donde constan los horarios de trenes, los lugares de visita en la Montaña y un plano de indicador situacional de Montserrat y los edificios colindantes.
- Fotocopia de un folleto titulado “el placer armado”, escrito por Augusto, en el que muchos párrafos del mismo se encuentran subrayados, especialmente los que hacen alusión a la lucha, como: “la lucha armada debe escapar a la caracterización de lo “profesional”.

- Hoja Dominical del Arzobispado de Barcelona de fecha 10 de noviembre de 2013 en el que además de distintos artículos de colaboradores, aporta información de fechas y horarios de misas y actos destacados de algunas iglesias.
- Un ejemplar del periódico de perfil anarquista “El Pésol Negro” en el que se recoge, entre otros artículos, el nombramiento del Jefe de Mossos de#Escuadra de la Región Policial Central, Ernesto , y en la página 16 del mismo periódico, se ofrece toda la información sobre la detención, por parte de los agentes de dicho cuerpo, de presuntos anarquistas, integrantes del Grupo de redes sociales: “Bandera Negra”, y como titular, “sobre la detención de los compañeros”.
- Pasaporte auténtico y en vigor hasta el 13.09.2017 a nombre de J., nacido el NUM002 .77 en Santander (Cantabria), dicho documento se encontraba en una habitación, tipo trastero.
- Un folio mecanografiado y manuscrito, relacionado con los “GAC” (Grupos Anarquistas Coordinados).
- Un bote de cristal con tapa de aluminio, conteniendo un fragmento de petardo trueno con una inscripción del yim y yam y una pequeña cantidad de polvo en la base del bote.
- Un par de zapatillas deportivas marca Reebok del número 37, con la suela de color blanco y negra, propiedad de la detenida C. que se corresponden con las que C. llevaba puestas el día 2 de octubre en el metro de la Ciudad Condal.
- Teléfono “Sony Ericsson W200 con número de IMEI NUM003 , de V. y cuyo número es NUM004.
- Teléfono “Nokia 2330 Classic” con número de IMEI NUM005 , de V.
- Teléfono “Samsung GT-E1050”, con número de IMEI NUM006 , de C.
- Portátil Compaq, modelo Presario, con disco duro Hitachi NUM007 intervenido en el dormitorio de V. y C. Portátil Toshiba modelo satélite C645 con disco duro de la marca Toshiba NUM008 de V.
- Disco duro externo de la marca Toshiba NUM009 de 500 GE intervenido en el dormitorio de V. y C.

- Memoria portátil de color rosa, USB1, con la inscripción “TAKE MS” de V.
- Memoria portátil Verbatim USB2, intervenido en el dormitorio de V. y C.
- MP3 de la marca Hyundai, modelo UP603, de V.

Como consecuencia del hallazgo en el domicilio de V. y C. de los billetes de los ferrocarriles de la Generalitat de Cataluña de Barcelona al Monasterio de Monserrat, así como del tríptico de información “visita a Monserrat”, efectos aludidos anteriormente, y ante la sospecha de que los acusados pudieran estar gestando la comisión de un atentado contra dicho templo y realizando actos preparatorios para ello, se inició de forma inmediata una línea de investigación, realizándose en su virtud una serie de comprobaciones con las cámaras de video vigilancia instaladas en dichos ferrocarriles y las situadas en la propia Basílica.

Tras el visionado de las grabaciones se pudo constatar que el día 12 de noviembre de 2013 ambos procesados estuvieron en el interior del templo, repitiendo recorridos, sin mostrar interés alguno hacia la figura de la Virgen que lo presidía.

No aparece acreditado que V. y C. hubieran decidido ejecutar acto alguno tendente a acometer contra dicha Basílica.”

iii) Las circunstancias modificatorias de responsabilidad: la reincidencia como circunstancia agravante

El sistema de determinación de la pena en el derecho chileno comprende dos etapas, a saber, la determinación legal y la individualización judicial³. En

3 Véase, por todos: Couso, Jaime. “Determinación legal e individualización judicial de la pena en la doctrina penal chilena. Exploración de las consecuencias prácticas de un déficit conceptual”, En: La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del departamento de ciencias penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2013. LOM, pp. 507 y siguientes.

la primera etapa, la sanción establecida por el legislador en el respectivo tipo penal —el denominado “marco penal abstracto”—, puede resultar alterada o concretada, conforme a la concurrencia de ciertas reglas legales, dentro de las cuales destacan las que establecen las denominadas “circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal”⁴.

Esas circunstancias han sido definidas por la doctrina nacional como un “conjunto de situaciones descritas por la ley, a las cuales ésta atribuye la virtualidad de concurrir a determinar la magnitud de la pena correspondiente al delito en el caso concreto, ya sea atenuándola o agravándola a partir de ciertos límites preestablecidos en forma abstracta para cada tipo”⁵.

La definición destaca un rasgo fundamental para el objeto del presente informe. Los factores que inciden en la pena, ya sea agravándola o atenuándola, han de estar previamente señalados en la ley, lo que importa además describir tanto el supuesto de hecho como su efecto en la pena⁶. Lo anterior, no es más que una consecuencia del principio *nullum crimen nulla pena sine lege*, por lo que cabe advertir, desde ya, que las exigencias de tal principio, en la definición de las fuentes jurídicas que justifican la aplicación de factores que inciden en la agravación de la pena, han de sujetarse a todas las consecuencias asociadas al reconocimiento de dicho principio constitucional, en especial, las exigencias de *lex scripta* y *lex stricta*.

Dentro de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, las agravantes son aquellas que pueden producir el efecto de aumentar la magnitud de la pena en el sentido que la ley indique, debido a determinadas consideraciones fácticas y valorativas —facultativas o imperativas— señaladas en la ley, las que pueden resultar en la intensificación de la reacción punitiva contra el acusado.

4 Ibidem., pp. 515 y siguientes.

5 Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal Parte General. 7° Ed., 2005. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, p. 471

6 Al respecto y en especial sobre su evolución histórica, véase: Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Lecciones de derecho penal chileno, Parte General. 2° Ed., 2003. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 495-496.

Tanto las circunstancias atenuantes como agravantes admiten una clasificación relevante para el presente informe. Por un lado, las circunstancias de efecto extraordinario son aquellas que establecen directamente su efecto en la determinación de la pena, prescribiendo explícitamente un determinado efecto agravatorio, por ej. el artículo 400 del Código Penal. Por otro lado, las circunstancias de efecto ordinario son aquellas cuya incidencia en la determinación de la pena depende de la aplicación de reglas generales que determinan el efecto agravatorio o atenuatorio de las circunstancias, dependiendo de su número y entidad, conforme disponen los artículos 65 y siguientes del Código Penal⁷.

Las circunstancias agravantes generales y de efecto ordinario se encuentran reguladas en el artículo 12 del Código Penal, disposición que hace una enumeración taxativa de las distintas circunstancias que pueden o deben, según sea el caso, alterar el marco penal abstracto o concretarlo, en un sentido agravatorio.

Asimismo, siguiendo lo dispuesto en el artículo 64 del Código Penal, la doctrina ha distinguido entre circunstancias “personales” o “subjetivas” y “materiales” u “objetivas”, dependiendo de si se refieren a circunstancias relativas a cualidades propias del autor del delito o si dicen relación, más bien, con características de la conducta punible⁸.

La regulación de las circunstancias agravantes ha sido caracterizada como extremadamente casuística⁹. Este rasgo de la regulación dificulta la identificación de una ratio que permita explicar sistemáticamente la naturaleza de tales circunstancias. Así, encontramos algunas que expresan una intensificación del injusto y otras una intensificación del reproche de la culpabilidad¹⁰.

Sin embargo, desde una perspectiva crítica, también contamos con figuras que responden a una lógica más cercana al derecho penal de autor¹¹. En

7 Véase el uso de la distinción en Couso, Jaime y Hernández, Héctor. Código Penal Comentado, Libro primero. 2011. Legal Publishing, Santiago, Chile, pp. 510 y siguientes.

8 Cury, Op. Cit., p. 499; Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II. 3° Ed., 1999. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 28; Garrido Montt, Mario. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. 2001. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 200.

9 Politoff, Matus y Ramírez, Op. Cit., p. 505.

10 Cury, Op. Cit., p. 473.

11 Garrido, Op. Cit., p. 199.

efecto, la reincidencia es, bajo este contexto, una circunstancia agravante personal o subjetiva, que consiste en “volver a cometer un delito después de haber sido condenado anteriormente por el mismo o por otro delito”¹². Es decir, la reincidencia apunta a una característica personal del autor, respecto de hechos de su vida pasada, por lo que su justificación es problemática al igual que su compatibilidad con el derecho penal del hecho y el principio de culpabilidad¹³.

El fundamento de la reincidencia ha sido abordado desde diversas perspectivas. La escuela clásica presenta un análisis desde la óptica de la prevención especial, de manera que la reincidencia aparece como una herramienta para enfrentar al sujeto que, habiendo sido sancionado previamente, no encontró la pena sufrida lo suficientemente severa como para modificar su conducta. Por otro lado, para los positivistas ortodoxos, lo esencial es verificar que se trate de alguien que ha hecho una “carrera delictiva”, centrándose en la idea de neutralizar la peligrosidad del sujeto¹⁴.

En nuestra doctrina nacional, Garrido reconduce el fundamento de esta agravante a las ideas de la escuela clásica¹⁵, mientras que Cury¹⁶ y Novoa¹⁷ mantienen una perspectiva escéptica de su fundamento.

Sin perjuicio de esa discrepancia sobre la fundamentación de la reincidencia como factor agravatorio, tal circunstancia ha sido ampliamente criticada, tanto en la discusión nacional como extranjera, pues si el derecho penal moderno se caracteriza por ser un derecho penal del hecho, la contingencia de existir una condena previa no se vincula a la valoración de la culpabilidad del autor por el injusto cometido. En este sentido, hay incluso quienes han identificado una amenaza al principio de *non bis in idem*, en tanto estamos

12 Etcheberry, Op. Cit., p. 30.

13 Cury, Op. Cit., p. 507.

14 Cury, Op. Cit., p. 502.

15 Garrido, Op. Cit., pp. 207-208.

16 Luego de una revisión de las posturas tradicionales, desestima los esfuerzos por justificar la figura, indicando que se trata de “un cuerpo extraño en el derecho penal de culpabilidad, sin otro fundamento que una serie de prejuicios y malentendidos []”. En: Cury, Op. Cit., p. 507.

17 Al referirse a la figura, el profesor Novoa Monreal concluye que las concepciones modernas respecto el tratamiento del infractor y la naturaleza de la agravante, que así mirada se remite a la personalidad del sancionado, debería ser separada de las agravantes para ser trasladada al grupo de disposiciones legales que se ocupen del sujeto activo. En: Novoa Monreal, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, Parte General, Tomo II. 3° Ed., 2005. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 75.

hablando del aumento de una sanción como consecuencia de un hecho que ya ha sido propiamente castigado¹⁸.

Sin embargo, más allá del déficit de justificación de la agravante, lo cierto es que se encuentra dentro del catálogo del artículo 12 del Código Penal, es acríticamente utilizada en el contexto de nuestro sistema procesal penal y usualmente considerada por el legislador a efectos de establecer reglas de intensificación punitivista (p. ej. el artículo 449 N° 2 del Código Penal).

La doctrina nacional, por su parte, distingue entre la reincidencia impropia y la propia, y la específica y la genérica. La reincidencia impropia es aquella que se produce cuando la condena previamente impuesta no ha sido cumplida por el autor reincidente, mientras que es propia aquella en que la condena previa sí ha sido debidamente cumplida. A su vez distinguimos entre específica y genérica dependiendo de si se trata de casos en que el nuevo delito cometido es de la misma especie que aquel que fuera previamente sancionado o no¹⁹.

El artículo 12 del Código Penal comprende casos de reincidencia propia e impropia, tanto genéricas como específicas, en los numerales 14, 15 y 16 de dicha disposición²⁰.

En lo sucesivo, se hará referencia exclusivamente a las agravantes de los numerales 15 y 16, en tanto son aquellas las que resultan pertinentes para el objeto del presente informe.

a) La agravante de reincidencia genérica

El Código Penal regula en su artículo 12 N° 15 la agravante de reincidencia genérica en los siguientes términos:

18 Novoa, Op. Cit., p. 73.

19 Ibidem, p. 77.

20 Previa la reforma introducida el año 2008 por la Ley N°20.253, se debatía abiertamente en la doctrina si las circunstancias de los numerales 15 y 16 se trataban de casos de reincidencia propia o impropia. La discusión fue zanjada por el legislador quien, al modificar la palabra "castigado" por "condenado", eliminó toda posibilidad de argumentar la existencia del requisito de tener que encontrarse cumplida la condena para hacer procedente la agravante. Tal sentido de la modificación puede extraerse, claramente, de la historia de la ley.

Art. 12. Son circunstancias agravantes:
15° Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena.

La procedencia de la agravante depende de la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) haber sido previamente condenado por sentencia ejecutoriada (ii) por dos delitos o más (iii) por delitos diversos de aquel que se encuentra actualmente sancionado y (iv) a los que la ley asigne mayor pena.

Respecto del primer requisito, la regla explícitamente condiciona la concurrencia de la agravante a la existencia de una condena previa, lo que incluye no sólo aquellas sanciones que han sido debidamente cumplidas, sino que también aquellos casos en que el autor no ha cumplido aún la sanción impuesta por la sentencia que se encuentra firme.

En cuanto a la necesidad de que estemos ante dos o más delitos previos condenados, tal como ha sido reconocido por la amplia mayoría de la doctrina nacional, aquello no se desprende sólo del artículo en cuestión (“delitos”), sino que también de lo indicado en el artículo 92 del Código Penal²¹. Esta última disposición, que regula el efecto de la comisión de nuevos delitos después de haberse impuesto una condena, indica en su numeral segundo que debe tratarse de delitos de distinta especie y el culpable haber sido condenado por dos o más delitos a que la ley señale igual o mayor pena.

En relación con la exigencia de tratarse de delitos diversos, tal como la exigencia previamente comentada, además de lo indicado en la disposición, también se desprende del artículo 92 del Código Penal, esta vez en su numeral segundo. Al respecto, esta disposición indica explícitamente que en aquellos casos en que sea de distinta especie y el culpable ha sido condenado ya por dos o más delitos a que la ley señala la misma o mayor pena, la condena constituirá la circunstancia agravante en comento²².

Finalmente, en cuanto al requisito de contar el delito con una igual o mayor pena asignada por ley, es necesario destacar que en este sentido la dis-

21 Aldunate Esquivel, Enrique. Sobre la circunstancia agravante de reincidencia. En: *Circunstancias atenuantes y agravantes en el código penal chileno*. 2021. Ediciones Jurídicas de Santiago. Santiago, Chile, p. 317.

22 Couso y Hernández, Op. Cit., p. 344.

posición está haciendo referencia a la pena considerada en abstracto, de manera que no es relevante para analizar la procedencia de la circunstancia, la pena solicitada por el Ministerio Público o la pena que en concreto se aplicó en la sentencia condenatoria precedente²³.

b) La agravante de reincidencia específica

Esta figura se encuentra consagrada en el Código Penal, en los siguientes términos:

Art. 12. Son circunstancias agravantes:

16^a Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie.

Para tener configurada la agravante será necesario (i) que el imputado cuente con una sentencia condenatoria firme, previa al hecho objeto de juzgamiento y (ii) que ambos delitos, el ya condenado y el objeto de enjuiciamiento actual, sean de la misma especie²⁴.

En relación con la exigencia de una condena previa, la doctrina ha extraído esta conclusión de la literalidad de la norma, que se refiere a “delito en singular”, y del artículo 92 del Código Penal, el cual se refiere en su numeral primero a esta hipótesis, indicando en su inciso segundo que esta circunstancia será constitutiva de agravante según lo disponen los numerales 15 y 16 del artículo 12²⁵.

El debate, en el contexto de esta figura, se genera a propósito de la exigencia de tratarse de “delitos de la misma especie”. El legislador, en el contexto de estas disposiciones, no ha zanjado a qué se refirió con esa expresión, por lo que ha quedado en manos de la doctrina dotarla de contenido, lo que ha generado una discusión vigente hasta hoy.

23 Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Manual de Derecho Penal Chileno, Parte General. 2019. Tirant Lo Blanche, Valencia, España, pp. 220-221.

24 Garrido, Op. Cit., p. 213.

25 Novoa, Op. Cit., p. 83.

Al respecto, existen opiniones que abogan por la identidad absoluta, mientras que, para otros, basta con la identidad relativa entre las conductas que deben ser constitutivas de “delitos de la misma especie”. La amplia mayoría de nuestra doctrina nacional se encuentra dentro del rango de las posturas relativas²⁶.

Etcheberry, citando la posición de Labatut, quien estima que lo determinante para zanjar si estamos ante delitos de la misma especie es si estamos ante figuras que compartan la naturaleza del bien jurídico que tutelan y el móvil del hechor, comparte únicamente la referencia a la noción de bien jurídico, como elemento definitorio para el concepto²⁷.

Por su parte, Novoa Monreal sostiene que la referencia a esta idea exige una semejanza entre el delito por el que ya fue condenado y el que ha cometido. Dado que los parámetros de esa semejanza no se encuentran definidos por la ley, indica que necesariamente deben referirse a los elementos que distinguen a los delitos entre sí, los que serían “el bien jurídico protegido, el ánimo perseguido por el delincuente y, dentro de ciertos límites, la forma de ejecución”²⁸.

Cury, a su vez, considera que “misma especie” se refiere a la naturaleza de los hechos punibles, pues la figura abarca la conducta de aquellos individuos que profesionalizan la actividad delictiva, desplegando siempre las mismas conductas delictivas. Así, dado que la naturaleza de los hechos punibles nos reconduce a su objeto jurídico, el profesor concluye que debe tratarse de delitos que protejan el mismo bien jurídico, primordialmente y respecto de infracciones similares²⁹. A esta postura se suma Aldunate³⁰.

Por otro lado, Garrido concuerda con que la exigencia dice relación con identidad entre los bienes jurídicos protegidos y que sean semejantes las modalidades de su comisión (exigiendo similitud en la forma de ataque al bien jurídico)³¹.

26 Hernández y Couso, Op. Cit., p. 348.

27 Etcheberry, Op. Cit., p. 32.

28 Novoa, Op. Cit. pp. 84-85

29 Cury, Op. Cit., p. 512.

30 Aldunate, Op. Cit., pp. 319-320.

31 Garrido, Op. Cit., pp. 213-214.

En otro sentido, Ortiz y Arévalo se remiten a lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Penal, para zanjar la pregunta. Al respecto, estiman que la definición que el legislador procesal entrega de “misma especie” es extensible al artículo 12 N°16, esto es, delitos que afectan un mismo bien jurídico³².

En síntesis, sin perjuicio de que respecto de este punto no existe consenso en nuestra doctrina, existe coincidencia en que un presupuesto mínimo y esencial para configurar la exigencia de que se trate de “delitos de la misma especie” es que los diversos delitos afecten el mismo bien jurídico, recogiendo así la misma exigencia del artículo 351 del Código Procesal Penal.

En el mismo sentido, nuestra Excelentísima Corte se ha referido en reiteradas oportunidades a este tema. En sentencia del año 2020, refiriéndose a la concurrencia de esta circunstancia agravante respecto de un imputado acusado por el delito previsto en el artículo 8 de la Ley N° 20.000, y que había sido condenado previamente por el delito de microtráfico, indicó que “ya en fallos anteriores se ha explicado que una misma especie no significa un mismo tipo legal o identidad. En cambio, es necesario que los tipos tutelen un mismo bien jurídico y que la forma que reviste el ataque sea esencialmente semejante”³³.

Ahondando en lo pertinente a la forma que reviste el ataque respecto de la conducta descrita en el artículo 8° de la Ley N° 20.000 y el delito de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, la Excelentísima Corte agregó que “mediante esta técnica legislativa se anticipa la barrera de la protección penal a una etapa muy primaria del llamado ciclo económico de la producción y tráfico de la droga, esto es, de todos los actos destinados a poner indebidamente a disposición del consumidor final sustancias sicotrópicas o estupefacientes, excluyendo de la sanción prevista en el citado artículo 8° los casos en que se justifique que la droga se destinará al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo del autor, situación que fue desestimada en la sentencia”³⁴.

32 Ortiz Quiroga, Luis y Arévalo Cunich, Javier. Las consecuencias jurídicas del delito. 2013. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, p. 405.

33 SCS RIC N°29948-2019, C°12.

34 Ibidem, C°13.

Así, para nuestro máximo tribunal, lo relevante para identificar una misma especie entre dos delitos será que i) ambos protejan el mismo bien jurídico y ii) que la modalidad de menoscabo prevista por el delito y efectuado por la conducta, sean similares.

iv. Inaplicabilidad de los artículos 12 N° 15 y 16, al caso concreto, fundada en el carácter extranjero de la sentencia condenatoria precedente

El estatuto de reglas de reincidencia que prima facie son pertinentes para el presente análisis está constituido por los numerales 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal —reincidencia genérica y específica, respectivamente—. Desde otra perspectiva, los delitos pertinentes para el objeto de este informe son, por un lado, el actualmente imputado delito de colocación y activación de artefacto explosivo en la vía pública y en edificio de libre acceso al público, previsto y sancionado en el inciso 1 del artículo 14 D de la Ley 17.798 sobre control de armas, por hechos cometidos el 26 de febrero de 2020, y, por otro lado, el delito de lesiones terroristas, previsto y sancionado en el artículo 577 en relación con los artículos 148.1 y 147.1, en concurso ideal con un delito de daños terroristas, previsto y sancionado en el artículo 577 en relación con el artículo 266.1, todos ellos del Código Penal español, por hechos cometidos el 2 de octubre de 2013.

A efectos de informar si respecto de la actual imputación corresponde agravar la responsabilidad penal debido a la existencia de una sentencia condenatoria extranjera precedente, es necesario resolver, en primer lugar, si aplicando los criterios de hermenéutica legal al problema interpretativo planteado, las condenas extranjeras están comprendidas en las referidas reglas de reincidencia, para luego determinar si las reglas admiten, en el caso concreto, considerar a la sentencia condenatoria española para efectos de configurar la agravante.

a) **La pertinencia de la sentencia condenatoria extranjera para configurar una circunstancia agravante de reincidencia requiere previsión legal expresa**

Si bien existe discrepancia entre la escasa literatura que se ha referido a la pertinencia de la sentencia extranjera a efectos de configurar una agravante de reincidencia³⁵, el contexto de la regulación, sistemáticamente interpretada, descarta su procedencia con carácter general y sin previsión legal expresa.

En efecto, si se revisa la regulación penal chilena, salvo que la ley o los tratados internacionales lo indiquen, no existe una habilitación general para dar por configurada la agravante por condenas extranjeras, resultando imperativo que la legislación se pronuncie de forma expresa al respecto.

En este sentido, por ejemplo, el Código de Bustamante, dispone en su artículo 310 lo siguiente:

Artículo 310. Para el concepto legal de la reiteración o de la reincidencia, se tendrá en cuenta la sentencia dictada en un Estado extranjero contratante, salvo los casos en que se opusiere la legislación local.

A efectos de este informe, España no es parte de la Convención sobre Derecho Internacional Privado, por lo que el artículo 310 del Código de Bustamante no tiene aplicación para poder configurar la agravante de reincidencia fundada en dicha disposición.

En la legislación penal chilena, demostrando su carácter excepcional y necesitada de mención expresa, existen algunos pocos casos en los que la ley ha establecido explícitamente la aplicación de una agravante de reincidencia fundada en condenas dictadas por tribunales extranjeros.

35 Por la afirmativa, Cury, Op. Cit., p. 217-218; Por la negativa, Politoff, Sergio, Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General. 2009. Editorial Jurídica de las Américas, Distrito Federal, México, p. 520, nota al pie N° 95.; En España se pronuncia en contra, salvo texto expreso, Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. 9° Ed., 2012. BdF, pp. 642-643.

Un primer ejemplo lo encontramos en la Ley N° 20.000, la que en su artículo 21 indica que para determinar si hay reincidencia, respecto de los delitos regulados por esa ley, se deben considerar las sentencias extranjeras firmes.

Artículo 21. Para determinar si existe reincidencia en los delitos castigados en esta ley, se considerarán las sentencias firmes dictadas en un Estado extranjero, aun cuando la pena impuesta no haya sido cumplida.

El segundo ejemplo es la regla del artículo 411 septies del Código Penal, incorporado por la Ley N° 20.507 de 08 de abril de 2011. Esta disposición mandata, explícitamente, que en el caso de los delitos del párrafo en que se encuentra (Párrafo V Bis. “De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas”) se considerarán también las sentencias extranjeras firmes para configurar la circunstancia del numeral 16 del artículo 12.

Artículo 411 septies. Para los efectos de determinar la reincidencia del artículo 12, circunstancia 16ª en los delitos sancionados en este párrafo, se considerarán también las sentencias firmes dictadas en un Estado extranjero, aun cuando la pena impuesta no haya sido cumplida.

Respecto de esta última modificación legal, el legislador expresamente admite la agravante de reincidencia del artículo 12 N° 16, autorizando un estatuto especial³⁶ y excepcional. Tal regulación fue justificada en la historia de la ley por las especiales características de los delitos sancionados e incorporados al Código Penal mediante esa reforma, pues ellos responden a una naturaleza inminentemente transnacional³⁷, dada la participación de organizaciones ilícitas internacionales dedicadas a la comisión de tales delitos. La limitación que encuentra esta disposición es, precisamente, que se trate de la circunstancia agravante de reincidencia específica, esto es, delito de la misma especie³⁸, por cuanto no responde a una lógica general de punibilidad, sino que está vinculado a la especial modalidad comisiva.

36 Historia de la Ley 20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal, p. 35.

37 Así fue sostenido en la discusión en el Senado para justificar su inclusión como agravante. Véase Historia de la Ley 20.507, p. 144 y ss.

38 Así se señaló expresamente en el Segundo Informe elaborado por la Comisión de Derechos Humanos al analizar el texto aprobado por el Senado. Véase Historia de la ley 20.253.

Lo anterior deja en evidencia que, para efectos de configurar la agravante de reincidencia, debe existir disposición legal expresa que lo autorice, sin que pueda extenderse dicho estatuto especial por analogía a la generalidad de los casos en nuestro ordenamiento jurídico.

Es más, recientemente ingresó al Congreso el proyecto de ley Boletín N°15.262-07 que *“modifica el Código Penal con el objeto de considerar las condenas en el extranjero para los efectos de determinar la reincidencia, y dispone la cancelación de nacionalización como pena de crímenes”*, el cual busca modificar el Código Penal con el objeto de permitir al tribunal considerar las condenas en el extranjero para configurar la agravante de reincidencia, aun cuando la pena no haya sido cumplida³⁹.

En su fundamentación, el proyecto explícitamente reafirma lo antes dicho, en el sentido de la necesidad de previsión legal expresa para la configuración de una agravante de reincidencia por la concurrencia de una sentencia condenatoria extranjera precedente:

Se trata por tanto de reglas que existen en el Código Penal chileno y que se aplican solo a determinados delitos, lo que parece no tener justificación. Por lo mismo, apelamos a la necesidad de dar aplicabilidad general a la propuesta referida a la agravación de penas en base a condenas en país de origen, así como extender a toda sanción de crimen la cancelación de la carta nacionalización que de conformidad al código criminal vigente solo se dispone en el delito de estafa⁴⁰.

Por lo tanto, el proyecto de ley evidencia que en nuestra regulación vigente es necesario introducir una modificación legal para que las sentencias extranjeras puedan ser utilizadas, en general, para configurar una agravante de reincidencia.

39 Proyecto de ley, Boletín N°15.262-07, ingresado con fecha 08 de agosto de 2022, por iniciativa de los Honorable Diputados Sres. Jorge Alessandri, José Miguel Castro, Andrés Celis, Andrés Longton, Luis Sánchez y Francisco Undurraga, y las Honorable Diputadas Sras. Sofía Cid, Camila Flores y Ximena Ossandón, el que se encuentra en su primer trámite constitucional. La modificación propuesta por el proyecto se encuentra consagrada en los términos siguientes: se permite al tribunal, para efectos de determinar la agravante de responsabilidad penal de reincidencia, considerar las condenas en el extranjero. Para los efectos de determinar la reincidencia del artículo 12, circunstancia 16°, se considerarán también las sentencias firmes dictadas en un Estado extranjero, aun cuando la pena impuesta no haya sido cumplida.

40 Proyecto de Ley N°15.262-07 del 8 de agosto de 2022.

Así, la conclusión resulta del todo clara: teniendo en consideración una perspectiva integradora de nuestro ordenamiento jurídico, una interpretación armónica y sistemática nos lleva necesariamente a la conclusión de que nuestra legislación no reconoce eficacia a las sentencias extranjeras para la configuración de la reincidencia.

b) La impertinencia de la sentencia condenatoria extranjera a efectos de configurar, en concreto, la agravante de reincidencia del artículo 12 N°15 es consecuencia de su referencia explícita a la ley dentro de un contexto común de proporcionalidad relativa entre hechos incriminados y sanciones

Respecto de la agravante de reincidencia genérica del artículo 12 N° 15 del Código Penal, además de las razones legales y sistemáticas ya señaladas, no es posible configurarla mediante referencias a una sentencia condenatoria extranjera. Esto se explica pues la regla refiere a la ley como fuente formal para el establecimiento de sanciones, lo que, desde la perspectiva de un respeto irrestricto del principio de legalidad, sólo puede ser interpretado como una referencia a una disposición legal vigente y resultante del procedimiento de establecimiento de leyes constitucionalmente regulado.

En efecto, el artículo 12 N° 15 exige que la sentencia condenatoria se refiera a delitos a que “la ley señale igual o mayor pena”. A falta de una norma de reenvío al derecho extranjero como fuente para el establecimiento de penas, sólo puede ser entendida como una referencia a normas de rango legal reconocidas por el ordenamiento jurídico chileno, esto es, paradigmáticamente, la ley en sentido estricto. Incluso es cuestionable, desde la perspectiva del sub principio nullum crimen nulla pena sine lege scripta, la admisibilidad de otras normas de rango legal que no emanan del órgano de representación popular, tales como los decretos con fuerza de ley y los decretos leyes⁴¹.

41 Cury, Op. Cit., pp. 170-172.

No existiendo, en consecuencia, una regla que haga aplicable el derecho extranjero a efectos de configurar la reincidencia, salvo los casos excepcionales ya descritos supra, el respeto por el principio de legalidad hace improcedente aplicar la agravante fundada en una sentencia condenatoria por delitos establecidos en una ley extranjera.

Adicionalmente, si tuviese que considerarse el derecho extranjero a efectos de configurar una reincidencia específica, existe un problema de proporcionalidad relativa insalvable que refuerza la vinculación de la reincidencia genérica con la ley chilena.

La referencia a una “pena igual o mayor” establecida por la ley se remite a una restricción del efecto agravatorio en base a la condena anterior sólo si la sentencia ha condenado por hechos constitutivos de delitos cuyo tipo de injusto es merecedor de una sanción igual o mayor, según establezca la ley (no la sentencia), dentro de un contexto común de hechos incriminados y sanciones aplicables.

Así, por ejemplo, la pena del delito de lesiones simplemente graves del artículo 397 N° 2 del Código Penal (presidio menor en su grado medio) puede ser agravada si el autor tiene una sentencia condenatoria previa por un delito de robo con fuerza de un vehículo motorizado (presidio menor en su grado máximo) y por un delito de amenazas condicionales cumplidas del artículo 296 N° 1 del Código Penal (presidio menor en sus grados medio a máximo). No ocurre lo mismo, en cambio, si la amenaza no fuere condicional, prevista en el artículo 296 N° 3 (presidio menor en su grado medio) o se tratara de un hurto de cosa cuyo valor no exceda de cuatro unidades tributarias mensuales, según dispone el artículo 446 N° 3 del Código Penal (presidio menor en su grado mínimo). Por lo tanto, en el ejemplo, no toda amenaza ni todo delito de apropiación es, por decisión legal, susceptible de configurar la agravante de reincidencia respecto del delito de lesiones simplemente graves, lo que, evidentemente, depende de las valoraciones que expresa el legislador al momento de asignar la pena al delito, en abstracto.

Por lo tanto, la ratio de la regla descarta que cualquier condena precedente sea idónea para agravar la pena. Se trata de condenas por delitos que, según la ley y no la sentencia precedente, son igual o más graves que el hecho objeto de enjuiciamiento actual, dentro de un mismo contexto de proporcionalidad relativa: el ordenamiento jurídico nacional.

La incorporación del derecho extranjero impide esa consideración proporcional. La legislación extranjera podría, o bien, establecer la punibilidad de conductas impunes en el derecho chileno, o bien, conminar penas a conductas sin correspondencia a las valoraciones del legislador nacional, estableciendo penas mayores a hechos que el legislador nacional considere de escasa gravedad, o viceversa.

En ese escenario, la apertura al derecho extranjero, a efectos de configurar la reincidencia genérica, tendría el problema de considerar como delitos a los que “la ley señale igual o mayor pena” aquellos a los que otro ordenamiento jurídico, y sus valoraciones subyacentes, consideren como tal. Esto pugna con la ratio de la regla que sólo tiene como referencia interna un determinado catálogo de delitos, legalmente definidos en un ordenamiento jurídico, bajo un mismo contexto de proporcionalidad relativa de las sanciones conminadas.

c) La impertinencia de la sentencia condenatoria extranjera a efectos de configurar, en concreto, la agravante de reincidencia específica del artículo 12 N°16 es consecuencia de la afectación de bienes jurídicos distintos, por lo que los delitos imputados y condenados, respectivamente, no pueden ser considerados “de la misma especie”

Independiente de la postura que se adopte respecto a la definición de qué requisitos deben verse satisfechos para poder identificar dos delitos “de la misma especie”, discusión a la que se hizo referencia supra, el común denominador de las opiniones apunta a la protección de un mismo bien jurídico. Así, para abogar por la concurrencia de la agravante, tendría que afirmarse que el delito condenado en España tutela un mismo bien jurídico que aquel por el cual la imputada enfrentará juicio en Chile.

Al respecto, como ya se hizo referencia, el 15 de noviembre de 2016, la sala penal del Tribunal Supremo español se pronunció respecto de la sentencia dictada por la Sala penal de la Audiencia Nacional en causa N° 16/2016, confirmando las condenas respectivas por un delito de lesiones terroristas previsto y penado en los artículos 577, 148.1 y 147.1, en concurso ideal del artículo 77.1 con un delito de daños terroristas previsto y penado en los

artículos 577 y 266.1, todos ellos del Código Penal español en su redacción dada por la Ley Orgánica N° 5/2010 (ley vigente a la época de los hechos).

Por su parte, en la audiencia de reformatización de la investigación, objeto del presente informe, efectuada con fecha 14 de julio de 2021, ante el 11° Juzgado de Garantía, se imputaron dos delitos de colocación y activación de artefacto explosivo desde la vía pública y en edificio de libre acceso al público, previsto y sancionado en el inciso 1° del artículo 14 D de la Ley N° 17.798 sobre control de armas.

Así, la pregunta en concreto que debemos responder es si existe identidad en los bienes jurídicos protegidos por los delitos de lesiones y daños terroristas del Código Penal español y el delito de colocación de artefacto explosivo regulado en la Ley N° 17.798.

i. El delito terrorista en la regulación española

La ley española regula los delitos terroristas en el Título XXII del Código Penal, bajo el epígrafe “Delitos contra el orden público”, en su Capítulo VII “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”.

El modelo español regula los delitos de terrorismo con una técnica casuística y disgregada, sobre la base de elementos comunes que les confieren la cualidad de ilícitos terroristas. Así, al año 2010, la regla general era la configuración de un delito terrorista sobre la base de un tipo de injusto común a las figuras descritas por el código, bajo la concurrencia de dos elementos, uno estructural y uno teleológico: i) la organización terrorista, la cual operaba como elemento específico del injusto (consagrado en el artículo 571⁴²) y como elemento de los tipos penales, y ii) la finalidad política, consistente en la subversión del orden constitucional o alteración grave de la paz pública (párrafo 3° del artículo 571⁴³). Sin perjuicio de ello, existía, como figura de

42 Artículo 571. 1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren o dirigieren una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de []. 2. Quienes participaren activamente en la organización o grupo, o formaren parte de los mismos, serán castigados con las penas de [].

43 3. A los efectos de este Código, se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis) y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la sección siguiente.

excepción, el terrorismo individual (artículo 577), el cual agregaba una serie de finalidades⁴⁴.

Posteriormente, el año 2015, mediante reforma legal se eliminó la organización terrorista como elemento de estos delitos, pasando a ser el terrorismo individual la regla general⁴⁵. Para efectos de este análisis, la reforma adquiere relevancia pues enfatiza lo evidente: al año 2010 la pertenencia a la organización terrorista era un elemento fundamental de la antijuridicidad de estas figuras, lo que, unido a la finalidad política exigida, nos remite a una clase de delitos que se ocupan de un fenómeno delictivo específico: la organización criminal y su finalidad política.

En efecto, la necesidad de un fin político de la conducta es parte esencial en el modelo regulativo histórico de la legislación española. Ya en 1997 el Tribunal Supremo se pronunciaba respecto de la definición jurídica de terrorismo señalando que “la fórmula definidora del mismo es la de ser una actividad planificada que individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, [que] tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido”⁴⁶.

En este sentido, lo que diferenciaba en España al fenómeno delictivo terrorista de otra criminalidad organizada era, precisamente, el hecho de que los delitos terroristas se cometían con la finalidad política de subvertir el orden constitucional vigente, mediante el empleo de medios ilegítimos y no a través de los medios democráticamente habilitados para poder introducir cambios sociales, utilizando para ello medios que suponían la amenaza o ataque de los derechos fundamentales base para el desarrollo de la vida en un Estado de derecho⁴⁷.

44 Villegas, Myrna. Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno. Revista Política criminal, Vol.11, N°21 (julio 2016), p. 158.

45 Ídem.

46 STS 2/1997 de 29 de noviembre. En: Aguerri, Jesús C. Del “terrorista” al “radical”: los delitos de subjetividad en el código penal español. Revista Crítica penal y poder, 2017 N°13, octubre, Universidad de Barcelona, p. 149.

47 Galán Muñoz, Alfonso. ¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del código penal de la LO 2/2015. Revista de derecho penal y criminología, 3.ª época, n.º 15 (enero de 2016), pp. 97-98.

Así, la doctrina española identificó como objeto de protección de los delitos terroristas, en tanto delitos de organización, el orden público, sin embargo, la referencia a ese bien jurídico no corresponde al sentido que tradicionalmente se le asigna, sino que, en un sentido político, las conductas terroristas implican la “arrogación de un ámbito de organización genuinamente estatal”⁴⁸. En este contexto, tal bien jurídico se ha entendido en referencia a las bases del sistema jurídico político u orden constitucional, indicando que “incluso se trata de ataques a cuestiones previas a la ordenación jurídico-política concreta, de modo que incluso atentarían contra lo que podría denominarse el núcleo duro del sistema jurídico y político”⁴⁹.

La estructura previamente descrita se expresa en el artículo 577 del Código Penal español, por el cual fue dictada la sentencia condenatoria extranjera objeto del presente informe, el cual contempla el régimen de los llamados delitos terroristas individuales, entre los que se encuentran los delitos de lesiones y daños terroristas.

Dicha disposición era una figura de excepción a la estructura compartida por los delitos terroristas, previamente descrita. La disposición indicaba “Los que, sin pertenecer a organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional”.

Si bien esta figura ha sido duramente criticada por la doctrina española, en tanto prescinde de un elemento esencial desde el punto de vista de la estructura de estas conductas, lo cierto es que la mejor comprensión de esta disposición no se aleja tanto, como su denominación coloquial pareciera indicar, del resto de las figuras del capítulo. En efecto, la doctrina ha distinguido en esta disposición dos fenómenos distintos, uno de los cuales tiene una relevancia práctica sustantivamente mayor: por un lado, estaría el autor genuinamente aislado y, por otro, el individuo que actúa en virtud de su adherencia a un proyecto terrorista existente, sin que exista un vínculo entre su conducta y la organización en sentido

48 Cancio Meliá, Manuel. Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto. Editorial Reus, 2013. Madrid, España, p.192.

49 Ibid, p.194.

estricto. La mayoría de los casos conocidos por tribunales españoles pertenecen a estos últimos⁵⁰.

En este sentido, si bien se prescinde de la organización terrorista como elemento estructural del tipo, seguimos refiriéndonos a un tipo de conductas que en su particular injusto contemplan la existencia de una organización, lo que en este caso se manifiesta en la adherencia simbólica a una ideología que propugna una organización, la cual puede o no ser de suyo terrorista⁵¹.

Por ello, la pretensión de subversión del orden constitucional sigue plenamente vigente a través de la búsqueda de instalación de un arreglo político diverso por medios ilegítimos y violentos.

A propósito de esta disposición el Tribunal Supremo se pronunció el 2002 indicando respecto de la naturaleza terrorista de la conducta tipificada que “los hechos sancionados en dicho precepto lo son per se, por su naturaleza, al realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública”⁵².

En este sentido, tal como fuera previamente indicado, si bien se prescindió del elemento típico organizacional, característico en estas figuras, sigue estando presente la finalidad de atentar en contra del orden público en tanto orden constitucional, el cual es sólo viable en el marco más amplio de una organización. De hecho, esta circunstancia fue verificada por el Tribunal Supremo al pronunciarse respecto de las casaciones incoadas en contra de la sentencia condenatoria objeto del presente informe, exponiendo que “la finalidad buscada por los acusados con su acción, no era otra que proyectar la existencia de una lucha contra la estructura social definida por el ordenamiento jurídico-constitucional vigente y hacerlo desde una acción que generara una atmósfera de temor y desasosiego en la población; lo que se refleja claramente por la ideología política que impulsó la actuación”⁵³. En el caso en cuestión, la ideología en comentario

50 Cancio, Op. Cit., pp. 261-262.

51 Ibid, p. 263-264.

52 STS N° 546/2002 de 20 de marzo. En: González Cussac, José Luiz y Fernández Hernández, Antonio. Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo. Revista Teoría y derecho. 2008, N°3, p. 51.

53 STS N°5335/2016 de 15 de noviembre, C° 8, p. 18.

fue identificada como una anarquista de corte insurreccionista, cuyos activistas propugnan mediante la ejecución de ataques en contra de los símbolos del Estado⁵⁴.

ii. El delito de colocación de artefacto explosivo de la Ley de control de armas

La ley N° 20.813 de 6 de febrero de 2015, que modificó la Ley N° 17.798 sobre control de armas, incorporó, entre otras figuras, el artículo 14 D que consagra el delito de utilización o colocación de artefacto explosivo.

Estas modificaciones fueron introducidas por el Congreso en el marco del acuerdo político legislativo en materia de seguridad ciudadana del año 2007, cuyo objetivo fue diseñar una propuesta de consenso para controlar el aumento de armas legales e ilegales en la población⁵⁵.

Así fue indicado en el Boletín N° 6.201-02, el cual contiene el nuevo segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en el que se indicó como propósito del cuerpo normativo “perfeccionar el sistema de autorizaciones y de registro de armas y la regulación de los ilícitos relacionados con el porte y tenencia de las mismas, de manera de evitar la proliferación de armas ilegales y su uso en situaciones que atentan contra la seguridad ciudadana”⁵⁶.

En el transcurso de la discusión se fueron incorporando una serie de modificaciones en el proyecto, en el debate previo a la elaboración del segundo informe de la Comisión de Constitución del Senado, incorporándose así el artículo 14 D a propuesta del profesor invitado Jean Pierre Matus⁵⁷.

Al respecto, Matus indicó que la sanción de esta conducta resultaba impertinente en el Código Penal, pues se trataría de un ilícito contra la “seguridad común” y no contra la vida o integridad física de una o más personas determinadas⁵⁸.

54 Ídem.

55 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N°20.813, Modifica Ley N°17.798, de control de armas y el Código Procesal Penal, 2015, p. 402. [Disponible en: www.bcn.cl]

56 Ibid, p. 336.

57 Ibid, p. 303

58 Ibid, p. 304.

Por su parte, en el contexto del mismo debate, el fiscal nacional de la época, don Sabas Chahuán, remitió el Oficio FN N°779/2014 mediante el cual dio a conocer la opinión del Ministerio Público respecto del proyecto, indicando, respecto del artículo 14 D, que este vendría a colmar un vacío normativo a la sanción de esas conductas.

Lo anterior fue sostenido por el ex fiscal nacional pues, en efecto, el único cuerpo normativo que contemplaba a la época, una conducta semejante, era la Ley N° 18.314 sobre conductas terroristas, más allá de su sanción como ejecución imperfecta de daños en el Código Penal. Sin embargo, como es bien sabido, el delito del artículo 2 N°4 de la ley N° 18.314 contempla como exigencia típica, al igual que todos los delitos de esa ley, el haberse ejecutado la conducta con “la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia que obedece a un grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”(artículo 1 de la ley N° 18.314)⁵⁹.

Así, en ese contexto normativo, es esencial acreditar ese especial elemento subjetivo del tipo, con el que debe obrar el autor, para poder configurar el ilícito terrorista.

El caso que evidenció tales dificultades a efectos de sustentar una imputación por delito terrorista fue el denominado caso Pitronello, en el que se acusó a un miembro de una agrupación anarquista que colocó un artefacto explosivo fuera de una sucursal de una entidad bancaria a altas horas de la noche. El artefacto explotó mientras lo instalaba, provocando lesiones en sus manos y daños en las mamparas de vidrio de la sucursal⁶⁰.

La Corte, confirmando el fallo del tribunal a quo por un delito de daños y de posesión de artefacto explosivo, desestimó la imputación por la Ley N°18.314, al no concurrir la finalidad requerida para poder estimar concurrente un delito terrorista⁶¹. Así, se volvió evidente la necesidad de tipificar una figura

59 Ibid, p. 261.

60 SCA de Santiago, RIC N° 2384-2012, de 19 de noviembre de 2012.

61 Ibid, C°32.

que prescindiera de esa exigencia, remitiéndose a un fenómeno delictivo perteneciente a la “delincuencia común” y no terrorista.

En consecuencia, la introducción del artículo 14 letra D de la Ley 17.798, ya en su origen, se aleja de la normativa que regula el terrorismo en nuestra legislación. Por el contrario, si bien la doctrina no ha llegado a un consenso respecto de cuál es el bien jurídico protegido por la Ley de control de armas, y el delito contemplado en el artículo 14 letra D en particular, sí hay relativo consenso en que al menos se avocaría a la protección de la “seguridad colectiva”, en tanto bien jurídico supra individual⁶².

La particular técnica legislativa utilizada en la ley protegería la seguridad colectiva a través de la prohibición de conductas que importan un riesgo indeterminado para intereses sociales⁶³ o un estado de cosas valioso como lo son nuestros arreglos institucionales. En este sentido, “la seguridad tiene que ver con las expectativas que sobre la permanencia o desaparición de ese estado de cosas se tenga”⁶⁴. En este caso, la circulación ilícita de armas, municiones y artefactos explosivos representa esa amenaza al tráfico jurídico y social que nuestro ordenamiento busca evitar.

Respecto del artículo 14 D, lo característico de la conducta dice relación, en último término, con el uso ilícito de los artefactos explosivos⁶⁵ y la puesta en peligro que ello importa para otros bienes jurídicos. El legislador incorporó una amplísima gama de conductas (colocar, enviar, activar, arrojar, detonar, etc.) y de bombas o artefactos explosivos, incendiarios o corrosivos, las cuales varían en penalidad dependiendo del lugar en que se ejecute y el mayor o menos poder expansivo del implemento.

Como podrá notarse, la descripción típica del artículo 14 D prescinde de elementos que digan relación con la finalidad que nuestro ordenamiento asocia a delitos terroristas, lo que se explica por las razones históricas previamente indicadas. Pero no sólo eso, la disposición tampoco alude a ninguna de las

62 Villegas, Myrna. La Ley N°17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N°20.813. Revista Política Criminal. Vol. 14, N° 28 (Diciembre 2019), p. 7.

63 Bascur, Gonzalo. Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley 17.798 sobre Control de Armas. Revista Política criminal. Vol. 12, N° 23 (Julio 2017), p. 538.

64 Villegas, Op. Cit., p. 9.

65 Bascur, Op. Cit., p. 580.

finalidades políticas que caracterizan la regulación española de los delitos terroristas, en tanto pretensión de subvertir el orden constitucional mediante la conducta realizada o de alterar las bases del Estado de derecho.

La sentencia española que condenó el 2016 por delitos terroristas aplicó la legislación española vigente a la época de la comisión del delito, caracterizada por contar con un fin político asociado a la subversión del orden constitucional. En ese sentido, el bien jurídico protegido dice relación con el orden público en tanto orden constitucional, entendiéndose por tal las condiciones básicas para la existencia y desarrollo de la sociedad democrática moderna.

Por su parte, la ley N° 20.813 que introdujo, entre otras modificaciones, el delito tipificado en el artículo 14 letra D de la Ley de control de armas, nace al alero de una preocupación que nos remite a los problemas propios de la seguridad ciudadana. En ese sentido, la reforma apuntaba a perfeccionar el sistema de control de armas y artefactos explosivos, ante su proliferación incontrolada, dando cuenta de un discurso de reacción ante el incremento de la violencia delictiva.

Desde esa perspectiva, el bien jurídico identificado como objeto de protección por la Ley de control de armas es la seguridad colectiva, la cual nos reconduce a las condiciones institucionales y materiales que deben existir para que los integrantes de la comunidad puedan conducirse cotidianamente sin temer una afectación inminente a su integridad, protegiendo este estado de cosas a través de la consagración de figuras típicas que operan bajo la lógica del peligro abstracto, previniendo el uso ilícito y desregulado por parte de civiles de armamento y artefactos explosivos, entre otros.

Como podrá verse, ambas legislaciones responden a preocupaciones distintas: una nace como respuesta a amenazas internas de insurrección y desestabilización del Estado de derecho, mientras que la otra busca controlar un fenómeno de proliferación masiva de armas y municiones tanto legales como ilegales por parte de civiles. En este sentido, resulta imposible sostener identidad alguna entre los bienes jurídicos protegidos por cada una de estas figuras y, en consecuencia, se excluye su consideración como delitos de la misma especie para la configuración de la circunstancia agravante específica del artículo 12 N° 16 del Código Penal.

v. Conclusión

La sentencia condenatoria española objeto del presente informe no es idónea para configurar la circunstancia agravante de responsabilidad por reincidencia, específica o genérica, respecto de una eventual condena por el delito previsto y sancionado en el artículo 14 letra D de la Ley N° 17.988, toda vez que no existe previsión legal expresa que así lo autorice. Así, el fallo del tribunal español no resulta compatible con el artículo 12 N° 15 del Código Penal, en tanto no satisface la referencia a la ley en cuanto fuente formal que ha de establecer la pena del delito precedente en un contexto de proporcionalidad relativa entre los hechos incriminados y las sanciones aplicables en un mismo ordenamiento jurídico. Tampoco resulta compatible con la agravante del artículo 12 N° 16, pues, entre los delitos condenados terroristas conforme a la legislación española y el delito imputado en este proceso, previsto y sancionado en la Ley de control de armas, no existe identidad del bien jurídico afectado, por lo que no pueden estimarse como delitos de la misma especie.

Es todo cuanto puedo informar en derecho.

César Ramos Pérez

IV. Análisis sobre la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa en la comisión de un delito en contexto de violencia intrafamiliar

Dra. Myrna Villegas Díaz

Objeto: análisis e interpretación de la conducta desplegada por el imputado formalizado por el delito de homicidio simple en el marco de la investigación causa RUC: 2100898535-6.

Requerimiento de la defensa: examinar la concurrencia o no de la legítima defensa en la conducta del imputado a la luz de los antecedentes del caso y que dicen relación con la comisión del delito en contexto de violencia intrafamiliar, u otra causal de justificación y/o exculpación.

Metodología para la confección del informe: Se realizó una investigación de tipo teórica, documental, descriptiva y aplicada, toda vez que se examinaron conceptos jurídico penales contenidos en textos jurídicos especializados nacionales e internacionales, así como jurisprudencia nacional. Para el análisis se utilizaron los métodos exegético y deductivo.

Se tuvieron a la vista los siguientes antecedentes proporcionados por la defensa:

- a) Antecedentes de la carpeta investigativa (240 pp.)
- b) Audio y videos de la audiencia de formalización
- c) Informe psicológico del imputado C. A. N°137756.
- d) Informe social de fecha 15 de octubre 2021
- e) Copia de wasap del teléfono del imputado el día del suceso 1:08 am
- f) Informe complementario de sexología forense N°1099-21

Resumen: A la luz de los antecedentes que obran en la carpeta investigativa, y los informes y documentos reseñados anteriormente se concluye que debe excluirse la punibilidad de la conducta desplegada por el imputado tanto si se la examina desde los presupuestos de la causa de justificación de legítima defensa de parientes (art. 10 n° 5), de la causa de justificación de estado de necesidad defensivo o desde el ámbito estricto de la culpabilidad por la vía del art. 10 n°11 que regula el estado de necesidad.

Sumario: 1. Antecedentes del caso, 2. Normativa internacional y control de convencionalidad, 3. Causales de justificación: 3.1. Legítima defensa de parientes, 3.2 Estado de necesidad defensivo, 4. Causal de exculpación: estado de necesidad exculpante, 5. Conclusiones.

1. Antecedentes del caso

1.1. Antecedentes del día de los hechos

De acuerdo a los hechos indicados en la formalización, “el día 06 de octubre del año 2021, entre las 01:00 a 01:30 horas aproximadamente, en circunstancias que la víctima P. A. R. F. se encontraba en el interior de su morada correspondiente al domicilio, ubicado en la comuna de Maipú en compañía de su grupo familiar y de su ex pareja E. R. A. P., con quien sostiene una discusión, y luego de que ésta se retira del inmueble anunciándole a la víctima que mandará a C. a matarlo, luego llega al lugar el imputado C. E. A. A., hijo de la mencionada A. P., sujeto que premunido de un arma corto punzante tipo cuchillo, le propina diversas agresiones con ánimo de matar a la víctima P. A. R. F., 2 lesiones en la cabeza asegurando su muerte con una lesión de 9 centímetro de profundidad, con un ángulo agudo posterior, y bisel superior, seccionado completamente las arteria subclavia derecha y demás venas locales en una trayectoria de adelante hacia atrás, ocasionándole un

shock hemorrágico y falleciendo en el trayecto hacia el Hospital El Carmen de la Comuna de Maipú”.

Del examen de los antecedentes que se tuvieron a la vista y desarrollando el objeto de este informe, se desprende lo siguiente

- a. El 06 de octubre de 2021, encontrándose en su domicilio, el imputado C. A. cerca de 01:00 AM recibe una llamada telefónica de P., actual pareja de su madre, la Sra. E. R. A. P. En dicha llamada, según la declaración del imputado, le habría referido que su madre lo había llamado para decirle que P. la tenía encerrada y no la dejaba salir, y la había golpeado.
- b. A las 01:08 recibe una comunicación por chat de P. que le indica que atienda a lo de su madre, *“véela”* le dice. C. le responde *“ahí sí, la escucho parece, esta pa la caga, la escucho parece que esta tapá en sangre”* y le pide a P. *“vente”*.
- c. En su declaración prestada en la audiencia de formalización, el imputado afirma que recibió la llamada de P., que no quiso acercarse al domicilio del occiso por temor a él en ese momento, pero que después recibió este chat indicándole que su madre estaba *“tapada en sangre”*, y que luego escuchó gritos de ella pidiendo ayuda. Refiere también en su declaración que, junto con escuchar los gritos de su madre, escuchaba también gritos de dos hombres, como una pelea (coincide en esta parte con la declaración de testigo M. A. C. y el testigo con reserva de identidad N°01), por lo que en ese momento es que habría tomado un cuchillo para salir en su búsqueda, cuchillo que llevaba en la parte trasera de su pantalón.
- c. Estando abajo divisó a P. en el balcón de su casa, subió unos peldaños y se encontró con él en el rellano de la escalera, le preguntó dónde estaba su mamá, y éste le respondió insultándolo, refiriéndose con groserías hacia ella y anunciándole que la iba a matar. El relato del imputado prosigue indicando que el occiso le echó el cuerpo encima, como empujándolo, por lo que se apoyó en él y lo empujó hacia atrás, en ese momento tastabilló, y al levantar la cabeza, vio que el occiso le lanzó una puñalada sin alcanzarlo. En ese momento, según su relato, él responde a esta agresión asestándole dos puñaladas, una de las cuales le causó la muerte.

- d. Las declaraciones de los padres del occiso y un testigo anónimo dan cuenta que la madre del imputado habría advertido al occiso que su hijo lo vendría a matar. Esto supondría a lo menos una conversación previa con la madre, sin embargo, en los antecedentes que se han tenido a la vista no se observa llamada de parte de la madre a su hijo, tampoco se desprende del chat que el imputado sostuvo con P. Es más, este chat da cuenta que el imputado no vio ni tuvo contacto con su madre en ese momento, y que todo lo que de ella sabía era a través de lo que P. le contaba. También el testigo anónimo N° 01 refiere haber escuchado al imputado gritándole al occiso “te dije que te iba a matar porque le pegaste a mi mamá”, pero también afirma que C. en una oportunidad anterior quiso atropellar al occiso echándole la camioneta encima¹. Los antecedentes que se esgrimieron en la audiencia de formalización dan cuenta que este episodio, de un atropello, habría sido protagonizado por el propio occiso en contra de una ex pareja de la madre (B. o A.), hecho respecto del cual existe una denuncia a la que hizo referencia la defensa en la audiencia de formalización de la presente causa (RUC 2000789203-K). De esta forma, la veracidad del testimonio queda en entredicho.
- e. Asimismo, debe recordarse que parte de la evidencia al interior del hogar del occiso se perdió debido a que sus moradores limpiaron el lugar, de manera tal que pudo desaparecer evidencia valiosa que permitiera acreditar que el imputado habría actuado amparado por una legítima defensa propia ante la agresión con cuchillo por parte del occiso. Asimismo, resulta difícil acreditar ante esta situación, que la puñalada mortal se hubiese producido dentro del domicilio, como afirman el padre del occiso, y el testigo anónimo N°01. Este último testimonio indica que “miré hacia el block desde la ventana de mi pieza”, lo que sugiere que se encontraba en un block diferente, por lo que no puede saberse si efectivamente desde donde estaba ubicado pudo observar con tanto nivel de detalle como el que describe.

El testigo M. A. V. C., corrobora la versión del imputado en cuanto a que el ataque se habría producido en el rellano de la escalera y no en el interior del domicilio del occiso, hecho que el testigo habría presenciado desde la puerta de su domicilio.

¹ La testigo mismo M. A. C., vecina del occiso, declaró en similar sentido, no obstante cabe hacer presente que ella misma indica que “se enteró” de este episodio después, porque ella en ese momento se encontraba de vacaciones.

1.2. Antecedentes de la dinámica de VIF que deben considerarse

1.2.1. La repercusión de la VIF en el imputado

La dinámica de VIF experimentada por el imputado desde que tenía aproximadamente 8 años, unido a la drogodependencia de la madre, determinan en gran medida la forma en la que percibe los hechos y situaciones. Según se desprende del relato del imputado, al igual que la madre, es una víctima de la violencia, y parece experimentar un sentimiento de indefensión aprendida, esto es, la sensación de que haga lo que haga la situación no va a variar. Por ello es que cuando lo llaman para avisarle que su madre está en casa del occiso, él no quiere ir, pues teme a la reacción de él. Ejerció el rol de padre protector de sus hermanos pequeños, y también de su madre erigiéndose como su contención ante los constantes episodios de violencia. En este sentido, el informe psicológico del imputado es clave:

la conducta delictiva respondería a una situación puntual, en la que existió la percepción de amenaza de riesgo vital inminente hacía su madre y hacia sí mismo, más allá de los comúnmente experimentado, lo que pudo generar que las estrategias de afrontamientos del evaluado fueron superadas. Es necesario señalar que, la reacción del peritado ante la percepción de un inminente de riesgo vital se enmarca dentro de una dinámica intrafamiliar crónica de larga data, en cual la víctima del delito cometido por el Sr. A., era la figura de agresor y el evaluado era la víctima directa y presencial de dichas agresiones que se presentaron durante año.

la dinámica de violencia intrafamiliar de la que fue víctima el Sr. A., tanto directa como presencial, ha generado en él una traumatización por las situaciones crónicas de daño a las que estuvo expuesto desde su infancia.

La transcripción anterior da cuenta que el imputado es una víctima de VIF que terminó convirtiéndose en victimario, de la misma forma en la que una mujer víctima de VIF se transforma respecto de su pareja agresor.

1.2.2. El riesgo vital para la madre

En los antecedentes estudiados existen elementos objetivos que tienen relevancia a la hora de apreciar el contexto en el que los hechos ocurren:

- a. La pauta de evaluación de riesgo de la madre del imputado, en la que consta que al momento de los hechos existía un riesgo alto de sufrir algún ataque a su vida. Entre otras denuncias que habría efectuado la madre del imputado, un par de meses antes del episodio, todas del 9° Jdo. Garantía de Santiago:

RUC 2100540525-1 (RIT 4829-2021), por el delito de amenazas (de muerte), en donde se otorga medida cautelar de prohibición de acercarse a la víctima N°1228-1217-2021 de 7 de junio de 2021.

RUC 21000546931-4 (RIT 4954-2021), el imputado fue detenido en flagrancia por delito de desacato al incumplir medida cautelar anterior. Se dicta nueva medida cautelar de prohibición de acercarse N° 1228-1225-2021, de 9 de junio de 2021.

De acuerdo a lo informado por la defensa en la audiencia de formalización, registra tres incumplimientos: 24 de julio, 27 julio y 24 de agosto, todos de 2021.

Se hace presente que el RIT 4954 se acumuló al RIT 4829-2021.

Previo a ello, merece la pena destacar una denuncia informada por la defensa en la audiencia de formalización, que data de 19 noviembre de 2020 (RUC 2100119057-9), por los delitos de daños simples, lesiones menos graves, amenazas y desacato, en donde el occiso habría agredido a la víctima mientras esta se encontraba a bordo de su vehículo, golpeándole los focos del auto con un palo, apedreando el móvil y profiriendo sendas amenazas de muerte en su contra, debido a que no aceptaba el término de la relación.

- b. La llamada telefónica de P. al imputado le indica que su madre está siendo agredida. El informe sexológico y su informe complementario da cuenta que la madre tenía lesiones en ambos brazos, pero asimismo en muslos y pantorrillas, cuyo origen perfectamente podría obedecer a una penetración vaginal sin consentimiento en la que medió fuerza para abrirle las piernas. El informe sexológico complementario N°

1099-21 arrojó resultado positivo para la presencia de semen en la cavidad vaginal.

- c. En su declaración el imputado dice que en horas de la tarde del mismo día en que ocurrieron los hechos, él vio al imputado con un cuchillo en la mano, pegando contra una pared y gritando.

Esta percepción del riesgo vital para su madre, especialmente cuando él no la ve y solo la escucha gritar, es un antecedente importante a la hora de apreciar la antijuridicidad del hecho y/o la culpabilidad del imputado.

2. Normativa internacional y control de convencionalidad

De conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos, los jueces, órganos de la administración de justicia y demás autoridades públicas deben realizar un control de convencionalidad para la toma de decisiones. Éste consiste en una interpretación de la normativa interna con base en el bloque de constitucionalidad que está constituido por aquellas normas constitucionales no explícitas o supraleales. La doctrina ha precisado su contenido en

- a) los derechos que la carta fundamental explicita sin taxatividad; b) los que asegura el derecho internacional por medio de los principios de *ius cogens*; c) los que asegura el derecho convencional internacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario; d) los que asegura el derecho internacional consuetudinario².

La interpretación conforme al control de convencionalidad consiste en “realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y demás instrumentos del sistema interamericano”³.

2 Núñez Donald, Constanza / Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales, Anuario de Derechos Humanos, No. 11, 2015, pp. 157-169, p.158.

3 Ídem, p. 159.

En el caso que nos ocupa, la normativa a considerar es la Convención Interamericana para Prevenir, Reprimir y Erradicar la violencia contra la Mujer (Belém do Pará) cuyo art. 1 define la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”, y en su art. 7 establece, entre otros, como deberes del Estado, el “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”, “adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad”, y “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”.

En el caso de la violencia experimentada por la madre del imputado por parte de su ex pareja (el occiso), las medidas adoptadas por el Estado fueron ineficientes, constan en la carpeta investigativa varias denuncias por violencia intrafamiliar en contra del occiso, además de dos medidas cautelares de prohibición de acercarse a la víctima, que fueron incumplidas una tras otra. Prácticamente cada vez que se decretaba una medida cautelar similar, no alcanzaba a transcurrir un mes sin que el occiso las transgrediera.

Los principios interpretativos que deben estar presentes a la hora de realizar el control de convencionalidad son, el principio pro persona y el principio de interpretación evolutiva, integral y teleológica⁴.

El principio pro persona parte de la base de que los instrumentos internacionales tienen por fin último la protección de la dignidad del ser humano. Así lo ha entendido la Corte Suprema⁵. De acuerdo a este principio, se “debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o

4 Ampliamente, Núñez Donald, Constanza, Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile, Cuadernos del Tribunal Constitucional N°60, año 2015. Premio Tribunal Constitucional 2015, pp. 175 a 190.

5 Corte Suprema de Justicia de Chile (CS). Sentencia de 4 de septiembre de 2013. Rol N° 3841-12, considerando 5.

interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”⁶.

La interpretación evolutiva o dinámica considera que los derechos humanos están en constante movimiento o evolución, ensanchándose su contenido, por ende, deben ser interpretados acorde con los tiempos y condiciones de vida actuales. Lo que se encuentra reforzado por el artículo 29 de la CADH indica que “ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados”⁷.

La interpretación integral “supone reconocer que todas las fuentes normativas se influyen recíprocamente, por lo que al momento de interpretar el juzgador debe tomar en consideración el cuerpo normativo de la Constitución, las normas de *ius cogens*, los tratados internacionales que ha ratificado el Estado, los principios generales del derecho, las resoluciones de organismos internacionales y la jurisprudencia internacional”⁸.

Finalmente, la interpretación teleológica supone interpretar la norma jurídica interna acorde con los tratados internacionales de derechos humanos, considerando el fin último buscado por la norma⁹. Como relata Núñez Donald, la Corte Suprema acogió esta interpretación a propósitos del registro de la huella dactilar de los adolescentes judicializados por la Ley 20.084, considerando el fin último de dicha ley que era dar concreción a los principios de la Convención de Derechos del Niño¹⁰.

En el análisis que sigue, especialmente los principios *pro persona* y de interpretación teleológica estarán presentes, pues en aras a la protección

6 Pinto, M. 1997. “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. En: Abregú, M. y Courtis, C. (Comp.). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, CELS y Editores del Puerto, p.163. cit. Por Núñez Donald, 2015, p. 179

7 Nunez Donald, Control de convencionalidad..., pp. 184-185

8 Idem, p.187

9 Idem, p.188.

10 Sentencia Corte Suprema de 28 de julio de 2012, rol 5428-2012, considerandos 1, 2 y 3; También Sentencia Corte Suprema de 6 de agosto de 2009, rol 5339-2009. Citadas por Núñez Donald, Control de convencionalidad..., p. 189-190

de la mujer de toda forma de violencia, las categorías dogmáticas respecto de sí misma o de quienes intervienen en su defensa, ameritan ser interpretadas ensanchando su ámbito de aplicación para este tipo de casos, que son completamente excepcionales a los que comúnmente se suele ver en procesos en los que se discute la concurrencia de una causal de justificación como de exculpación.

3. Causales de justificación

3.1. Legítima defensa de parientes. Art. 10 nº5 CP

De la interpretación conjunta de los numerales 4 y 5 del art. 10 del CP se desprenden los requisitos para que opere la causal de justificación: 1. Agresión ilegítima, 2. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, 3. Si ha precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor.

3.1.1. Sobre la agresión ilegítima

Del caso que nos ocupa, el más controvertido es la agresión ilegítima y si ella satisface o no los requisitos de actualidad o inminencia. Al respecto cabe recordar que es agresión actual tanto la que se está produciendo en el momento, como la agresión inmediatamente anterior y también la agresión incesante¹¹. En este sentido, en el caso que nos ocupa la agresión ilegítima a la madre del imputado queda constituida por una situación de vulnerabilidad permanente a lo menos a su seguridad individual, dado el contexto en el que se producen los hechos¹², situación que de acuerdo a la pauta de evaluación fue calificada como riesgo alto, es decir, riesgo vital. En este sentido, cabe recordar también que es agresión ilegítima, no solo la que se está produciendo, sino también aquella que “pone en peligro un bien

11 Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I.: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Trad. y notas DM. Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo, Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 618, 619, 621

12 Así lo aseveran genéricamente sobre mujeres sometidas a situaciones de violencia por parte de sus parejas, Larrauri, Elena y Varona, Daniel. Violencia Doméstica y Legítima Defensa. Edit. EUB, Barcelona, 1995 pp. 36 y ss. Villegas, Myrna. "Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal". Revista de derecho Univ. Austral. Vol. 23, Nº2 (2010), pp. 149-174, p. 156. En la jurisprudencia, véase la sentencia corte de apelaciones de Antofagasta de 24-07-2021, RUC Nº 1901157164-9, RIT 35-2021.

jurídico”¹³, “un peligro que *ex ante* es objetivamente idóneo para lesionar un interés legítimo propio o ajeno”¹⁴. Y que no tiene por qué constituir un ilícito penal, sino que basta con una agresión a un bien jurídico no permitida por el ordenamiento jurídico¹⁵.

Esta situación de vulnerabilidad permanente a la seguridad individual de la mujer, y amenaza para su vida y/o integridad física, tiene, en la dinámica de VIF momentos de mayor tensión, en donde puede vislumbrarse con más claridad la actualidad de la agresión porque ésta se concreta físicamente, por ejemplo, en golpes o en un ataque sexual.

La primera pregunta que cabe hacerse es si este estado de vulneración permanente a ese bien jurídico (seguridad individual) y de amenaza para la vida e integridad física admite una acción defensiva. La respuesta es afirmativa. La cuestión no varía porque se trate de la mujer en contexto de VIF la que se defiende o quien debe sufrir con ella la VIF, como es el caso de los hijos, máxime si en el caso del imputado asumía un rol protector de padre respecto de sus hermanos y aun, un rol de contención de su madre como afirma el informe psicológico. Se trata de un deber de protección establecido institucionalmente¹⁶ a través del art. 223 del CC que indica que los hijos están obligados a socorrer a los padres “en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios”.

Luego, la idea relativa a que solo la mujer estaría autorizada a defenderse legítimamente en este tipo de situaciones dejaría sin efecto la legítima defensa de parientes reconduciéndola solo a los acometimientos físicos actuales o inminentes que pudieren producirse en presencia del pariente defensor, lo cual carece de correlato normativo.

13 Luzón Peña, Diego. Aspectos esenciales de la legítima defensa. Bosch, Barcelona, 1978, 2ª edición, 2002, p.35; Garrido Montt, Mario. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Nociones fundamentales de la teoría del delito. 4º ed. Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 168. Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Ediciones Universidad Católica, Santiago de Chile, 2005, p. 273, Politoff, Sergio. -Ortiz Quiroga, Luis. Texto y Comentario al Código Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1ra. Edición, 2003, p. 129.

14 Baldó Lavilla, Francisco. Estado de necesidad y legítima defensa, Bosch, Barcelona, 1994, p. 264.

15 Tapia Ballesteros, Patricia. “Legítima defensa. Requisitos y aplicabilidad en supuestos de violencia de género”, en Doctrina y jurisprudencia penal, N°16, Legal Publishing, Thompson Reuters, Santiago, 2014, pp. 37-59, p. 44.

16 Piña, Juan Ignacio. “La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico penal”. Polit. crim. Vol. 14, N° 27 (Julio 2019), Art. 8, pp. 242-276. [<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol14N27A8.pdf>, p. 259

La segunda pregunta que cabe hacerse es si esa amenaza a la seguridad individual, a la vida y a la integridad física amerita una acción defensiva matadora. La respuesta en estos casos también es afirmativa en relación a la satisfacción del requisito de la agresión ilegítima, más el cuestionamiento podría venir dado por la racionalidad del medio empleado en el caso en que no se tratare de la mujer misma la que se defiende, por cuanto las alegaciones que se realizan en orden a que la mujer por su especial vulnerabilidad normalmente debe esperar a que el ataque (físico o sexual) cese para poder defenderse, pudieran no resultar aplicables al tercero según las condiciones en las que se ejerce la defensa del acometido.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, en esa dinámica de VIF que existía entre la madre del imputado y el occiso, los antecedentes dan cuenta que existía al momento de los hechos una vulneración permanente a lo menos a la seguridad individual de la madre y de amenaza para su vida o integridad física, y que a su vez alcanzó un punto álgido o de mayor tensión mediante una agresión ilegítima consistente en una privación de libertad contra su voluntad, un acometimiento físico y un acometimiento sexual que cesaron cuando la mujer abandona el hogar.

Al respecto, la doctrina en general no considera agresión actual aquella que ha cesado¹⁷, aunque voces disidentes como las de Zaffaroni, Slokar y Alagia, sostienen que los límites temporales de la acción defensiva se extienden “desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos”¹⁸. La jurisprudencia en Chile también acogió en un caso este criterio:

El problema que se presenta respecto de la actualidad o inminencia de la agresión en los casos de violencia de género, consiste en que no se analiza el contexto específico en que se encuentra la mujer maltratada, haciéndose un examen en abstracto y cronológico, como lo hacen los sentenciadores a quo, en circunstancias que dicho examen debe ser principalmente psicológico, tratando de determinar

17 En este mismo sentido se manifiestan Garrido Montt, Derecho Penal....pp.170-171 y Cury, Derecho Penal...., p.373.

18 Zaffaroni, Raúl. Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2ª edición, 2002, p.623.

la voluntad persistente del agresor cuando regresa a la casa de su víctima después de amenazar, lo que se comprueba, cuando logra establecerse la permanencia de dicha actitud en el tiempo¹⁹.

La distinción entre esta agresión permanente y aquella que se reconoce como el punto álgido, es decir la que se había producido (el acometimiento sexual, físico y la privación de libertad contraria a su voluntad) resulta del todo relevante a efectos de decidir si nos encontramos ante una agresión ilegítima actual que autorice una conducta “matadora” para el pariente. Ya se ha dicho que la actualidad de la agresión queda satisfecha en principio con la situación de riesgo permanente para la madre, sin embargo, para que pueda operar la eximente respecto del pariente, se requiere alguna concreción de ese riesgo en el momento en que se produce la defensa, al menos en un momento inmediatamente anterior. No hacer esta distinción, implicaría autorizar perse un derecho a matar en cada caso de VIF que se conozca, pues en todos existe una vulneración permanente a lo menos a la seguridad individual de la mujer.

Cuando el imputado sale desde su domicilio armado con un cuchillo, asume que su madre está en peligro, escucha sus gritos de auxilio, y cuando baja ve al occiso en la puerta de su domicilio. Por tanto, y en su percepción, que debe considerarse como la percepción del hombre medio en una situación similar, es muy probable que su madre se encuentre en el domicilio del occiso. Sin embargo, ex post se ha comprobado que ella ya estaba fuera de él.

En este punto, pareciera que nos encontramos ante una situación de error en el presupuesto de la causal de justificación que podría dar lugar a una causal de exculpación o a la falta de dolo según el error sea vencible o invencible, y la postura que se adopte (teoría extrema de la culpabilidad o teoría limitada de la culpabilidad).

Antes de entrar en la forma en la que se excluye la responsabilidad penal, debe hacerse una distinción entre el error en la existencia de la agresión ilegítima y el error en la actualidad de la agresión ilegítima, que pudiera permitir una acción defensiva matadora sin que pueda cuestionarse la racionalidad del medio empleado.

19 SCA Antofagasta de 24 julio 2021, Rol 648-2021 (Penal), considerando décimo.

La distinción no es baladí, por cuanto si el error recae en la existencia de la agresión, la posibilidad de acudir a la eximente incompleta queda eliminada. En cambio “si se acepta que el error incide en la actualidad incide sobre un requisito no esencial, pues en una agresión que está interrumpida la defensa sigue siendo necesaria, se abre la posibilidad, discutida de apreciar la eximente incompleta y las reglas del error”²⁰.

En el caso, el error habría recaído en la actualidad de aquella agresión concreta que se erigió como un momento de mayor tensión en una dinámica de agresión ilegítima permanente o incesante (probada por la pauta de evaluación de riesgos), por tanto, no puede cuestionarse la existencia de la agresión ilegítima.

Ahora bien, la teoría limitada de la culpabilidad, postura que actualmente goza con un amplio respaldo en nuestra doctrina penal, y también manifestada unánimemente en el Foro Penal del anteproyecto de CP de 2005²¹, señala que “el error invencible excluye el dolo conduciendo por tanto a la impunidad del hecho” y castiga por el cuasidelito correspondiente si el error es vencible, en el caso en que la ley sancione expresamente la forma culposa de la conducta²².

La dinámica de los hechos, comprobados *ex post*, dan cuenta de que el imputado se encontraba en un error invencible, pues creía que su madre se encontraba en el domicilio del occiso, escuchó sus gritos, sabía que el occiso suponía un peligro no solo para ella (pauta de evaluación de riesgo) sino para él mismo (por ello es que al principio no quería salir e incluso pide ayuda a P., “vente” le dice en el chat). La invencibilidad del error debe apreciarse a la luz de los antecedentes de VIF existentes. De esta forma, y aplicando la teoría limitada de la culpabilidad, la responsabilidad penal del imputado debería quedar excluida.

20 Larrauri y Varona, *Violencia doméstica*, p. 63.

21 Couso, Jaime - Hernández, Héctor. *Código penal comentado. Parte General*. Ed. Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2011, p. 226. De acuerdo a estos autores quienes asumen explícitamente esta postura serían, entre otros, los profesores Novoa Monreal, Etcheberry, Mañalich. En sus resultados es similar la postura del prof. Cury que acogiendo la variante de la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas, Cury, pp. 444 y 448.

22 Couso y Hernández, *Código Penal comentado...* p. 226. Mañalich Raffo, Juan Pablo. “Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación. *Revista De Estudios De La Justicia*, (3), 2003, pp. 145-161, p. 148.

Y aun cuando se aplicara la teoría extrema de la culpabilidad²³, también quedaría excluida, por cuanto en esta última, si bien el error en los presupuestos facticos de la legítima defensa no afecta el carácter doloso de la conducta, excluye la culpabilidad cuando el error es invencible²⁴.

Como afirma Mañalich: “Si se concluye que la suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación debe excluir el injusto doloso (y también el imprudente en caso de que el error sea invencible), cuando ya no se trate de casos de suposición errónea, sino que de efectivo conocimiento de circunstancias que sí concurren objetivamente, entonces debería afirmarse la justificación de la realización dolosa”²⁵.

Con todo, la doctrina ha discutido en torno a si para decidir la realidad de la agresión debe emplearse un criterio *ex ante* o *ex post*, esto es, teniendo en cuenta los elementos con los que el imputado contaba al defenderse según su conocimiento, apreciado en el contexto en el que se producen los hechos, o bien con independencia del conocimiento que este tenía y basado en la comprobación *ex post* de la situación que supuestamente ameritaba una defensa.

En mi opinión, y concordando con Larrauri, “ si la persona ha creído de forma racional y fundada que existían las circunstancias de la legítima defensa, entonces, de acuerdo al sector doctrinal partidario de dejar que la legítima defensa putativa produzca sus efectos exclusivamente en el ámbito de la culpabilidad ... se afirma que esta persona ha actuado justificadamente”²⁶.

La Corte Suprema²⁷ pronunciándose explícitamente sobre un caso en el que se discutía la efectividad de la agresión, si bien sostuvo que el criterio a emplear era objetivo, es decir, “con independencia del conocimiento que los intervinientes pueden tener de la situación”, exculpó al autor de la situación típica y antijurídica precisamente por considerar que su error era invencible. Lo que, en opinión de Couso “demuestra que la diferencia entre emplear un criterio

23 Asumido en Chile por Garrido Montt.

24 Couso y Hernández, Código Penal comentado..., p. 226.

25 Mañalich, “Consideraciones acerca del error...”, p. 163.

26 Larrauri y Varona, Violencia doméstica, p. 67.

27 Sentencia de casación en el fondo y de reemplazo Rol N° 1.338-98, de 4 agosto de 1998.

objetivo *ex post* y uno objetivo *ex ante* para decidir la realidad de la agresión para el tribunal se traducía en la diferencia entre justificar su conducta o sólo exculparla, lo que no tenía diferencias respecto de la punibilidad de la misma²⁸.

Pero, además, ya existe un pronunciamiento jurisprudencial que acoge la legítima defensa considerando que el criterio cronológico no es adecuado para interpretar los casos de violencia contra la mujer, optando por valorar la permanencia de la actitud del agresor en el tiempo, como ya se citó antes²⁹.

3.1.2. Sobre la racionalidad del medio empleado y otros elementos de la legítima defensa

En cuanto a la racionalidad del medio empleado, conforme a la dinámica de los hechos, utilizar un cuchillo era racional. Máxime si cuando se produce el fatal encuentro entre ambos, y de acuerdo a la declaración del imputado, el occiso lo agrede – sin éxito- con un arma similar. La posibilidad de que el imputado hubiese resultado a su vez lesionado o sin vida de acudir sin este elemento, era alta de conformidad al grado de peligrosidad del imputado (denuncias por atropello a ex pareja de la madre, de acuerdo a declaración del imputado en la tarde de ese mismo día lo vio en la calle con un cuchillo y gritando, numerosas denuncias de violencia intrafamiliar, incumplimiento de la orden de alejamiento). Además, el occiso amenazó con matar a su madre, de manera tal que dada la dinámica de VIF experimentada por el imputado, aquello era perfectamente posible de ocurrir en cualquier momento.

En cuanto al requisito de falta de provocación por parte de quien ejerce la defensa en favor del acometido, no tiene asidero en este caso por cuanto el art. 10 núm. 5 señala que “de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor”. Ni lo uno ni lo otro ocurrió.

En cuanto al elemento subjetivo en la legítima defensa, la doctrina está conteste en que éste no debe ser confundido con el móvil. Luego, la presencia de móviles como el odio o la venganza no eliminan el conocimiento de la

28 Couso y Hernández, Código Penal comentado... p. 225.

29 SCA Antofagasta de 24 julio 2021, Rol 648-2021 (Penal), considerando décimo.

agresión ni tampoco la necesidad de defenderse³⁰. Como apuntaba Garrido Montt, concurriendo sus requisitos es posible defenderse o defender legítimamente aun con un ánimo de *vendetta*³¹, máxime si el ánimo de venganza solo permite excluir la legítima defensa en el caso de terceros extraños (art. 10 núm. 6), pero no en el caso de parientes. Por tanto, es irrelevante que el imputado hubiese actuado además con un ánimo de odio o venganza hacia el occiso por el daño ocasionado a su madre, pues eso no hace desaparecer la situación de necesidad de defensa en la que se encontraba su progenitora.

3.1.3 Excurso: Legítima defensa propia. Art. 10 n°4 CP

La declaración del imputado da cuenta de haber sido agredido por el occiso en forma previa mediante un arma cortante. En el sitio del suceso se encontraron 3 cuchillos. Dos de ellos, identificados en la cadena de custodia N.U.E 6393668 y N.U.E. 6393670, presentaban manchas pardo rojizas impresionantes a primera vista con sangre. Un tercer cuchillo, más pequeño que los anteriores, con empuñadura plástica negra, y sin manchas pardo rojizas, fue encontrado en el baño. Este cuchillo no está identificado en la cadena de custodia.

En función de los resultados que pudiere arrojar un eventual peritaje de ADN sobre estas armas, se abre una arista que pudiera reconducir la calificación del hecho a una actuación en legítima defensa propia del art. 10 N°4 CP, si es que llegara a comprobarse que uno de estos cuchillos fue usado por el occiso en contra del imputado, sin éxito.

3.2 Estado de necesidad defensivo

En el apartado anterior se ha hecho una diferencia entre la agresión concreta experimentada por la madre del imputado ese día, y la agresión permanente de la que era objeto producto de la dinámica de VIF en su relación con el occiso. La Fiscalía ha considerado que, dado que esa agresión concreta ya

30 Larrauri y Varona, *Violencia doméstica...*, p. 52. Villegas, M. "Mujeres homicidas de sus parejas en contexto de violencia intrafamiliar. Posibilidades de exención de responsabilidad penal en el derecho penal chileno", en Antony, C.- Villegas, M. (Coords.) *Criminología Feminista*, Edit. LOM, pp.57-84, p. 68.

31 Garrido Montt, *Derecho Penal...*, p. 175

había cesado, no era posible reconocer una causal de justificación como la legítima defensa de parientes. Sin embargo, es posible tratar el problema como un caso de legítima defensa preventiva, sub caso a su vez del *estado de necesidad defensivo*. Esta categoría si bien no se encuentra reconocida de manera explícita en el Código Penal, sí puede tener eficacia excusante respecto de la conducta a través de la construcción doctrinaria, de manera similar a lo que ha sido la aplicación en algunos fallos de los criterios de imputación objetiva, la eficacia excusante del error de tipo y de prohibición, entre otras categorías dogmáticas que no tienen una norma específica en la cual ampararse.

Se define el estado de necesidad como “una situación de peligro actual para un bien jurídico, no originada en una agresión ilegítima, en la que no hay otra forma de salvar ese bien que la violación de otro bien jurídico”³². Su fundamento está en el interés preponderante del bien jurídico que se pretende salvar por sobre el que resulta afectado, y no queda restringido solo al acometido, pues como indica Novoa Monreal, en el estado de necesidad, en general, “cualquiera que actúe, cumple la voluntad del derecho en orden a que el bien jurídico más valioso sea salvado”³³.

En doctrina se distingue entre estado de necesidad *agresivo* y *defensivo*. La diferencia entre ambos reside en que, mientras en el estado de necesidad *agresivo*, se ataca el bien jurídico *de un tercero* que no está implicado y no es el causante del peligro³⁴ (caso del art. 10 n°7 CP), en el estado de necesidad *defensivo*, el bien jurídico que resulta afectado pertenece al *propio causante del peligro*³⁵.

El estado de necesidad defensivo, causal de justificación, no requiere- como la legítima defensa, de una agresión ilegítima frente a la cual reaccionar³⁶, sino de un “mal o peligro inminente” frente al cual es posible afectar el bien jurídico vida o integridad física del propio creador de la fuente de peligro, pues

32 Novoa Monreal, Eduardo. Derecho Penal. Parte General. T. I, Edit. Jurídica de Chile, 2005, p. 356.

33 Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal..., p. 369.

34 Roxin, Derecho penal..., p. 705.

35 Así, el Anteproyecto de Código Penal de 2013, contempla una norma que reconoce el estado de necesidad defensivo, en los siguientes términos: “No actúa ilegítimamente el que ejecuta una acción necesaria para salvaguardar sus intereses frente a un peligro actual del que es responsable el afectado, siempre que los intereses afectados por la acción defensiva no sean considerablemente preponderantes frente a los intereses que ella salvaguarda”. Wilenmann von Bernath, Javier. Propuesta de regulación. Justificaciones y excusas. Comisión Ante proyecto de Código Penal 2013, <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Wilenmann-Von-Bernath-Javier-Justificaciones-y-Excusas.pdf>

36 Luzón Peña, Aspectos esenciales de la legítima defensa..., p. 570.

“nadie está obligado a soportar peligros provenientes de fuentes ajenas... a nadie se le puede imponer que tolere el peligro de muerte o lesión”³⁷. En este caso, la vida del agresor no es un bien jurídico ajeno a esta situación de necesidad, puesto que él es el creador de la fuente de peligro. Esto afectará el juicio de ponderación permitiendo que se sacrifique la vida del sujeto para salvaguardar la vida de la mujer³⁸.

El requisito primordial del estado de necesidad es que exista una “situación de necesidad” que amerite que un bien jurídico sea sacrificado para salvaguardar otro. Ella debe reunir dos condiciones: a) que no exista una vía legítima a la que pueda recurrirse y b) que no exista una vía menos lesiva³⁹. Así también se requiere un mal o peligro inminente a evitar.

En cuanto a la situación de necesidad y sus respectivos requisitos, podemos realizar las mismas objeciones que se han hecho respecto de la legítima defensa en casos de violencia contra la mujer o en casos VIF⁴⁰. En el caso de marras, llamar a carabineros, acudir a familiares, a vecinos, eran vías legítimas, pero impracticables en la situación en la que se encontraban, ya habían sido usadas en innumerables oportunidades, sin éxito. El historial de violencia acreditado en autos, muestra que el occiso era renuente a cumplir con las órdenes judiciales que perseguían proteger a la madre del imputado. Por ello, la alternativa de llamar a carabineros se tornaba ilusoria, pues ya antes el occiso había sido detenido por incumplir una medida cautelar, puesto en libertad y sujeto a otra medida cautelar, la que también incumplió llevándose a la madre del imputado, encerrándola y agrediéndola física y sexualmente. El día de los hechos, durante la tarde, había salido a la calle armado con un cuchillo y gritando. ¿Que podría esperar un hijo respecto de la justicia si esta no pudo detener a un sujeto cuyo comportamiento suponía un riesgo vital para la madre? En general, en estos casos, como ha indicado la doctrina, no parece haber posibilidades reales para evitar o prevenir el peligro⁴¹. La

37 Roxin, Derecho Penal..., p. 708.

38 Villegas Díaz, Myrna y Sandrini Carreño, Renata. “Estado de necesidad defensivo y mujeres homicidas”, Doctrina y jurisprudencia penal, N°16, Legal Publishing, Thompson Reuters, Santiago, (2014), 61-84.

39 Larrauri- Varona, p. 71.

40 Villegas y Sandrini, “Estado de necesidad defensivo...”, p. 73.

41 Villegas, “Homicidio...”, p. 158. En igual sentido Rioseco, L. “Culminación de la violencia doméstica: mujeres que asesinan a sus parejas-defensas penales posibles”, en Facio, A- Fries, L. (Eds.), Género y Derecho, Colección contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra LOM Ediciones/ La Morada, Santiago de Chile, 1999, pp. 707-735, p. 709.

posibilidad de que su madre terminara siendo víctima de un femicidio era totalmente verosímil.

En cuanto al uso de un medio menos lesivo, el imputado tomó el medio que encontró a su alcance en ese momento para poder defender a su madre, un medio, nótese, equivalente al que había visto usar al occiso durante la tarde de ese día cuando salió a la calle. De todas formas, el uso de un medio menos lesivo no elimina la situación de necesidad, porque el conflicto continúa existiendo⁴².

En cuanto a la inminencia del mal o peligro que se trata de evitar, como se indicó antes, este no es asimilable a la agresión ilegítima en la legítima defensa, por cuanto en el estado de necesidad, el mal o peligro inminente puede prolongarse en el tiempo. Como expresan Larrauri y Varona, “el requisito de actualidad en el estado de necesidad es más laxo que en la legítima defensa, ya que en tanto una ‘agresión’ aparece como algo puntual, una situación de necesidad definida como un riesgo de lesión para el bien jurídico, puede tener mayor permanencia en el tiempo”. Y por ello es que uno de los casos de este tipo de estado de necesidad es la legítima defensa preventiva entendida como la evitación de una agresión que está en fase de preparación, con medidas preventivas, porque posteriormente ya no sería posible, o lo sería con mucha dificultad⁴³.

En el caso de marras, el historial de violencia previo y la pauta de evaluación de riesgos daban cuenta de que la situación de peligro para la vida de la mujer y sus cercanos era permanente, como ya se ha explicado latamente, pero que vale la pena volver a mencionar. Numerosas denuncias de violencia intrafamiliar, la mayoría de las cuales tenían por denunciante a la madre del imputado, el incumplimiento de medidas cautelares, la violencia desplegada ese mismo día a través del ataque sexual y físico a la madre, salir a la calle armado con un cuchillo y gritando esa misma tarde, la denuncia de la ex pareja de la madre por haberlo atropellado cuando se enteró que estaba con ella; las amenazas de muerte en contra de la madre que profirió el occiso cuando se enfrenta con el imputado en las escaleras del rellano del edificio, entre otros.

42 Larrauri y Varona. *Violencia Doméstica...*, p. 71. Les siguen, Villegas y Sandrini, “Estado de necesidad defensivo...”, p.73.

43 Roxin, *Derecho Penal...*, p. 706; Larrauri y Varona, *Violencia doméstica...*, pp. 56-57.

Por ello, más allá de que, ex post se comprobara que al momento en el que el imputado despliega su conducta, ya había terminado el acometimiento físico de ese día, y que la madre había logrado salir de la casa del occiso (en desconocimiento del imputado) “tapá en sangre” como da cuenta el chat de *Whatsapp* que se tuvo a la vista, lo que importa es que la voluntad delictiva en el agresor subsistía, y podía concretarse nuevamente en cualquier momento, y con consecuencias que pudieran haber sido fatales para la madre del imputado.

En este sentido, “el fundamento del Estado de necesidad estriba en que a pesar de que el peligro no se materialice directamente, el transcurso del tiempo no va a aportar una solución menos gravosa”⁴⁴.

En cuanto a la ponderación de los intereses en conflicto, cuando el bien amenazado es la vida o la salud, es posible defenderse lesionando, “incluso matando al causante del peligro”⁴⁵, pues “el daño producido puede ser mayor que el evitado y únicamente no puede ser desproporcionado con el peligro que amenaza”⁴⁶.

Por ello, si el imputado tenía conciencia de esta situación de peligro permanente para la vida de su madre, recibe un mensaje de la pareja de ella indicándole que el occiso la tenía encerrada, la había golpeado, que estaba “tapá en sangre”, la escuchó gritar, había visto al occiso con un cuchillo durante la tarde, era más que predecible su conducta en el sentido de reaccionar frente al ataque de su progenitora. Esto es, concurrir a la casa del occiso, con un medio equivalente (cuchillo) para el caso en que éste lo atacara, e increparlo para saber dónde estaba ella. Al llegar según su declaración, fue recibido por el sujeto con cuchillo en mano, tambaleándose, profiriendo insultos de grueso calibre para denostar a la mujer, y anunciando que la va a matar.

Así, privar de la vida al causante de este peligro para proteger la vida e integridad física y sexual de su madre, fue la única vía que el imputado pudo usar para salvaguardar un bien jurídico equivalente al que lesionaba.

44 Larrauri y Varona. *Violencia Doméstica...*, p. 74.

45 Roxin, *Derecho Penal...*, p. 706.

46 Roxin, *Derecho Penal...*, p. 706. En el mismo sentido Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, p.571. Incluso, en opinión de Lampe, “aunque el interés jurídicamente protegido no sea sustancialmente preponderante”, Lampe, Ortrun, *NWJ* 1968, 88, cit por Roxin, C. *Derecho Penal...*, p. 706.

En esta ponderación, además de la vida e integridad de la madre, estaba en juego también la vida e integridad física del imputado (le tenía miedo, no quería ir a encontrarlo), así como la salud mental propia y la de sus pequeños hermanos, respecto de los cuales él ejercía un rol protector casi paternal, según da cuenta el informe psicológico.

En definitiva, es posible excluir la antijuridicidad en la conducta del imputado, invocando el estado de necesidad defensivo como causal supra legal de justificación (salvo que se considere que el art. 10 n°11 tiene una naturaleza dual)⁴⁷, pues se cumplen sus requisitos:

- a. El titular del bien jurídico atacado (vida del occiso) era la fuente creadora del peligro para el o los bienes jurídicos que se trataban de salvaguardar.
- b. El occiso a través de su conducta había generado un peligro permanente y verosímil para la vida de la madre, o a lo menos su integridad física y sexual, lo que había quedado demostrado con la agresión puntual de esos días. Es decir, la probabilidad de que la próxima vez la mujer pudiera ser víctima de un femicidio era concreta.
- c. El mal que se causó (privar de la vida al causante del peligro) era igual a aquel que amenazaba (vida de la madre). Recuérdese que en el estado de necesidad defensivo, a diferencia del agresivo, incluso es posible “reaccionar causando un mal que no sea desproporcionadamente mayor a aquel que se amenaza”⁴⁸.
- d. No existía en una vía legítima a la cual recurrir que pudiera resultar eficaz. Como se explicó, ya la justicia había intervenido pero el occiso era renuente a cumplir con ella. Ya había quebrantado una medida

47 Un sector de la doctrina estima que el art. 10 n°11 contiene una figura que puede operar de manera dual, como estado de necesidad justificante (estado de necesidad defensivo) y como estado de necesidad exculpante. Santibáñez, María Elena- Vargas, Tatiana, “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N°20.480)”, en Revista chilena de derecho, Vol. 38, N°1, 2011, pp. 193-207, p. 200. Vidal Moya, Víctor. “Análisis de las características más relevantes del estado de necesidad establecido por la ley 20.480”, Revista Ars Boni et Aequi, año 9, N°2, 2013, pp. 237-253. Acosta, Juan Domingo. Artículo 10 N°7 y 11 del Código Penal. Algunos criterios de delimitación, en Van Weezel (Ed.). Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury, Edit. Legal Publishing, 2013, pp. 691 a 713, pp. 696 y ss. Villegas y Sandrini, “Estado de necesidad defensivo...” para casos de violencia contra la mujer, p. 72 y ss. No obstante, como se verá en el apartado siguiente, la doctrina mayoritaria ha decantado porque la figura del art. 10 n° 11 contiene un estado de necesidad exculpante.

48 Villegas y Sandrini, “Estado de necesidad defensivo...”, p. 74.

cautelar, puesto en libertad, sujeto a la siguiente medida cautelar, la que también infringió cometiendo delitos contra la madre.

El fundamento constitucional de esta causal de justificación reside en el principio de igualdad contenido en el art. 19 núm. 2 de la Constitución Política⁴⁹. Esto porque el imputado no está obligado a tolerar el sacrificio de la vida e integridad física y psíquica de su madre, y por ello, en virtud de este principio de igualdad ante la ley, estaba autorizado para evitar el riesgo de muerte o lesión de su progenitora afectando el bien jurídico del mismo rango (vida) del creador de la fuente de peligro.

4. Causal de exculpación: Estado de necesidad exculpante art. 10 n° 11 CP

La disposición del art. 10 n°11 fue introducida por la Ley n° 20.480 de 2010, con la finalidad de dar mayor protección a la víctima de violencia intrafamiliar que terminaba convirtiéndose en victimaria de su agresor. Su naturaleza jurídica en cuanto a si se trata de un estado de necesidad que afecta la culpabilidad o la antijuridicidad ha sido debatido por la doctrina⁵⁰, no obstante, y dada la discusión que precedió a esta reforma al CP, así como la opinión doctrinal mayoritaria, se trataría de una causal de exculpación. Sin perjuicio de mi opinión en torno a en torno a su naturaleza dual, esto es, que en ciertos casos podría operar como un estado de necesidad defensivo (causal de justificación), especialmente en los casos de violencia contra la mujer⁵¹, en lo que sigue se considerará como causal de exculpación.

49 Villegas y Sandrini, "Estado de necesidad defensivo...", pp. 72 y ss.

50 La doctrina mayoritaria estima que se trata de un estado de necesidad exculpante. Véase Mañalich, Juan Pablo. "El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N°11 del Código Penal chileno", en Van Weezel (Ed.). *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Edit. Legal Publishing, 2013, pp. 715-742; pp. 719 y ss. VARGAS, Tatiana, "¿Tiene la necesidad cara de hereje?. Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 N° 11". en Van Weezel (Ed.). *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Edit. Legal Publishing, 2013, pp. 743-774, pp. 756 y ss. Hernández, Héctor-Couso, Jaime. *Código Penal...*, pp. 278 y ss. En la idea de que puede tratarse de una figura ambivalente que puede operar como estado de necesidad defensivo. Santibáñez y Vargas, "Reflexiones en torno a las modificaciones...", p. 200. Vidal Moya, "Análisis de las características más relevantes del estado de necesidad...", pp. 237-253. Acosta, "Artículo 10 N°7 y 11 del Código Penal...", pp. 696 y ss, Villegas y Sandrini, "Estado de necesidad defensivo...", p. 72 y ss.

51 Villegas y Sandrini, "Estado de necesidad defensivo...", pp. 74 y ss.

Lo interesante de esta disposición, a efectos del caso que nos ocupa, es que, al igual que en el estado de necesidad defensivo, admite una reacción defensiva por parte de un tercero para salvar un bien jurídico más valioso perteneciente a otro. No obstante, sus diferencias son sustanciales, mientras el estado de necesidad defensivo opera como una auténtica causal de justificación, afectando la antijuridicidad de la conducta y por ende al injusto penal, en el estado de necesidad exculpante, el injusto queda intacto, afectando solo la culpabilidad (que es una valoración no en cuanto al hecho sino en cuanto a la persona que realiza la conducta).

De esta forma, de reconocerse una causal de exculpación, habrá una conducta típica y antijurídica, pero no culpable.

El estado de necesidad exculpante comparte con el justificante el requisito de la existencia de una situación de necesidad, pero tiene sus requisitos o circunstancias expresamente descritos en la norma. Seguidamente se examinarán y aplicarán al caso de marras.

El encabezado de la disposición indica: “Están exentos de responsabilidad criminal: 11° El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurran las circunstancias siguientes”.

1ª Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar y 2ª que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

En cuanto a las dos primeras circunstancias exigidas por el art. 10 n°11 CP, valga lo indicado en el apartado anterior, respecto del estado de necesidad defensivo, y que se resume: una pauta de evaluación de riesgos que arrojó riesgo alto para la madre del imputado, basada en un historial de violencia previo, con numerosas denuncias de ésta hacia el occiso, un comportamiento en el occiso persistente en el tiempo que daba cuenta de una total indiferencia hacia las órdenes judiciales y una permanencia de la voluntad delictiva.

La reacción del imputado se produce con ocasión del incumplimiento del occiso de la segunda medida cautelar, y que derivó en la comisión de al menos un delito de connotación sexual hacia la madre, además del encierro. Debe recordarse que en un breve lapso de tiempo anterior a que el imputado salga de su casa, había recibido la llamada de la pareja de la madre, quien

le relató que ella lo había llamado desde el baño de la casa del occiso para decirle que la tenía encerrada y la había golpeado. En ese chat además le indica “está tapá en sangre”, el imputado escuchó sus gritos, y había divisado al occiso la tarde de ese día blandiendo un cuchillo en la calle.

Sobre la inexistencia de otro medio practicable y menos perjudicial, tal como se explicó antes, la madre del imputado ya había recurrido a la justicia, la justicia a su vez había reaccionado a través del impulso de la investigación, y decretando una medida cautelar de prohibición de acercarse, la que el sujeto incumplió. Fue detenido, llevado nuevamente ante la justicia, la que decreta una segunda medida cautelar de alejamiento, y que nuevamente fue incumplida dando lugar a los penosos eventos del día en que el imputado le quita la vida a la ex pareja de su madre.

En este sentido, el medio practicable y menos perjudicial no había surtido efecto, en la percepción del imputado, la justicia había fracasado y con creces en lo que a la protección de su madre se refería, posibilitando, a través de la puesta en libertad del occiso, que éste persistiera en sus agresiones, con una alta probabilidad de que en un próximo ataque pudiera resultar su madre muerta. Como se indicó, a pesar de que no existe certeza del día y hora en que se produciría un nuevo ataque, la situación de riesgo era permanente, se trataba de un peligro latente, lo que la doctrina alemana denomina *Dauergefahr*, un peligro continuado, de aquellos que en cualquier momento puede producirse o materializarse, sin que se sepa exactamente cuándo⁵².

La jurisprudencia se ha pronunciado acogiendo el estado de necesidad exculpante, y absolviendo, en consecuencia, en casos, como éste, de grave violencia contra la mujer, incluso cuando se ha dado muerte al agresor mientras duerme, o bajo el efecto de las drogas, es decir, en un estado en el que nunca habrían podido defenderse.

de acuerdo al contexto y dinámica de los hechos que fueran establecidos previamente, la acusada no tenía otro medio practicable, para repeler las agresiones que sufría casi a diario por parte de su pareja. El darle muerte mientras dormía fue el único medio practicable y menos perjudicial que tuvo para evitar el mal en contra de su persona, que

52 Larrauri y Varona, *Violencia doméstica...*, p. 7.

como ya se ha dicho era su vida. En este caso particular no se trataba de cualquier violencia intrafamiliar, ni de cualquier agresor, por ello no podía denunciar –que hubiese sido lo esperable- ya que incluso le pegaba estando en la cárcel, tenía detenciones por robo y quedaba en libertad, lo cual en la lógica de K. S. C., el hacer una denuncia por los hechos que le ocurrían, iba a quedar nuevamente libre⁵³.

No es lo que ocurre en el caso de marras, pues el imputado se enfrenta a un sujeto que estaba despierto, de pie, según su declaración, blandiendo un cuchillo, después de haber agredido a su madre, y que además profirió senda amenaza de muerte en su contra. Si se ha reconocido la actuación de la mujer bajo un estado de necesidad cuando se da muerte al maltratador mientras duerme, o cuando éste se encuentra indefenso momentáneamente, con mayor razón debería acogerse en el caso del hijo que reacciona para salvar a su madre contra un sujeto que está despierto y con intenciones de seguir agrediendo.

En otro caso similar al que se comenta, una mujer dio muerte a su pareja cuando este se encontraba bajo los efectos de las drogas. La situación era similar a la que vivía la madre del imputado. Ambos con adicción a las drogas, se realizaron varias denuncias, hubo medidas cautelares de prohibición de acercarse que fueron incumplidas:

“C. C. inició una relación enamorada de M. V., encontrando en su familia, la familia que ella no tuvo, sin embargo, de conformidad a lo expuesto en estrados, al poco andar se vio inserta en una relación de violencia de pareja, de la cual trató de salir de muchas maneras, se separó, cuando M. V. la agredía, en oportunidades, lo agredía de vuelta, consumía pasta base de cocaína con y sin él, lo denunció a Carabineros, las denuncias concluyeron en sentencias penales, hubo medidas cautelares, penas accesorias consistentes en prohibiciones de acercamiento y obligación de abandonar el hogar común, pero una y otra vez volvía con él, las agresiones continuaban, cuando lo agredía de vuelta, claramente, atendida la contextura y fuerza de M.—en relación a la de ella— el desenlace no era difícil de prever y, si bien se logró acreditar mediante prueba testimonial corroborada por la ficha clínica

53 STOP de Puente Alto, de 21 de junio de 2013, RIT 166-2012, RUC 1101060685, considerando décimo primero

de la acusada que tanto ella como M. fueron ayudados por la familia de éste para que realizaran tratamientos de rehabilitación para superar las drogas y que C. ejerció incluso acciones de auto rescate, ambos recayeron una y otra vez; si bien se obtuvo respuesta de la justicia, como se logra advertir en los documentos y audios acompañados, la mayoría de las penas principales, de conformidad a la legislación legal vigente, se daban por cumplidas o eran sustituidas y, las prohibiciones de acercamiento, no eran eficaces, no la protegían, sin que existiera un procedimiento de ejecución que permitiera monitorear adecuadamente lo anterior...

intentó ejecutar todas las acciones posibles para evitar la violencia de la que empezó a ser víctima desde los albores de esta relación de pareja y ninguno dio resultados, alimentando su desesperanza, estimando que en la especie, claramente, atendida la dinámica descrita, no tuvo oportunidad de repetir, en el momento de los hechos, alguna de éstas acciones, M. V. ya estaba sobre ella, trajinándola, tenemos los rastros en su cuerpo, que la Fiscal se niega a llamar lesiones, pero que la ficha consigna claramente como tales, lesiones de diferente tipo, que, según sus dichos, no la dejaba salir de la pieza, lo que se corrobora con la posición final del cuerpo del occiso (ya sea estirado o arrodillado, según lo que se dirá más adelante), que obstaculiza la puerta, la discusión previa que dice escuchar Y.A.V.C.⁵⁴.

3ª Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

El mal que trata de evitar es la muerte de su madre anunciada en la amenaza y probada su alta probabilidad de que se produjese a través de la pauta de evaluación de riesgo. En este sentido, cabe recordar que el informe psicológico, da cuenta de que la conducta delictiva del imputado “respondería a una situación puntual, en la que existió la percepción de amenaza de riesgo vital inminente hacía su madre y hacia sí mismo, más allá de los comúnmente experimentado” y que su conducta “se enmarca dentro de una dinámica intrafamiliar crónica de larga data, en cual la víctima del delito cometido por el Sr. Aliste, era la figura de agresor y el evaluado era la víctima directa y

54 STOP de Concepción de 13 de mayo de 2002, RUC 1900940918-4, RIT 110 – 2021, considerando décimo.

presencial de dichas agresiones que se presentaron durante año”.

Se trata de una ponderación de “males” y no de bienes jurídicos considerados en abstracto, sin embargo, “resulta evidente que el primer criterio a tener en cuenta es el de los bienes jurídicos en juego, de modo que al menos tratándose de situaciones de conflicto referidas al mismo bien jurídico y al mismo nivel de intensidad de afectación del mismo no debería dudarse de la procedencia de la eximente. Así dados los demás requisitos, está exento de responsabilidad criminal el que mata a otro para salvar su propia vida o la de un tercero”⁵⁵.

En este sentido, el interés del imputado en salvar la vida y la integridad física de su madre frente a la amenaza del peligro creada por el occiso, era sustancialmente preponderante al interés que el occiso siguiera vivo pues no sólo protegía la vida e integridad física y sexual de su madre, sino también la propia vida e integridad física. Protegía también la salud mental propia y la de sus pequeños hermanos, que fueron víctimas de esta violencia, y respecto de los cuales el imputado había asumido un rol paternal según da cuenta el informe psicológico. Todo ello se veía amenazado por el abuso de poder que entrañaba el comportamiento agresivo del occiso.

La jurisprudencia, en esta ponderación de males y cuando ha acogido el estado de necesidad exculpante en casos de VIF, ha considerado el historial de violencia que ha alcanzado no solo a la mujer sino también a los hijos/as/es de ésta.

En un fallo reciente el TOP de Concepción indicó:

En relación a este requisito no cabe más que recordar la prueba rendida respecto de los actos de violencia sufridos durante los años de relación de C. con M., los cuales no fueron controvertidos y constan de diversas maneras y que alcanzaron incluso a sus hijas. En estrado se contó con la declaración de la perito E. O., que da cuenta que C. era víctima de violencia intrafamiliar y que aplicados los test del Minsal, resultó con el puntaje más alto respecto de la violencia física, que era de carácter severa con riesgo vital y permanente de perder la

55 Hernández en Couso y Hernández, Código Penal comentado... pp. 272 y 273

vida, la violencia psicológica también era severa con el puntaje más alto y la violencia sexual y económica aparecían como moderadas, presentando todos los síntomas de la mujer maltratada y encontrándose en la etapa de la amenaza de muerte, agregándose que había pasado la barrera de la letalidad en el ciclo de la violencia de pareja y se enfrentaba a su aniquilación⁵⁶.

En otro fallo, anterior, el TOP de Puente Alto indicó:

En este sentido, se debe tener presente... los riesgos vitales que sufría la acusada y sus hijos, los indicadores de riesgos fueron pautas entregadas por el Estado a fin de evitar los casos de femicidio... con estas pautas, cuyos valores y criterios son de toda lógica e incluso de sentido común, se pueden desprender de ellas el peligro que corría la vida de Karina y la de sus hijos cuyos argumentos ya fueron analizados en la sentencia. Que por lo demás están previstas en el artículo 7 de la ley 20.006... Criterio que dicen relación con el tipo de violencia y el perfil del agresor, como el consumo de droga, la violencia ejercida, uso de armas...⁵⁷.

4ª Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.

Este requisito es el que, en opinión de la doctrina mayoritaria, permite sostener que el artículo 10 n°11 describe una causal de exculpación por inexigibilidad de la conducta, esto es, queda fuera del ámbito de la justificación⁵⁸.

En el caso de marras, resulta aplicable la parte final, que hace referencia a la actuación de un tercero, en este caso, el imputado que intenta apartar el mal a su madre. La norma dispone que “cuando se obra para evitar un mal grave que se cierne sobre un tercero a quien, sin embargo, sería razonable-

56 STOP de Concepción de 13 de mayo de 2002, RUC 1900940918-4, RIT 110 – 2021, considerando décimo.

57 STOP de Puente Alto, de 21 de junio de 2013, RIT 166-2012, RUC 1101060685, considerando décimo primero

58 En este sentido ver Vargas, ¿Tiene la necesidad..., p. 757 y Hernández y Couso, Código Penal..., pp. 270 y 271.

mente exigible el sacrificio del bien amenazado, esto no obsta a la eximente, a menos que el agente haya estado en conocimiento de esa circunstancia o pudiese estar en conocimiento de ella”⁵⁹.

A la madre del imputado (“a aquel de quien se lo aparta”) no puede exigírsele razonablemente el sacrificio de la propia vida y/o integridad física y sexual, por tanto, el requisito queda cumplido en la conducta del imputado.

De esta forma, y en la solución que se propone como alternativa a la justificación, el imputado realizó una conducta típica y antijurídica, pero no culpable, pues actuó bajo un estado de necesidad para evitar que ese peligro latente o continuado conformado por el historial de violencia que sufrió su madre, pudiera continuar con agresiones que llegaran a tener consecuencias fatales para su progenitora.

5. Conclusiones

En casos de violencia de género, así sea que la conducta lesiva para un bien jurídico haya sido desplegada por la propia mujer o por un tercero que interviene en su defensa, especialmente en el caso de los hijos que defienden a la madre, requiere de una interpretación que considere la perspectiva de género, conforme al principio pro persona y al principio teleológico que guían el control de convencionalidad, esto es, ensanchando la interpretación de la ley penal para poder considerar la situación en su globalidad. En este sentido, la conducta del imputado no puede examinarse de manera aislada al historial de violencia sufrido por la madre y por él mismo, causado por quien finalmente resultó fallecido.

El análisis de la conducta del imputado con todos los antecedentes que se tuvieron a la vista, lleva a la conclusión de que ésta podría quedar exculpada, sea por la vía del error en el presupuesto de la causal de justificación (error invencible) como ya se explicó latamente, o por la vía del estado de necesidad descrito en el art. 10 núm. 11. En ambos casos, no es posible efectuar un juicio de reproche penal al imputado.

Pero también dicha conducta podría quedar cubierta por una causal su-

59 Couso y Hernández, Comentarios al Código Penal, p. 275

pralegal de justificación (estado de necesidad defensivo) cuya virtud es que puede aprehender situaciones en las que existe un peligro latente o continuado, como la historia de violencia vivida por la madre y por él mismo, cuyo causante era el occiso.

En todos los casos expuestos, sea justificación o exculpación, el imputado debería ser absuelto.

V. Discusiones acerca de los delitos de nombramiento ilegal, prevaricación, tráfico de influencia, incremento patrimonial injustificado y cohecho activo a propósito de causa RIT 13366-2018 del Juzgado de Garantía de Rancagua

Dr. Osvaldo Artaza Varela

La Defensoría Regional de O'Higgins ha solicitado informar en derecho respecto a la plausibilidad de una serie de estrategias de defensa que han considerado viables en el marco de los hechos imputados en la causa RIT 13366-2018 del Juzgado de Garantía de Rancagua, en lo relativo a los delitos tipificados en los artículos 220, 224 N°7, 240, 241 bis en relación al 240 bis, y 248 bis, conocidos como nombramiento ilegal, prevaricación, tráfico de influencia, incremento patrimonial injustificado y cohecho activo, respectivamente.

En resumen, los hechos imputados por la Fiscalía eran: a) el nombramiento de la hija de un ministro de la Corte de Apelaciones como consejera técnica suplente en distintos juzgados de

la misma región, supuestamente teniendo las inhabilidades de los artículos 259 y 260 del Código Orgánico de Tribunales; b) la intervención directa de un ministro de la Corte de Apelaciones en la tramitación, conocimiento y fallo de diversos recursos interpuestos ante esa Corte, por personas y/o intervinientes con quienes mantenía una relación de amistad, dando incluso en algunos casos, consejos a los interesados en el resultado de dichos recursos en perjuicio de la parte contraria, y no haberse inhabilitado ni haber dado cuenta previamente de ese hecho; c) firmar, como ministro de la Corte de Apelaciones, a sabiendas, una resolución que designaba a su hija en el cargo de consejero técnico suplente de un juzgado de letras y garantía de su jurisdicción, pese a conocer la inhabilidad legal para realizar dicho nombramiento, contempladas en los artículos 259 y 260 del Código Orgánico de Tribunales, dando además por este acto confiado a su cargo, interés en esta operación a su descendiente por consanguinidad en línea recta; d) realizar y omitir diversas conductas como ministro de la Corte de Apelaciones, para que su hija fuera sistemáticamente nombrada en el cargo de consejero técnico en varios tribunales de su jurisdicción, sabiendo que a su hija le afectaba inhabilidad legal para ello; e) solicitar, en el ejercicio de sus funciones como ministro de la Corte de Apelaciones, a una secretaria de un tribunal incluir a una persona en una terna, con el fin de que ella fuera nombrada como titular de ese cargo, constituyendo ello, un beneficio estimable en dinero, señalándole a la secretaria, que si la dejaba en la terna, votaría por ella para el cargo de juez, una vez que se abriera el concurso respectivo, todo ello con infracción a los deberes de su cargo; y f) obtener un incremento patrimonial relevante e injustificado en el ejercicio de su cargo como ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones.

El informe se dividirá en capítulos destinados a cada uno de los grupos de hechos imputados en la acusación respectiva y en el estudio pormenorizado de las diversas estrategias de defensa o teorías del caso que se han planteado por la defensa de los acusados.

Lo anterior se hará a través del estudio de los diversos tipos penales por los cuales se pretende condenar a los acusados y a la constatación de si tales estrategias tienen o no suficientes puntos de apoyo normativo. Para tales efectos se comenzará con la descripción de los hechos contenidos en la formalización o acusación, según corresponda; luego, se expondrán brevemente los argumentos sobre los cuales el solicitante ha pedido informar con el solo propósito de someterlos a examen a través de los diversos argumentos jurídicos que podrían esgrimirse en audiencia. Por último, se

concluirá respecto a qué estrategias de defensa presentan puntos de apoyo sólidos en nuestro ordenamiento jurídico penal.

1. Primera parte. Sobre el delito de “nombramiento ilegal”

I. Pretensión jurídica del Ministerio Público y posibles estrategias de defensa

Para el Ministerio Público, los hechos descritos tendrían la calificación jurídica de once delitos de nombramiento ilegal, previsto y sancionado en el artículo 220 del Código Penal, respecto del Sr. E. y un delito de nombramiento ilegal respecto del señor V., todos en calidad de autor y en grado de consumado.

Sobre tales hechos, la defensa plantea serias dudas respecto a la satisfacción del tipo objetivo de delito de “nombramiento ilegal”. En definitiva, se consulta respecto a los siguientes problemas:

- a. La incidencia que podría presentar —en sede de tipicidad objetiva— el que la persona nombrada en el cargo haya tenido un desempeño adecuado, no produciéndose entonces perjuicio alguno a la correcta administración de justicia. Lo anterior, con el objeto de sostener una eventual atipicidad o antijuridicidad de la conducta debido a no haberse afectado el bien jurídico protegido.
- c. Si se satisface o no el requisito de “inhabilidad legal” exigido por el tipo penal, ya que los hechos del caso no estarían regulados por los artículos 259 y 260 del Código Orgánico de Tribunales, en la medida que estas solo alcanzarían a aquellos que, tal como dispone el artículo 260, “ingresen al escalafón secundario”, expresión que, según la defensa, implicaría cierta estabilidad o permanencia en el cargo, lo que no ocurriría en la especie.
- c. En sede subjetiva, se pide informar sobre la eventual incidencia de una supuesta práctica asentada en los tribunales de la región, consistente en entender que dichas inhabilidades no eran aplicables al caso, lo

que, según el solicitante, tendría apoyo en ciertos pronunciamientos de la Excelentísima Corte Suprema.

Con el objeto de poder abordar los problemas planteados, se hace necesario analizar brevemente el tratamiento que ha recibido este delito por parte de la doctrina y jurisprudencia penal chilena. Desde ya se adelanta que el desarrollo de este tipo penal resulta exiguuo, sin perjuicio de que se han detectado una serie de argumentos jurídicos que reforzarían la atipicidad de los hechos sometidos a análisis.

Respecto al primer problema planteado, esto es, el de la incidencia de un eventual desempeño en el cargo por parte de la persona “designada”, se debe considerar que la solución va a depender completamente de la estructura del tipo penal respectivo y su conformación como un delito de lesión o de un delito de peligro. En caso de que se asuma que se trata de un delito de peligro, se deberá reconocer que la estrategia de defensa que descansa en la constatación de una exigencia de una eventual “lesión” al bien jurídico protegido parecería especialmente problemática, en la medida que el tribunal podría no acogerla exclusivamente en atención a la naturaleza de peligro del tipo en cuestión. Por otra parte, se podría esgrimir que tampoco se “ha puesto en peligro el bien jurídico”, argumento que también podría ser desechado en atención a la estructura de delito de peligro abstracto del tipo penal en cuestión. Por tanto, una primera cuestión que se debe resolver es si el tipo exige o no ya sea la lesión del interés tutelado o, por último, la creación de una situación de peligro para tal interés.

En relación con el segundo problema, a saber, si los hechos satisfacen la exigencia típica relativa a la designación de una persona “sujeta a inhabilidad legal”, debido a que se trata de la designación de un sujeto para un cargo transitorio, se debe considerar que la solución del caso dependerá, completamente, de cuestiones sistemáticas y, por tanto, de la normativa extrapenal aplicable al caso, a saber, aquella que regule el supuesto de inhabilidad “legal” que aparentemente se cumpliría en los hechos respectivos. Como se podrá apreciar más adelante, resulta fundamental recurrir al argumento gramatical para la delimitación del alcance del “ingreso al escalafón secundario”, así como a la delimitación correcta de aquello que pueda entenderse como una inhabilidad “legal”.

Por último, respecto al problema “subjetivo”, se deberá atender, en particular, al tratamiento jurídico-penal que debiera recibir el hecho de creer —aun bajo error— que la conducta desplegada no realiza uno de los elementos del tipo penal respectivo, vales decir, el de la designación de persona sujeta a una “inhabilidad legal”.

A continuación, se pasará a abordar los principales elementos del tipo penal en cuestión con el objeto de determinar si las líneas de defensa planteadas presentan o no suficientes puntos de apoyo como para ser sostenidas frente al Tribunal respectivo.

II. Bien jurídico protegido en el delito de nombramiento ilegal y su forma de protección

El delito de nombramiento ilegal está tipificado en el artículo 220 del Código Penal, que dispone:

El empleado público que a sabiendas designare en un cargo público a persona que se encuentre afecta a inhabilidad legal que le impida ejercerlo, será sancionado con la pena de inhabilitación especial temporal en cualquiera de sus grados y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales.

Dicho artículo se encuentra contenido en el Título V del libro II, denominado “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”. La doctrina ha entendido que el bien jurídico protegido por este delito son ciertas condiciones que permiten el adecuado funcionamiento de la Administración pública, aunque no todas las denominaciones usadas para identificar tal bien jurídico coinciden. Por ejemplo, Rodríguez y Ossandón sostienen que se protege el “correcto desempeño de las funciones públicas”¹, Politoff, Matus y Ramírez “el buen funcionamiento de la administración”² y Etcheberry “la recta administración pública”³. Así las cosas, parece haber acuerdo en que el bien jurídico en cuestión es de aquellos denominados como bienes jurídicos “supraindividuales” y, dentro

1 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2021), p. 536. En el mismo sentido, BALMACEDA (2014), p. 660.

2 POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2005), p. 517.

3 ETCHEBERRY (1997), p. 203-205.

de tal categoría, de aquellos que responden a la protección de instituciones consideradas fundamentales para el libre desarrollo de la personalidad⁴.

Al momento de dotar de contenido a este bien jurídico, Rodríguez y Ossandón sostienen que las designaciones ilegales afectan intereses tan variados como la objetividad en la selección del personal, el igual acceso a cierta posición laboral y también se arriesga que la persona no cumpla con capacidades o aptitudes necesarias, cuestiones todas que afectarían el correcto desempeño de la función pública⁵. Como se puede observar, tal aproximación supone que lo que se protegen son condiciones de acceso de todos los ciudadanos a la institución respectiva —objeto tutelado— en la medida que el nombramiento ilegal pondría en entredicho justamente la confianza básica en el sistema de designaciones del aparato público, con las consecuencias negativas que evidentemente podrían venir aparejadas a tal práctica. De acá se desprende, además, de acuerdo con un importante sector de la doctrina nacional, que dichos intereses solo serían susceptibles de ser protegidos mediante la tipificación de delitos de peligro abstracto, en tanto no sería posible identificar —o demostrar— una situación de lesión o peligro concreto, sino que solamente comportamientos “tendencialmente perjudiciales” para el bien jurídico.⁶ Además, resulta coherente con lo anteriormente descrito, el hecho que el legislador haya redactado este tipo penal como un delito de mera actividad, por lo que no se requiere para su consumación la realización de un acto posterior al nombramiento, sea por el sujeto activo o por la persona nombrada ilegalmente⁷, ni menos que dicho acto repercuta en alguna perturbación al funcionamiento de la gestión pública⁸. Esto quiere decir que la modalidad de ataque prohibida por el legislador consiste en una conducta —en forma coherente con su naturaleza de peligro abstracto— que el legislador presume como peligrosa —dada principalmente por el hecho de que sea la propia ley la que establece tal inhabilidad— para el interés

4 Sobre el concepto de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, véase MAÑALICH (2006), p. 511-513; HERNÁNDEZ (2016), pp. 172 y ss.

5 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2021), p. 537.

6 HERNÁNDEZ (2006), p. 175. El autor ejemplifica con la relación entre el cohecho y la probidad pública: la potencialidad de un soborno para afectar a esta última solo puede comprenderse en términos generales y abstractos, en relación al carácter “tendencialmente perjudicial” de la conducta, sin necesidad de discutir sobre las particularidades en concreto del caso.

7 BALMACEDA (2014), p. 661.

8 Sostiene RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2021), p. 537, que el delito se consuma desde el nombramiento, sin exigencia de acto funcionario alguno, por lo que es un delito de peligro abstracto. ETCHEBERRY (1997), p. 212, también sostiene que se consuma con el mero nombramiento.

tutelado y que no resulta legítima —en juicio— la discusión de si en el caso en particular sometido a valoración se afectó o no tal interés.

Como se podrá apreciar más adelante, de acá se desprende también que el campo de aplicación del tipo penal se debe necesariamente restringir a aquellas hipótesis que en forma legítima se puedan entender como de aquellas que el legislador ha presumido como peligrosas, lo que en el tipo penal en cuestión está dado justamente por el carácter “legal” de la inhabilidad respectiva⁹.

Por lo anteriormente descrito, no parece recomendable sostener una eventual atipicidad o ausencia de antijuridicidad material de la conducta basada en el adecuado desempeño del sujeto que habría sido designado estando sujeto a una inhabilidad legal, en tanto un desempeño defectuoso no es requisito del tipo penal. Por ende, se trata de una línea de defensa cuyo éxito depende, necesariamente, de la adscripción por parte del tribunal a una interpretación que no tiene acogida en nuestro medio.

III. El requisito típico de la designación de una persona sujeta a una inhabilidad legal

De acuerdo con la escasa doctrina que se ha hecho cargo del análisis de este elemento del tipo penal, debe entenderse que dicha “inhabilidad legal” alcanzaría tanto los requisitos generales de ingreso a la Administración, como a los particulares del cargo en cuestión¹⁰, siendo aplicable a los requisitos positivos y, como sería en este caso, negativos¹¹. Se ha mencionado por algunos autores que bajo una interpretación restrictiva se excluirían los parámetros de idoneidad¹².

Sostiene el Ministerio Público que dicho requisito se cumpliría —para los hechos objeto de las formalizaciones y acusaciones respectivas— en razón de las inhabilidades contenidas en los artículos 259 y 260 del Código Orgánico de Tribunales. En lo pertinente, el artículo 260 establece “No podrán

9 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2021), p. 540.

10 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2021), p. 539-540; BALMACEDA (2014), p. 660.

11 ETCHEBERRY (1997), p. 212.

12 Sobre el punto, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2021), p. 539.

ingresar en el Escalafón Secundario aquellos que sean cónyuges o tengan alguno de los parentescos o vínculos indicados en el artículo anterior con algún ministro o fiscal judicial de la Corte Suprema o de Corte de Apelaciones”, refiriéndose el artículo anterior a “quien esté ligado por parentesco de consanguinidad hasta el tercer grado inclusive”. Lo anteriormente señalado es de enorme importancia para la resolución del problema de tipicidad planteado, en la medida que permite reconocer que la solución dependerá de si la designación respectiva —correspondiente a cargos transitorios— está bajo la inhabilidad regulada por el artículo 260 del Código Orgánico de Tribunales. En suma, lo que se debe resolver es el alcance de esta, lo que viene dado, en atención al sentido literal posible de la norma en comento, a la clase de “ingreso al escalafón secundario” que se encuentra regulada expresamente por el Código Orgánico de Tribunales.

Para determinar si la pretensión del Ministerio Público cuenta con puntos de apoyo en el ordenamiento jurídico resulta fundamental dilucidar el objeto de regulación del artículo 260 del Código Orgánico de Tribunales, para lo cual necesariamente debe atenderse al argumento sistemático. Tal disposición se enmarca dentro del Título X del Código Orgánico de Tribunales, denominado “De los Magistrados y del Nombramiento y Escalafón de los Funcionarios Judiciales”, que comienza enunciando en las calidades que pueden ser nombrados los jueces: “Los jueces pueden ser nombrados con calidad de propietarios, de interinos o de suplentes” (inciso primero del artículo 244). El título solo se refiere a estas tres categorías, sin mención alguna a las llamadas “contratas transitorias”, que es en la calidad que fue designada doña K. V.

Es más, en el N°4 del párrafo 3 del mismo título, que regula los nombramientos, señala en su artículo 279: “Para proceder al nombramiento en propiedad de un cargo en el Escalafón Primario que se encontrare vacante, el tribunal respectivo llamará a concurso”. Luego de señalar el procedimiento para nombrar en calidad de titular a otros funcionarios de los escalafones primario y secundario, el artículo 289 bis dispone “Las ternas para proveer los cargos de miembros del consejo técnico y bibliotecarios se formarán del modo siguiente:”. Como se puede apreciar, nuevamente, la ley no hace referencia más que al nombramiento en propiedad, sin hacer mención alguna a las contratas transitorias. Por ello, es posible sostener que las inhabilidades del artículo solo se refieren a la provisión de cargos de funcionarios titulares, no extendiéndose a las llamadas contratas transitorias.

Donde sí encontramos reglas que rigen al personal transitorio del Poder Judicial es en disposiciones infralegales, como es el acta N° 113-2013 titulada “Personal con nombramiento transitorio en el Poder Judicial. Procedimiento de selección para la designación del personal interino, suplente o contrata en cargos de la tercera y sexta serie del escalafón secundario y del escalafón de empleados”, la cual es un auto acordado. En dicha acta —que en estricto rigor lo que hace es refundir el Acta N° 217-2008, que contiene el *Auto acordado sobre mecanismo de selección para personal con nombramiento transitorio en el Poder Judicial*— se menciona en el inciso primero del artículo tercero lo siguiente:

Las personas que sean designadas en calidad de interino, suplente o a contrata transitoria deberán cumplir los mismos requisitos generales y específicos establecidos para desempeñar los cargos en calidad de titular. Tal condición deberá ser verificada en el proceso de selección.

Aquello fue sostenido por la Excma. Corte Suprema en la resolución que resolvió el sumario sobre este asunto, en tanto entienden que dicha inhabilidad está contenida en el Acta 113-2013:

Undécimo: Que por otra parte, es necesario tener presente que *el Acta 113-2013 es el compendio de normas que regula el estatuto del personal transitorio del Poder Judicial desde el mes de agosto de 2013 y tuvo en cuenta, para su dictación, la necesidad de “resguardar la debida transparencia y proporcionar igualdad de oportunidades para optar a los tribunales del país, exigiendo en su artículo 3°, para la designación de cargos provisorios, los mismos requisitos que para funcionarios titulares*. Por lo tanto, al ser el cargo de que se trata -consejero técnico- uno perteneciente al Escalafón Secundario, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 260 del Código Orgánico de Tribunales que impide el acceso a dicho estamento a aquellas personas que sea cónyuges o tengan alguno de los parentescos indicados en el artículo anterior (consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad, hasta el segundo grado, o por adopción) con algún ministro o fiscal de la Corte Suprema o de Corte de Apelaciones, de manera que, siendo un hecho pacífico –sin perjuicio de estar demostrado documentalmente- el parentesco en primer grado por consanguinidad entre M. V. F. y K. V. V., las disposiciones citadas han resultado

infringidas por el sumariado, defraudando los objetivos tenidos en cuenta por la ley y la reglamentación interna dictada por este tribunal, en aras de proteger la transparencia e igualdad de oportunidades de los interesados en acceder a los cargos de que se trata¹³.

Es decir, la Excma. Corte Suprema entiende en forma explícita que las disposiciones respectivas del Código Orgánico de Tribunales lo que regulan es la designación de funcionarios titulares. Lo anterior puede comprobarse en el Acta respectiva cuando señala:

Que según lo establece el artículo 224 del Código Orgánico de Tribunales, los cargos de la planta del Poder Judicial pueden agruparse en tres tipos de calidades funcionarias: titular, suplente e interino. Que el referido cuerpo legal establece un procedimiento de concurso para proveer los cargos en calidad de titular.

Lo que no puede ponerse en duda entonces es que la decisión del legislador solo alcanza a tales “nombramientos”, sin perjuicio de que el máximo tribunal, en ejercicios de sus facultades económicas, haya optado por extender tales disposiciones a los supuestos de contrataciones transitorias¹⁴. Lo anterior se comprueba si se considera la justificación para la redacción del acta respectiva, a saber “la necesidad de resguardar la debida transparencia y proporcionar igualdad de oportunidades para optar a los tribunales del país, exigiendo en su artículo 3º, para la designación de cargos provisorios, los mismos requisitos que para funcionarios titulares”. De ahí la necesidad de dictar dicha acta y, con ello, hacer extensible a las contrataciones transitorias los mismos requisitos que a los cargos en propiedad.

En suma, si bien es cierto en la actualidad la Excma. Corte Suprema, en ejercicio de sus facultades económicas, ha resuelto hacer aplicable las inhabilidades del artículo 260 a las contrataciones transitorias, esto no permite considerar, en propiedad, que estemos frente a una “inhabilidad legal”, en la medida que el Código Orgánico de Tribunales no regula expresamente

13 Pleno Excma. Corte Suprema, rol AD 1942-2018, 1 de julio de 2019. Extracto del considerando trigésimo noveno. Destacado añadido.

14 Como señala VÁSQUEZ (2015), p. 199: “la Corte Suprema tiene la facultad para decretar medidas de carácter general y obligatorio que permiten dar cumplimiento a las leyes, las que adoptan la forma de autos acordados con el objeto de obtener una mejor y más pronta administración de justicia”.

esta clase de designaciones y, por tanto, las inhabilidades a las que están sujetos los nombramientos respectivos. Sin embargo, hacer extensibles estas inhabilidades determinadas por un auto acordado al tipo penal respectivo resultaría un error, las razones son las siguientes:

- a. Se estaría aceptando la invasión de la actividad legislativa, por parte de tales normas¹⁵, lo que sería especialmente grave en sede penal que se ve limitado por el principio de legalidad.
- b. Se estaría asumiendo, erróneamente, la naturaleza de ley penal en blanco propia del artículo 220 del Código penal, en la medida que se dejaría a una norma de rango inferior a la Ley, la concreción de la conducta típica. Cuando el legislador opta por introducir leyes penales en blanco lo señala expresamente indicando al menos cómo se concretará el comportamiento prohibido. Resulta evidente que esta disposición no resulta una ley penal en blanco en la medida que es el propio legislador restringe la tipicidad a los supuestos en que sea la ley la que establezca una inhabilidad.

Por ende, esta línea de defensa resulta sumamente plausible, en la medida que se apoya, principalmente, en un argumento jurídico fácilmente reconocible para el tribunal y respaldado por el principio de legalidad, en la medida que delimita correctamente el alcance del tipo penal en atención al sentido literal posible de uno de los elementos del tipo, vale decir, el de la “inhabilidad legal”, esto es, definida expresamente por el legislador y no por una norma de rango inferior como es un auto acordado.

IV. Tratamiento de una eventual actuación en error respecto a la situación de inhabilidad legal

Se solicitó además pronunciamiento respecto de la eventual incidencia en sede subjetiva que podría tener el hecho que, según el requirente, el nombramiento de K. V., pese a su relación de parentesco con un ministro de corte, haya sido una práctica asentada en dicho tribunal. Obviamente tal línea de defensa solo tiene sentido “en subsidio”, es decir, para el caso en que el

15 VÁSQUEZ (2015), p. 202.

tribunal considere que las conductas sometidas a valoración satisfacen los elementos objetivos del tipo penal en lo que respecta al hecho de haberse designado a una persona sujeta a una inhabilidad impuesta por la ley.

Al respecto, lo primero que se debe señalar es que no resulta conveniente asignarle un efecto de orden objetivo al hecho de que tal práctica se haya considerado asentada o, incluso, lícita. Del mero hecho de que se trate de una práctica asentada no puede derivarse la atipicidad de esta, sino que, a lo sumo, la posibilidad de constatar una actuación en error la que, en los hechos, podría verse reforzada por la situación de habitualidad con la que se desarrollaba. Como podremos apreciar más adelante, una serie de elementos fácticos de los casos sometidos a valoración apoyarían la hipótesis de actuación bajo la convicción de que el comportamiento desplegado por los formalizados/acusados no realizaba elemento típico alguno.

Una vez que se dilucida lo anterior, es decir, la naturaleza objetiva o subjetiva de los efectos que podría tener tal situación se debe resolver el de la clase de error de la que se trata. En este sentido parece evidente que el obrar bajo la convicción de que los nombramientos para cargos interinos no se encontraban sujetos a las inhabilidades del artículo 260 del Código Orgánico de Tribunales supone una actuación en error respecto a la realización de un elemento del tipo penal, esto es la “designación de una persona sujeta a inhabilidad legal” y, por tanto, se trataría de un error de tipo¹⁶.

Como es bien sabido, el tratamiento que recibe el error de tipo dependerá de si este es adscrito al sujeto activo como un error “vencible” o uno “invencible”. En caso de que este haya sido evitable o “vencible” si bien se excluye el comportamiento doloso se admite, en su caso, la imputación subjetiva a título de imprudencia. Como en el tipo penal respectivo no resulta posible la atribución imprudente el efecto será siempre el de la atipicidad subjetiva de la conducta¹⁷.

16 El legislador, en la tipificación de nombramiento ilegal, utiliza descripciones como “inhabilidad legal”, las cuales solo pueden ser cognoscibles mediante la aplicación de una norma jurídica, por lo que estaríamos ante los llamados elementos normativos del tipo. Sobre el tratamiento del error que recae sobre un elemento normativo, véase MAÑALICH (2011), pp. 2-4.

17 En la doctrina nacional hay amplio acuerdo en que el efecto del error de tipo es excluir el dolo, tanto si es vencible o invencible. Sobre el punto, HERNÁNDEZ (2011), p. 58; ETCHEBERRY (1997), p. 339; GARRIDO (2010), p. 95; POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ (2004), p. 256; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 406; MAÑALICH (2011), pp. 4-5.

Debido a lo anterior, resulta fundamental reforzar, desde un punto de vista fáctico, aquellos antecedentes encaminados a generar la convicción en el tribunal que la alegación de la defensa es plausible. Si bien es cierto es el Ministerio Público quien debe introducir información relevante para que el Tribunal pueda atribuir dolo al acusado, no es menos cierto que la defensa de haber actuado en error debe ser siempre reforzada por quien la alega tomando en cuenta que este proceso atributivo se lleva a cabo colocándose en lugar del imputado y determinando, de acuerdo con el contexto y las características personales de este, qué es aquello que conocía y en su caso, cuál era su intención¹⁸.

Para el tipo penal en concreto resulta fundamental el proceso de atribución de conocimiento, ya que desde un punto de vista subjetivo el sujeto activo solo tiene que haber actuado “a sabiendas”, vale decir, con conocimiento cierto de que la persona designada estaba sujeta a una inhabilidad legal, pero además, y esto será medular para la resolución del caso, se debe considerar que los imputados o acusados ostentan determinada calidad que justificaría, por parte del Tribunal, una exigencia especialmente alta respecto a aquello que se supone conocer. Por lo mismo, se recomienda a la defensa partir siempre de la siguiente premisa: se debe introducir información que haga plausible que miembros del Poder Judicial —y específicamente de la II^a Corte de Apelaciones— hayan obrado bajo la convicción de que su comportamiento no resultaba típico. Es importante que la defensa considere, además, que la doctrina mayoritaria en Chile entiende que la expresión “a sabiendas”, contenida en el artículo 220, implica que dicho delito solo puede ser cometido mediante dolo directo¹⁹. De acá se extraería entonces que una actuación en error —con los puntos de apoyo que se expondrán a continuación— difícilmente sería coincidente con un comportamiento intencional por parte del sujeto activo respecto a la designación de una persona sujeta a inhabilidad legal.

18 En relación con la atribución y prueba del dolo, RAGUES (2004), p. 21-22, postula un modelo de contextualización del hombre medio atendiendo a las particularidades del autor, lo que dificultaría la alegación de desconocimiento del derecho por parte de un juez. En un sentido similar, cabría considerar que Hernández (2011), p. 58, quien identifica cierta práctica de no entender por excluido el dolo ante la alegación de un error craso.

19 ETCHEBERRY (1997), p. 212; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2004), p. 517; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 334; BALMACEDA (2014), p. 661; RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2021), p. 540.

Al respecto, y observando la documentación facilitada por la defensa, resulta especialmente relevante el hecho de que el proceso de nombramiento de cargos transitorios se efectúe a través de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, la que en todo momento estuvo en conocimiento de tal situación e, incluso, estuvo a cargo de la evaluación de la persona designada, la que además reconoció el parentesco en cuestión en la documentación solicitada para su designación. Por otra parte, se debe ahondar en que esta práctica no solo fue desarrollada por quienes han sido formalizados o acusados por este delito, sino que, por otros miembros de tal tribunal, contra los cuales no se ha iniciado investigación alguna. Por último, parece especialmente importante el hecho de que la propia Corte Suprema haya reconocido que “la situación” —como se podrá apreciar a continuación— haya debido ser “aclarada” recién en el año 2018, asumiendo así que las definiciones internas respecto a quienes podían ser nombrados en cargos transitorios no eran del todo claras. Lo anterior queda en evidencia si se considera lo consignado en el sumario administrativo respectivo:

En consecuencia, resulta acertado considerar que, aunque esta interpretación no se ajusta a las regulaciones dispuestas por este Tribunal Pleno en el Acta 113-2013, *la circunstancia haya sido definitivamente aclarada en la sesión del Consejo Superior de 6 de septiembre de 2018 en que se precisa el correcto sentido de la norma, hace plausibles tanto las explicaciones dadas por los ministros que firmaron las resoluciones impugnadas, como los dichos de la Jefa de Recursos Humanos de la Corporación Administrativa, A. O. M., sobre la creencia de la regularidad del procedimiento y la necesidad sobreviniente de solicitar al Consejo Superior la aclaración de tal comprensión del punto, momento a partir del cual el criterio en la materia cambió. En tales condiciones, no es posible formular un reproche disciplinario al proceder de estos funcionarios, que obraron amparados por la creencia de actuar correctamente*²⁰.

Dicha práctica habría terminado ante la consulta de uno de los ministros a la Corporación Administrativa del Poder Judicial, la que respondió mediante Circular n° 134 de 11 de septiembre del año 2018, que, en lo pertinente, señala:

20 Pleno Excm. Corte Suprema, rol AD 1942-2018, 1 de julio de 2019. Extracto del considerando trigésimo noveno. Destacado añadido.

1. Me permito informar a V.S.I. que en sesión de 6 de septiembre de 2018 el Consejo Superior de esta Corporación Administrativa acordó instruir a las Iltmas. Cortes de Apelaciones que las restricciones de parentesco establecidas en los artículos 259 y 260 del Código Orgánico de Tribunales deben aplicarse al nombramiento del personal en calidad de titular, interino, suplente o a contrata.
2. Dicha instrucción se enmarca en lo señalado en el Acta N° 113-2013 de la Excm. Corte Suprema, que establece el texto refundido del mecanismo de selección para personal con nombramiento transitorio en el Poder Judicial, el cual en su artículo 3° dispone: "Las personas que sean designadas en calidad de interno, suplente o a contrata deberán cumplir los mismos requisitos generales y específicos establecidos para desempeñar los cargos en calidad de titular. Tal condición deberá ser verificada durante el proceso de selección.

Para ahondar en el punto, es importante considerar la resolución del sumario administrativo que recayó sobre estos hechos:

Trigésimo séptimo: Que la investigación de esta causa también se dirigió a indagar la intervención de los ministros C. F. P., R. P. G., M. G. C. y E. E. T. que, como presidente de Corte de Apelaciones, designaron en diecinueve oportunidades a K. V. V. en plazas transitorias de consejera técnica en tribunales de la jurisdicción entre los años 2016 y 2018. Asimismo, la indagatoria tuvo como objetivo determinar la participación en tales nombramientos de las funcionarias de la Corporación Administrativa, A. O. M. y C. F. S.

La efectividad de las designaciones de K. V. V. en los diversos cargos transitorios, así como de su habilitación extraordinaria para desempeñar tales cometidos, no ha sido debatida. Tampoco lo ha sido la circunstancia que la interesada aportó en sus manifestaciones de interés la documentación necesaria para proceder al examen de sus antecedentes, constando en ella la declaración del vínculo de parentesco que la ligaba con un ministro de la Corte de Apelaciones de Rancagua. Asimismo, la investigación aportó numerosa información sobre las etapas del procedimiento conforme al cual se designa al personal transitorio, la forma en que fueron efectuadas las designaciones de V. V., la dificultad que enfrentaban algunos de los tribunales

en los que se desempeñó para contar con personas interesadas para cumplir la plaza vacante, y el grado de conocimiento que tuvo cada una de las personas que intervino en el proceso de nombramiento, del parentesco de la profesional con el ministro V. V.

Trigésimo octavo: Que, en consecuencia, aquello que debe ser discernido en este caso es la pertinencia de las explicaciones dadas por los funcionarios investigados, respecto de las razones para no objetar la designación de K. V. V. en los cargos citados, calificación que la instructora acepta, proponiendo el sobreseimiento de estos hechos.

Trigésimo noveno: Que asiste razón a la ministra en visita extraordinaria al asignar relevancia a las instrucciones impartidas por el Consejo Superior en sesión de 6 de septiembre de 2018, comunicadas mediante circulares N° 134 y 137 dirigidas a los presidentes de las Cortes de Apelaciones y a los administradores zonales del país y que tuvieron origen en la consulta formulada por el entonces presidente de la Corte de Apelaciones de Rancagua para aclarar y precisar si el artículo 260 del Código Orgánico de Tribunales era aplicable al personal que ejerce cargos de carácter transitorio, en la decisión de lo pertinente.

En efecto, de acuerdo al mérito de los antecedentes aportados y que la instructora cita en el apartado 1.B de su informe, resulta ser un hecho cierto que, con anterioridad al acuerdo citado en el Consejo Superior, el Departamento de Recursos Humanos entendía que la inhabilidad a que se refiere la norma citada era aplicable a quienes ingresaban al Escalafón Secundario del Poder Judicial y no a quienes cumplían cargos transitorios. En consecuencia, resulta acertado considerar que, aunque esta interpretación no se ajusta a las regulaciones dispuestas por este Tribunal Pleno en el Acta 113-2013, la circunstancia haya sido definitivamente aclarada en la sesión del Consejo Superior de 6 de septiembre de 2018 en que se precisa el correcto sentido de la norma, hace plausibles tanto las explicaciones dadas por los ministros que firmaron las resoluciones impugnadas, como los dichos de la Jefa de Recursos Humanos de la Corporación Administrativa, A. O. M., sobre la creencia de la regularidad del procedimiento y la necesidad sobreviniente de solicitar al Consejo Superior la aclaración de tal comprensión del punto, momento a partir del cual el criterio en

la materia cambió. En tales condiciones, no es posible formular un reproche disciplinario al proceder de estos funcionarios, que obraron amparados por la creencia de actuar correctamente²¹.

En conclusión, parece del todo plausible sostener “en subsidio” una actuación en error la que se vería reforzada por una práctica transparente y asentada a través de la propia Corporación Administrativa del Poder Judicial y llevada a cabo incluso por otros Ministros de la ltma. Corte de Apelaciones, práctica que en definitiva tuvo que ser “aclarada” por la Excma. Corte Suprema. Todos estos antecedentes permiten sostener la imposibilidad de atribuir dolo a los sujetos imputados por este delito.

2. Segunda parte. Prevaricación

I. Pretensión jurídica del Ministerio Público y posibles estrategias de defensa

Para el Ministerio Público, los hechos imputados tendrían la calificación jurídica de distintos delitos de prevaricación, previstos y sancionados en el artículo 224 N° 6 y 7 del Código Penal en relación al artículo 196 N° 14, 15 y 17 del Código Orgánico de Tribunales, atribuyéndole participación en todos esos delitos en calidad de autor, conforme al artículo 15 N° 1 del Código Penal, en relación al artículo 14 N° 1 del mismo cuerpo legal, los cuales se encuentran en grado de desarrollo consumado.

Sobre tales hechos, la defensa plantea serias dudas respecto a la satisfacción del tipo objetivo de delito de “prevaricación”. En definitiva, se consulta respecto a los siguientes problemas y la posibilidad de que de estos se deriven posibilidades efectivas de defensa a los imputados:

- a. ¿Se cumplen los requisitos del delito de prevaricación si lo que se imputa es una causa de recusación y no una implicancia?, es decir, el elemento “manifiesta implicancia” ¿puede ser satisfecho si los hechos atribuidos son constitutivos en los términos del Código Orgánico de Tribunales de una causal de “recusación”?

21 Pleno Excma. Corte Suprema, rol AD 1942-2018, 1 de julio de 2019.

- b. Si entendiésemos que una causal de recusación permite configurar el tipo penal, ¿esta se aplica a cualquiera de las causales de recusación sin distinción? ¿Puede considerarse una mera relación de amistad como una “manifiesta implicancia”?
- c. ¿Se cumple la situación de recusación regulada por el art. 196 N° 15 del Código Orgánico de Tribunales si se tiene amistad con el abogado patrocinante y no con la patrocinada? ¿Cómo debe ser comprendido el término “parte” en este causal de recusación?

Para responder a los problemas o preguntas previamente planteadas, deben ser abordadas brevemente algunas cuestiones centrales del tipo penal respectivo. Para tales efectos se ahondará tanto en la cuestión del bien jurídico protegido como en la comprensión de la “prevaricación” como modalidad de ataque a este interés. Al respecto, se desarrollará preferentemente el sentido y alcance que debe asignarse a la expresión “con manifiesta implicancia” del artículo 224 N°7.

II. Consideraciones previas respecto a los delitos de prevaricación. Bien jurídico y modalidades de ataque

No se puede olvidar que, para resolver los problemas previamente planteados, se debe atender a cuestiones básicas asociadas a los tipos de prevaricación. Como es bien sabido, estos delitos están regulados en el párrafo IV, del Título Quinto del Libro II del Código Penal, por tanto, se enmarcan en los conocidos como “delitos funcionarios”. Los tipos penales de prevaricación judicial están contenidos en los artículos 223 a 227 del Código Penal. Si se observa el párrafo en cuestión se pueden observar figuras que tienen en común el representar una serie de normas de comportamientos dirigidas a proteger ciertas expectativas normativas esenciales para la sociedad relativas a la recta administración de justicia —por lo que se asume como bien jurídico este correcto desempeño—²². Para Rodríguez y Ossandón,

22 WILENAMNN (2011), pp. 566-567; RODRIGUEZ y OSSANDÓN (2021), p. 204; ETCHEBERRY (1997), pp. 213; BALMACEDA (2014), p. 610; GARRIDO (2010), p. 418, toma una posición más bien subjetiva, describiendo el bien jurídico como el correcto desempeño de las personas que componen la administración de justicia.

este bien jurídico se identifica con la necesidad de prevenir infracciones al derecho objetivo por quienes administran justicia²³. Según Wilenmann, estaríamos ante un bien jurídico colectivo²⁴, es decir, de aquellos que protegerían intereses vinculados a la comunidad toda, o a una parte de ella, por lo que no tendría a un individuo determinado como titular, es decir, sería un bien jurídico de titularidad difusa. Otra característica del bien jurídico es su configuración estrictamente normativa, mediante el establecimiento de ciertas condiciones que permiten el correcto funcionamiento de la administración justicia, como la independencia, imparcialidad y estricta sujeción del juez al derecho²⁵. Dichas características —titularidad difusa y configuración normativa— implicaría la protección de dicha bien jurídico mediante delitos de peligro abstracto²⁶.

Lo anterior es del todo relevante, en la medida que nos permite empezar a entender a la “prevaricación” justamente como una modalidad de ataque al interés protegido. En coherencia con la naturaleza de delito de peligro abstracto que presentan estos tipos penales debemos comprender a la “prevaricación” como una conducta especialmente peligrosa, esto es, objetivamente idónea para poner en entredicho la confianza o condiciones de acceso de los ciudadanos a esta institución protegida. La pregunta central que se debe responder entonces es qué clase de conductas pueden ser legítimamente categorizadas como “prevaricación”. No hay que olvidar tampoco que el sentido de “prevaricar” no es unívoco, en la medida que el Código Penal denomina prevaricación a diversas conductas, las cuales deben ser realizadas por funcionarios judiciales, administrativos e incluso abogados particulares.

En un primer sentido, el que es bastante evidente, se ha entendido la expresión prevaricar como aplicar torcidamente el derecho a sabiendas en causa criminal o civil²⁷. Esta es la acepción que mejor refleja el sentido de la circunstancia 1º del artículo 223 del Código Penal, que regula una serie de supuestos de “efectiva aplicación torcida” del derecho en forma dolosa.

23 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2021), p. 205.

24 WILENMANN (2011), p. 566-567.

25 WILENMANN (2011), p. 567.

26 WILENAMNN (2011), p. 567.

27 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2021), p. 203; ETCHEBERRY (1997), p. 213-214.

Desde el punto de vista de la gravedad del injusto parece claro que esta forma de ataque resulta especialmente intolerable, en la medida que el sujeto activo declara que no está dispuesto a cumplir el importante rol que se le asigna a propósito de la función jurisdiccional.

Es importante considerar que no toda infracción al derecho por parte de un juez sea punible, en tanto existen mecanismos procesales que operan como herramientas jurídicas que permiten dicha corrección, como el recurso de nulidad en materia penal, entre otros²⁸. En este sentido, se debe establecer algún tipo de delimitación de cuándo estamos ante un mero error de derecho y los supuestos en que estamos ante prevaricación, especialmente frente a la aplicación de preceptos en los cuales hay más de una interpretación posible, incluso habiendo discordancia en la doctrina y jurisprudencia sobre su alcance. Sobre este punto, Rojas ha sostenido que el injusto de la prevaricación requiere que la decisión judicial en cuestión sea insostenible²⁹, por lo que no sería típica la hipótesis en que el juzgador adhiere a una posición discutible, pero dentro de ciertos marcos de plausibilidad. Dicha plausibilidad se mantiene en la medida que la decisión no contravenga las reglas básicas de interpretación y argumentación jurídica³⁰. El autor resume identificando tres tipos de decisiones jurisdiccionales: aquella que puede ser considerada correcta, aquella que pese a no serlo puede ser considerada sostenible dentro del contexto, y aquella que puede ser considerada como insostenible; solo esta última ser considerada como prevaricación³¹.

Junto con tal modalidad de la prevaricación, el legislador chileno considera peligrosas —aunque con menor intensidad— conductas como las de dictar sentencias manifiestamente injustas en causa criminal por negligencia o ignorancia inexcusables, así como la de revelar secretos en juicio o dar auxilio a una de las partes, en perjuicio de la contraria o, por último, “cuando con manifiesta implicancia, que les sea conocida y sin haberla hecho saber previamente a las partes, fallaren en causa criminal o civil”. Todos estos ejemplos pueden considerarse como manifestaciones de una misma moda-

28 Sobre el recurso de nulidad, LOPEZ y HORVITZ (2004), pp. 402 y ss.

29 ROJAS (2021), p. 71.

30 ROJAS (2021), p. 73.

31 ROJAS (2021), p. 72.

lidad de ataque en la medida que guardan elementos en común: se trata de conductas evidentemente peligrosas en la medida que podrían poner en tela de juicio la correcta aplicación del derecho por parte de los tribunales. Es en este sentido como se analizará la hipótesis de “manifiesta implicancia”, esto es, como una conducta objetivamente idónea para afectar el bien jurídico por resultar un peligro de una eventual aplicación “torcida” del derecho.

III. Alcance de la expresión “implicancia” en el delito de prevaricación

Dentro de las varias hipótesis de prevaricación, está la del numeral 7° del artículo 224 del Código Penal, que establece una sanción para el juez “Cuando, con manifiesta implicancia, que le sea conocida y sin haberla hecho saber previamente a las partes, fallaren en causa criminal o civil”. Sobre este punto, es importante detenerse en la expresión “implicancia”, ya que una de las posibles estrategias de defensa que serán sometidas a análisis es la de sostener que la conducta objeto de la formalización es atípica, en la medida que el tipo penal se aplica a los supuestos de manifiesta “implicancia” y que este último concepto debiera ser interpretado de acuerdo con lo dispuesto por el Código Orgánico de Tribunales, que distingue entre “implicancias” y “recusaciones”. Como el Ministerio Público funda su imputación en hechos que el Código Orgánico de Tribunales califica de “causas de recusación”, no se satisfaría este elemento del tipo penal.

La posición asumida como correcta por el Ministerio Público sería una opinión ciertamente minoritaria en la doctrina chilena que ha sido defendida por Alfredo Etcheberry, quien postula una interpretación extensiva, es decir, que incluya también a las causales de recusación, en tanto considera que la postura restrictiva haría inútil la expresión “sin haberla hecho saber previamente a las partes”. En detalle:

Fallar en causa criminal o civil con manifiesta implicancia, que sea conocida para el juez y sin haberla hecho saber previamente a las partes. Es el último caso de esta variedad de prevaricación (Art. 224 N° 7°). La expresión “implicancia” debe entenderse en sentido amplio y comprende también las causales de recusación. De otro modo la expresión “sin haberla hecho saber previamente a las partes” no tendría razón de ser, ya que las implicancias deben ser declaradas de oficio

por los jueces y son irrenunciables. En cambio, la recusación sólo puede entablarse por la parte perjudicada, y ésta no podrá hacerla valer si el juez no le da a conocer la causal en cuestión³².

Tal postura “extensiva” también ha tenido respaldo jurisprudencial. Recientemente, la Excma. Corte Suprema ha señalado:

Asimismo, según la trascendencia de las causales que la motivan, se distingue entre las causales de implicancia y recusación, por cuanto las primeras, de mayor gravedad, provocan la inhabilidad de manera absoluta, mientras las segundas son renunciables, por lo mismo, el numeral segundo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, establece como vicio de casación formal, por un lado, la mera concurrencia del motivo de implicancia, al señalar “juez legalmente implicado”, mientras que la causal de recusación configura el defecto de nulidad adjetiva, sólo en la medida que exista declaración judicial de su concurrencia o que dicha tramitación se encuentre pendiente. Según sostienen Rodríguez Collao y Ossandon Widow el fundamento del ilícito en la prevaricación judicial radica en que la conducta del juez lesiona la Administración de Justicia, bien jurídico concebido en un sentido funcional. Asimismo, afirma que la esencia de dicho ilícito reside en la infracción del deber institucional del juez de garantizar la propia existencia de dicho bien (Luis Rodríguez Collao y María M Ossandón Widow, “Delitos contra la Función Pública”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008, 2da. ed. pág. 183). En el mismo sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que el prevaricato no consiste en que una resolución sea contraria a la ley o en que el juez aplique equivocadamente el derecho, sino que la incorrección jurídica de lo resuelto debe ir unida a la incorrección moral del juez; a la conciencia de éste de estar aplicando una disposición en forma contraria a lo que su texto y sentido señalan (CS; Rol 29.786-1995).

En lo tocante a la infracción del artículo 224 N° 7 del Código Penal, el profesor Etcheberry ha señalado que la expresión implicancia debe entenderse en un sentido amplio y comprender también las

32 ETCHEBERRY (1997), p. 219. GARRIDO (2010), pp. 489-490, también sostiene que alcanza a las causales de recusación.

causales de recusación. En efecto, asevera que: “De otro modo la expresión sin haberla hecho saber previamente a las partes no tendría razón de ser, ya que las implicancias deben ser declaradas de oficio por los jueces y son irrenunciables. En cambio, la recusación sólo puede entablarse por la parte perjudicada, y ésta no podrá hacerla valer si el juez no le da a conocer la causal en cuestión”. El citado autor también agrega que “con la expresión manifiesta implicancia pretende la ley excluir ciertas causales de implicancia o recusación que no son objetivamente apreciables, o que pueden presentarse con mayor o menor intensidad”. (ETCHEBERRY, Derecho Penal, T. IV, 3 edición, pág. 219) Así, se ha resuelto que “Este tipo penal está construido sobre la base que la expresión “implicancia”, en sentido amplio, y comprende también las causales de recusación, ya que no podría entenderse de otro modo la expresión “sin haberla hecho saber previamente a las partes”, desde que las implicancias deben ser declaradas de oficio por el juez y son irrenunciables, mientras que las recusaciones sólo pueden ser entabladas por la parte perjudicada, la que no puede hacerse valer si el juez no le da a conocer la causal en cuestión (SCS Rol N° 21395-2014 de 31 de julio de 2014)³³.

En el mismo sentido:

Este tipo penal, está construido sobre la base que la expresión “implicancia”, en sentido amplio, y comprende también las causales de recusación. No de otro modo se explica la expresión “sin haberla hecho saber previamente a las partes”, ya que las implicancias deben ser declaradas de oficio por el juez y son irrenunciables, mientras que las recusaciones sólo pueden ser entabladas por la parte perjudicada, la que no puede hacerse valer si el juez no le da a conocer la causal en cuestión. La expresión “manifiesta implicancia”, excluye aquellas causales de implicancia o recusación que no son objetivamente apreciables, o que pueden representarse con mayor intensidad. (Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal. Parte especial, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición 1988, Tomo IV, p. 219 DUODÉCIMO: Que es necesario consignar, en primer lugar, que con fecha 18 de abril

33 Corte Suprema, rol N° 75.555-21, 16 de noviembre de 2021.

de 2011, en recurso de queja Rol 3-2011, interpuesto por el abogado don E.V.P., contra el juez del Juzgado de Policía Local de M., el pleno de la I. Corte de Apelaciones de C., ordenó iniciar una investigación sumaria administrativa por el I. Ministro don C.A.F., en virtud del Acta 129-2007 de la Excm. Corte Suprema, para determinar eventuales responsabilidades del juez don R.B.N. y la secretaria del tribunal doña G.M.S., atendidas las disconformidades advertidas entre las versiones de ambos funcionarios, en cuanto a la autenticidad del testimonio de notificación de la sentencia definitiva dictada a fojas 377 y el envío de un proyecto de fallo por parte del juez al abogado don E.F.P. En la oportunidad se ordenó enviar los antecedentes al Ministerio Público, para que iniciara investigación, relativa a los hechos reseñados, y que dicen relación con la notificación del fallo³⁴.

En nuestra doctrina encontramos posiciones distintas sobre el mismo punto. Rodríguez y Ossandón abogan por una posición restrictiva, es decir, que excluya las causales de recusación, sosteniendo que no sería correcto interpretar un término técnico de forma distinta al contexto del que proviene: “Con todo, el tema no deja de ser controvertido. En contra de la inclusión de las causales de recusación puede argumentarse que no es legítimo interpretar un término técnico de modo contrario al que se emplea en el ámbito jurídico al que pertenece. Por otra parte, el artículo 200 del Código Orgánico de Tribunales indica que la implicancia de los jueces debe ser declarada de oficio, pero también puede serlo a petición de parte. Por último, las causales de implicancia detentan una gravedad que se condice mejor con la posibilidad de recurrir al derecho penal para sancionar su vulneración”³⁵.

En conclusión, se debe considerar que la línea de defensa planteada cuenta con una serie de puntos de apoyo. La primera es que podría estar respaldada por el hecho de que el término implicancia puede ser entendido en definitiva como un concepto previamente definido por legislador, por tanto, debe ser interpretado recurriendo a lo que se conoce como “interpretación auténtica” y no a un sentido “natural y obvio”. Al mismo tiempo, se puede

34 Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 311/2014, de 27 de junio de 2014. Confirmado Corte Suprema, rol 787-2020, de 31 de julio de 2014.

35 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2021), p. 242. En sentido similar, BALMACEDA (2014), p. 616, quien recurre también al principio de fragmentariedad para su argumentación.

sostener que en los supuestos regulados por el artículo 195 resulta bastante más evidente su idoneidad para afectar el interés tutelado en la medida que el “compromiso” que podría presentar el adjudicador con los intereses de una de las partes justificaría la tipificación de un delito de peligro abstracto que se satisface exclusivamente con “fallar” una causa criminal o civil en situaciones donde le afecta una “manifiesta implicancia”. Por otra parte, tienen razón Rodríguez y Ossandón cuando sostienen que la posición de Etcheberry asume en forma incorrecta que el enunciado: “sin haberla hecho saber previamente a las partes”, obliga a interpretar “implicancia” en un sentido amplio —incluyendo las causas de recusación—. La razón es que el propio Código Orgánico de Tribunales permite que las implicancias sean declaradas a petición de parte, para lo cual tienen que haber sido conocidas por las partes. Con todo, es importante tener en cuenta que esta línea de defensa presenta una desventaja evidente: la propia Corte Suprema ha adherido a una interpretación amplia de la voz “implicancia”, por lo que igualmente conviene explorar vías alternativas más claras que apoyen la atipicidad de la conducta en cuestión.

IV. Sobre el carácter “manifiesto” de la implicancia

Incluso en el evento que se considere correcta una interpretación extensiva del concepto de implicancia, la realización de la conducta típica requeriría además que dicha implicancia sea de carácter manifiesto. Según el propio Etcheberry esta expresión tendría la consecuencia de excluir algunas causales de implicancia o recusación del campo de aplicación del art. 224 N°7 del Código Penal. Dicho autor señala que no habría una “manifiesta implicancia” respecto de las causales que no son “objetivamente apreciables” o que “pueden presentarse con mayor o menor intensidad”³⁶. No puede desconocerse que es el propio legislador el que limita el campo de aplicación del tipo penal a los supuestos en que se intervenga —a través de la dictación de una sentencia— cuando se esté en situación de “manifiesta” implicancia. Desde el punto de vista gramatical o sentido literal posible del enunciado lo que se exige es que el compromiso con los intereses de una de las partes sea, desde un punto de vista objetivo, “evidente”, “claro”, “ostensible”³⁷, es decir, que esté al descubierto. Al respecto, una mera

36 ETCHEBERRY (1997), p. 219.

37 GARRIDO (2010), pp. 489-490.

relación de amistad es absolutamente insuficiente para satisfacer esta exigencia típica, ya que como señala Etcheberry, esta clase de relación puede presentarse con mayor o menor intensidad, por lo que no parece ser, en sus términos como “objetivamente apreciable”. Esto podría contrastarse, por ejemplo, con hipótesis como la regulada por el número 1° del art. 196, que basa la causal en una relación de parentesco con las partes o sus representantes, vínculos que están claramente definidos en la ley, a diferencia de “amistad”. Por otra parte, se debe considerar también que la causal contenida en el número 15 de esta disposición además exige que la relación de amistad debe manifestarse por actos de “estrecha familiaridad”, lo que nuevamente refuerza la hipótesis de que incluso aunque la amistad sea manifiesta —esto es, “conocida”— de acá no se sigue que el tribunal esté fallando con manifiesta implicancia.

Es importante recordar que no toda relación de trato cordial, cercanía u otra similar es causal de recusación, tal como ha sostenido la Excma. Corte Suprema:

2° Que, en concreto, la solicitud fiscal fue efectuada luego del estampado registrado por el juez antes indicado en el recurso de protección Rol N° 68.042-2019 de ingreso ante el mencionado tribunal, cuyo tenor es el siguiente: “Dejo constancia que el Abogado Integrante Sr. C.L.M., han manifestado ser profesor de la facultad de derecho de la Universidad de Chile, por lo que mantiene una relación de carácter académico con el recurrente Sr. Á....A....G., lo que podría afectar la garantía constitucional del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política del Estado. Á.A.F., R. 3° Que, como se puede apreciar, los hechos expresados en el estampado antes transcrito no se condicen con los presupuestos de hecho de la causal de recusación que se ha esgrimido, por cuanto no dan cuenta de la existencia de un vínculo de “amistad” entre el juez y la parte, sino una relación meramente académica que no denota, por si solo de la “estrecha familiaridad” exigida por la ley³⁸.

38 Corte Suprema, Rol N° 36.137-2019, 10 de diciembre de 2019.

1. Concepto de parte

Otra posible estrategia de defensa es la de sostener que no se cumplirían los requisitos de la causal de recusación, en tanto la expresión “parte” del art. 196 N° 15 no comprendería a los abogados patrocinantes, sino que exclusivamente a sus representados. En este sentido, entonces, no se cumplirían, a su vez, los elementos mínimos para sostener una situación de “manifiesta implicancia”. Cabe hacer presente que dicha posición ha sido acogida por la Excm. Corte Suprema, recurriendo al sentido literal de la expresión “parte” en el Código Orgánico de Tribunales:

Segundo

Que la causal de recusación invocada es aquella del artículo 196 N° 15 del Código Orgánico de Tribunales, consistente en tener el juez con alguna de las partes amistad que se manifieste por actos de estrecha familiaridad.

Lo que pretende dicha causal de inhabilidad es evitar que el Juez que conoce del asunto tienda a beneficiar a la parte con la cual tenga amistad, dictando sentencia a su favor.

Tercero

Que, sin embargo, del análisis de los hechos invocados como fundamento de la causal, aparece que ellos no la constituyen. En efecto, para que se dé lugar a dicha inhabilidad es necesario que el juez mantenga amistad con la parte y no con su abogado patrocinante, de modo que los hechos que se han esgrimido para fundamentar la causal alegada no resultan constitutivos de la misma, por lo que, de conformidad a lo prevenido en el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, será ella desechada desde luego³⁹.

En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Talca:

SEPTIMO: Que, en lo concerniente a la causal de artículo 196 N°16 alegada, cabe señalar que la “enemistad, odio o resentimiento” que se exige para su configuración, la debe tener el juez “con alguna de

39 Corte Suprema, rol n° 10314-2015, 18 de agosto de 2015.

las partes” y, en la especie, del tenor de los hechos en que se sustenta este capítulo de recusación, no se alude a ninguna situación que denote alguna de tales circunstancias de parte de la magistrada A. M., respecto del imputado P. Z. D.

Además, si bien el Defensor no tiene la calidad de parte en el juicio, tampoco se vislumbra un sesgo de parcialidad respecto de la persona del profesional que representa a Z. D.⁴⁰.

Para reforzar este punto, es importante mencionar los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales, que establecen respectivamente las causales de impugnaciones y recusaciones, parecen hacer esta diferencia, en tanto existen causales que se refieren solamente a partes y otras que se refieren a los abogados. En este sentido, el N°2 del art. 195 establece causales de impugnación por tener el juez parentesco con alguna de las partes: “2°) Ser el juez cónyuge, conviviente civil o pariente consanguíneo en cualquiera de los grados de la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, o ser padre o hijo adoptivo de alguna de las partes o de sus representantes legales;”. Luego, N° 4 se refiere a “Ser el juez ascendiente o descendiente, o padre o hijo adoptivo del abogado de alguna de las partes;”. Por ello, si interpretamos que el concepto de “parte” incluye a los abogados que intervienen en la causa, el N°4 sería una causal que no tendría un campo de aplicación distinto al del N°1.

Lo mismo se repite en las causales de recusación, ya que dispone el N°1 del art. 196: “Ser el juez pariente consanguíneo en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado, o afín hasta el segundo grado, de alguna de las partes o de sus representantes legales”, mientras que el N°2 menciona “Ser el juez ascendiente o descendiente, hermano o cuñado del abogado de alguna de las partes”. Luego, el inciso primer del N°5 distingue en un mismo numeral entre parte y abogado: “Ser el juez deudor o acreedor de alguna de las partes o de su abogado; o serlo su cónyuge o conviviente civil o alguno de sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado”.

40 Corte de Apelaciones de Talca, rol N° 787-2020, 30 de septiembre de 2020.

Sobre la doctrina procesal, algunos autores limitan el concepto de parte, en principio, a quienes tienen la posición de demandante y demandado, reconociendo luego que pueden considerarse como partes indirectas a los llamados terceros coadyuvantes, independientes y excluyentes⁴¹.

En definitiva, esta línea de defensa cuenta con importantes puntos de apoyo, no solo desde un punto de vista gramatical y sistemático, sino que también ha sido aceptada como correcta por la Excma. Corte Suprema. Por último, debe ser igualmente reforzada —como muy bien lo hace el este último tribunal— a través del argumento teleológico: desde la lógica de la protección del bien jurídico —del tipo penal respectivo— parece razonable la exclusión del representante: de lo que se trata es de evitar situaciones de evidente peligro, que solo se dan en aquellas situaciones donde un juez puede ver afectada su capacidad para aplicar el derecho debido su compromiso con quien verá afectada su situación que, por definición, es el interesado y no quien lo representa.

En síntesis, aun cuando el tribunal considere que el tipo penal se aplica para supuestos de recusación, existen argumentos de peso para excluir la tipicidad de los hechos materia de la formalización o acusación, ya sea porque en definitiva no se cumplen los requisitos específicos de la causal de recusación que sirve de base para la imputación— en la media que no se tiene amistad con la “parte” sino que con el patrocinante de esta— o, en el peor de los casos, porque la exigencia de que esta implicancia sea “manifiesta” excluye los casos en que no resulte objetivamente apreciables y sea una situación que, por el contrario, admite graduación.

3. Tercera parte. Negociación incompatible

I. Pretensión jurídica del Ministerio Público y posibles estrategias de defensa

Para el Ministerio Público, los hechos anteriormente descritos tendrían la calificación jurídica del delito de negociación incompatible, previsto y san-

41 CASARINO (2005), pp. 24-25; ORELLANA (2005), pp. 48-49; STOEHLER (2010), pp. 11-12.

cionado en el artículo 240 del Código Penal, atribuyéndole participación en calidad de autor en ambos delitos, conforme al artículo 15 N° 1 en relación al artículo 14 N° 1 del Código Penal y encontrándose los dos en grado de desarrollo de consumados.

En relación a dichos hechos, se pide informar si aquel supuesto cumple los requisitos del art. 240 del Código Penal, denominado como “negociación incompatible”. En particular, si la circunstancia de nombrar a una hija en un cargo público satisface los requisitos típicos referidos a interesarse en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en razón de su cargo o de “dar interés” a aquellos sujetos relacionados contenidos en la disposición respectiva.

La solución del caso dependerá de cómo se entienda el “dar interés” y si la mera contratación de un familiar en un cargo público cumple tal requisito. Se puede adelantar, desde ya, que la solución será negativa, ya que incluir estos supuestos en el campo de aplicación del tipo penal y asumir que se está “dando interés” sería sin duda un exceso que escaparía completamente de la intención del legislador a la hora de tipificar este delito. Es más, la pretensión del Ministerio Público supondría que, por definición, el contratar a cualquiera de las personas incluidas en la enumeración del artículo 240 sería constitutivo de delito — ¡incluso en aquellos casos donde no exista inhabilidad legal!—, lo que sin lugar a dudas resultaría un despropósito. Para reforzar lo anterior se deberán abordar, brevemente, algunas cuestiones centrales del tipo penal con especial énfasis en qué debe entenderse por “interés”, en la medida que todas las modalidades del delito lo exigen, ya sea en forma directa o indirecta, y ya sea para sí mismo, o para ciertos sujetos relacionados con el funcionario.

II. Cuestiones centrales relativas al delito de negociación incompatible: bien jurídico y modalidad de ataque

Como primera cuestión, es importante hacer presente que la disposición en cuestión fue modificada con posterioridad a la supuesta realización de los hechos por la Ley N° 21.121, de 20 de noviembre de 2018. Por ello, el análisis de este informe se remitirá a la redacción del texto previo a la modificación.

En la fecha en que habrían ocurrido los hechos, el artículo versaba de la siguiente forma:

Art. 240. El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren, y a los guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarias.

Las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a su cargo dieren interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o a personas ligadas a él por adopción⁴².

Asimismo, se sancionará con iguales penas al empleado público que en el negocio u operación en que deba intervenir por razón de su cargo diere interés a terceros asociados con él o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan interés social, superior al diez por ciento si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquiera forma.

Para resolver el problema planteado relativo a la tipicidad de la conducta del imputado resulta fundamental atender al alcance de esta figura como modalidad de ataque al interés jurídico tutelado. En lo que respecta a la

42 Énfasis añadido.

cuestión del bien jurídico protegido, se ha entendido que es la “función administrativa, cuyo correcto desempeño exige que se respeten los principios de objetividad, imparcialidad y honestidad en las relaciones con particulares”⁴³.

Sin embargo, la referencia a protección de ciertas condiciones de imparcialidad no es suficiente para describir adecuadamente el énfasis de protección de esta figura, en tanto existen elementos para sostener que la lesividad específica de la conducta apunta a cuestiones más bien de orden económico dentro de la administración. Es decir, si bien es cierto se protege determinada función, en este caso, la desplegada por un agente del Estado, el fundamento de la protección está directamente asociado a la competencia específica asociada a esta, a saber, la de protección de los intereses patrimoniales del Estado. Lo anterior se ve reforzado claramente si se observa la modificación de este precepto en el año 2018 a través de la Ley N° 21.121, la que introduce una serie de situaciones típicas relativas a tomar interés en negociaciones o contratos en que deban intervenir una serie de sujetos que tienen en común el hecho de representar intereses patrimoniales de otro, así, por ejemplo, el veedor o liquidador respecto a un procedimiento concursal en que intervenga en relación con los bienes o intereses patrimoniales cuya salvaguardia o promoción le corresponda, o el caso de quien tiene a su cargo la salvaguardia o la gestión de todo o parte del patrimonio de otra persona que estuviere impedida de administrarlo, entre otros. De acá se desprende que el objeto de protección está directamente asociado entonces a resguardar el desempeño funcional por los graves efectos lesivos que podría tener la infracción de las pautas de actuación de estos funcionarios para los intereses patrimoniales de quien se representa —sea el Estado o un privado—.

Así las cosas, resulta más sencillo comprender la conducta prohibida, ya que en definitiva, lo que prohíbe esta disposición son hipótesis especialmente graves o peligrosas de actuación en “conflicto de interés” entre el representante y el representado. De quien representa los intereses patrimoniales de otro se espera que actúe en todo momento en atención a la promoción de estos y en ocasiones puede darse el caso en que sus intereses personales puedan colisionar con los intereses de quien se representa. En este último

43 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2008), p. 422. En sentido similar, MAÑALICH (2015), p. 97, menciona que el “injusto específico consiste en un menoscabo del correcto ejercicio de la función pública”.

caso se espera del representante que opte siempre por sus deberes fiduciarios y “escoja” promover los intereses de su representado aun a costa de sus propios intereses. Por eso, se explica que un sector de la doctrina nacional comprenda la negociación incompatible como una hipótesis de autocontratación, en la cual el funcionario tendría la calidad de representante del Estado y, al mismo tiempo, la de particular interesado en la negociación⁴⁴. En tal sentido, se podría comprender como una forma de corrupción, en la medida que la conducta del funcionario podría entenderse como una que atiende interés propio y no al interés estatal, el que le correspondería tutelar en su calidad de funcionario público⁴⁵.

El núcleo de la conducta típica de la negociación incompatible comprendida como una hipótesis de corrupción estaría dada por la expresión “tomar interés”, en tanto que en tal momento se produciría la situación de conflicto de interés⁴⁶, cuestión que también se haría extensiva a la hipótesis de “dar interés”⁴⁷. Garrido define el tomar o dar interés como “adquirir participación en un negocio o comercio que le pueda reportar una utilidad, beneficio o que terceros obtengan esa participación”⁴⁸. Para Matus y Ramírez: “No implican la idea de obtención efectiva de ventajas, sino tan solo la de “interesarse” o “interesar”, esto es, como señala el Diccionario en su segunda acepción, darse a sí mismo o dar a otro parte en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés”⁴⁹. Para Etcheberry: “La expresión significa que el empleado tome parte en la negociación respectiva de tal modo que de ella pueda derivar, según los casos, un beneficio económico para él o las demás personas señaladas en el artículo”. Para Rodríguez y Ossandón, el tomar o dar interés sería un acto anterior al perjuicio propio del fraude al fisco o la malversación de fondos públicos⁵⁰.

44 MAÑALICH (2015), pp. 96-97.

45 MAÑALICH (2015), pp. 95-97.

46 MAÑALICH (2015), p. 97.

47 MAÑALICH (2015), p. 97.

48 GARRIDO (2010), p. 458.

49 MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 311.

50 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2008), p. 424. En el mismo sentido, ETCHEBERRY (1997), p. 249, quien menciona que esta figura no requiere perjuicio al fisco, ya que en caso de producirse aquello, estaríamos en presencia de la hipótesis del art. 239.

De la forma como se define “toma interés” por parte de nuestra doctrina se desprenden varios elementos importantes para reforzar la estrategia de defensa. El primero es que la conducta del sujeto activo debe enmarcarse dentro de sus labores de representación y donde se espera que en un contexto negocial —es decir, donde se determine los términos y condiciones de un contrato del Estado— no actúe en interés de quien representa sino que en interés de sí mismo o de ciertos sujetos relacionados —como sería el caso de un descendiente—.

Sin embargo, esta actuación en “interés de sí mismo” no puede ser cualquiera, como muy bien señala Garrido Montt, debe concretarse a través de la adquisición de participación, lo que puede verificarse ya sea en forma directa o indirecta. Para entender la peligrosidad de la conducta prohibida se pueden considerar casos de actuación en evidente conflicto de interés: El funcionario decide adjudicar un negocio —en el marco de una licitación— a un familiar o incluso a una sociedad en la que tiene participación. Se coloca así en peligro el interés patrimonial del Estado, en la medida que desde un punto de vista objetivo la conducta es sumamente peligrosa para los intereses patrimoniales del Estado, ya que el funcionario se está aprovechando de su posición y de su capacidad para obligar al Estado —desde un punto de vista patrimonial— para hacer negocios para sí mismo instrumentalizando a quien representa.

Que este conflicto de interés deba darse en un contexto “negocial” y deba ser de “carácter económico”, se desprendería tanto de la ubicación del artículo 240 junto a otras figuras que apuntan a la protección de los intereses patrimoniales de la administración, como el fraude al fisco o la malversación de caudales públicos⁵¹. El carácter económico, según Etcheberry, también se desprendería de la referencia a “bienes y cosas” del precepto y la regla de determinación de la pena de multa, que se establece tomando como base de cálculo el valor del interés que se haya tomado en el negocio⁵².

51 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2008), p. 423-424. En el mismo sentido, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2005), pp. 499-500, ETCHEBERRY (1997), p. 248-249.

52 ETCHEBERRY (1997), p. 248-249. Sobre el carácter económico por la regla de determinación de la pena de multa, MAÑALICH (2008), pp. 99-100.

En síntesis, conviene considerar lo establecido por la Excma. Corte suprema respecto al bien jurídico protegido y el carácter económico:

Décimo primero

Que, el delito de negociación incompatible, si bien atenta primordialmente contra la probidad y honradez exigibles a los funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos, posee, además, un innegable componente económico o patrimonial, como se evidencia desde ya con la ubicación del tipo penal a continuación de la malversación de caudales públicos y el fraude al Fisco y se refuerza con la exigencia de un negocio o comercio en el cual debe interesarse el agente o dar interés a terceros.

Segundo

Que, la doctrina es unánime en señalar que la operación en que interviene el funcionario o da intervención a otros debe tener carácter lucrativo, el interés debe tener necesariamente naturaleza económica, no sólo porque la ley procura prohibir el riesgo de fraude y el tipo se halla situado dentro de los fraudes, sino también porque la pena de multa establecida ha de determinarse en relación porcentual con el interés que el funcionario tomó en el negocio o dio a terceros vinculados con él (R.-O., Los delitos contra la función pública, 2a edición, 2014, Editorial Jurídica, pp. 422 y ss.)⁵³.

Lo anteriormente señalado es fundamental, ya que refuerza el hecho de que la conducta prohibida por el legislador es aquella en que el funcionario “defrauda” los intereses patrimoniales del Estado a través de una forma muy precisa: no está buscando obtener mayor ganancia o eficiencia en su operación, sino que obtener él mismo un beneficio económico.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema:

Que, por otra parte, “Las expresiones ‘tomar interés’ y ‘dar interés’ empleadas por los tipos, no implican la idea de obtención efectiva de ventajas, sino tan solo la de ‘interesarse’ o ‘interesar’, esto es, la de darse a sí mismo o dar a otro parte en un negocio o comercio en que pueda

53 Corte Suprema, rol 44488-2017.

tener utilidad o interés (Diccionario de la Real Academia de la Lengua, voz 'interesar', segunda acepción). Todo lo que importa, en atención a la 'ratio legis' de la norma, es que la 'operación' en la que se interviene o se da intervención a otro tenga carácter lucrativo, pues únicamente en esas circunstancias surge el peligro que la ley se propone evitar" (SCS Rol N° 2133-98, y M. y R., ob. cit., p. 292). En la modalidad de dar interés "el interés ya no es personal para ellos [los funcionarios públicos], sino para su cónyuge, alguno de los parientes, o las demás personas que la ley señala. Se considera igualmente grave mezclar el interés propio con el público, que mezclar el de estas personas tan estrechamente vinculadas al funcionario" (R. y O., ob. cit., pp. 424-425)⁵⁴.

En un sentido similar la Excm. Corte Suprema ha señalado lo siguiente:

La conducta punible consiste en interesarse económicamente en un negocio en el que deba participar en razón de su cargo, sin que sea necesario inferir un efectivo menoscabo al erario nacional. La doctrina enseña que el tomar o dar interés constituye un acto anterior que necesariamente precede al perjuicio. Pero en caso de producirse este último se configura un delito de fraude o malversación que, en concurso aparente con la negociación incompatible, prima sobre este en virtud del principio de consunción (L.R.C. y Ma. M.O.W., ob. cit., pag. 409).

El tomar interés encierra perseguir un provecho o beneficio económico y el delito se entiende consumado cuando se reúnen en el funcionario

54 Corte Suprema, rol 44488-2017, énfasis añadido. En el mismo sentido, Corte Suprema, rol 496/2011: "DUODECIMO

Que, sobre el particular los jurisdicentes discurren en la motivación trigésima séptima del veredicto de primer grado, que aun cuando en autos se formuló acusación por un total de quince delitos de negociación incompatible, incluyéndose en ellos la operación (una sola) implícita en las boletas de honorarios STI 1333 y STI 1373, de acuerdo con lo que concluye el mismo fallo, las citadas boletas STI 1333 y 1373 dan cuenta de una operación fraudulenta o comportan la comisión del ilícito de fraude al Fisco de Chile, produciéndose una relación concursal entre ese fraude y la negociación incompatible correspondiente, aseverándose por los sentenciadores que existe consenso en la doctrina que, en tal caso, se está en presencia de un concurso aparente de leyes penales, donde debe prevalecer la figura penal de resultado, llegándose a sostener que el tipo penal de negociación incompatible constituye un adelantamiento de la fase consumativa del fraude. Por ende, concluyen los recurridos que el fraude desplaza a la negociación incompatible y como derivación de lo anterior, se llega a la convicción por el tribunal que debe librarse sentencia absolutoria por el delito de negociación incompatible, relacionado con esas dos boletas de honorarios (1333 y 1373).

Como corolario para las reflexiones precedentes, se indica en el fallo que los hechos determinados en autos importan la configuración de 14 (catorce) delitos reiterados, de "Negociación Incompatible" del artículo 240 del Código Penal (basamento trigésimo octavo), condenándose por ellos al encausado C.R."

público las calidades de tal, llamado a actuar en la operación; y tener interés de manera particular- en la misma, sin que importe cual de dichas calidades sea inicial ya que la intervención puede producirse en cualquier etapa del concierto, en la determinación de sus modalidades y términos o en el cumplimiento material de la gestión, eso sí es exigible, en todo caso que al menos se haya concretado el negocio o contrato (ídem, pags. 410 y 411)⁵⁵.

No se puede olvidar, además, que esta modalidad de ataque se puede verificar solo en algunas de las operaciones que desarrolla el funcionario, las que justamente están vinculadas a su representación de intereses patrimoniales del Estado. Sobre el alcance de las expresiones contrato u operación, Rodríguez y Ossandón sostienen que deben ser actos de naturaleza económica y que sean capaces de producir compromisos u obligaciones⁵⁶. Garrido ha sostenido una interpretación mucho más amplia, que prescinde de la exigencia anterior a que el acto acarree una obligación, ya que sostiene que “el objeto de la acción es un contrato u operación, vocablos que corresponde entender en sentido amplio, referidos a cualquier acuerdo de voluntades o a cualquier trabajo o negocio donde el empleado tenga intervención en su calidad de funcionario, sin distinción de su naturaleza, el precepto no lo limita”⁵⁷. Una posición más restrictiva sostienen Matus y Ramírez, para quienes “Por ‘contrato’ ha de entenderse alguna convención de carácter civil por la cual “una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa” (art. 1438 Código Civil), y por ‘operación’ una ‘negociación o contrato sobre valores o mercaderías’, aunque no esté regulado por el derecho civil, como los contratos de obras públicas, concesiones y las licitaciones que generan obligaciones entre particulares y las instituciones públicas, según la acepción comercial que de la expresión contempla el Diccionario”⁵⁸.

En conclusión, y específicamente respecto a los hechos objeto de la formalización, es importante partir de la base que la operación en cuestión es un nombramiento para el desempeño de una contrata transitoria. La mejor estrategia defensa es aquella que se base en la constatación de que la

55 Corte Suprema, rol n° 2280/2010.

56 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2008), p. 425.

57 GARRIDO (2010), p. 458. En el mismo sentido, MAÑALICH (2015), p. 101.

58 MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 312.

operación de la que se trató no fue de carácter lucrativa. Por tanto, resulta evidente que ni el funcionario podía tomar directamente interés —a través de la adquisición de participación en el negocio—, ni tampoco indirectamente a través de otro. Por otra parte, si bien es cierto su descendiente se vio favorecida en la medida que fue contratada y obtuvo la respectiva remuneración, de acá no se desprende que se cumple el requisito de haber “dado interés” a un descendiente. Dichos requisitos no se cumplirían en la especie, en tanto el funcionario imputado no tendría relevancia alguna en la de alterar cuestiones como el precio o el tipo de prestaciones a las que se obliga la persona y, por tanto, no se trata de una conducta donde, en definitiva, a través de su representación del estado en un “negocio” pueda al menos poner en peligro los intereses patrimoniales de quien representa. Si bien es cierto que estamos ante un delito de peligro abstracto⁵⁹ y que no requiere la producción de perjuicio al fisco, al menos debería existir un peligro de perjuicio, en tanto se pueda entender que la eventual ausencia de imparcialidad del sujeto activo pueda llevar a la afectación del patrimonio público.

Si bien es cierto se refuerza esta conclusión de la exigencia de un peligro de perjuicio el que la Excm. Corte Suprema ha sostenido que la negociación incompatible es un adelanto de la punibilidad del fraude al fisco⁶⁰, hay que tener cierto cuidado con tal conclusión. Se trata de un delito de peligro donde la conducta típica se satisface con el mero “tomar interés”, esto es, con el hecho de que el funcionario que decide se involucre personalmente —directa o indirectamente— en los resultados de un negocio o en caso de que involucre —en el sentido de darles participación— a sujetos relacionados. Por ende, sería típica la hipótesis donde toma participación a través de la adjudicación de un contrato —a través de una sociedad— aunque desde un punto de vista económico el negocio no represente una pérdida patrimonial para el Estado. Lo relevante es que tome participación en situación de conflicto de interés. Con todo, tal peligro solo puede presentarse donde al menos potencialmente actúan en pos del interés del funcionario o el sujeto relacionado pueda poner en entredicho los intereses patrimoniales del Estado. Justamente es esta condición la que no se cumple en el caso respectivo en la medida de que no se trata de una “operación lucrativa”.

59 MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 310.

60 Sobre la negociación incompatible como una etapa previa al fraude al fisco, Corte Suprema, rol de Ingreso: 496/2011.

III. Modalidad de negociación incompatible a mediante tráfico de influencia

En relación con el delito tipificado en el artículo 240 bis del Código Penal, el Ministerio Público considera que los hechos tendrían la calificación jurídica de cinco delitos de tráfico de influencias, previsto y sancionado en el artículo 240 bis inciso 2° del Código Penal.

La defensa ha puesto en duda la tipicidad de tales conductas en la medida que no se cumplirían los requisitos establecidos en el inciso segundo del artículo 240 bis del Código Penal, en lo relativo a que el funcionario público actúe para dar interés a una persona relacionada en un negocio u operación. Es importante recordar que los artículos 240 y 240 bis fueron modificados por la Ley N° 21.121 de 2018, con posterioridad a la supuesta ocurrencia de los hechos, por lo que para este análisis se acudió a la versión vigente al momento de la eventual realización de la conducta.

El tipo establecido en el art. 240 no es más que una modalidad específica de aquel contenido en el artículo 240⁶¹, por lo que parte importante de lo señalado en relación a la negociación incompatible es aplicable a esta figura. En concreto, la hipótesis en comento tiene una estructura típica prácticamente igual, con la diferencia que el funcionario público no actúa directamente en la negociación, sino que ejerce influencia en otro que sí puede incidir en el contrato u operación.

Al igual que en la negociación incompatible, se ha sostenido que la lesividad de la conducta radica en la afectación de las condiciones de funcionamiento de la administración pública, especialmente por la afectación de la objetividad e imparcialidad⁶² y, al igual como se señaló con anterioridad, esta función de imparcialidad solo resulta relevante —desde el punto de vista del tipo penal en comento— cuando están en juego intereses patrimoniales del Estado. En ese sentido, en nada cambia el hecho de que acá la modalidad de ataque suponga que se ejerce influencia en otro funcionario para obtener una de-

61 BALMACEDA (2014), p. 652; GARRIDO (2010), p. 460. Por ejemplo, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2021), p. 502, se refieren a esta figura como negociaciones incompatibles mediante tráfico de influencias.

62 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2021), p. 502; en el mismo sentido, BALMACEDA (2014), pp. 652.

cisión favorable a los intereses de, por ejemplo, un familiar del funcionario que ejerce tal influencia. Lo medular es que esta decisión favorable a los intereses del tercero sea al menos un peligro para los intereses patrimoniales del estado y, por tanto, debe cumplirse la exigencia de verificación de un “conflicto de interés”.

En este sentido, las razones que reforzarían la atipicidad de la conducta anteriormente analizada serían igualmente válidas para este supuesto. Si no se trata de una decisión en el marco de una relación comercial que pueda poner en entredicho los intereses patrimoniales del Estado, como el mero nombramiento de un sujeto para desempeñar un cargo cuya remuneración y funciones están previamente establecidos y sobre el que los funcionarios no tienen incidencia alguna, no se satisface la exigencia típica respecto a la clase de operación o negocio de carácter lucrativo exigida por la Excma. Corte Suprema. Nuevamente se recomienda recordar que para este tribunal esta hipótesis típica debe ser comprendida como una situación de peligro para el patrimonio del Estado y, por tanto, como una forma de fraude cuya consumación no supone la efectiva irrogación de perjuicio.

Por otra parte, se debe explorar, además, otra línea de defensa que tendría respaldo en la doctrina nacional y que está asociada al sentido que se le debiese asignar a “ejercer influencia”. La conducta de ejercer influencia ha sido descrita como “incidir en el proceso motivador que conduce a un funcionario a adoptar una decisión en un asunto relativo a su cargo, con la intención de obtener una decisión favorable a los propios intereses de las personas designadas en la norma”⁶³. Sin embargo, se discute en qué debe consistir específicamente dicha influencia y, en concreto, si se exige prevalimiento del cargo por el funcionario influyente. Rodríguez y Ossandón sostienen que, pese a que el tipo no exija literalmente el prevalimiento, se debe entender como un requisito del tipo”, en tanto de no concurrir sería una mera recomendación o sugerencia. Además, indican que esta posición restrictiva tendría como punto de apoyo la Ley de bases generales de la administración del Estado, en su artículo 64 inciso 2º, menciona que las conductas reñidas con el principio de probidad se refiere a “hacer valer indebidamente la posición funcionaria”⁶⁴. En sentido más amplio, Matus y Ramírez exigen que el autor

63 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2021), p. 502.

64 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2021), p. 504.

se valga de su “poder, autoridad, predominio o fuerza moral”⁶⁵, cuestión que apuntaría a una situación de hecho y que, según los autores, podría ocurrir incluso entre funcionarios de un mismo rango en distintas reparticiones, aunque no existan facultades en el cargo que pueda usar, sino que basta cierto poder de hecho que le permita ejercer fuerza moral sobre él⁶⁶.

4. Cuarta parte. Cohecho

I. Pretensión jurídica del Ministerio Público y posibles estrategias de defensa

Los hechos que según el Ministerio Público habrían ocurrido son previos a la modificación al delito de cohecho mediante la Ley N° 21.121 de noviembre de 2018. Dicha modificación es relevante, ya que en la redacción al momento de comisión de los hechos solo era punible la solicitud o aceptación de un beneficio económico, no como en la actualidad donde, además, son punibles los beneficios de naturaleza no económica.

En el momento de comisión de los hechos, el art. 248 bis disponía lo siguiente:

ART. 248 bis. El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, y además, con la pena de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporal en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.

Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación absoluta para cargo u oficio público, per-

65 MATUS RAMÍREZ (2021), p. 314.

66 MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 314.

petua, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente.

En relación a lo expuesto, se ha solicitado informar si los hechos de la formalización satisfacen los elementos del tipo penal “cohecho” y específicamente si estos pueden constituir o no un “beneficio económico” en los términos del art. 248 y siguientes del Código Penal. Desde ya se puede adelantar que la respuesta es negativa, en la medida que si bien es cierto aquello que se “solicita” constituye un “beneficio”, en ningún caso estos pueden catalogarse como apreciables en dinero. En este sentido, se recomienda centrar la defensa en tal línea, en la medida que cuenta con un sólido apoyo en nuestro ordenamiento jurídico-penal.

II. Aproximación general al delito de cohecho

En la doctrina nacional, es una posición más o menos asentada sostener que el delito de cohecho afecta de las condiciones que permiten el correcto desempeño de la función pública⁶⁷. Sin embargo, identificar tal cuestión no es suficientemente útil para distinguir a tal figura de otros delitos que también afectan dicho bien jurídico, como el fraude al fisco o la malversación de caudales públicos. Particularmente, lo que distingue al cohecho del resto de delitos contra la Administración pública es la particular modalidad de ataque o forma de agresión a dicho bien jurídico⁶⁸.

En tal sentido, el cohecho ha sido descrito como una forma de corrupción⁶⁹. Dicha estructura típica se caracteriza por la existencia de un mandante y un mandatario. El mandatario, en el desempeño de su función, debe actuar en favor de los intereses establecidos por su mandante, incluso con prescindencia de su interés personal. Dicha pauta ideal se vería afectada por la inclusión, por parte de un tercero, de algún tipo de ventaja personal para el mandatario, lo que potencialmente afectaría esta pauta de comportamiento

67 Por ejemplo, GARCÍA PALOMINOS (2019), p. 124, quien lo denomina correcto funcionamiento del aparato público; OLIVER (2004), p. 95; correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2008), pp. 330-331, correcto desempeño de la función pública; en un sentido similar, aunque con énfasis en la imparcialidad, BALMACEDA (2014), p. 632 y ARTAZA (2016), pp. 320-321; AGUILAR (2011), p. 69, se refiere a probidad administrativa. De forma diversa, LABATUT (1992), pp. 90, lo relaciona al “decoro, prestigio y correcta función pública”.

68 ARTAZA (2016), pp. 314-315.

69 ARTAZA (2016), pp. 316 y ss.; MAÑALICH (2018), pp. 96-100.

esperable. En este sentido, la corrupción ha sido descrita, metafóricamente, como la compraventa de un poder decisorio transferido al mandatario.⁷⁰ En tal sentido, la prestación del tercero —comprador— sería el beneficio, económico antes de diciembre de 2018, para obtener como contraprestación por parte del mandante —funcionario público— la “venta” de un acto funcional⁷¹. Dicha metáfora de la compraventa nos es útil solo para designar el tipo de relación que caracteriza a la corrupción, aunque obviamente no es necesario que se concrete dicha transacción, en tanto el cohecho pasivo es punible desde la solicitud de parte del funcionario, mientras que el cohecho activo lo es desde el ofrecimiento, en ambos casos sin necesidad de una respuesta, positiva o negativa, de su “contraparte”⁷².

Dicha descripción nos será útil para analizar si los hechos imputados cumplen los requisitos típicos del artículo 248 bis, ya que tienen la particularidad en que dos de los sujetos que participan en el relato son funcionarios públicos⁷³. Es importante señalar que se analizarán los hechos contenidos en la formalización de la investigación sin realizar cuestionamiento alguno respecto de su veracidad.

De acuerdo con los hechos consignados en la formulación de cargos (Hecho N°4) contra el imputado al señor I. E., este, en el ejercicio de sus funciones como ministro de la Corte de Apelaciones, habría solicitado un beneficio económico a un tercero —doña M. N., secretaria de la Corte de Apelaciones de Rancagua— consistente en que ella incluyera en una terna a doña C. M., cuyo vínculo con el Sr. E. no se hace explícito, a efectos de que esta última fuera posteriormente nombrada en un cargo al interior del Poder Judicial. Como ya mencionamos anteriormente, el cohecho es asimilable a un pacto ilícito. Entonces, el acto funcionario que operaría como contraprestación en este pacto es que el señor E. habría ofrecido, si se dieran las circunstancias,

70 Adhiere a tal posición, ARTAZA (2016), p. 317, nota al pie N°32. MAÑALICH (2018), pp. 100 y ss., con matices, en tanto sostiene que la metáfora sería más bien a una donación remuneratoria, ya que daría cuenta de forma más adecuada de modalidades en que el beneficio económico es una contraprestación por haber realizado algo.

71 La estructura del cohecho como un “pacto ilícito” cuyas prestaciones son “más o menos sinalagmáticas”, puede consultarse en HERNÁNDEZ (2017), p. 2.

72 Sobre el punto, HERNÁNDEZ (2017), pp. 2-3, quien hace referencia a que la contraprestación puede ser meramente potencial. En sentido similar, descartando que haya sido punible la aceptación de regalos sin actos funcionarios determinados, ETCHEBERRY (1997), p. 256.

73 Para LABATUT (1992), p. 92, al ser el cohecho activo un delito común, el sujeto activo puede ser también un funcionario público.

que “votaría por ella [doña C. M.] para el cargo de juez de la ciudad de San Fernando, una vez que se abriera el concurso respectivo”, lo que implicaría un acto con infracción a los deberes de su cargo.

Es importante resaltar que según la propia formalización, el beneficio solicitado solo consistiría en la inclusión en la terna, no implicando aquello que posteriormente la persona fuere nombrada en el cargo.

En relación al hecho N°6, relativo al señor M. V., se le imputa que, en su calidad de ministro de la Corte de Apelaciones, habría solicitado un beneficio económico al imputado R. L., quien también es funcionario del Poder Judicial, consistente en que tramitara, personalmente o mediante otros funcionarios públicos, la designación de doña K. V., quien es hija de M. V., en el cargo de consejero técnico. La contraprestación que V. habría ofrecido a R. L. es que este último sería nombrado como administrador, en calidad de titular, en el Juzgado de Letras y Garantía de Peumo. Según la formalización, R. habría aceptado este pacto ilícito, el cual habría ejecutado mediante ejercer influencia para que otra funcionaria gestionara los nombramientos de doña K. V. Por su parte, don M. V. habría cumplido lo ofrecido a R., quien fue nombrado en el cargo en cuestión.

Es importante recalcar que en ambos supuestos, el beneficio económico se presenta como una expectativa de acceder a un cargo, en tanto, en el primer supuesto, la inclusión en dicha terna no es condición suficiente, aunque sí necesaria, para obtener el cargo. En el segundo supuesto, dichos nombramientos debían ser realizados por la Corte de Apelaciones respectiva, sin que la supuesta influencia en algún otro funcionario asegurare el nombramiento.

Un análisis riguroso de los casos descritos supone, en primer lugar, determinar qué debe ser entendido por “beneficio” y, además, como los hechos son anteriores a la reforma del tipo penal el año 2018, se deberá atender especialmente al carácter económico de este. Así, y en primer lugar, un “beneficio” debe ser comprendido como una ventaja o mejora objetiva que no necesariamente es permanente de la situación económica, jurídica o personal del receptor del soborno o de un tercero⁷⁴.

74 DANNECKER (2017), m. 54; VASILIKOU (2016), p. 110.

En doctrina nacional, se ha entendido que el beneficio, para ser de carácter económico, debe ser pecuniario o patrimonial⁷⁵, esto es, deben ser apreciables en dinero⁷⁶. Por ello, se ha entendido que la entrega de una suma de dinero o una especie o cuerpo cierto constituyen beneficios económicos⁷⁷. También se consideran como tal aquellos que reducen el pasivo del funcionario, como la condonación de una deuda. En doctrina no hallamos supuestos de expectativas como beneficios económicos y a nivel jurisprudencial los casos suelen referirse a cantidades de dinero⁷⁸.

Rodríguez y Ossandón ofrecen una propuesta de delimitación más precisa que lo indicado anteriormente, en tanto sostienen que el beneficio económico puede no ser dinero “bastando con que sea reducible a un valor pecuniario”⁷⁹. En este sentido, puede que el beneficio no sea directamente una suma de dinero, pero debe poder determinarse como un valor económico, cuestión que no cumplirían las meras expectativas de asumir una posición laboral.

Dicho argumento, además, tiene cierto apoyo en el texto del artículo 248 bis, previo a la reforma de 2018, en tanto el marco de referencia para el cálculo de la pena de multa es el valor del beneficio solicitado u aceptado, de lo que se puede desprender que el legislador entiende que el carácter económico del beneficio implica que se pueda traducir en una cantidad de dinero. En este sentido, la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco:

Décimo Segundo: Que de la lectura del considerando décimo segundo de la sentencia recurrida se puede colegir que los sentenciadores hacen un detenido análisis de la prueba rendida, señalando que era necesario precisar con exactitud el quantum del beneficio patrimonial, ya que éste no solo es esencial para configurar el tipo penal de cohecho, sino también para establecer la penalidad del agente, teniendo presente que en el caso del ilícito en referencia, el legislador ha establecido una pena compuesta por una corporal y una multa

75 AGUILAR (2011), p. 72; BALMACEDA (2014), p. 633; OLIVER (2004), p. 97.

76 HERNÁNDEZ (2019), p. 190.

77 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2008), p. 334. OLIVER (2004), p. 98, usa el ejemplo de entradas a eventos.

78 Como muestra, Excm. Corte Suprema: rol 2996-2017, de 28 de marzo de 2017; rol 92.878-2016 de 29 de diciembre de 2016; rol 45.630-2017 de 27 de febrero de 2018; rol 21.095-2019 de 13 de septiembre de 2019, todas sobre beneficios económicos en dinero o especies.

79 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2008), p. 334.

del “tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado”, que se debe calcular teniendo como base el monto del beneficio obtenido con el ilícito, de lo que habrá que concluir, como lo hizo el A Quo, que no contando con la información del quantum, no es posible determinar, al menos, esta parte de la pena compuesta⁸⁰.

En nuestro medio, la situación de las promesas y oportunidades laborales como eventual beneficio económico ha sido abordada por Hernández. El autor parece sostener, sin ser tajante en el punto, que dichas situaciones solo serían punibles con posterioridad a la reforma de 2018, en tanto “la inclusión [por la reforma de 2018] de un beneficio de otra naturaleza, al margen de las enormes dudas sobre sus límites precisos, obliga a incluir como beneficio al menos los honores y oportunidades laborales”⁸¹.

III. Conclusión

De lo anterior se desprende que los hechos analizados no satisfacen los requisitos del tipo penal, en la medida que en el primero de estos el beneficio solicitado para infringir las labores del cargo habría sido el de “incluir a un sujeto en una terna”, lo que no puede ser apreciable en dinero, esto es, reconducido a un valor pecuniario. Lo mismo sucede con el segundo hecho, ya que el supuesto beneficio solicitado es el de “tramitar” un nombramiento —no de nombrar directamente— lo que tampoco puede ser reconducible directamente a un valor pecuniario. Es necesario que la defensa evidencie expresamente la confusión en la que cae el Ministerio Público al hacer equivalentes el “tramitar” un nombramiento al de otorgar un puesto de trabajo.

Para reforzar lo anterior se debe señalar que si los hechos hubieran ocurrido con posterioridad a la reforma se cumplirían los requisitos del tipo penal, en la medida que tanto el ser incluido en una terna, como el hecho de que un funcionario tramite directa o a través de otros funcionarios un nombramiento, puede ser considerado como un “beneficio”, ya que se trata, en definitiva, de un mejoramiento objetivo de la situación personal de un sujeto. Con todo, lo que no resulta correcto es decir que tal beneficio puede ser entendido —directa e inmediatamente— como un mejoramiento de la situación económica

80 Corte de Apelaciones de Temuco, Causa n° 1176/2016, de 12 de Diciembre de 2016

81 HERNÁNDEZ (2019), p. 190.

de una persona, ya que en el peor de los casos, tal mejoramiento siempre dependió de una condición muy diversa, a saber, el de que en definitiva se procediera a tal nombramiento.

5. Quinta parte. Enriquecimiento injustificado

I. Aspectos básicos del tipo penal

Sobre dicho relato fáctico, se ha solicitado informar si las conductas atribuidas a los imputados cumplen los requisitos del tipo penal y, en particular, sobre el significado de la expresión “relevante e injustificado”, así como a las exigencias probatorias que debería cumplir el Ministerio Público. Es importante remarcar que solo se ofrecerá una propuesta de delimitación de la conducta típica, por lo que no se abordarán temas relativos a la pertinencia política criminal del tipo penal, ni de su eventual inconstitucionalidad.

El tipo ha sido descrito en nuestro medio como “la incapacidad de demostrar satisfactoriamente el origen lícito de una situación patrimonial sospechosa”⁸². Se ha sostenido que es un tipo residual que englobaría toda forma de enriquecimiento que no esté específicamente tipificada.

Así, en forma expresa la Excma. Corte Suprema:

En efecto, de los contornos concretos que ha asumido la figura en el derecho chileno se puede concluir que se trata de un tipo penal que abarca toda forma de enriquecimiento ilícito que no se encuentra especialmente tipificado en la ley, teniendo un carácter eminentemente residual. Lo anterior se corrobora con la historia fidedigna del establecimiento de la ley (Historia de la Ley N° 20.088, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, páginas 281, 282, 357 y 371) y, fundamentalmente, con el inciso segundo del mismo precepto que dispone a la letra que: “no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno

82 HERNÁNDEZ (2006), p. 184.

de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito”. Por su parte, la doctrina ha establecido que en los casos en que sí pueda acreditarse el origen ilícito del incremento patrimonial, recibirá aplicación preferente el delito específicamente cometido (H.H.B.: “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho Penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, tomo XXVII, segundo semestre, año dos mil seis, página 215)⁸³.

El tipo penal se configura como un delito de resultado⁸⁴, siendo esta la situación de incremento patrimonial del funcionario. Dicha situación se debería acreditar mediante una prueba contable que compare el patrimonio del funcionario al asumir el cargo y otra al momento en que se atribuye la comisión del delito⁸⁵.

El tipo penal no se satisface con cualquier enriquecimiento. En primer lugar, este debe ser relevante. La relevancia en nuestro ordenamiento jurídico-penal supone cierta “significancia” o “importancia”, la que debe ser siempre valorada de acuerdo con la posición y función que cumplía el funcionario, así como a la magnitud del hecho como para afectar los intereses tutelados. Así, no puede ser considerado relevante un enriquecimiento —aun injustificado— que por su menor valor resulte insignificante desde parámetros normativo-sociales. Para tales efectos, se debe considerar la forma como se ha interpretado este término “relevante” a propósito de los delitos sexuales y los delitos de maltrato, en donde se ha reconocido su utilidad para diferenciar supuestos típicos de atípicos en atención a la menor importancia de la conducta de cara a la protección de los intereses tutelados por los respectivos tipos penales⁸⁶. Con todo, se debe reconocer la inconveniencia de basar la defensa en tal circunstancia, en la medida que se trata de un elemento sumamente indeterminado que a lo más resulta útil para descartar situaciones sumamente evidentes, resultando inadecuado frente a casos como el analizado. Por lo mismo, parece razonable ahondar en el segundo requisito del enriquecimiento típico, a saber, el carácter injustificado de este.

83 Corte Suprema, 7 de Abril de 2009, Rol de Ingreso: 2843/2008.

84 HERNÁNDEZ (2006), p. 200; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 299.

85 MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 299.

86 Respecto a la función de la vox “relevante” a propósito de los delitos de maltrato y sexuales, RECA-BARREN (2019), pp. 89 y ss.

El carácter injustificado del enriquecimiento implica que aquel no pueda explicarse por los ingresos que el funcionario pueda haber percibido debido al ejercicio del cargo específico que cumplió, junto con otros de carácter lícito, como rentas, inversiones, herencias, entre otras⁸⁷.

La doctrina es conteste en que la carga de la prueba del carácter injustificado del enriquecimiento, tal como lo señala el inciso segundo de la disposición, es del Ministerio Público⁸⁸. Con todo, hay ciertas diferencias en la doctrina respecto de qué es lo que el Ministerio Público debe probar. Como primer punto, deben rechazarse interpretaciones que sostengan que basta con que el persecutor pruebe la existencia del enriquecimiento, debiendo la defensa probar la existencia de una justificación. Dicha interpretación apunta a tratar al carácter justificado de la conducta como si fuera una eximente de responsabilidad, exigiendo algún tipo de actividad probatoria de quien la alega, en este caso la defensa. Es importante hacer presente que el carácter injustificado del enriquecimiento es un requisito del tipo penal, por lo que debe ser probado por el persecutor⁸⁹.

Sobre la manera de interpretar el carácter injustificado, Matus y Ramírez plantean dos alternativas: la primera, y más obvia, supone la prueba propiamente tal del carácter ilícito del enriquecimiento; una segunda, es probar toda fuente de los ingresos lícitos en el periodo, de forma tal que se pueda descartar que el resto de los ingresos sean lícitos⁹⁰.

Hernández sostiene una posición restrictiva sobre la actividad que debe realizar el Ministerio Público. El autor considera que se debe probar positivamente el carácter ilícito de los ingresos, en tanto comprende que la inferencia que describimos en el párrafo anterior, por ser demasiado amplia, supondría, en los hechos, traspasar la carga de la prueba al imputado, quien tendría que defenderse de dicha inferencia amplísima⁹¹.

87 MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 299.

88 MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 299; RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2021), p. 516-517; HERNÁNDEZ (2006), pp. 211 y ss.

89 Sobre el punto, HERNÁNDEZ (2006), pp. 200-201.

90 MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 299.

91 HERNÁNDEZ (2006), pp. 214-215.

II. Conclusión

Que el tipo penal contenga la exigencia de que el enriquecimiento sea injustificado supone que el Ministerio Público entregue información positiva respecto a la procedencia de estos y su eventual vinculación con su carácter ilícito. Con todo, cualquier explicación que se pueda otorgar por parte de la defensa respecto al origen de tales bienes podría facilitar que se desvirtúe absolutamente la pretensión jurídica del Ministerio Público.

Por otra parte, se debe recordar que este es un tipo residual contenido en los “delitos cometidos por funcionarios”, por tanto, no cualquier procedencia injustificada de recursos — por ejemplo, cobro de deudas no registradas o similares— satisfacen el tipo penal, sino solo aquella vinculada con la comisión de los delitos regulados en el Título Quinto del Libro II del Código Penal.

Bibliografía

AGUILAR, Cristián (2011): *Delitos contra la probidad administrativa. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Metropolitana).

ARTAZA, Osvaldo (2016): “La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho”, en: *Política Criminal* (Vol 11 N°21), pp. 307-339.

BALMACEDA, Gustavo (2004): *Manual de Derecho Penal. Parte general* (Santiago, Librotecnia).

CASARINO, Mario (2005): *Manual de Derecho Procesal Civil, 6ª ed.* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile), pp. 24-25.

DANNECKER, Gerhard, 2017: “StGB § 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr”, en Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann y Hans-Ulrich Paeffgen (editores), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, (5. Auflage)*, (Nomos, edición digital, Rn. 1-157).

ETCHEBERRY, Alfredo (1997): *Derecho Penal. Parte especial, 3ª ed.* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), T. IV.

GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo (2019): *(In)compatibilidad del financiamiento ilegal de la actividad parlamentaria con el delito de cohecho (art. 248 y ss. CP)*, en: *Política Criminal* (Vol. 14 N°27), pp. 122-172.

GARRIDO, Mario (2003): *Derecho Penal. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. II.

GARRIDO, Mario (2010): *Derecho Penal. Parte especial, 4ª ed.* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) t. III.

HERNÁNDEZ, Héctor (2006): “El delito de enriquecimiento ilícito en el derecho penal chileno”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (N° XXVII).

HERNÁNDEZ, Héctor (2016). “Sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en: CÁRDENAS, Claudia; FERDMAN, Jorge (coords.), *El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (Santiago: Editorial Thomson Reuters), pp. 149-188.

HERNÁNDEZ, Héctor (2017): *La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación en el delito de cohecho*. Disponible en: <http://www.laleyaldia.cl/wp-content/uploads/2017/11/Doctrina-La-inconveniente-exigencia.pdf> [última consulta: 06/04/2022].

HERNÁNDEZ, Héctor (2019): “Art. 287 bis y 287 ter” en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (dir.), *Código Penal Comentado. Parte especial. Libro II. Título VI. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Abeledo Perrot – Legal Publishing), pp. 182-195.

HERNÁNDEZ, Héctor: “Art. 1º”, en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (Dir.), *Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Abeledo Perrot – Legal Publishing), pp. 7-104.

HORVITZ, M. Inés; LÓPEZ, Julián (2004): *Derecho procesal penal chileno* (Santiago, Ed. Jurídica), t. II.

LABATUT, Gustavo (1992): *Derecho Penal, tomo II, 7ª ed. actualizada por Julio Zenteno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

MAÑALICH, Juan Pablo (2011): *Error de tipo y error de prohibición en los delitos contra la autodeterminación sexual*. Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/5593.pdf> [Fecha consulta: 23 de marzo de 2022].

MAÑALICH, Juan Pablo (2015): “La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación”, en: *Revista de Estudios de la Justicia* (Nº23), pp. 93-105.

MAÑALICH, Juan Pablo (2018): *El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria*, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Nº 51).

MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2021): *Manual de Derecho penal chileno. Parte general, 2ª ed.* (Valencia, Tirant lo Blanch).

MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2021): *Manual de Derecho Penal chileno. Parte especial, 4ª ed.* (Valencia, Tirant lo Blanch).

OLIVER, Guillermo (2004): *Aproximación al delito de cohecho*, en: *Revista de Estudios de la Justicia* (Nº 5), pp. 83-115.

ORELLANA, Fernando (2005): *Manual de Derecho procesal. Derecho procesal civil, 6ta. ed.* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile), t. III.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general, 2ª ed.* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

RAGUES, Ramón (2004): *Consideraciones sobre la prueba del dolo*, en: *Revista de Estudios de la Justicia* (Nº4), pp. 13-26.

RECABARREN, Fernanda (2019): *Análisis de la ley n° 21.013 por la que se tipifica, aumenta y extiende la protección dada por el ordenamiento a personas consideradas especialmente vulnerables, con énfasis en los nuevos delitos de maltrato corporal y trato degradante cometidos contra personas en situación de discapacidad, menores de edad y adultos mayores*, Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponible en web: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/173244/Análisis-de-la-ley-21.013-por-la-que-se-tipifica--aumenta-extiende-la-proteccion-dada.pdf?sequence=1>

RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2021): *Delitos contra la función pública, 3ª ed.* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

RODRÍGUEZ, Luis; OSSANDÓN, María Magdalena (2008): *Delitos Contra la Función Pública, 2ª ed.* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ROJAS, Luis Emilio (2021): "Sobre el contenido de injusto de la prevaricación judicial", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 48 Nº 2), pp. 53-78.

STOEHREL, Carlos (2010): *De las disposiciones comunes a todo proceso* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 6ta. ed. revisada y actualizada por Davor Harasic).

VÁQUEZ, JOSÉ IGNACIO (2015): *El control de constitucionalidad de los auto acordados dictados por la Corte Suprema* (*Revista de Derecho Público*, núm. 72).

VASILIKOU, Thea (2016): *Zuwendungen im geschäftlichen (Verkehr, Nomos)*.

WILENMANN, Javier (2011): "La administración de justicia como bien jurídico", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*" (Vol. 36 Nº1), pp. 531-573.

INFORMES EN DERECHO

VI. Informe sobre nueva Ley de Delitos Económicos (Ley 21.595)

Prof. Gonzalo Medina Schultz

El presente informe forma parte del material complementario de la capacitación sobre la nueva Ley de Delitos Económicos, brindada a la a la Defensoría Penal Pública el 11 de octubre de 2023.

I. Introducción

Con fecha 17 de agosto de 2023 entró en vigencia la Ley N° 21.595 de delitos económicos, e introduce esencialmente 5 modificaciones importantes:

- Determinación de catálogo de delitos económicos.
- Bajo ciertos criterios son aplicables a personas naturales, y siempre originan responsabilidad de la persona jurídica.
- Sistema de determinación de la pena y penas sustitutivas para personas naturales.
- Comiso de ganancias.
- Modificación e introducción de nuevos delitos.
- Modificaciones a la ley de responsabilidad penal de personas jurídicas.

A continuación, se revisan los principales aspectos de esta normativa.

II. Categorías de delito

La ley establece 4 categorías de delitos económicos, a saber:

1. Delitos considerados siempre como económicos por su naturaleza. Ej.: mercado de valores y CMF, libre competencia, sociedades anónimas, cohecho entre particulares.

2. Delitos que regulan la actividad económica. Ej.: delitos informáticos, delitos imprudentes contra la vida y la salud de las personas, delitos medioambientales, delitos tributarios, estafa, administración desleal, ley de propiedad intelectual.

3. Delitos de sujetos calificados. Ej.: falsificación de instrumento público, cohecho de funcionario público, malversación de caudales públicos.

4. Receptación y lavado de activos. En aquellos casos en el delito base además de estar contemplados en el tipo penal de receptación y en el art. 27 de la Ley de Lavado de Activos respectivamente, sea un delito económico contemplado en las categorías anteriores, o cuando el lavado de activos se comete como delito económico.

La primera categoría establece los delitos siempre calificables como económicos, esto es, aquellos que en todo caso se tratan como económicos, con independencia de los requisitos exigidos para las otras categorías de delitos susceptibles de ser calificados como económicos.

En cuanto a la extensa segunda categoría, ella pretende abarcar la mayoría de disposiciones penales que pueden ocurrir en las diversas formas de actividad económica. Su calificación como económicos depende, que el delito se haya cometido en el desempeño de un cargo, función o posición en una empresa; o en beneficio económico o de otra naturaleza para una empresa. La regulación no define expresamente el concepto de empresa. Esta fue una decisión expresa y no son aplicables conceptos establecidos en otros sectores del ordenamiento jurídico, como el laboral que en el artículo 3 del Código del Trabajo define la empresa, pero expresamente declara que solo para efectos de legislación laboral y de seguridad social. En principio, podría entenderse que los fines de lucro podrían ser una forma de caracterizar a la

empresa, pero ello no es un criterio que deba considerarse como decisivo, pues en grupos empresariales pueden convivir entidades con y sin fines de lucro, que en operaciones económicas intervengan de distinta forma, como por ejemplo fundaciones que entreguen donaciones, estando vinculadas a empresas que pretendan algún beneficio de ello.

Por lo anterior, no resulta conveniente cerrar una definición legal, sino que parece ser más apropiado dejar a tribunales la determinación en el contexto concreto de cada caso.

La tercera categoría se refiere a delitos con autor cualificado, en que interviene un tercero ajeno a la empresa. La disposición requiere que en la perpetración del hecho hubiere intervenido, en alguna de las formas previstas en los artículos 15 o 16 del Código Penal, alguien en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o cuando el hecho fuere perpetrado en beneficio económico o de otra naturaleza para una empresa.

La referencia a los artículos 15 y 16 del Código Penal pretende evitar una discusión sobre el contenido de la regulación general de autoría y participación en el Código Penal, pues, al hacer referencia a las disposiciones legales pertinentes, no parece relevante la clasificación conceptual de las diversas formas de intervención punible contempladas en esas normas.

Finalmente, se contempla una cuarta categoría referida al delito de receptación y al de lavado de activos, en aquellos casos en que los bienes provengan de un delito catalogable como económico, o bien, que los delitos de receptación o de lavado se perpetren concurriendo los requisitos para ser considerado como económico, esto es, el contexto empresarial y los requisitos adicionales de las categorías 2, 3 y 4 que ahora se revisan:

- Se requiere en primer lugar una condición subjetiva, consistente en que las personas penalmente responsables conforme a las reglas generales hayan tenido además conocimiento, al momento de la comisión del hecho, de la concurrencia de las circunstancias a que se refieren los artículos 2º, 3º o 4º, o sea, de los hechos que fundamentan la conexión relevante con una empresa.
- En segundo lugar, una condición objetiva, consistente en que se trate de una empresa mediana o de una gran empresa, conforme a

los criterios del artículo segundo de la Ley 20.416, debiendo tenerse en cuenta que si la entidad es parte de un grupo de empresas, se considera el tamaño del grupo completo.

Que sean considerados económicos trae consigo una serie de consecuencias para las personas naturales que pueden verse involucradas en la eventual comisión de alguno de los delitos.

De especial relevancia resulta la consideración del artículo 5° de la ley de delitos económicos, en cuanto a la operación del principio de ne bis in idem en la ley de delitos económicos. Dicha disposición indica que:

Artículo 5.- Doble consideración de circunstancias. La concurrencia de cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 2, 3 y 4 producirá el efecto de que se considere el hecho respectivo como delito económico, aunque la ley que lo prevé la haya expresado al describirlo y penarlo, o aunque sea de tal manera inherente al delito que sin su concurrencia no pueda cometerse.

Si bien una primera lectura podría indicar que esta norma tiene conflictos con la regla de prohibición de doble valoración, ello requiere de algunas precisiones. En primer lugar, el estatuto completo de delitos económicos constituye una agrupación de hechos delictivos con la concurrencia de ciertos rasgos especiales, los nexos de conexión que convierten a un delito en económico, no puede estimarse en si la consideración de un delito como económico sin más una forma de agravación de responsabilidad, sino solo el sometimiento a una serie de reglas especiales, que pueden resultar más o menos gravosas que el régimen común aplicable al responsable de un delito. Así, por ejemplo, el sistema de días multa puede ser más beneficioso que el sistema general de multas y existen atenuantes no existentes en sistema general que pueden beneficiar a un condenado. Establecido eso, la prohibición de doble valoración subsiste en ciertos casos, como por ejemplo la agravante muy calificada por perjuicio del artículo 16 2ª a) de la ley de delitos económicos, cuando el perjuicio supere las 40.000 UTM no puede ser aplicada en los casos en que para la graduación de la pena se tome el mismo criterio en consideración, como lo prevé el inciso final del artículo 467 en materia de delitos patrimoniales. Lo anterior sin perjuicio de considerar la concurrencia de la agravante muy calificada para efectos del régimen de pena sustitutiva.

En el mismo sentido, el delito del artículo 134 de la ley de sociedades anónimas puede ser cometido por directores, gerentes, administradores o ejecutivos principales, puede darse un caso de identidad formal entre el elemento de autoría descrito por el tipo penal con la agravante muy calificada del artículo 16 1ª a) de la ley de delitos económicos, caso en el cual la agravante muy calificada no tendría efecto en la determinación de la entidad de la sanción penal, pero se reitera que ha de considerarse para efectos del régimen de penas sustitutivas.

De ese modo, se puede apreciar que ha de distinguirse a efectos de la prohibición de doble valoración, la mera adscripción al régimen de delitos económicos de un caso concreto, de las reglas de aplicación de *ne bis in idem* en respecto de circunstancia de los delitos y posibles modificatorias de responsabilidad.

III. Nuevo sistema de establecimiento de penas para personas naturales

La ley consagra nuevas reglas para establecer las penas concretas aplicables a las personas responsables de delitos económicos. Esto significa que, si bien los delitos tienen asignado legalmente un marco punitivo abstracto, (por ejemplo, presidio menor en su grado medio, de 541 días a 3 años de privación de libertad), para la determinación de la pena en el caso concreto, el juez deberá considerar para cada persona, circunstancias atenuantes y agravantes especiales, según las reglas que a continuación se exponen:

1. Atenuantes y agravantes

La ley formula, para los delitos económicos, una serie de circunstancias específicas para atenuar o agravar la pena concreta. De esa forma, las atenuantes y agravantes del Código Penal genéricas para todo delito no son aplicables, sino que son las aquellas especiales de la ley. Tanto nuevas atenuantes como agravantes pueden ser simples o calificadas.

Es menester aclarar que, en el caso de las atenuantes y agravantes, estas están fundadas en la idea de mayor reproche de culpabilidad o mayor entidad del daño. En ambos casos, existen disposiciones que contemplan diversas hipótesis de configuración de la atenuante o agravantes, sea simple

o calificada. Lo relevante, es tener en cuenta que solo se puede configurar una atenuante y una agravante (simple o calificada) por culpabilidad y una sola por daño. De esa forma, la concurrencia de varios supuestos que dan lugar, por ejemplo, a la atenuante simple de culpabilidad disminuida, solo dan lugar a afirmar la existencia de una única atenuante simple de culpabilidad disminuida.

Así, si el autor no busca obtener provecho económico del delito y estando en una posición superior o intermedia solo se limita a omitir la realización de una acción que habría impedido el delito, para efectos de determinación de pena, cuenta solo con la atenuante simple de culpabilidad disminuida y no con dos atenuantes de esa clase.

A continuación, se indican las circunstancias:

a) Atenuantes simples

Como se indicó las nuevas atenuantes puede ser simples o calificadas. Las nuevas atenuantes simples están en el artículo 13 de la ley:

Artículo 13.- Atenuantes. Son circunstancias atenuantes de un delito económico las siguientes:

1.a La culpabilidad disminuida del condenado, establecida siempre que concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

a) El condenado no buscó obtener provecho económico de la perpetración del hecho para sí o para un tercero.

b) El condenado, estando en una posición intermedia o superior al interior de una organización, se limitó a omitir la realización de alguna acción que habría impedido la perpetración del delito, sin favorecerla directamente.

2.a Que el hecho haya ocasionado un perjuicio limitado. Se entenderá que ello tiene lugar cuando el perjuicio total supere las 40 unidades tributarias mensuales y no pase de 400, sin que se aplique lo dispuesto en el literal b) de la circunstancia 2.a del artículo 16.

En las atenuantes simples, existen dos supuestos de configuración de la atenuante: Por un lado, alguna de las 2 hipótesis de culpabilidad disminuida; o bien, la única hipótesis de perjuicio limitado.

Aquí cabe hacer mención a dos aspectos significativos. El primero es que la estructura de la atenuante de culpabilidad disminuida da cuenta de que se trata de hipótesis múltiples de configuración de la atenuante. A modo ejemplar, si el condenado no busco provechó y se limitó a omitir alguna acción que hubiese impedido la perpetración del delito, solo se configurará una atenuante simple por culpabilidad disminuida y no dos, pues la concurrencia de una o más de estas hipótesis de atenuante por culpabilidad significarán la concesión de una circunstancia atenuante.

Particular relevancia tiene la nueva atenuante de la letra b) del número 1 del artículo 13, que se refiere a la responsabilidad atenuada de aquel que, sin favorecer directamente la perpetración del delito, no realice alguna acción que hubiere impedido la comisión de éste.

Claramente se trata de una regla que resuelve la consecuencia penológica del tratamiento de la omisión frente a la conducta activa. Con todo, esta cláusula de atenuación de responsabilidad debe ser entendida con todos los componentes propios de la responsabilidad por omisión impropia, esto es, exigiendo entre sus elementos la concurrencia de un deber jurídico de actuación en el caso concreto, respecto del sujeto al que se le reprocha penalmente su inactividad, lo que suele ser tratado en la doctrina bajo el concepto de posición de garante. Por cierto, en ese elemento no se agotan las exigencias de una omisión impropia, sino que requiere la comprobación de los restantes elementos, tales como la posibilidad fáctica y normativa de realizar la acción salvadora, y la construcción de una cuasi causalidad entre inactividad y resultado.

b) Atenuantes muy calificadas

Artículo 14.- Atenuantes muy calificadas. Son circunstancias atenuantes muy calificadas de un delito económico las siguientes:

1.a La culpabilidad muy disminuida del condenado, establecida siempre que concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) El condenado actuó en interés de personas necesitadas o por necesidad personal apremiante.
- b) El condenado tomó oportuna y voluntariamente medidas orientadas a prevenir o mitigar sustancialmente la generación de daños a la víctima o a terceros.

c) El condenado actuó bajo presión y en una situación de subordinación al interior de una organización.

d) El condenado actuó en una situación de subordinación y con conocimiento limitado de la ilicitud de su actuar.

2.a Que el hecho haya tenido una cuantía de bagatela. Se entenderá especialmente que ello es así, cuando:

a) El perjuicio total irrogado no supere 40 unidades tributarias mensuales.

b) Concurra cualquiera de las causales atenuantes señaladas en el inciso primero del artículo 111 del Código Tributario, respecto de delitos económicos que constituyan infracción a las normas tributarias.

En el mismo sentido de la regulación de las atenuantes simples, las atenuantes calificadas se estructuran bajo las hipótesis de culpabilidad muy disminuida y de menor daño en caso de delitos de bagatela, según el monto de perjuicio producido, además de la regla especial del inciso primero del artículo 111 del Código Tributario que se refiere a los casos en que el hecho punible no haya acarreado perjuicio al interés fiscal, como también el haberse pagado el impuesto debido, sus intereses y sanciones pecuniarias.

La primera circunstancia de atenuación muy calificada que merece dedicar aquí algunas palabras es la de la letra a). Se trata de una forma de estado de necesidad imperfecto, que requiere en primer lugar la concurrencia respecto del autor de una situación de necesidad, que el autor o terceros hayan estado en peligro de sufrir daños a los que se opone la perpetración del delito. Se requiere esencialmente la fundamentación subjetiva, en cuanto a que el autor razonablemente se haya representado la situación de necesidad concurrente, pues se trata de una atenuación de responsabilidad por un déficit de culpabilidad del autor, no de una justificante de la conducta, a diferencia de los test de proporcionalidad exigidos por el estado de necesidad como se encuentra regulado en el Código Penal.

En el mismo sentido, la acción típica realizada por el autor, debe haber sido considerada como idónea para el autor a fin de precaver los daños evitados por medio de la comisión del delito, tratándose de una situación apremiante, que ha de ser entendida en términos de la subsistencia económica del potencial afectado, de no media la realización de la acción típica.

En cuanto a la atenuante de la letra b), referida a los casos en que el condenado adoptó oportuna y voluntariamente medidas orientadas a

prevenir o mitigar sustancialmente los daños a víctimas o terceros. Esta norma recoge en parte la clásica idea de la reparación celosa del mal causado, con una terminología más moderna y acorde al fenómeno de la criminalidad corporativa.

En tal sentido, hay dos cuestiones que la ley no resuelve de manera expresa, pero que son determinantes para la afirmación de la concurrencia de esta circunstancia atenuante muy calificada. Una, es la cuestión de la oportunidad, y la otra, el rasgo de sustancial de la prestación efectuada por el autor. Ambas cuestiones deben ser leídas de manera conjunta e interpretadas teleológicamente, de tal forma que la verificación del supuesto de procedencia de la atenuante muy calificada debe estar orientado a una subsanación relevante respecto del objeto material del delito y la entidad del resultado producido, cuestión que debe ser determinada bajo criterios de proporcionalidad, con base en las particularidades de cada caso concreto.

Entre las atenuantes muy calificadas, cobra especial relevancia dogmática la de la letra d) de la circunstancia 1ª del artículo 14, que aborda un problema tradicional y propio de las actuaciones en contextos empresariales, esto es, el conocimiento parcial del injusto de la conducta realizada por el autor, pues la disposición exige adicionalmente que el sujeto se encuentre en una posición de subordinación.

Por esta vía, encuentra entre nosotros lugar la discusión sobre el efecto de error de prohibición, en el sentido de entender que la norma de atenuación propuesta está destinada a recoger los casos de error vencible, mientras que el error invencible debería tratarse como una causa de ausencia de responsabilidad penal.

c) Agravantes simples

Artículo 15.- Agravantes. Son circunstancias agravantes de un delito económico las siguientes:

1.a La culpabilidad elevada del condenado, establecida siempre que concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

a) El condenado participó activamente en una posición intermedia en la organización en la que se perpetró el delito. En el caso de organizaciones privadas o de empresas o universidades del Estado, se entenderá que el

condenado se encuentra en una posición intermedia cuando ejerce un poder relevante de mando sobre otros en la organización, sin estar en una posición jerárquica superior. Este supuesto no será aplicable tratándose de medianas empresas conforme al artículo segundo de la ley N° 20.416. Tratándose de órganos del Estado, se entenderá que el condenado se encuentra en una posición intermedia cuando ejerce un poder relevante de mando sobre otros en la organización, sin estar en alguna de las situaciones previstas en el número 1° del artículo 251 quinquies del Código Penal, aunque no haya sido condenado por alguno de los delitos allí mencionados.

b) El condenado ejerció abusivamente autoridad o poder al perpetrar el hecho.

c) El condenado había sido sancionado anteriormente por perpetrar un delito económico.

d) El condenado por delito económico constitutivo de infracción a las normas tributarias se encuentra en cualquiera de las situaciones señaladas por los incisos segundo y tercero del artículo 111 del Código Tributario.

2.a Que el hecho haya ocasionado un perjuicio o reportado un beneficio relevante. Se entenderá que ello tiene lugar cuando el perjuicio o beneficio agregado total supere las 400 unidades tributarias mensuales y no supere las 40.000, sin que se aplique alguno de los casos de la circunstancia 2.a del artículo 16.

En el caso de las agravantes simples, el mayor reproche de culpabilidad esta dado en primer lugar por la participación en el delito ostentando una posición jerárquica intermedia, en los términos que lo define la misma disposición y que restringe la aplicación de esta agravante a las grandes empresas únicamente. Como se verá, ello es complementario del primer caso de agravante muy calificada, referido a la posición jerárquica superior.

El otro supuesto que requiere una mención especial es la circunstancia de reincidencia como agravante simple, la cual es una reincidencia específica, por cuanto solo se configura por una condena previa por un delito que conforme a la reglas generales de la ley haya sido catalogado como económico en la condena, con lo cual se restringe significativamente el alcance de la reincidencia en el contexto de criminalidad corporativa.

Nuevamente hay una referencia especial a la fundamentación de un mayor reproche penal en el marco de la comisión de delitos tributarios, por medio

de la consideración de las agravantes de los incisos 2° y 3° del artículo 111 del Código Tributario, como una hipótesis más que permite la afirmación de la circunstancia agravante simple de culpabilidad elevada. Esos supuestos de agravantes son que se haya utilizado, para la comisión del hecho punible, asesoría tributaria, documentación falsa, fraudulenta o adulterada, o se haya concertado con otros para realizarlo. Igualmente constituirá circunstancia agravante de responsabilidad penal en materia tributaria, que el autor, teniendo la calidad de productor, no haya emitido facturas, facilitando de este modo la evasión tributaria de otros contribuyentes.

d) Agravantes calificadas

Artículo 16.- Agravantes muy calificadas. Son circunstancias agravantes muy calificadas de un delito económico las siguientes:

1.a La culpabilidad muy elevada del condenado, establecida siempre que concorra cualquiera de los siguientes supuestos:

a) El condenado participó activamente en una posición jerárquica superior en la organización en la que se perpetró el delito. Tratándose de organizaciones privadas o de empresas o universidades del Estado, se entenderá que el condenado se encuentra en una posición jerárquica superior en la organización cuando ejerza como gerente general o miembro del órgano superior de administración, o como jefe de una unidad o división, sólo subordinado al órgano superior de administración, así como cuando ejerza como director, socio administrador o accionista o socio con poder de influir en la administración. En el caso de los delitos a los que se refiere el artículo 1, esta agravante sólo será aplicable respecto de quienes intervinieren en el hecho en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa cuyos ingresos anuales sean iguales o superiores a los de una mediana empresa conforme al artículo segundo de la ley No 20.416, o cuando lo fuere en beneficio económico o de otra naturaleza de una empresa que tenga esa condición. Tratándose de organizaciones públicas, se entenderá que el condenado se encuentra en una posición jerárquica superior cuando se encontrare en alguna de las situaciones previstas en el número 1o del artículo 251 quinquies del Código Penal, aunque no haya sido condenado por alguno de los delitos allí mencionados.

b) El condenado ejerció presión sobre sus subordinados en la organización para que colaboraran en la perpetración del delito.

2.a Que el hecho haya ocasionado un perjuicio muy elevado. Se entenderá que ello tiene lugar en las siguientes circunstancias:

- a) Cuando el hecho haya ocasionado perjuicio a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que en total supere las 40.000 unidades tributarias mensuales, o haya reportado un beneficio de esta cuantía.
- b) Cuando el hecho haya afectado el suministro de bienes de primera necesidad o de consumo masivo.
- c) Cuando el hecho haya afectado abusivamente a individuos que pertenecen a un grupo vulnerable.
- d) Cuando concurrieren las circunstancias previstas en el número 2º del artículo 251 quinquies o en el artículo 260 ter del Código Penal.

En cuanto a las circunstancias agravantes muy calificadas, se presentan diversas hipótesis tanto por culpabilidad muy elevada, como por perjuicio muy elevado. A la primera categoría pertenece que el autor haya participado activamente en la perpetración del delito, teniendo una posición jerárquica superior en la empresa, en los términos que se define en la propia disposición y que solo aplica en el caso de los delitos considerados siempre como económicos, cuando se trate de una mediana o gran empresa.

En cuanto al perjuicio muy elevado, más allá de criterio de entidad económica del perjuicio o beneficio reportado, la disposición contempla también algunos supuestos de hecho que permiten afirmar el perjuicio muy elevado.

Así, por ejemplo, la afectación del suministro de bienes de primera necesidad o consumo masivo da cuenta de que ciertos objetos del delito perpetrado son razón suficiente para una agravante muy calificada por perjuicio.

La calidad de las víctimas afectadas puede constituir también un caso de perjuicio muy elevado, en la afirmación de la afectación de un colectivo que puede ser calificado como grupo vulnerable, cuestión que la ley no ha definido y será objeto de debate en sede judicial. Los criterios para establecer la idea de grupo vulnerable deberían pasar por una determinación en el caso concreto, más que por un listado de grupos que se pudieren enumerar y dependerá del delito en concreto cometido y sus efectos. Se puede entender que un grupo puede ser vulnerable por ciertos rasgos que se pueden afirmar de cierto grupo, como el caso de personas que sufran determinadas condiciones médicas, personas en situación de vulnerabilidad económico y

en el debate legislativo se mencionó la categoría de migrantes. Sin embargo, la sola consideración de características de las víctimas no puede ser el único criterio definitorio, sino que la vulnerabilidad puede darse en el caso concreto por el contexto económico/social de las personas afectadas. Un ejemplo que propone Willenmann es el de caso de personas en atención de urgencia médica, en los cuales los afectados no poseen condiciones personales o estructurales permanentes de vulnerabilidad, sino que la situación concreta de interacción económica los pone en esa situación de vulnerabilidad en el concreto ámbito de interacción económica.

e) Cooperación eficaz

Resulta importante destacar también entre las circunstancias atenuantes la cooperación eficaz (art. 64 LDE), esto es la colaboración del imputado con la investigación aportando antecedentes para esclarecer el delito, identificar responsables o impedir la comisión de delitos. Constituye una atenuante muy calificada, sin perjuicio de aquellas reglas especiales que determinan los efectos de la delación en materia de libre competencia y de mercado de valores. De esta manera, de concurrir esta circunstancia se considera que existe una atenuante muy calificada en la generalidad de los delitos económicos, sin perjuicio de las reglas especiales en materia de libre competencia y procedimientos seguidos ante la Comisión para el Mercado Financiero.

Dados estos factores, las atenuantes y agravantes simples permiten al juez decidir que pena aplicar en el marco que la ley ha fijado, mientras que atenuantes y agravantes calificadas, permiten al juez subir o bajar de los marcos legales.

IV. Reglas especiales de determinación de la pena

Las reglas de determinación de pena en la LDE pueden clasificarse en dos categorías, las de determinación legal que dependen de la concurrencia de circunstancias modificatorias agravantes y atenuantes muy calificadas, y reglas de determinación judicial de la pena, donde lo decisivo es el establecimiento de la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes simples de responsabilidad penal previstas en la LDE.

a. Las reglas de determinación legal

Artículo 17.- Efectos de las atenuantes y agravantes. En caso de concurrir una atenuante muy calificada respecto de un marco penal que incluya una pena de presidio o reclusión de un solo grado, éste se aplicará en su mínimo. De estar compuesto de dos o más grados, no se aplicará el grado superior.

De concurrir dos o más atenuantes muy calificadas respecto de un delito cuyo marco esté compuesto por un solo grado, éste se rebajará en un grado. De estar compuesto de dos o más grados, el marco se fijará en el grado inmediatamente inferior al grado más bajo del marco legal.

En caso de concurrir una agravante muy calificada respecto de un marco penal que incluya una pena de presidio o reclusión de un solo grado, éste se aplicará en su máximo. De estar compuesto de dos o más grados, no se aplicará el grado inferior.

De concurrir dos o más agravantes muy calificadas respecto de un delito cuyo marco esté compuesto por un solo grado, éste se incrementará en un grado. De estar compuesto de dos o más grados, el marco se fijará en el inmediatamente superior al grado más alto del marco legal.

De concurrir atenuantes muy calificadas y agravantes muy calificadas, el tribunal deberá compensarlas en consideración a su número. En caso de que concurren en igual número, no producirán efecto de atenuar o agravar la pena.

La norma del artículo 17 se refiere a los efectos de circunstancias atenuantes y agravantes muy calificadas, las que tiene efectos en los marcos penales aplicables por el juez. De esa manera la concurrencia de esta clase de circunstancias modificatorias tiene efecto en las restricciones de rango según mínimo y máximo de los marcos penales de penas privativas de libertad divisibles que puede imponer el juez. Asimismo, la concurrencia de esta clase de circunstancia, dependiendo del número de ellas, puede determinar que el juez se encuentre obligado a subir o bajar en el marco penal pertinente.

La regla de determinación legal, a diferencia del sistema general del Código Penal, elimina la discusión sobre lo facultativo de rebajas y alzas de penas, estableciendo claros mandatos para el juez. Ello no es menor al momento de examinar la posibilidad de recursos de nulidad por errónea aplicación del derecho, en caso de que la sentencia infrinja las reglas imperativas de alzas y bajas previstas.

Adicionalmente y dado el sistema de concurrencia de atenuantes y agravantes, se ha optado por un sistema de compensación numérica, propia de un sistema que se estructura en el eje de mayor reproche por culpabilidad o por daño.

b. La regla de determinación judicial

El artículo 18 de la LDE dispone la regla de determinación judicial en caso de delitos económicos, que reemplaza al artículo 69 del Código Penal.

Artículo 18.- Determinación judicial de la pena. Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención a la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes previstas en los artículos 13 y 15, a la mayor o menor intensidad de la culpabilidad del responsable y a la mayor o menor extensión del mal que importe el delito.

En el caso de la determinación judicial de la pena, son esenciales la circunstancias modificatorias atenuantes y agravantes simples de la LDE. De tal forma, que es con base en esas atenuantes, dentro del marco ya fijado por la aplicación de las reglas de determinación legal, que corresponde al juez fijar el quantum exacto de la pena. Ello debería implicar una mayor precisión en las penas aplicables a casa sujeto en particular.

La disposición también menciona en específico la culpabilidad del responsable, cuestión que permite al juez abarcar algunas circunstancias del hechor que no son comprendidas por las reglas de atenuantes y agravantes de la LDE, pero que de todas manera pueden incidir en el juicio de reproche concreto, como los casos de conocimiento limitado de la ilicitud en un sujeto no subordinado.

Por último, al igual que en el artículo 69 del Código Penal, se hace referencia a la “extensión del mal causado”, donde no existe ninguna reflexión novedosa a propósito de la LDE, sino la misma consideración válida para ambas dispo-

siones, de los problemas de infracción al *ne bis in idem* y la improcedencia de considerar daños extratípicos como criterio que funda la sanción.

Siguiendo el mismo ejemplo planteado previamente en torno al delito de corrupción entre particulares, en el caso del trabajador que fuere condenado por este ilícito que ostentaba una posición intermedia al interior de la organización, y limitándose su participación a omitir alguna acción para impedir el hecho, podría ser beneficiado con una atenuante simple, que luego de la rebaja de un grado determinada legalmente por la concurrencia de dos atenuantes muy calificadas, el juez podrá considerar esta atenuante para imponer una pena menor, siempre dentro del grado de presidio menor en su grado mínimo. Lo mismo para agravar la pena en el caso del gerente general, siempre dentro del grado respectivo.

Para ejemplificar el funcionamiento de las reglas, si pensamos en un delito de corrupción entre particulares, donde el delito tiene asignada una pena de 541 días a 3 años de presidio menor en su grado medio, y concurren dos atenuantes muy calificadas (pensemos en el trabajador de una empresa que actuó bajo presión y en situación de subordinación, y que además cooperó eficazmente), el juez deberá rebajar la pena en un grado, a presidio menor en su grado mínimo, de 61 días a 540 días.

En cambio, si concurren dos agravantes muy calificadas (gerente general de una compañía, que ostenta una posición jerárquica e interviene activamente, y que el beneficio reportado a la empresa favorecida en la contratación por este hecho supere las 40.000 UTM) el juez deberá subir el marco punitivo en un grado a presidio menor en su grado máximo, esto es, entre 3 años y un día a 5 años.

V. Las penas sustitutivas

La ley establece que, bajo ciertas condiciones, las penas privativas de libertad pueden ser cumplidas por medio de una forma alternativa. Entre esas formas alternativas esta la remisión condicional y la reclusión parcial. Se elimina del catálogo de penas aplicables a los delitos económicos, la pena sustitutiva de libertad vigilada (común y especial) y se introduce la reclusión parcial diurna, de fin de semana y nocturna

1. Remisión condicional

Para su imposición es requisito que la pena a imponer no exceda de 3 años, y que concurra una atenuante muy calificada, además de no haber sido condenado anteriormente, sin considerar aquellas condenas cumplidas por crimen o simple delito, 10 o 5 años antes de la perpetración del hecho. El cambio fundamental, como se puede apreciar, es la nueva exigencia de concurrencia de una atenuante muy calificada

2. Reclusión parcial en domicilio, diurna o de fin de semana

Requiere que la pena no exceda de 3 años, que en el caso no sea aplicable una agravante muy calificada, además de no haber sido condenado anteriormente, sin considerar aquellas condenas cumplidas por crimen o simple delito, 10 o 5 años antes de la perpetración del hecho. Adicionalmente que existan antecedentes personales que justifiquen esta forma de cumplimiento

3. Reclusión parcial en establecimiento especial, la cual puede ser diurna, de fin de semana o nocturna

Requiere para su procedencia que la pena aplicada sea superior a 2 años y menor a 5 años, además de que el caso no concurra una agravante muy calificada, y no haber sido condenado anteriormente, sin que se consideren condenas cumplidas por crimen o simple delito en los 10 o 5 años previos respectivamente. También, se exigen antecedentes personales que justifiquen esta forma de cumplimiento.

Siguiendo el mismo ejemplo utilizado anteriormente, en el caso del trabajador condenado por el delito de corrupción entre particulares, beneficiado por dos circunstancias atenuantes muy calificadas, este podrá ser merecedor de la pena de remisión condicional, en el caso de no haber sido condenado anteriormente por delitos económicos. No obstante, si no hubiere sido beneficiado con una atenuante muy calificada, a pesar de que la pena asignada al delito es de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años), sólo podría optar a la pena de reclusión parcial en domicilio, diurna o de fin de

semana, o bien, la reclusión parcial en establecimiento especial, también en estas tres modalidades.

VI. Pena de multa y otras penas

Adicionalmente, se establecen nuevas penas de inhabilitaciones, tanto para ejercer cargos públicos como cargos gerenciales, además de prohibiciones de contratar con el Estado. Estas penas son accesorias a la imposición de penas privativas de libertad. En cuanto a la pena de multa, se introduce el sistema de días multa. Este sistema implica que la pena de multa ya no está asociada a montos fijos como sucede en la mayoría de los delitos, como por ejemplo de 100 a 1000 UTM. Este sistema rige, salvo que la ley contemple un sistema especial de multas, que resulte más severo que el de días multa.

El principio es, que todo delito económico lleva siempre asociada una pena de multa, la cual se determina del siguiente modo: Si una persona es condenada a 3 años de presidio menor en su grado medio, esto determina una condena entre 51 a 100 días de multa.

El valor de cada día multa se fija dependiendo del cálculo del ingreso diario promedio líquido que el condenado haya tenido en el último año, antes de que la investigación por el delito se dirija en su contra, y no puede ser inferior a media UTM o superior a 1000 UTM.

En caso de que el ingreso líquido diario sea considerablemente desproporcionado al patrimonio del condenado, se puede aumentar hasta en 2 veces el valor del día multa.

En todo caso, si la persona ha pagado en sede administrativa una multa por los mismos hechos, lo pagado se abonará a la condena en sede penal, según dispone la regla de ne bis in ídem mencionada más adelante.

Pena de multa - tramos

Prisión: 1 a 10 días-multa.

Presidio o reclusión menor en su grado mínimo: 11 a 50 días multa.

Presidio o reclusión menor en su grado medio: 51 a 100 días-multa.

Presidio o reclusión menor en su grado máximo: 101 a 150 días-multa.

Presidio o reclusión mayor en su grado mínimo: 151 a 200 días-multa.

Presidio o reclusión mayor en su grado medio: 201 a 250 días-multa.

Presidio o reclusión mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado: 251 a 300 días-multa.

Si la ley solo prevé para el delito respectivo la aplicación de una multa o de una pena no privativa de libertad, el número de días-multa será establecido en el marco aplicable a delitos castigados con prisión.

En caso de ser aplicable el artículo 74 del Código Penal, la multa total no podrá exceder de 300 días-multa

VII. Inhabilitaciones

- a. **Inhabilitación para el ejercicio de cargos u oficios públicos**
- b. **Inhabilitación para el ejercicio de cargos gerenciales**

La inhabilitación para el ejercicio de cargos gerenciales afecta del mismo modo la capacidad del condenado para desempeñarse como director o ejecutivo principal en cualquier entidad incluida en el artículo 3 del decreto ley N° 3.538, de 1980, que crea la Comisión para el Mercado Financiero, o en una empresa del Estado o en que éste tenga participación mayoritaria.

- c. **Inhabilitación para contratar con el Estado**

La inhabilitación para contratar con el Estado impide al condenado contratar con cualquiera de sus órganos o servicios reconocidos por la Constitución Política de la República o creados por ley, con cualquiera de los órganos o empresas públicas que conforme a la ley constituyen al Estado y con las empresas o sociedades en las que el Estado participe con al menos la mitad de las acciones que comprenden su capital, de los derechos sociales o de los derechos de administración.

La inhabilitación para contratar con el Estado produce también la extinción de pleno derecho de los efectos de los actos y contratos que el Estado haya celebrado con el condenado y que se encuentren vigentes en el momento de la condena.

La inhabilitación no comprende los actos y contratos relativos a las prestaciones personales de salud previsual o seguridad social, ni los servicios básicos que el Estado ofrece indiscriminadamente a la población.

Si se impusiere la inhabilitación para contratar con el Estado a una persona natural, ninguna sociedad, fundación o corporación en la que el condenado fuere directa o indirectamente socio, accionista, miembro o partícipe con poder de influir en la administración podrá contratar con el Estado mientras el condenado mantenga su participación en ella.

VIII. Regla de *ne bis in idem* para multas e inhabilitaciones

Como se mencionó previamente el artículo 78 bis dispone lo siguiente:

Con todo, el monto de la pena de multa pagada será abonado a la multa no constitutiva de pena que se imponga al condenado por el mismo hecho. Si el condenado hubiere pagado una multa no constitutiva de pena como consecuencia del mismo hecho, el monto pagado será abonado a la pena de multa impuesta.

La extensión de la suspensión o inhabilitación impuesta al condenado como consecuencia adicional a la pena será deducida de la extensión de la suspensión o inhabilitación de la misma naturaleza que fuere impuesta como sanción administrativa o disciplinaria. Si el condenado hubiere sido sometido a una suspensión o inhabilitación como sanción administrativa o disciplinaria, la extensión de ésta será deducida de la suspensión o inhabilitación de la misma naturaleza que se le impusiere.

Esta regla dispone una consideración de los efectos de las sanciones pecuniarias y de inhabilitaciones dispuestas en sedes distintas a la penal, permitiendo el abono de una sede a la otra.

Es una clara manifestación del principio *ne bis in idem* en materia penal y probablemente la primera consagración nítida del principio en nuestro ordenamiento jurídico penal. Solo debe tenerse en consideración los problemas que pueda ocasionar que los cargos en sede administrativa sean más amplios que la imputación penal, sin que exista un desglose de la multa en sede no penal de los distintos títulos sancionatorios.

Ello puede traer aparejada una discusión sobre el alcance de la imputación de la multa en sede no penal a la sede penal, cuestión que queda abierta a su resolución práctica.

IX. Modificaciones a la Ley de responsabilidad penal de personas jurídicas

La Ley de delitos económicos modifica diversos aspectos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas. A continuación, se mencionan los aspectos más relevantes de esos cambios, los cuales debe tenerse presente que comenzarán a regir 1 año después de publicada la ley.

1. Ampliación de delitos y personas jurídicas destinatarias

Actualmente las personas jurídicas de derecho privado, con o sin fines de lucro, así como las empresas del Estado responden por aproximadamente 30 delitos. Bajo la nueva ley, las personas jurídicas, con independencia de su tamaño, esto es desde micro a gran empresa, responderán penalmente por la totalidad de los delitos que pueden considerarse económicos.

Esto trae aparejado que las empresas deben hacerse cargo de los riesgos potenciales de muchos más delitos, sin perjuicio de que no se trata en modo alguno de los 200 delitos que contempla el listado de delitos económicos, sino de aquellos propios de los procesos de cada empresa. Además, se incluye entre las personas jurídicas que responden según la ley, a los partidos políticos, universidades del Estado y personas jurídicas religiosas de derecho público.

2. Modificación del sistema de imputación penal

La ley señala nuevas condiciones bajo las cuales responde una persona jurídica, estas son:

El delito debe ser perpetrado en el marco de la actividad de la empresa por una persona que:

- Desempeñe un cargo, función o posición en ella.
- Le preste servicios, gestionando asuntos suyos frente a terceros, con o sin su representación.
- Pertenezca a otra persona jurídica que:
 - le preste servicios gestionando asuntos suyos frente a terceros, con o sin su representación
 - carezca de autonomía operativa a su respecto, cuando entre ellas existan relaciones de propiedad o participación.

Para resumir lo indicado, la empresa responde si una persona comete un delito, enmarcado en las actividades que la empresa desarrolla y esa persona tiene un cargo en la persona jurídica, es un tercero que actúa gestionando asuntos para la empresa o pertenece a otra empresa que gestiona asuntos para la persona jurídica eventualmente responsable.

El caso adicional es cuando quién comete el delito, pertenece a otra empresa que no tenga autonomía operativa respecto de la empresa responsable, y existan entre ellas relaciones de propiedad o participación. Con ello se abarca los casos de grupos de empresas, en que se puedan producir delitos de forma coordinada entre matrices y filiales.

Para ejemplificar el alcance, la empresa podría ser penalmente responsable si un tercero, persona natural o jurídica, que presta servicios de gestión y disposición de residuos, realiza su actividad de forma inadecuada generando un impacto grave en un componente del medio ambiente. La empresa puede ser responsable si no tomo los resguardos necesarios para prevenir que eso sucediera.

Por último, cabe mencionar que con la modificación de la ley, en caso de que la persona jurídica sea la víctima del delito, no responderá penalmente. Sin embargo, no se requiere que el delito necesariamente beneficie a la persona jurídica para que ella sea penalmente responsable.

3. El modelo de cumplimiento

En cuanto al modelo de cumplimiento, se establece algunas novedades. La primera es que se dispone expresamente que un modelo efectivamente implementado, es adecuado para eximir de responsabilidad penal a la empresa, aún cuando se haya cometido un delito.

Lo segundo, se refiere a como debe concretarse el modelo de cumplimiento. Esto es, que el modelo es adecuado cuando, en la medida exigible a su objeto social, giro, tamaño, complejidad, recursos y a las actividades que desarrolle haya desarrollado seriamente los siguientes aspectos:

1. Identificación de las actividades o procesos de la persona jurídica que impliquen riesgo de conducta delictiva.
2. Establecimiento de protocolos y procedimientos.
3. Asignación de uno o más sujetos responsables.
4. Evaluaciones periódicas por terceros independientes

Esto significa, que el modelo de prevención no debe hacerse cargo de todos los delitos económicos, sino solo de aquellos riesgos que son propios de sus procesos como empresa.

Lo determinante es levantar los procesos relevantes propios del giro y actividades de la empresa, revisar los riesgos relacionados con delitos en esos procesos y examinar si los controles existentes están correctamente diseñados e implementados y si los respectivos encargados de esos controles están conscientes del deber que aplicar el respectivo control.

4. Sanciones

En cuanto a las sanciones que pueden disponerse en contra de las personas jurídicas, existen algunas innovaciones que vale la pena mencionar. En primer lugar, a menos que la ley establezca un método especial de cálculo de la pena de multa, como ocurre con los delitos tributarios, se aplicará el sistema de días-multa antes mencionado. El día-multa no podrá ser inferior a 5 UTM ni superior a 5.000 UTM. El mínimo de días multa es 2 y el máximo es 400. Cada pena de multa que imponga el tribunal será determinada en el número de días-multa que comprenda y su valor. Aún en caso de aplicarse los artículos 74 del Código Penal o 351 del Código Procesal Penal podrán imponerse una o más penas de multa que en conjunto excedan de 600 días-multa.

Al igual que en el caso de personas naturales, si la empresa ha pagado en sede administrativa una multa por los mismos hechos, lo que se ha pagado se abonará a la condena en sede penal.

En segundo lugar, se introduce una nueva pena de supervisión de la persona jurídica. Esta pena consiste en la designación por parte de juez de una persona que tendrá como misión supervigilar que la empresa condenada implemente las mejoras necesarias al modelo de cumplimiento. Su remuneración será pagada por la empresa, pero solo reportará al juez.

Sin perjuicio de tener facultades muy limitadas de intromisión en los asuntos de la empresa, solo vinculados a la mejora del modelo de prevención, sus decisiones siempre son revisables por el juez. Este mecanismo además puede ser decretado como medida cautelar durante el proceso.



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública
www.dpp.cl